

Wappen Berlins und Brandenburgs

OBERVERWALTUNGSGERICHT BERLIN-BRANDENBURG

IM NAMEN DES VOLKES URTEIL

OVG 12 B 15.10
VG 19 K 46.10 Berlin

verkündet am 30. März 2011
Schumann, Justizbeschäftigte
als Urkundsbeamtin der Ge-
schäftsstelle

In der Verwaltungsstreitsache

Klägerin und Berufungsbeklagte,

bevollmächtigt:

g e g e n

das Land Berlin, vertreten durch das
Landesamt für Bürger- und Ordnungsangelegenheiten,
- Ausländerbehörde -,
Friedrich-Krause-Ufer 24, 13353 Berlin,

Beklagten und Berufungskläger,

hat der 12. Senat auf die mündliche Verhandlung vom 30. März 2011 durch den
Präsidenten des Obergerichts Kipp, die Richterin am Obergericht Plückelmann, den Richter am Obergericht Dr. Riese, den
ehrenamtlichen Richter Winkler und die ehrenamtliche Richterin Glogner für Recht
erkannt:

Die Berufung des Beklagten wird zurückgewiesen.

Der Beklagte trägt die Kosten des Verfahrens.

Das Urteil ist wegen der Kosten vorläufig vollstreckbar. Der Beklagte
darf die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe des beizutrei-

benden Betrages abwenden, wenn nicht die Klägerin zuvor Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

Die Revision wird zugelassen.

Tatbestand

Die 1966 geborene Klägerin ist türkische Staatsangehörige. Sie begehrt die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis mit der Begründung, dass ihr ein Aufenthaltsrecht nach dem Beschluss Nr. 1/80 des Assoziationsrates EWG-Türkei über die Entwicklung der Assoziation (ARB 1/80) zustehe.

Die Klägerin reiste im Juli 2000 mit einem Visum zum Ehegattennachzug in das Bundesgebiet ein und erhielt von der Ausländerbehörde des Landes Berlin eine befristete Aufenthaltserlaubnis, die zuletzt am 1. August 2005 trotz der zwischenzeitlichen Aufhebung der ehelichen Lebensgemeinschaft gemäß § 30 AufenthG für zwei Jahre bis zum 1. August 2007 verlängert wurde.

Seit dem 18. Juni 2004 steht die Klägerin bei der L.-GmbH als Raumpflegerin in einem unbefristeten und ungekündigten Arbeitsverhältnis. Es handelt sich um eine geringfügige Beschäftigung, für die sie zunächst einen pauschalen Lohn in Höhe von durchschnittlich rund 180,00 Euro monatlich bezog, wobei der gezahlte Lohn zum Teil erheblich schwankte. Ein schriftlicher Arbeitsvertrag wurde erst unter dem 9. November 2007 unterzeichnet. Danach betrug die Wochenarbeitszeit 5 ½ Stunden zu einem tariflichen Stundenlohn von 7,87 Euro. Es bestand ferner ein (tarifvertraglicher) Anspruch auf Urlaubsgeld (125,00 Euro), auf 28 Urlaubstage sowie auf Lohnfortzahlung. Das Arbeitsverhältnis, das durch Lohnbescheinigungen bis Februar 2011 nachgewiesen ist, besteht seit Mai 2008 zu einem pauschalen Lohn von 400,00 Euro im Monat fort. Von November 2009 bis Mai 2010 war die Klägerin bei einem weiteren Unternehmen als Reinigungskraft tätig. Für die Zeit ab 15. Oktober 2010 hat sie außerdem Lohnbescheinigungen aus einem bis zum 31. Dezember 2011 befristeten Arbeitsverhältnis mit der P. GmbH eingereicht. Dort ist sie als Reinigungskraft

zu einem Stundenlohn von 8,40 Euro mit 18 Wochenstunden beschäftigt. Ferner gab sie an, in einem Reisebüro tätig gewesen zu sein.

Die Klägerin, die das Beschäftigungsverhältnis bei der L. GmbH gegenüber dem Jobcenter Friedrichshain-Kreuzberg ordnungsgemäß angegeben hatte, erhielt zunächst ab September 2004 ergänzende Hilfe zum Lebensunterhalt nach dem Bundessozialhilfegesetz und ab Januar 2005 ergänzende Leistungen nach dem Zweiten Buch Sozialgesetzbuch (SGB II), die sich – unter Berücksichtigung der Freibeträge für Erwerbstätige – z.B. für April bis Juli 2007 auf durchschnittlich rund 515,00 Euro bei einem Bedarf für Regelleistungen und Unterkunft von monatlich 571,00 Euro sowie zuletzt – nach einem Wohnungswechsel – auf monatlich rund 586,00 Euro bei einem Bedarf für Regelleistungen und Unterkunft in Höhe von rund 686,00 Euro beliefen. Außerdem übernahm das Jobcenter von Juli 2007 bis April 2008 Beiträge zur gesetzlichen Krankenversicherung, weil die Klägerin nicht mehr familienversichert war. Im Mai 2008 wurden sämtliche Leistungen auf Wunsch der Klägerin eingestellt.

Der Beklagte lehnte die Verlängerung der befristeten Aufenthaltserlaubnis mit Bescheid vom 4. Februar 2008 ab und drohte der Klägerin die Abschiebung an, weil ihr Lebensunterhalt nicht gesichert sei. Ein Aufenthaltsrecht gemäß Art. 6 ARB 1/80 bestehe nicht, weil das geringfügige Beschäftigungsverhältnis keine ordnungsgemäße Beschäftigung im Sinne dieser Vorschrift darstelle. Ein Recht aus Art. 7 Satz 1 ARB 1/80 scheitere an der Aufnahme einer selbstständigen Tätigkeit durch den Ehemann vor Ablauf der dort normierten Drei-Jahres-Frist.

Das Verwaltungsgericht hat das hiergegen gerichteten Klageverfahren mit Beschluss vom 10. Dezember 2008 ausgesetzt und eine Vorabentscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Union (EuGH) zu der Frage eingeholt, ob ein dem regulären Arbeitsmarkt eines Mitgliedstaates angehörender türkischer Staatsangehöriger Arbeitnehmer im Sinne von Art. 6 Abs. 1 ARB 1/80 ist, auch wenn der zeitliche Umfang der Tätigkeit nur ca. 14 % der tariflichen Arbeitszeit eines Vollzeitbeschäftigten beträgt (5,5 Stunden von 39 Wochenstunden) und das aus dieser Tätigkeit erzielte alleinige Erwerbseinkommen nur ca. 25 % des

nach dem nationalen Recht des Mitgliedstaates anzusetzenden Bedarfs zur Sicherung des Lebensunterhaltes deckt (ca. 175,00 Euro von ca. 715,00 Euro).

Ferner hat das Verwaltungsgericht – bei Bejahung der ersten Frage – die Frage formuliert, ob sich ein türkischer Staatsangehöriger auch dann auf die assoziationsrechtliche Freizügigkeit als Arbeitnehmer im Sinne von Art. 6 Abs. 1 ARB 1/80 berufen kann, wenn der Aufenthaltswitzweck der Einreise entfallen ist (hier Ehegattennachzug), keine sonstigen schutzwürdigen Belange für einen Verbleib im Vertragsstaat bestehen, und die Möglichkeit der Fortsetzung einer geringfügigen Beschäftigung im Vertragsstaat nicht als Motivation für einen dortigen Verbleib angesehen werden kann, weil insbesondere ernsthafte Bemühungen um eine stabile wirtschaftliche Integration ohne Inanspruchnahme von Sozialleistungen zur Sicherung des Lebensunterhaltes fehlen.

Der EuGH hat die Vorlagefragen mit Urteil vom 4. Februar 2010 – Rs. C-14/09 –, NVwZ 2010, 367 ff.) wie folgt beantwortet: Eine Person, die sich in einer Situation wie derjenigen der Klägerin befinde, sei Arbeitnehmer im Sinne von Art. 6 Abs. 1 ARB Nr. 1/80, wenn es sich bei der fraglichen unselbstständigen Tätigkeit um eine tatsächliche und echte Tätigkeit handle, wobei Tätigkeiten außer Betracht blieben, die einen so geringen Umfang hätten, dass sie sich als völlig untergeordnet und unwesentlich darstellten. Es sei Sache des vorlegenden Gerichts, die tatsächlichen Prüfungen vorzunehmen, deren es zur Beurteilung der Frage bedürfe, ob dies in der bei ihm anhängigen Rechtssache der Fall sei. Ein türkischer Arbeitnehmer im Sinne von Art. 6 Abs. 1 ARB Nr. 1/80 könne sich auch dann auf das ihm nach dem ARB 1/80 zustehende Freizügigkeitsrecht berufen, wenn der Aufenthaltswitzweck der Einreise entfallen sei. Erfülle ein solcher Arbeitnehmer die in Art. 6 Abs. 1 aufgestellten Voraussetzungen, dürfe sein Recht auf Aufenthalt im Aufnahmemitgliedstaat nicht zusätzlichen Bedingungen hinsichtlich des Bestehens von den Aufenthalt rechtfertigenden Belangen oder der Art der Beschäftigung unterworfen werden.

Das Verwaltungsgericht hat der Klage, deren aufschiebende Wirkung es bereits mit Beschluss vom 14. April 2008 angeordnet hatte, mit Urteil vom 2. Juli 2010 stattgegeben und den Beklagten verpflichtet, der Klägerin einen Aufent-

haltserlaubnis nach § 4 Abs. 5 AufenthG auszustellen. Diese habe im hier maßgeblichen Zeitpunkt bei Ablauf der befristeten Aufenthaltserlaubnis aufgrund ihrer geringfügigen Beschäftigung bei der L. GmbH nach Art. 6 Abs. 1, 2. Spiegelstrich ARB 1/80 ein assoziationsrechtliches Aufenthaltsrecht erworben, das ihr auch weiterhin zustehe. Die wesentlichen Merkmale eines Arbeitsverhältnisses seien erfüllt. Eine Würdigung der Gesamtumstände ergebe, dass es sich um eine echte und tatsächliche Tätigkeit handle, die nicht völlig untergeordnet und unwesentlich sei. Das Durchschnittseinkommen habe zwar weit unter dem Grundbedarf gelegen, sei aber auch nicht völlig belanglos. Die Arbeitszeit erreiche mit 5,5 Wochenstunden zwar nur einen Bruchteil einer Vollbeschäftigung (14 %). Wenn aber die Zahl der tatsächlich geleisteten Arbeitsstunden in Beziehung gesetzt werde zu der normalen Stundenzahl in dem Beschäftigungsbereich, so könne bei der Gesamtwürdigung auch berücksichtigt werden, dass Arbeitsverhältnisse für Reinigungskräfte zu einem überwiegenden Teil als geringfügige Beschäftigungsverhältnisse ausgestaltet seien.

Mit der von dem Verwaltungsgericht wegen grundsätzlicher Bedeutung zugelassenen Berufung bestreitet der Beklagte die Arbeitnehmereigenschaft der Klägerin. Den von dem Verwaltungsgericht zugunsten der Klägerin angeführten Kriterien (Urlaubsanspruch, Lohnfortzahlung, tarifvertragliche Vergütung) komme hier wegen der sehr geringen Wochenstundenzahl und des sehr geringen Einkommens nur ein geringes Gewicht zu. Es stehe der Bezug öffentlicher Leistungen und nicht die Arbeitnehmereigenschaft im Vordergrund. Soweit das Verwaltungsgericht im Übrigen davon ausgehe, dass Beschäftigungsverhältnisse für Reinigungskräfte überwiegend als geringfügige Beschäftigungsverhältnisse ausgestaltet seien, fehle es an empirischen Belegen.

Selbst wenn man eine echte und tatsächliche Tätigkeit bejahe, könne sich die Klägerin wegen Rechtsmissbrauchs nicht auf Art. 6 Abs. 1 ARB 1/80 berufen. Sie halte sich nur deshalb im Bundesgebiet auf, um Sozialleistungen zu erhalten. Die ausgeübte Beschäftigung habe einen so geringen Umfang, dass dies nicht als Wille zur Aufnahme einer tatsächlichen und echten Tätigkeit gewertet werden könne. Dem stehe auch nicht die Beantwortung der zweiten Vorlagefrage entgegen. Die Klägerin habe unter Umgehung des § 5 Abs. 1 Nr. 1 Auf-

enthG versucht, ein Bleiberecht im Bundesgebiet zu erlangen. Objektive Gründe für die geringfügige Tätigkeit bestünden nicht. Diese Tätigkeit weiche deutlich von dem Leitbild des Assoziationsrechts ab, weil nicht die Möglichkeit einer wirtschaftlichen Betätigung, sondern der Bezug öffentlicher Mittel als hauptsächliche Einnahmequelle im Vordergrund stehe. Dies ergebe sich auch aus dem weiteren Verhalten und den weiteren nicht glaubhaften Angaben der Klägerin. Sie habe alles getan, um den wahrheitswidrigen Anschein zu erwecken, dass sie ihren Lebensunterhalt als Arbeitnehmerin sichern könne, obwohl ihr dies nicht gelinge. Dieses missbräuchliche Verhalten sei von den Vorschriften des Gemeinschaftsrechts nicht gedeckt.

Der Beklagte beantragt,

das Urteil des Verwaltungsgerichts Berlin vom 2. Juli 2010 zu ändern
und die Klage abzuweisen.

Die Klägerin beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie verteidigt das angegriffene Urteil.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Inhalt der Streitakte sowie die beigezogenen Verwaltungsvorgänge des Beklagten und des Jobcenters Friedrichshain-Kreuzberg Bezug genommen, die vorgelegen haben und Gegenstand der mündlichen Verhandlung und Entscheidung gewesen sind.

Entscheidungsgründe

Die zulässige Berufung des Beklagten ist nicht begründet. Das Verwaltungsgericht hat der Klage im Ergebnis zu Recht stattgegeben. Der versagende Bescheid des Landesamtes für Bürger- und Ordnungsangelegenheiten vom 4. Februar 2008 ist rechtswidrig, denn die Klägerin hat wegen eines ihr aus

Art. 6 Abs. 1 ARB 1/80 zustehenden Rechts einen Anspruch darauf, dass ihr die begehrte Aufenthaltserlaubnis ausgestellt wird, § 113 Abs. 5 Satz 1 VwGO.

Nach § 4 Abs. 5 AufenthG wird einem Ausländer, dem im Hinblick auf das zwischen der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft und der Türkei am 12. September 1963 geschlossene Assoziationsabkommen (BGBl. 1964 II S. 509) ein Aufenthaltsrecht zusteht, eine – deklaratorische - Aufenthaltserlaubnis ausgestellt. Zu den Vorschriften im Sinne dieser Regelung zählt auch der Beschluss Nr. 1/80 des auf der Grundlage des Abkommens errichteten Assoziationsrates EWG-Türkei über die Entwicklung der Assoziation vom 19. September 1980 (ARB 1/80). Der in Art. 6 Abs. 1 ARB 1/80 normierte Anspruch auf Verlängerung der Arbeitserlaubnis vermittelt zugleich einen Anspruch auf Verlängerung der Aufenthaltserlaubnis, denn das Aufenthaltsrecht ist für den Zugang zur Ausübung einer Arbeitnehmertätigkeit erforderlich (vgl. z.B. EuGH, Urteil vom 20. September 1990 – Rs. C-192/89 -, Sevince, NVwZ 1991, 255; EuGH, Urteil vom 16. Dezember 1992 – Rs. C-237/91 -, Kus, NVwZ 1993, 258).

Der Klägerin steht ein Recht aus Art. 6 Abs. 1, 3. Spiegelstrich ARB 1/80 zu. Entgegen der Annahme des Verwaltungsgerichts hängt die Frage nach der von der Klägerin insoweit erreichten Verfestigungsstufe (Art. 6 Abs. 1, 1. bis 3. Spiegelstrich ARB 1/80) hier jedoch nicht allein davon ab, welche assoziationsrechtliche Stellung sie bei Ablauf der ihr erteilten, zuletzt bis zum 1. August 2007 gültigen Aufenthaltserlaubnis erworben und ob sie diese Rechtsstellung später wieder verloren hatte. Da die Klägerin aufgrund ihrer bei der L.-GmbH ausgeübten Beschäftigung mit Ablauf des 1. August 2007 bereits die Voraussetzungen des Art. 6 Abs. 1, 2. Spiegelstrich ARB 1/80 (zweite Verfestigungsstufe) erfüllte, konnte sie während des gerichtlichen Verfahrens auch die dritte Verfestigungsstufe (Art. 6 Abs. 1, 3. Spiegelstrich ARB 1/80) erreichen, die sie im Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung vor dem Senat weiterhin innehatte.

Die von dem Verwaltungsgericht in diesem Zusammenhang angeführte und der Klägerin entgegengehaltene Rechtsprechung, wonach eine Beschäftigung, die allein im Hinblick auf die aufschiebende Wirkung einer Klage ausgeübt wird, wegen ihrer Vorläufigkeit nicht ordnungsgemäß im Sinne von Art. 6 Abs. 1 ARB

1 /80 ist (EuGH, Urteil vom 5. Juni 1997 – Rs. C-285/95 -, Kol, NVwZ 1998, 50), ist hier nicht zu Lasten der Klägerin anwendbar. Diese Argumentation greift nur dann, wenn das Assoziationsrecht bei Versagung der (nationalen) Aufenthaltserlaubnis noch nicht besteht und erst während eines sich daran anschließenden gerichtlichen Verfahrens erworben werden könnte. In diesem Fall soll der Betroffene wegen der Vorläufigkeit und der mangelnden Sicherheit seiner Rechtsposition nicht von prozessualen Regelungen wie der aufschiebenden Wirkung eines Rechtsmittels in dem Sinne profitieren, dass er während dieser Zeit ein Recht aus Art. 6 Abs. 1 ARB 1/80 erwirbt (vgl. EuGH, Urteil vom 20. September 1990 - Rs. C-192/89 -, Sevince, NVwZ 1991, 255; 256 f. Rn. 31; EuGH, Urteil vom 5. Juni 1997 - Rs. C-285/95 -, Kol, NVwZ 1998, 50, 51 Rn. 24; vgl. auch BVerwG, Urteil vom 23. Mai 1995, BVerwGE 98, 298, 311).

Etwas anderes gilt jedoch dann, wenn ein türkischer Staatsangehöriger – wie die Klägerin – bei Versagung der Aufenthaltserlaubnis bereits ein Recht aus Art. 6 Abs. 1 ARB innehat und die Versagung der nunmehr nur noch deklaratorischen Aufenthaltserlaubnis nicht in das bereits bestehende Assoziationsrecht eingreift (zum Verhältnis von assoziationsrechtlichem und nationalem Aufenthaltsrecht vgl. auch OVG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 11. Mai 2010 – OVG 12 B 26.09 -, juris = InfAuslR 2010, 372). Unter diesen Voraussetzungen kann während eines gerichtlichen Verfahrens eine weitere Verfestigungsstufe des Art. 6 Abs. 1 ARB 1/80 erreicht werden, wenn die sonstigen Voraussetzungen erfüllt sind. Unabhängig davon wird die Zeit einer nur vorläufigen Rechtsposition auf dem Arbeitsmarkt eines Mitgliedstaates auch dann als ordnungsgemäße Beschäftigung im Sinne von Art. 6 Abs. 1 ARB 1/80 berücksichtigt, wenn das Rechtsmittel – wie hier - zum Erfolg führt (EuGH, Urteil vom 20. September 1990 - Rs. C-192/89 - Sevince, NVwZ 1991, 255, 257 Rn. 32).

Die Klägerin konnte sich bei Ablauf der ihr zum Ehegattennachzug erteilten, zuletzt bis zum 1. August 2007 gültigen Aufenthaltserlaubnis aufgrund der bei der L.-GmbH ausgeübten Beschäftigung auf Art. 6 Abs. 1, 2. Spiegelstrich ARB 1/80 (zweite Verfestigungsstufe) berufen. Diese Vorschrift gewährt einem türkischen Arbeitnehmer, der dem regulären Arbeitsmarkt eines Mitgliedstaates angehört, in diesem Mitgliedstaat nach drei Jahren ordnungsgemäßer Be-

schäftigung – vorbehaltlich des den Arbeitnehmern des aus den Mitgliedstaaten der Gemeinschaft einzuräumenden Vorrangs – das Recht, sich für den gleichen Beruf bei einem Arbeitgeber seiner Wahl auf ein unter normalen Bedingungen unterbreitetes und bei den Arbeitsämtern dieser Mitgliedstaaten eingetragenes anderes Stellenangebot zu bewerben.

Entgegen der Ansicht des Beklagten war die Klägerin insbesondere Arbeitnehmerin im Sinne von Art. 6 Abs. 1 ARB 1/80. Der Gerichtshof der Europäischen Union geht – wie das Verwaltungsgericht im Einzelnen dargelegt hat - in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass die Arbeitnehmereigenschaft des Art. 6 Abs. 1 ARB 1/80 unionsrechtlich unter Rückgriff auf Art. 45 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union – AEUV – (früher: Art. 39 EGV) auszulegen ist (vgl. EuGH, Urteil vom 19. November 2002 – Rs. C-188/00 –, Kurz, InfAuslR 2003, 41 Rn. 30 ff.). Danach besteht das wesentliche Merkmal des Arbeitsverhältnisses darin, dass jemand während einer bestimmten Zeit für einen anderen nach dessen Weisung Leistungen erbringt, für die er als Gegenleistung eine Vergütung erhält (vgl. z.B. EuGH; Urteil vom 24. Januar 2008 – Rs. C-294/06 -, Payir u.a., NVwZ 2008, 404, 405 Rn. 28 m.w.N.).

Das ist hier der Fall. Auch wenn der Beklagte die Glaubwürdigkeit der Klägerin hinsichtlich ihrer aufenthaltsrechtlichen Angelegenheiten in Frage stellt und ihr verfahrensangepasstes Vorbringen vorhält, bestehen jedenfalls keine Zweifel, dass sie seit 2004 für die L. GmbH erwerbstätig ist und hierfür Lohn erhält. Dafür sprechen auch die beigezogenen Leistungsakten des Jobcenters Friedrichshain-Kreuzberg, weil die Klägerin ihr Arbeitsverhältnis bei der L. GmbH von Beginn an offengelegt hat, und das von ihr erzielte Einkommen auf die nach dem Zweiten Buch Sozialgesetzbuch gewährten ergänzenden Leistungen unter Berücksichtigung der Freibeträge angerechnet worden ist. Angesichts dessen kann der Klägerin auch nicht entgegengehalten werden, dass der mündlich geschlossene Arbeitsvertrag erst im November 2007 schriftlich fixiert worden ist.

Darüber hinaus handelt es sich auch um eine zur Begründung der Arbeitnehmereigenschaft erforderliche tatsächliche und echte Tätigkeit. Hiervon sind nur

solche Tätigkeiten ausgenommen, die wegen ihres geringen Umfangs völlig untergeordnet und unwesentlich sind (EuGH, Urteil vom 24. Januar 2008 – Rs. C-294/06 -, Payir u.a., NVwZ 2008, 404, 405 Rn. 31). Die arbeitsvertragliche Verpflichtung zur Leistung nur weniger Arbeitsstunden kann zwar ein Indiz dafür sein, dass es sich bei der ausgeübten Tätigkeit nicht um eine tatsächliche und echte, sondern um eine völlig untergeordnete und unwesentliche Tätigkeit handelt. Allerdings lässt sich trotz des geringen Entgeltes und der Arbeitszeit nicht ausschließen, dass die Tätigkeit aufgrund der vorzunehmenden Gesamtbewertung als tatsächlich und echt angesehen werden muss (EuGH, Urteile vom 4. Februar 2010 - Rs. C-14/09 -, Genc, NVwZ 2010, 367 Rn. 26 und vom 26. Februar 1992 – Rs. C-357/89 -, Raulin, NJW 1992, 1493 Rn. 14).

Damit kann Arbeitnehmer im Sinne von Art. 6 Abs. 1 ARB Nr. 1/80 grundsätzlich auch derjenige sein, der seinen Lebensunterhalt nicht insgesamt mit Hilfe seines Erwerbseinkommens deckt und nur in geringem zeitlichem Umfang tätig ist (vgl. EuGH; Urteile vom 4. Februar 2010 - Rs. C-14/09 -, Genc, NVwZ 2010, 367 Rn. 25 ff., vom 24. Januar 2008 – Rs. C-294/06 - Payir u.a., NVwZ 2008, 404 Rn. 28, vom 18. Juli 2007 – Rs. C-213/05 –, Geven, InfAuslR 2007, 371 Rn. 27, vom 19. November 2002 – Rs. C-188/00 -, Kurz, InfAuslR 2003, 41 Rn. 32 f., und vom 14. Dezember 1995 – Rs. C-444/93 –, Megner und Scheffel, juris, Rn. 18).

Den Entscheidungen des Gerichtshofs der Europäischen Union lässt sich allerdings keine bestimmte Grenze in Bezug auf Einkommen und Arbeitszeit entnehmen, unterhalb derer die Arbeitnehmereigenschaft verneint werden muss. Auch im vorliegenden Verfahren hat der EuGH deutlich gemacht, dass eine vorzunehmende Würdigung der Gesamtumstände letztlich den Gerichten der Mitgliedstaaten vorbehalten bleibt. Er selbst hat die unionsrechtlich autonom zu definierende Arbeitnehmereigenschaft eines Musiklehrers mit zwölf Wochenstunden Unterricht (Urteil vom 3. Juni 1986 – Rs. C-139/85 -, Kempf, juris) sowie die einer Studienreferendarin mit bis zu 11 Wochenstunden (Urteil vom 3. Juli 1986 - Rs. C-66/85 -, Lawrie-Blum, juris) bejaht. In weiteren Verfahren ging es um eine wöchentliche Arbeitszeit, die zwischen 10 und 25 Stunden lag (vgl. z.B. EuGH, Urteil vom 24. Januar 2008 - Rs. C-294/06 -, Payir u.a., juris

Rn. 9 und 13; Urteil vom 14. Dezember 1995, Menger und Scheffel - Rs. C-444/93 -, juris).

Insgesamt geben diese Verfahren – wie auch zu weiteren Vorschriften des Primärrechts ergangene Entscheidungen, die die Arbeitnehmereigenschaft nicht unmittelbar betreffen (z.B. EuGH, Urteil vom 13. Juli 1989 - Rs. C-171/88 -, Rinner-Kühn, juris) - nicht direkt etwas für die Beantwortung der hier maßgeblichen Frage her. Sie sind – wie z.B. die wöchentlichen Unterrichtsstunden eines Lehrers – nicht auf den vorliegenden Fall übertragbar bzw. betreffen eine wöchentliche Arbeitszeit, die über derjenigen der Klägerin liegt. Andererseits lässt sich auch nicht von vornherein mit Gewissheit sagen, dass der Klägerin keine Arbeitnehmereigenschaft zukommt, weil davon auszugehen ist, dass der EuGH dies sonst im Vorabentscheidungsverfahren zum Ausdruck gebracht hätte.

Auch in der nationalen Rechtsprechung finden sich einzelne Entscheidungen zu der Frage, unter welchen Voraussetzungen eine unionsrechtliche Arbeitnehmereigenschaft begründet wird. Das OVG Bremen hat zur Arbeitnehmerfreizügigkeit nach dem Gesetz über die allgemeine Freizügigkeit von Unionsbürgern, allerdings ohne weitere Begründung oder Gesamtbetrachtung, eine geringfügige Beschäftigung als ausreichend angesehen, obwohl das Arbeitsverhältnis zunächst nur 5 ½ Wochenstunden, später 36 Monatsstunden, sowie ein Entgelt von erst 154 Euro und danach 252 Euro beinhaltete (OVG Bremen, Urteil vom 28. September 2010 – 1 A 116/09 -, juris Rn. 35 = InfAuslR 2011, 2 ff.). Das OVG Niedersachsen (Beschluss vom 24. April 2001, InfAuslR 2001, 317, 318) und das OVG Berlin (Beschluss vom 25. September 1996, InfAuslR 1997, 189) haben die Aufnahme einer sozialversicherungsfreien geringfügigen Beschäftigung und die wegen des geringen Lohnes erforderliche Inanspruchnahme von Sozialhilfe ebenfalls als ausreichend zur Vermittlung der Arbeitnehmereigenschaft angesehen. Dem VG München reichten eine Wochenarbeitszeit von 7,5 Stunden und ein Lohn von 650,00 DM (1997) zur Erlangung des Assoziationsrechts nach Art. 6 Abs. 1 ARB 1/80 aus. Es hat eine Arbeitszeit von drei bis vier Stunden an einem Arbeitstag pro Woche „zu einem völlig

belanglosen Entgelt“ als völlig unwesentlich angesehen (Urteil vom 2. Februar 1999, InfAuslR 1999, 223).

Demgegenüber sollen einer Entscheidung des VG Darmstadt zufolge ein monatliches Entgelt von 300 Euro und eine Wochenarbeitszeit von 10 bis 12 Stunden unwesentlich sein (Urteil vom 22. Februar 2008, InfAuslR 2008, 344, 345). Der VGH München hat die Auffassung vertreten, dass sozialversicherungsfreie Beschäftigungsverhältnisse im Hinblick auf die hierfür geltende Einkommensgrenze nicht von Art. 6 ARB Nr. 1/80 erfasst werden (Urteil vom 14. März 2000, InfAuslR 2000, 269, 271).

Bei der erforderlichen Gesamtbetrachtung aller Umstände des Einzelfalles ist zunächst zu beachten, dass die Gerichte der Mitgliedstaaten zu einer gemeinschaftsfreundlichen Auslegung gelangen müssen. Diese ist am Wortlaut und Zweck des höherrangigen Gemeinschaftsrechts auszurichten, um die mit den unionsrechtlichen Vorschriften verfolgten Ziele wirksam zu erreichen (EuGH, Urteil vom 18. November 2003 – Rs. C-226/01 -, Budejovicky Budvar, juris, Rn. 124; BVerwG, Urteil vom 17. Januar 2007, BVerwGE 128, 1 ff.). Danach ist der Arbeitnehmerbegriff des Art. 6 Abs. 1 ARB 1/80 im Zweifel extensiv auszulegen, damit die für Unionsbürger geltende Freizügigkeit so weit wie möglich auf türkische Arbeitnehmer übertragen werden kann (vgl. EuGH, Urteil vom 10. Februar 2010 - Rs. C-14/09 -, Genc, NVwZ 2010, 367 Rn. 17 m.w.N.; kritisch hierzu Hailbronner, Ausländerrecht, Kommentar, Assoziation EWG-Türkei, D.5.1, Rn. 9 ff.).

Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze und der Rechtsprechung des EuGH steht zunächst fest, dass auch sozialversicherungsfreie geringfügige Beschäftigungsverhältnisse im Sinne von §§ 8, 8 a SGB IV („Minijob“) nicht von vornherein ungeeignet sind, die Arbeitnehmereigenschaft zu vermitteln. Hier hat das Beschäftigungsverhältnis der Klägerin als Raumpflegerin bei der L. GmbH ab Mitte Juni 2004 dazu geführt, dass sie zunächst – nach Ablauf eines Jahres - ein Recht aus Art. 6 Abs. 1, 1. Spiegelstrich ARB 1/80 erworben und so dann nach zwei weiteren Jahren bis Mitte Juni 2007 die zweite Verfestigungsstufe erreicht hat. Betrachtet man das erzielte Einkommen und die vertraglich

vereinbarte wöchentliche Arbeitszeit, so lässt sich die Tätigkeit trotz ihres geringen Umfangs als nicht völlig untergeordnet und unwesentlich charakterisieren. So belief sich das Einkommen zuletzt, d.h. vor dem freiwilligen Verzicht auf öffentliche Mittel ab Mai 2008, immerhin auf rund 25 % des der Klägerin nach dem SGB II zustehenden Bedarfs. Während des Drei-Jahres-Zeitraumes (Juni 2004 bis Juni 2007), innerhalb dessen die Klägerin die zweite Verfestigungsstufe des Art. 6 Abs. 1 ARB 1/80 erreichen konnte, war sie aufgrund des geringeren Bedarfs für Regelleistungen und Unterkunft (ca. 571,00 Euro) sogar in der Lage, einen noch höheren Anteil von rund 30 % des Bedarfs zu decken. Hierbei dürfen die Freibeträge für Erwerbstätige (ab 1. April 2011: § 11 b Abs. 2 und 3 SGB II) nicht zu Lasten der Klägerin berücksichtigt werden, weil es um die möglichst effektive Durchsetzung der Arbeitnehmerfreizügigkeit aufgrund unionsrechtlicher Vorschriften geht (vgl. auch BVerwG, Urteil vom 16. November 2010, InfAuslR 2011, 144). Der Anteil der wöchentlichen Arbeitszeit ist mit rund 14 % der Arbeitszeit eines voll Erwerbstätigen zwar sehr gering, aber ebenfalls noch nicht völlig untergeordnet. Beides ist - vor allem im Hinblick auf das Einkommen - gerade noch ausreichend, um der Klägerin die Arbeitnehmereigenschaft zu vermitteln. Es lässt sich auch nicht sagen, dass die Arbeitsleistung der Klägerin für ihren Arbeitgeber, ein Reinigungsunternehmen, nicht von wirtschaftlichem Wert ist.

Dies gilt erst recht, wenn man die weiteren Kriterien hinzunimmt, die der Rechtsprechung des EuGH zufolge für das Vorliegen eines echten und tatsächlichen Beschäftigungsverhältnisses und gegen eine völlig untergeordnete und unwesentliche Tätigkeit sprechen können. Die Klägerin ist dem geringfügigen Beschäftigungsverhältnis über einen Zeitraum von mehreren Jahren hinweg nachgegangen. Im Arbeitsvertrag wurde Tariflohn vereinbart, und die Klägerin hatte einen tarifvertraglichen Anspruch auf Urlaub, Urlaubsgeld und Lohnfortzahlung.

Im Übrigen sind geringfügige Beschäftigungsverhältnisse auf dem Arbeitsmarkt weit verbreitet und in bestimmten Branchen wie dem Reinigungsgewerbe geradezu typisch. Sie sind zudem politisch erwünscht, weil dadurch Schwarzarbeit bekämpft und Erwerbslose oder nicht (hinreichend) qualifiziert Beschäftigte wie

die Klägerin, die weder über eine abgeschlossene Schul- noch über eine Berufsausbildung verfügt und bei ihrer Einreise nicht alphabetisiert war und kein Deutsch sprach, zumindest in Teilzeit-Arbeit vermittelt werden sollen. So lag die Anzahl der ausschließlich geringfügig entlohnt Beschäftigten im Bundesgebiet in den Jahren 2006 bis 2008 bei jeweils rund 4,8 Mio., die sich - bezogen auf die sozialversicherungspflichtig Beschäftigten in der jeweiligen Branche – weit überdurchschnittlich vor allem im Reinigungsgewerbe, der Gastronomie, in Kantinen und bei Caterern sowie in privaten Haushalten fanden (vgl. Bundesagentur für Arbeit, Analytikreport der Statistik, Arbeitsmarkt in Deutschland, Zeitreihen bis 2008, Juli 2009, S. 18; Bundesagentur für Arbeit, Mini- und Midijobs in Deutschland, Bericht der Statistik der BA, Mai 2007, S. 4 und S. 12).

Soweit der Beklagte der Klägerin verfahrensangepasstes Verhalten vorhält (u.a. Aufstockung des Minijobs auf 10 Stunden, Umzug in die Wohnung des Bruders, freiwilliger Verzicht auf den Bezug von SGB-II-Leistungen, behauptete zusätzliche Tätigkeit im Reisebüro), ist dies hinsichtlich einer Antwort auf die Frage, ob die Klägerin die 2. Verfestigungsstufe des Art. 6 Abs. 1 ARB 1/80 erreicht hat, nicht entscheidungserheblich. Das beanstandete Verhalten fällt im Wesentlichen in den Zeitraum, der nach Ablauf der Drei-Jahres-Frist des Art. 6 Abs. 1, 2. Spiegelstrich ARB liegt.

Während des gerichtlichen Verfahrens hat die Klägerin auch die 3. Verfestigungsstufe im Sinne von Art. 6 Abs. 1, 3. Spiegelstrich ARB 1/80 und das ihr danach zustehende Assoziationsrecht erreicht. Die Regelung gewährt einem türkischen Arbeitnehmer, der dem regulären Arbeitsmarkt eines Mitgliedstaates angehört in diesem Mitgliedstaat nach vier Jahren ordnungsgemäßer Beschäftigung freien Zugang zu jeder von ihm gewählten Beschäftigung im Lohn- oder Gehaltsverhältnis. Diese Voraussetzungen sind hier erfüllt, weil die Klägerin weiterhin als Arbeitnehmerin bei der L.-GmbH tätig war und sie – wie ausgeführt – während des Verwaltungsrechtsstreites nicht nur eine vorläufige Rechtsposition innehatte und ihrer Klage zudem stattgegeben worden ist.

Diesem Ergebnis steht auch nicht entgegen, dass das Jobcenter Friedrichshain-Kreuzberg als Träger der Grundsicherung für Arbeitsuchende ab Juli 2007

bis zur Einstellung der nach dem SGB II gewährten Leistungen die Beiträge zur gesetzlichen Krankenversicherung der Klägerin übernommen hat, weil sie nicht mehr familienversichert war. Selbst wenn man die Arbeitnehmereigenschaft der Klägerin trotz der fortgesetzten Beschäftigung bei der L.-GmbH während dieses Zeitraumes verneinte, handelte es sich lediglich um eine Übergangszeit von rund 10 Monaten, denn ab Mai 2008 wurden keine öffentlichen Leistungen mehr gezahlt. Dieser verhältnismäßig kurze Zeitraum wäre in entsprechender Anwendung des Art. 6 Abs. 2 Satz 2 ARB 1/80 nicht zu berücksichtigen, so dass die Klägerin im Anschluss daran unbeschadet der bis zu diesem Zeitpunkt erworbenen Ansprüche ebenfalls die 3. Verfestigungsstufe hätte erreichen können. Angesichts dessen kommt es auch hier nicht entscheidungserheblich darauf an, dass die Klägerin und ihr Arbeitgeber das insoweit durch Lohnbescheinigungen nachgewiesene Arbeitsverhältnis ab Mai 2008 auf 10 Wochenstunden zu einem pauschalen Lohn von 400,00 Euro monatlich erweitert haben. Der Senat hat allerdings keinen greifbaren Anhaltspunkt dafür, dass am Wahrheitsgehalt dieser Angaben Zweifel bestehen. Im Übrigen hat die Klägerin die Erwerbstätigkeit bei der L.-GmbH bereits mehr als ein Jahr vor Ablauf der befristeten Aufenthaltserlaubnis im Zusammenhang mit der Trennung von ihrem Ehemann aufgenommen. Leidglich die Erweiterung des Beschäftigungsverhältnisses erfolgte (unter anderem) während des Streites um das Bleiberecht im Bundesgebiet.

Die Klägerin hat das Assoziationsrecht aus Art. 6 Abs. 1 ARB 1/809 nicht wieder verloren, weil sie im Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung weiterhin - bei der L. GmbH - erwerbstätig war. Zudem steht sie seit 15. Oktober 2010 in einem – allerdings - befristeten Arbeitsverhältnis bei der P. GmbH als Reinigungskraft mit einer Arbeitszeit von 18 Wochenstunden und einem Stundenlohn von 8,40 Euro. Nach alledem ist nicht ersichtlich, dass die Klägerin seit Juli 2007 endgültig aus dem Arbeitsmarkt ausgeschieden ist oder während eines längeren Zeitraumes nicht Arbeitnehmerin war.

Ebenso wenig kann der Klägerin Rechtsmissbrauch entgegengehalten werden. Dies zeigt auch die Beantwortung der zweiten Vorlagefrage durch den EuGH. Die Auffassung des Beklagten, dass sich die Klägerin mit dem Ziel im Bundes-

gebiet aufhalte, öffentliche Leistungen zu beziehen, trifft insoweit nicht zu, als sie erst nach der Trennung von ihrem Ehemann – mehr als vier Jahre nach der Einreise – ergänzende öffentliche Mittel beantragt hat. Im Übrigen kann einem türkischen Staatsangehörigen, der aufgrund seiner tatsächlichen und echten Tätigkeit Arbeitnehmer im Sinne von Art. 6 Abs. 1 ARB 1/80 ist, nicht zugleich vorgehalten werden, dass er ergänzende öffentliche Mittel in Anspruch nehme, obwohl er seinen Lebensunterhalt bei weiteren Arbeitsbemühungen vollständig bestreiten könne. Es ist vielmehr Aufgabe der Jobcenter, Leistungen nach dem SGB II bei unzureichenden Arbeitsbemühungen zu mindern bzw. einzustellen (vgl. §§ 31 ff. SGB II).

Der Aufenthalt der Klägerin war in formeller und materieller Hinsicht legal. Es ist nicht erkennbar, dass sie über den Aufenthaltswitzweck – Nachzug zu ihrem Ehemann – oder in sonstiger Weise rechtsmissbräuchlich getäuscht hat (vgl. auch EuGH, Urteil vom 22. Dezember 2010 - Rs. C-303/08 -, Bozkurt, NVwZ 2011, 483, Rn. 50 ff.; EuGH, Urteil vom 5. Juni 1997 - Rs. C-285/95 -, Kol, NVwZ 1998, 50). Im Übrigen wäre das Tatbestandsmerkmal einer ordnungsgemäßen Beschäftigung im Sinne von Art. 6 Abs. 1 ARB 1/80 selbst dann nicht entfallen, wenn die Klägerin die Trennung von ihrem Ehemann gegenüber dem Beklagten nicht angegeben hätte (vgl. dazu VGH Kassel, Beschluss vom 17. November 2009, AuAS 2010, 88).

Dem Beklagten dürfte allerdings bei der Verlängerung der Aufenthaltserlaubnis am 1. August 2005 bekannt gewesen sein, dass die eheliche Lebensgemeinschaft zwischen der Klägerin und ihrem Ehemann zu diesem Zeitpunkt nicht mehr bestand, obwohl die Verlängerung auf § 30 AufenthG und nicht auf § 31 AufenthG gestützt wurde (vgl. dazu Vermerk vom 7. August 2007, Ausländerakte, Bl. 84). Auch dem anlässlich des Verlängerungsantrags von der Klägerin vorgelegten Bescheid des Jobcenters Friedrichshain-Kreuzberg vom 24. Juni 2005 konnte der zuständige Sachbearbeiter des Beklagten ohne weiteres entnehmen, dass zwischen ihr und ihrem Ehemann keine Bedarfsgemeinschaft mehr bestand, was nur mit einer Trennung der Eheleute erklärt werden konnte. Im Übrigen hat die Klägerin, die seinerzeit der deutschen Sprache nicht mächtig und nicht alphabetisiert war, auch bei der Beantragung von Leistungen nach

dem SGB II Ende September 2004 gegenüber dem Jobcenter angegeben, von ihrem Ehemann getrennt zu leben. Allerdings spricht alles dafür, dass die Klägerin auch bei einer Verlängerung der Aufenthaltserlaubnis gemäß § 31 Abs. 4 AufenthG ein Recht nach Art. 6 Abs. 1 ARB 1/80 und danach die weiteren Verfestigungsstufen erworben hätte, weil sie die erste Verfestigungsstufe bereits im Juni 2005 erreicht hatte und es danach nicht mehr entscheidungserheblich darauf ankam, ob der Lebensunterhalt im Sinne von § 5 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG gesichert war.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 2 VwGO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf § 167 Satz 1 VwGO in Verbindung mit §§ 708 Nr. 11, 711 ZPO.

Die Revision ist zuzulassen, weil die Rechtssache im Hinblick auf die Frage nach der Arbeitnehmereigenschaft im Sinne von Art. 6 Abs. 1 ARB 1/80 grundsätzliche Bedeutung hat, § 132 Abs. 2 Nr. 1 VwGO.

Rechtsmittelbelehrung

Gegen die Entscheidung steht den Beteiligten die Revision an das Bundesverwaltungsgericht zu.

Die Revision ist bei dem Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg, Hardenbergstraße 31, 10623 Berlin, innerhalb eines Monats nach Zustellung dieser Entscheidung schriftlich oder in elektronischer Form mit einer qualifizierten elektronischen Signatur im Sinne des Signaturgesetzes versehen auf dem unter www.berlin.de/erv veröffentlichten Kommunikationsweg einzulegen. Die Revisionsfrist ist auch gewahrt, wenn die Revision innerhalb der Frist bei dem Bundesverwaltungsgericht, Simsonplatz 1, 04107 Leipzig, schriftlich oder in der bezeichneten elektronischen Form unter www.bverwg.de eingelegt wird. Die Revision muss die angefochtene Entscheidung bezeichnen.

Die Revision ist innerhalb von zwei Monaten nach Zustellung dieser Entscheidung zu begründen. Die Begründung ist bei dem Bundesverwaltungsgericht, Simson-

platz 1, 04107 Leipzig, schriftlich oder in elektronischer Form einzureichen. Die Revisionsbegründung muss einen bestimmten Antrag enthalten, die verletzte Rechtsnorm und, soweit Verfahrensmängel gerügt werden, die Tatsachen angeben, die den Mangel ergeben.

Im Revisionsverfahren müssen sich die Beteiligten durch Prozessbevollmächtigte vertreten lassen. Dies gilt auch für die Einlegung der Revision. Als Bevollmächtigte sind Rechtsanwälte oder Rechtslehrer an staatlichen oder staatlich anerkannten Hochschulen eines Mitgliedstaates der Europäischen Union, eines anderen Vertragsstaates des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum oder der Schweiz mit Befähigung zum Richteramt zugelassen. In Angelegenheiten, die ein gegenwärtiges oder früheres Beamten-, Richter-, Wehrpflicht-, Wehrdienst- oder Zivildienstverhältnis betreffen, und in Angelegenheiten, die in einem Zusammenhang mit einem gegenwärtigen oder früheren Arbeitsverhältnis von Arbeitnehmern im Sinne des § 5 des Arbeitsgerichtsgesetzes stehen einschließlich Prüfungsangelegenheiten, sind auch die in § 67 Absatz 2 Satz 2 Nr. 5 Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO) bezeichneten Organisationen einschließlich der von ihnen gebildeten juristischen Personen gemäß § 67 Absatz 2 Satz 2 Nr. 7 VwGO als Bevollmächtigte zugelassen; sie müssen durch Personen mit der Befähigung zum Richteramt handeln. Ein als Bevollmächtigter zugelassener Beteiligter kann sich selbst vertreten. Behörden und juristische Personen des öffentlichen Rechts einschließlich der von ihnen zur Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben gebildeten Zusammenschlüsse können sich durch Beschäftigte mit Befähigung zum Richteramt vertreten lassen; das Beschäftigungsverhältnis kann auch zu einer anderen Behörde, juristischen Person des öffentlichen Rechts oder einem der genannten Zusammenschlüsse bestehen. Richter dürfen nicht vor dem Gericht auftreten, dem sie angehören.

Kipp

Plückelmann

Dr. Riese

(r/sch)