

1. Die Verlustfeststellung gemäß § 5 Abs. 4 Satz 1 FreizügG/EU kann nicht nur dann getroffen werden, wenn das Freizügigkeitsrecht ursprünglich bestanden hat und später entfallen ist, sondern auch dann, wenn die Voraussetzungen des Rechts nach § 2 Abs. 1 FreizügG/EU zu keinem Zeitpunkt bestanden haben.

2. Der Annahme der Arbeitnehmereigenschaft im Sinne des § 2 Abs. 2 Nr. 1 FreizügG/EU steht es grundsätzlich nicht entgegen, dass das erzielte Arbeitseinkommen unter dem Existenzminimum liegt oder dass die normale Arbeitszeit zehn Stunden pro Woche nicht übersteigt.

(Amtliche Leitsätze)

13 LA 27/17

Oberverwaltungsgericht Lüneburg

Beschluss vom 21.06.2017

T e n o r

Auf den Antrag der Kläger wird die Berufung gegen das Urteil des Verwaltungsgerichts Braunschweig - Einzelrichter der 4. Kammer - vom 15. Dezember 2016 zugelassen.

Den Klägern wird für das zweitinstanzliche Verfahren Prozesskostenhilfe bewilligt und Rechtsanwalt ... beigeordnet.

Die Entscheidung über die Kosten des Berufungszulassungsverfahrens bleibt der Schlussentscheidung vorbehalten.

G r ü n d e

I.

1 Die Kläger wenden sich gegen die Feststellung des Verlusts ihres unionsrechtlichen Freizügigkeitsrechts.

2 Die 1986 geborene Klägerin zu 1. und ihre Kinder, die 2002, 2007 und 2013 geborenen Kläger zu 2. bis 4., sind bulgarische Staatsangehörige. Sie reisten 2015 in das Bundesgebiet ein und leben seitdem hier.

3 Nachdem der Beklagte davon Kenntnis erlangte, dass die Kläger seit August 2015 laufend öffentliche Leistungen zur Sicherung ihres Lebensunterhalts beziehen, stellte er nach Anhörung mit Bescheid vom 10. Februar 2016 den Verlust des Freizügigkeitsrechts fest und forderte die Kläger zur Ausreise innerhalb eines Monats nach Bestandskraft des Bescheides auf. Zur Begründung wies der Beklagte darauf hin, dass die Kläger als nicht erwerbstätige Unionsbürger nur freizügig seien, wenn sie über ausreichenden Krankenversicherungsschutz und ausreichende Existenzmittel verfügten. Daran fehle es, da die Klägerin zu 1. nicht erwerbstätig sei und alle Kläger zur Sicherung ihres Lebensunterhalts öffentliche Leistungen bezögen. Das ihm danach eröffnete Ermessen übe er dahin aus, den Verlust des Freizügigkeitsrechts festzustellen. Die Kläger lebten erst seit einem kurzen Zeitraum im Bundesgebiet, hätten bisher keine Bindungen entwickelt und sich um die Aufnahme einer Erwerbstätigkeit nicht bemüht.

4 Mit ihrer gegen diesen Bescheid erhobenen Klage haben die Kläger geltend gemacht, die Klägerin zu 1. sei zum Zwecke der Suche und nachfolgenden Aufnahme einer Erwerbstätigkeit in das Bundesgebiet eingereist. Schon die Mutter der Klägerin zu 1. habe sich 2013 in das Bundesgebiet begeben und nach einem Sprachkurs einen Arbeitsplatz gefunden. Die Klägerin zu 1. habe Gleiches geplant und zudem auf eine Unterstützung ihrer Mutter bei der Kinderbetreuung gehofft. Sie, die Klägerin zu 1., habe sich dann auch an das Jobcenter gewandt, um zunächst einen Sprachkurs zu absolvieren. Von dort sei keine Reaktion erfolgt, so dass sie im März 2016 einen förmlichen Antrag auf Zulassung zu einem Sprachkurs gestellt habe. Auch ohne dass sie diesen Sprachkurs absolviert hätte, sei es ihr im Juli 2016 gelungen, eine unbefristete, geringfügige Beschäftigung aufzunehmen. Sie arbeite in einem Café in A-Stadt. Hieraus ergebe sich ein Monatseinkommen von 200 EUR. Die vereinbarten Arbeitsleistungen im Umfang von 4,5 Wochenstunden erbringe sie in den frühen Morgenstunden vor dem Schulbeginn ihrer zwei älteren Kinder. Seit September 2016 besuche sie einen Integrationskurs Deutsch, der täglich von 8.40 Uhr bis 13.00 Uhr stattfinde. Nach dem voraussichtlichen Abschluss des Kurses Ende April 2017 erwarte sie einen besseren Zugang zum Arbeitsmarkt. Sie beabsichtige dann auch eine umfangreichere Erwerbstätigkeit. Eine solche sei ihr auch aufgrund der erforderlichen Kinderbetreuung bisher nicht möglich gewesen. Sie lebe von dem Kindsvater getrennt, und auch ihre Mutter sei wieder nach Bulgarien zurückgekehrt.

5 Das Verwaltungsgericht hat die Klage mit Urteil vom 15. Dezember 2016 abgewiesen und seine Entscheidung damit begründet, dass die Klägerin zu 1. die Erwerbstätigkeit unerlaubt ausübe und den Umfang der Beschäftigung sowie die Entlohnung nicht nachgewiesen habe. Freizügigkeit könne nicht durch das Eingehen oder Ausnutzen von prekären Beschäftigungsverhältnissen erlangt werden.

6 Hiergegen richtet sich der Antrag der Kläger auf Zulassung der Berufung, mit dem sie ernstliche Zweifel an der Richtigkeit der erstinstanzlichen Entscheidung geltend machen. Sie halten die bisher von der Klägerin zu 1. ausgeübte Beschäftigung für ausreichend, um die unionsrechtliche Freizügigkeit als Arbeitnehmer bejahen zu können. Die Beschäftigung werde, wenn auch geringem Umfang, regelmäßig ausgeübt und auch tatsächlich entlohnt. Der in den Verdienstbescheinigungen genannte und auch den Sozialbehörden zur Kenntnis gegebene Lohn sei ihr vom Arbeitgeber bar ausgezahlt worden. Darüber hinaus habe die Klägerin zu 1. nach Beendigung des Sprachkurses das bestehende Arbeitsverhältnis zum 1. März 2017 geändert. Sie arbeite nun zehn Wochenstunden in dem Café in A-Stadt und erhalte hierfür ein monatliches Gehalt von 450 EUR, das auf ihr Konto überwiesen werde. Darüber hinaus sei sie Ende Februar 2017 ein weiteres Arbeitsverhältnis eingegangen. Sie arbeite nun monatlich weitere 26 Stunden als Aushilfe in einem Supermarkt und erziele hierdurch ein Einkommen von 230 EUR.

7 Die Kläger begehren zudem die Bewilligung von Prozesskostenhilfe für das zweitinstanzliche Verfahren und die Beordnung ihres Prozessbevollmächtigten.

II.

8 Der Antrag der Kläger auf Zulassung der Berufung hat Erfolg. Aus den von den Klägern dargelegten Gründen bestehen ernstliche Zweifel an der Richtigkeit des erstinstanzlichen Urteils im Sinne des § 124 Abs. 2 Nr. 1 VwGO (vgl. zu den Anforderungen an das Vorliegen und die Darlegung dieses Zulassungsgrundes im Einzelnen: Niedersächsisches OVG, Beschl. v. 17.6.2015 - 8 LA 16/15 -, NdsRPfl. 2015, 244, 245 mit weiteren Nachweisen).

9 Es spricht derzeit Überwiegendes dafür, dass der Bescheid des Beklagten vom 10. Februar 2016, mit dem der Verlust des unionsrechtlichen Freizügigkeitsrechts der Kläger festgestellt worden ist und die Kläger zur Ausreise aus dem Bundesgebiet innerhalb eines Monats nach Bestandskraft des Bescheides aufgefordert worden sind, rechtswidrig ist.

10 Nach § 5 Abs. 4 Satz 1 des Gesetzes über die allgemeine Freizügigkeit von Unionsbürgern - Freizügigkeitsgesetz/EU (FreizügG/EU) - vom 30. Juli 2004 (BGBl. I S. 1950), in der hier maßgeblichen zuletzt durch Gesetz vom 8. Juni 2017 (BGBl. I S. 1570) geänderten Fassung (vgl. zum für die Beurteilung der Sach- und Rechtslage maßgeblichen Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung oder Entscheidung des Tatsachengerichts bei der Anfechtung einer Feststellung des Verlusts des Freizügigkeitsrechts: BVerwG, Urt. v. 16.7.2015 - BVerwG 1 C 22.14 -, NVwZ-RR 2015, 910, 911; Niedersächsisches OVG, Beschl. v. 11.7.2013 - 8 LA 148/12 -, juris Rn. 12 mit weiteren Nachweisen), kann der Verlust des Rechts nach § 2 Abs. 1 FreizügG/EU festgestellt werden, wenn die Voraussetzungen dieses Rechts innerhalb von fünf Jahren nach Begründung des ständigen rechtmäßigen Aufenthalts im Bundesgebiet entfallen sind oder diese Voraussetzungen nicht vorliegen. Die durch Art. 1 Nr. 3 des Gesetzes zur Änderung des Freizügigkeitsgesetzes/EU und weiterer Vorschriften vom 2. Dezember 2014 (BGBl. I S. 1922) vorgenommene Änderung des § 5 Abs. 4 Satz 1 FreizügG/EU stellt klar, dass eine Verlustfeststellung nicht nur getroffen werden kann, wenn das Freizügigkeitsrecht ursprünglich bestanden hat und später entfallen ist, sondern auch dann, wenn die Voraussetzungen des Rechts nach § 2 Abs. 1 FreizügG/EU zu keinem Zeitpunkt bestanden haben (vgl. Gesetzentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Freizügigkeitsgesetzes/EU und weiterer Vorschriften, BT-Drs. 18/2581, S. 16; BVerwG, Urt. v. 16.7.2015, a.a.O., S. 912).

11 Diese Voraussetzungen für eine Verlustfeststellung sind hier nicht erfüllt. Die Kläger sind im Zeitpunkt der Entscheidung des Senats über den Berufungszulassungsantrag (und waren auch im Zeitpunkt der erstinstanzlichen Entscheidung) freizügigkeitsberechtigte Unionsbürger im Sinne des § 2 Abs. 1 FreizügG/EU.

12 1. Die Klägerin zu 1. ist nach § 2 Abs. 1 in Verbindung mit § 2 Abs. 2 Nr. 1 FreizügG/EU freizügigkeitsberechtigte Unionsbürgerin, die sich als Arbeitnehmerin im Bundesgebiet aufhalten will.

13 Der Begriff des "Arbeitnehmers" ist unionsrechtlich auszulegen. Er ist weit zu verstehen und nach objektiven Kriterien zu definieren, die das Arbeitsverhältnis in Ansehung der Rechte und Pflichten der betreffenden Personen charakterisieren. Das wesentliche Merkmal eines Arbeitsverhältnisses besteht darin, dass jemand während einer bestimmten Zeit für einen anderen nach dessen Weisung Leistungen erbringt, für die er als Gegenleistung eine Vergütung erhält (vgl. zu Vorstehendem: EuGH, Urt. v. 19.6.2014 - C 507/12 -, Saint Prix, juris Rn. 33 ff.; Urt. v. 6.11.2003 - C-413/01 -, Ninni-Orasche, juris Rn. 23 ff. mit zahlreichen weiteren Nachweisen). Der bloße Umstand, dass eine unselbständige Tätigkeit nur von kurzer Dauer ist, steht der Annahme der Arbeitnehmereigenschaft nicht entgegen (vgl. EuGH, Urt. v. 6.11.2003, a.a.O., Rn. 30 und 32 (Arbeitnehmereigenschaft bejaht bei einer Aufenthaltsdauer von zweieinhalb Jahren und einer Beschäftigungszeit von zweieinhalb Monaten)). Als Arbeitnehmer kann jedoch nur angesehen werden, wer eine tatsächliche und echte Tätigkeit ausübt, wobei Tätigkeiten außer Betracht bleiben, die einen so geringen Umfang haben, dass sie sich als völlig untergeordnet und unwesentlich darstellen (vgl. EuGH, Urt. v. 4.2.2010 - C-14/09 -, Genc, Rn. 9 und 23 ff. (Arbeitnehmereigenschaft bejaht bei einer Wochenarbeitszeit von 5,5 Stunden und einem monatlichen Durchschnittslohn von etwa 175 EUR); Urt. v. 3.6.1986 - 139/85 -, Kempf, Rn. 11 ff. (Arbeitnehmereigenschaft bejaht bei einer Wochenarbeitszeit von 12 Stunden und einem Bruttomonatsgehalt von 984 HFL bzw. 447 EUR). Geboten ist eine Gesamtbetrachtung aller Umstände, die die Art der in Rede stehenden Tätigkeiten und die des fraglichen Arbeitsverhältnisses betreffen. Umstände, die sich auf das Verhalten des Betroffenen vor und nach der Beschäftigungszeit beziehen, sind für die Begründung der Arbeitnehmereigenschaft hingegen ohne Bedeutung, da sie in keiner Beziehung zu den objektiven Kriterien stehen, die das konkrete Arbeitsverhältnis charakterisieren (vgl. EuGH, Urt. v. 6.11.2003, a.a.O., Rn. 29 und 32).

14 Nach der danach gebotenen Gesamtbetrachtung aller Umstände, die die Art der in Rede stehenden Tätigkeiten und die der fraglichen Arbeitsverhältnisse betreffen, ist die Klägerin zu 1. als Arbeitnehmerin anzusehen.

15 Die Klägerin zu 1. übt seit Juli 2016 eine unbefristete, geringfügige Beschäftigung als Aushilfskraft in einem Café in A-Stadt aus. Sie hat zunächst Arbeitsleistungen in einem Umfang von 4,5 Wochenstunden erbracht. Zwar kann der Umstand, dass im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses nur sehr wenige Arbeitsstunden geleistet werden, ein Anhaltspunkt dafür sein, dass die ausgeübten Tätigkeiten nur untergeordnet und unwesentlich sind. Dieser Anhalt greift im vorliegenden Fall aber nicht durch. Denn er berücksichtigt nicht die besonderen Umstände des vorliegenden Einzelfalls (vgl. hierzu bereits den Senatsbeschl. v. 22.9.2016 - 13 PA 172/16 -, Umdruck S. 3): Es handelte sich um die erste Arbeitsstelle der Klägerin zu 1. Sie hatte den Einstieg in den Berufsalltag und die Berufstätigkeit mit der Versorgung ihrer minderjährigen Kinder, für die eine familiäre Betreuung durch Dritte nicht gewährleistet war, und dem täglichen Besuch des Sprachkurses in Einklang zu bringen. Nach diesen anfänglichen Schwierigkeiten hat die Klägerin zu 1. zudem seit März 2017 den Umfang ihrer Arbeitsleistungen auf zehn Wochenstunden erhöht. Daneben ist sie Ende Februar 2017 ein weiteres Arbeitsverhältnis eingegangen, in dem sie monatlich weitere 26 Stunden als Aushilfe in einem Supermarkt arbeitet. Angesichts dieser Umstände des konkreten Einzelfalls kann nicht davon ausgegangen werden, dass die Klägerin zu 1. nur völlig untergeordnete und unwesentliche Tätigkeiten erbringt.

16 Dass die Klägerin zu 1. derzeit nicht in der Lage ist, mit dem erzielten Erwerbseinkommen den Lebensunterhalt ihrer Familie vollständig oder auch nur weit überwiegend zu sichern, steht der Annahme der Arbeitnehmereigenschaft nicht entgegen. Der Europäische Gerichtshof hat in seinem Urteil vom 14. Dezember 1995 (- C-444/93 -, Megner und Scheffel, Rn. 17 f. und 21 ff.) die Auffassung der Bundesregierung, geringfügig Beschäftigte gehörten nicht zur Erwerbsbevölkerung, weil sie ihren Lebensunterhalt nicht mit den geringfügigen Einnahmen aus einer solchen Tätigkeit bestreiten könnten, zurückgewiesen. Der Europäische Gerichtshof hat klar herausgestellt, dass die Tatsache, dass das Einkommen des Arbeitnehmers nicht seinen ganzen Lebensunterhalt deckt, ihm nicht die Eigenschaft eines Erwerbstätigen nimmt und dass der Umstand, dass die Bezahlung einer Tätigkeit im Lohn- oder Gehaltsverhältnis unter dem Existenzminimum liegt oder die normale Arbeitszeit selbst zehn Stunden pro Woche nicht übersteigt, der Annahme der Arbeitnehmereigenschaft nicht entgegen steht. An dieser Rechtsprechung hat der Europäische Gerichtshof in der Folge festgehalten (vgl. EuGH, Urt. v. 4.2.2010, a.a.O., Rn. 20 und 23 ff.; Urt. v. 18.7.2007 - C-213/05 -, Geven, Rn. 27). Die widerstreitende, nicht näher begründete Auffassung des Verwaltungsgerichts in der angefochtenen Entscheidung, Freizügigkeit könne durch prekäre Beschäftigung nicht erlangt werden, geht daher ersichtlich fehl (vgl. in diesem Sinne auch: Sächsisches OVG, Beschl. v. 2.2.2016 - 3 B 267/15 -, juris Rn. 5; Hessischer VGH, Beschl. v. 26.6.2014 - 9 B 37/14 -, juris Rn. 10 ff.).

17 2. Die Kläger zu 2. bis 4. sind nach § 2 Abs. 1 in Verbindung mit §§ 2 Abs. 2 Nr. 6, 3 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Nr. 1 FreizügG/EU freizügigkeitsberechtigt.

18-20 Das Berufungszulassungsverfahren wird als Berufungsverfahren unter dem gerichtlichen Aktenzeichen 13 LB 161/17 fortgeführt; der Einlegung einer Berufung bedarf es nicht (§ 124a Abs. 5 Satz 5 VwGO). Die Berufung ist innerhalb eines Monats nach Zustellung des Beschlusses über die Zulassung der Berufung zu begründen. Die Begründung ist bei dem Niedersächsischen Oberverwaltungsgericht, Uelzener Straße 40, 21335 Lüneburg, oder Postfach 2371, 21313 Lüneburg, einzureichen. Die Begründung ist schriftlich oder in elektronischer Form nach Maßgabe der Niedersächsischen Verordnung über den elektronischen Rechtsverkehr in der Justiz einzureichen. Die Begründungsfrist kann auf einen vor ihrem Ablauf gestellten Antrag von dem Vorsitzenden verlängert werden. Die Begründung muss einen bestimmten Antrag enthalten sowie die im Einzelnen anzuführenden Gründe der Anfechtung (Berufungsgründe). Mangelt es an einem dieser Erfordernisse, so ist die Berufung unzulässig (§ 124a Abs. 3 Sätze 3 bis 5 und Abs. 6 VwGO).

21 Den Klägern ist auf ihren Antrag nach § 166 Abs. 1 Satz 1 VwGO in Verbindung mit § 114 Abs. 1 Satz 1 ZPO für das zweitinstanzliche Verfahren Prozesskostenhilfe zu bewilligen, da sie nach ihren persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnissen die Kosten der Prozessführung nicht aufbringen können, die Rechtsverfolgung hinreichende Aussicht auf Erfolg bietet und nicht mutwillig erscheint. Die Entscheidung über die Beordnung beruht auf § 166 Abs. 1 Satz 1 VwGO in Verbindung mit § 121 Abs. 1 und 3 ZPO.

22 Die Entscheidung über die Kosten des Berufungszulassungsverfahrens bleibt der Schlussentscheidung vorbehalten. Im Prozesskostenhilfebewilligungsverfahren ist eine Kostenentscheidung nicht veranlasst. Der Ansatz von Gerichtsgebühren für das Prozesskostenhilfebewilligungsverfahren ist im Gerichtskostengesetz nicht vorgesehen. Außergerichtliche Kosten werden nach § 166 Abs. 1 Satz 1 VwGO in Verbindung mit § 118 Abs. 1 Satz 4 ZPO nicht erstattet.

23 Dieser Beschluss ist unanfechtbar (§ 152 Abs. 1 VwGO).

Vorinstanz: Verwaltungsgericht Braunschweig, Urteil vom 15. Dezember 2016, Az: 4 A 57/16