

**Titel:**

**Recht auf Freizügigkeit für Arbeitnehmer bei vorübergehender Erwerbsminderung infolge Krankheit oder Unfall**

**Normenketten:**

RL 2004/38/EG Art. 7 Abs. 1, Abs. 3, Art. 7 Abs. 3 lit. a, Art. 17

FreizügG/EU § 2 Abs. 3 S. 1, § 4a Abs. 2 S. 1, § 5 Abs. 4

**Leitsätze:**

**1. Das Recht auf Freizügigkeit bleibt für Arbeitnehmer bei vorübergehender Erwerbsminderung infolge Krankheit oder Unfall (§ 2 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 FreizügG/EU) selbst dann unberührt, wenn das Arbeitsverhältnis nicht mehr besteht. (Rn. 51)**

**2. Der Erwerb eines Daueraufenthaltsrechts nach § 4a Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Buchst. b FreizügG/EG setzt einen zweijährigen ständigen rechtmäßigen Aufenthalt im Bundesgebiet voraus. (Rn. 54)**

**Schlagworte:**

Ungarischer Staatsangehöriger, Verlustfeststellung, Maßgeblicher Zeitpunkt, Arbeitnehmereigenschaft, Befristete Beschäftigung auf Abruf bei einer Zeitarbeitsfirma auf 400-Euro-Basis, Bestehen der Freizügigkeitsberechtigung bei vorübergehender Erwerbsminderung, Daueraufenthaltsrecht bei Aufgabe der Beschäftigung infolge einer vollen Erwerbsminderung, Recht auf Freizügigkeit, Krankheit, Unfall, Unfallversicherung, Arbeitsunfall, Zeitpunkt der Entscheidung, Zeitpunkt des Bescheidserlasses, Ausreisepflicht

**Vorinstanz:**

VG München, Urteil vom 22.06.2016 – M 25 K 14.2838

**Rechtsmittelinstanz:**

BVerwG Leipzig, Beschluss vom 07.12.2017 – 1 B 142.17

**Fundstellen:**

LSK 2017, 122965

BeckRS 2017, 122965

NVwZ-RR 2017, 1037

**Tenor**

I. Die Berufung wird zurückgewiesen.

II. Der Kläger trägt die Kosten des Berufungsverfahrens.

III. Die Kostenentscheidung ist vorläufig vollstreckbar. Der Kläger darf die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung oder Hinterlegung in Höhe des vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

IV. Die Revision wird nicht zugelassen.

**Tatbestand**

**1**

Der am ... 1950 geborene Kläger ist ungarischer Staatsangehöriger. Er reiste zu einem nicht genau bekannten Zeitpunkt in das Bundesgebiet ein und erhielt, nachdem er sich am 9. August 2010 bei der Beklagten angemeldet hatte, am 17. August 2010 eine befristete Bescheinigung über das Bestehen eines Freizügigkeitsrechts nach § 5 Abs. 1 FreizügG/EU in der damals gültigen Fassung.

**2**

Nach seinen Angaben hat der Kläger in der Zeit vom 17. Mai 2010 bis zum 1. Dezember 2011 bei verschiedenen Arbeitgebern gearbeitet. Er hatte in dieser Zeit von der Sofortvermittlung des Jobcenters ...

verschiedene Arbeitsvermittlungsvorschläge erhalten. Ab dem 1. Dezember 2011 bezog er Sozialleistungen.

**3**

Deshalb hörte ihn die Beklagte mit Schreiben vom 13. Juli 2012 zu einer beabsichtigten Verlustfeststellung an.

**4**

Der ambulante Fachdienst Wohnen des Katholischen Männerfürsorgevereins teilte mit Schreiben vom 10. September 2012 mit, dass sich der Kläger seinen eigenen Angaben zufolge seit Anfang 2006 ständig in M. aufhalte, teilweise wohnungslos gewesen sei und sich intensiv um eine Beschäftigung bemühe. Dies gestalte sich jedoch aufgrund der bestehenden Vermittlungshemmnisse, insbesondere Alter bzw. Gesundheit, schwierig.

**5**

Am 15. Oktober 2012 wurde ein Vertrag des Klägers mit dem Zeitarbeitsunternehmen xy Personalmanagement GmbH vorgelegt, wonach ab dem 5. November 2012 ein unbefristetes Arbeitsverhältnis besteht.

**6**

Daraufhin stellte die Beklagte dem Kläger am 5. November 2012 eine unbefristete Bescheinigung über das Bestehen eines Freizügigkeitsrechts nach § 5 Abs. 1 FreizügG/EU in der damals geltenden Fassung aus. Das Arbeitsverhältnis wurde am 30. November 2012 vom Arbeitgeber gekündigt.

**7**

Seit Dezember 2012 befand sich der Kläger im laufenden Sozialleistungsbezug, weshalb ihn die Beklagte mit Schreiben vom 14. Juni 2013 erneut zur beabsichtigten Verlustfeststellung anhörte. Der Kläger legte einen neuen Vertrag mit dem Zeitarbeitsunternehmen vor, wonach er im Zeitraum 18. bis 28. Juni 2013 dort beschäftigt sei. Der Vertrag war auf 400-Euro-Basis mit einer maximalen Stundenzahl von 40 Stunden pro Monat geschlossen und sah ein Entgelt von 8,19 Euro pro Stunde vor.

**8**

Das Jobcenter teilte der Beklagten mit, dass für den Kläger Leistungen nach dem SGB II bis 30. November 2013 bewilligt seien. Der Kläger arbeite immer wieder bei Zeitarbeitsunternehmen. Im Juni 2013 habe er ein Gesamteinkommen von 202,36 Euro erzielt, im Juli 2013 von 285,16 Euro. In der Zeit vom 7. bis 30. November 2012 habe er lediglich 66,5 Stunden gearbeitet und dabei 681,89 Euro brutto verdient. Im August 2013 habe er 311,23 Euro brutto verdient. Es habe sich ein Unfall ereignet; das Arbeitsverhältnis scheinbeendet zu sein. Der Kläger sei bis Ende Oktober 2013 krank geschrieben.

**9**

Mit Bescheid vom 6. Juni 2014 stellte die Beklagte fest, dass der Kläger sein Recht auf Einreise und Aufenthalt in der Bundesrepublik Deutschland verloren habe (Ziffer 1). Er sei verpflichtet, das Bundesgebiet bis 20. Juni 2014 zu verlassen. Sofern er seiner Ausreisepflicht nicht fristgerecht nachkomme, werde er nach Ungarn oder in einen anderen zur Rückübernahme verpflichteten oder bereiten Staat abgeschoben (Ziffer 2).

**10**

Gegen diesen Bescheid erhob der Kläger Klage zum Bayerischen Verwaltungsgericht München. Der Klageschrift waren als Anlagen u.a. eine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung vom 29. April 2014, die dem Kläger Arbeitsunfähigkeit bis 31. Mai 2014 attestiert, und eine Bescheinigung der gesetzlichen Unfallversicherung über den Bezug von Verletztengeld bis zum 1. Juni 2014 beigefügt. Ferner legte der Kläger ein Schreiben seines ehemaligen Arbeitgebers vor, wonach versucht werde, ihn baldmöglichst wieder einzustellen.

**11**

Im Klageverfahren teilte er mit, dass sich sein Gesundheitszustand nach dem Arbeitsunfall nicht mehr ausreichend verbessert habe, um seine Erwerbsfähigkeit wiederherzustellen. Das Versorgungsamt habe ihm am 1. Juli 2014 einen Grad der Behinderung von 30 v. H. bescheinigt. Eine Erwerbsminderungsrente sei durch die gesetzliche Unfallversicherung nicht gewährt worden. Er sei seit dem 1. Oktober 2015 Rentner und erhalte eine Regelaltersrente in Höhe von 5,38 Euro. Er habe am 28. August 2013 einen Arbeitsunfall

bei einem Sprung vom Müllwagen erlitten. Seither sei er arbeitsunfähig und beziehe Verletztengeld. Mit Bescheid des Jobcenters vom 17. Oktober 2014 sei eine andauernde Leistungsminderung festgestellt worden.

## 12

Seine Klage auf Aufhebung des Bescheides vom 6. Juni 2014 hat das Bayerische Verwaltungsgericht München mit Urteil vom 22. Juni 2016 abgewiesen. Die nach pflichtgemäßem Ermessen ausgesprochene Verlustfeststellung nach § 5 Abs. 4 Satz 1 FreizügG/EU erweise sich im maßgeblichen Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung als rechtmäßig. Die Voraussetzungen des Rechts nach § 2 Abs. 1 FreizügG/EU seien innerhalb von fünf Jahren nach Begründung des ständigen rechtmäßigen Aufenthalts im Bundesgebiet entfallen. Der Kläger habe sich frühestens seit Mai 2010 ständig rechtmäßig im Bundesgebiet aufgehalten, so dass eine Verlustfeststellung im Juni 2014 noch ergehen habe können. Soweit der Kläger geltend mache, sich bereits seit dem Jahr 2006 im Bundesgebiet aufgehalten zu haben, gebe es dafür keine Nachweise. Insbesondere sei er nicht im Bundesgebiet gemeldet gewesen, habe über keinen festen Wohnsitz verfügt und nicht in einem Arbeitsverhältnis gestanden. Es sei auch nicht vorgetragen, dass der Kläger bereits vor Mai 2010 den Tatbestand einer Freizügigkeitsberechtigung im Sinne von § 2 FreizügG/EU erfüllt habe. Zum Zeitpunkt des Bescheidserlasses am 6. Juni 2014 sei der Aufenthalt des Klägers nicht mehr rechtmäßig gewesen, da er zu diesem Zeitpunkt nicht mehr gemäß § 2 Abs. 1 und 2 FreizügG/EU freizügigkeitsberechtigt gewesen sei. Der Kläger sei zum Zeitpunkt des Bescheidserlasses kein Arbeitnehmer im Sinne von § 2 Abs. 2 Nr. 1 FreizügG/EU gewesen. Das letzte Vertragsverhältnis habe am 30. August 2013 geendet. Auch sei er nicht mehr arbeitssuchend gewesen. Die Arbeitssuche des Klägers habe bereits seit Mai 2010 gedauert, da er zu keinem Zeitpunkt Arbeitnehmer im Sinne des Freizügigkeitsgesetzes gewesen sei. Für die Zeit vor November 2012 ergebe sich aus den vorgelegten Unterlagen kein auf Dauer angelegtes und nicht völlig untergeordnetes Arbeitsverhältnis. Auch die Vertragsverhältnisse, die der Kläger ab November 2012 mit dem Zeitarbeitsunternehmen geschlossen habe, hätten keine Arbeitnehmereigenschaft im Sinne des Freizügigkeitsgesetzes begründet. Das Zeitarbeitsunternehmen habe den Kläger nicht im Rahmen eines festen Zeitarbeitsvertrages angestellt und ihn bei einer verlässlichen Basislohnzahlung zu verschiedenen Unternehmen entsandt. Der Kläger sei nur auf Abruf für wenige Stunden tätig geworden und habe nur für die hierbei geleistete Arbeit Lohn erhalten. Das Vertragsverhältnis des Klägers mit dem Zeitarbeitsunternehmen ab 18. Juni 2013 sei befristet gewesen. Auch bei diesem Vertragsverhältnis sei keine feststehende Stundenzahl und damit kein feststehendes Entgelt vereinbart worden, der Vertrag sei nur von kurzer Dauer und die Stundenzahl sehr beschränkt gewesen. Soweit das Vertragsverhältnis nach Ablauf des schriftlichen Vertrages weitergeführt worden sei, sei dies zu denselben Bedingungen erfolgt. Es sei davon auszugehen, dass die Beschäftigung des Klägers über den Ablauf der Befristung hinaus auf mündlichen Abreden beruht habe und bis zum 30. August 2013 befristet gewesen sei. Folglich habe die Arbeitssuche schon länger als sechs Monate gedauert. Zudem habe der Kläger keine Arbeit gesucht. Eine Freizügigkeitsberechtigung des Klägers bestehe nicht und habe auch nicht aufgrund vorangegangener Erwerbstätigkeit gemäß § 2 Abs. 3 Satz 1 FreizügG/EU bestanden. Er sei mittlerweile dauerhaft erwerbsunfähig, so dass keine vorübergehende Erwerbsminderung infolge Krankheit oder Unfall vorliege. Zudem sei er nicht mehr als ein Jahr erwerbstätig gewesen. Der Kläger sei auch nicht nach § 2 Abs. 2 Nr. 5, § 4 FreizügG/EU freizügigkeitsberechtigt, da er nicht über ausreichende Existenzmittel verfüge und der Anspruch auf Sozialleistungen hier unangemessen sei. Der Kläger habe auch kein Daueraufenthaltsrecht erworben, da er sich nicht seit fünf Jahren ständig und rechtmäßig im Bundesgebiet aufgehalten habe. Die Voraussetzungen des § 4a Abs. 2 FreizügG/EU lägen nicht vor. Der Vertrag mit dem Zeitarbeitsunternehmen, der nach dem oben Gesagten jedoch ohnehin nicht die Arbeitnehmereigenschaft des Klägers begründet habe, habe zum 30. August 2013 geendet. Zu diesem Zeitpunkt sei der Kläger nur vorübergehend erwerbsunfähig gewesen.

## 13

Mit Beschluss vom 20. Februar 2017 hat der Bayerische Verwaltungsgerichtshof die Berufung zugelassen.

## 14

Im Berufungsverfahren bringt der Kläger vor, der streitgegenständliche Bescheid sei aufzuheben, da er am 6. Juni 2014 freizügigkeitsberechtigt gewesen sei. Er sei seit Mai 2010 beim Jobcenter München gemeldet gewesen und habe regelmäßig Gelegenheitsjobs vermittelt bekommen. Er sei bis Ende 2011 konkret oder ernsthaft auf Arbeitssuche gewesen. Da er auch in den Jahren 2012 und 2013 bis zu seinem Arbeitsunfall am 28. August 2013 Beschäftigungen nachgegangen sei, zeige dies, dass er in den beschäftigungslosen

Zwischenzeiten weiterhin und mit begründeter Aussicht auf Erfolg auf Arbeitssuche war. Er sei deshalb in dieser Zeit freizügigkeitsberechtigt gewesen. Ein Wegfall des Erwerbstätigenstatus komme nur dann in Betracht, wenn aufgrund objektiver Umstände davon auszugehen sei, dass der Unionsbürger in Wirklichkeit keinerlei ernsthafte Absichten verfolgte, eine Beschäftigung aufzunehmen. Der Kläger sei in der Vermittlungszeit nicht für einen einzelnen Arbeitgeber tätig gewesen, sondern habe nur jeweils kurzfristige Beschäftigungen gehabt, die in ihrer Gesamtheit aber ebenso wie ein konkretes Arbeitsverhältnis betrachtet werden könnten (Art. 45 Abs. 3 Buchst. c AEUV). Entgegen der Auffassung des Verwaltungsgerichts habe das am 18. Juni 2013 begründete Arbeitsverhältnis nicht am 30. August 2013 geendet. Dieses Arbeitsverhältnis sei zwar bis zum 28. Juni 2013 befristet gewesen. Es habe aber auch ohne die Erhebung einer Feststellungsklage fortbestanden, weil die Tätigkeit unzweifelhaft über den vereinbarten Beendigungszeitpunkt hinaus fortgesetzt worden sei. Der Kläger sei Arbeitnehmer gewesen. Es dürfe sich nicht auf die Arbeitnehmereigenschaft auswirken, ob der Arbeitgeber die vertraglich zugesagte Vergütung leiste oder ob er die vertraglich vereinbarte Stundenzahl beim Arbeitnehmer einfordere. Er sei deshalb zum Zeitpunkt des Unfalls am 28. August 2013 als Arbeitnehmer freizügigkeitsberechtigt gewesen. Die vorgelegten Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen belegten eine vorübergehende Erwerbsminderung infolge des Unfalls. Ihm sei deshalb auch Verletzengeld bezahlt worden. Dies werde gemäß § 45 Abs. 1 i.V.m. § 7 Abs. 1 SGB VII erbracht, wenn Versicherte infolge von Arbeitsunfällen oder durch Berufskrankheiten arbeitsunfähig seien und unmittelbar vor Beginn der Arbeitsunfähigkeit Anspruch auf Arbeitsentgelt gehabt hätten. Erst mit Bescheid des Jobcenters München vom 17. Oktober 2014 sei ihm mitgeteilt worden, dass er nach Feststellung des Ärztlichen Dienstes der Bundesagentur für Arbeit vom 16. September 2014 nicht mehr erwerbsfähig sei, da eine andauernde Leistungsminderung vorliege. Zum Zeitpunkt des streitgegenständlichen Bescheids der Beklagten sei er deshalb noch vorübergehend erwerbsgemindert im Sinne des § 2 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 FreizügG/EU gewesen, so dass die unionsrechtliche Arbeitnehmereigenschaft erhalten geblieben sei. Die Klage werde auf Verpflichtung der Beklagten auf Bescheinigung eines Daueraufenthaltsrechts erweitert. Der Antrag sei sachdienlich, um im Falle der beantragten Aufhebung des streitgegenständlichen Bescheides eine abschließende Beilegung des Rechtsstreits zu erzielen.

**15**

Der Kläger beantragt,

**16**

das Urteil des Verwaltungsgerichts München vom 22. Juni 2016 und den Bescheid der Beklagten vom 6. Juni 2014 aufzuheben sowie die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger sein unionsrechtliches Daueraufenthaltsrecht zu bescheinigen.

**17**

Die Beklagte beantragt,

**18**

die Berufung zurückzuweisen.

**19**

Es sei davon auszugehen, dass der Kläger ab 9. August 2010, frühestens jedoch ab Mai 2010 seinen ständigen rechtmäßigen Aufenthalt im Bundesgebiet begründet habe. Im Mai 2010 habe er erstmals beim Jobcenter ein Vermittlungsangebot erhalten. Entgegen der Auffassung des Klägers könne in der Vermittlungszeit bis Ende 2010 und auch in der Zeit danach nicht generell von einer Freizügigkeitsberechtigung wegen Arbeitssuche ausgegangen werden. Nach § 2 Abs. 2 Nr. 1a FreizügG/EU seien Unionsbürger, die sich zur Arbeitssuche aufhalten, für bis zu 6 Monate und darüber hinaus nur dann freizügigkeitsberechtigt, solange sie nachwiesen, dass sie weiterhin Arbeit suchten und begründete Aussicht hätten, eingestellt zu werden. Dieser 6-Monatszeitraum sei überschritten worden. Unabhängig davon, wie die kurzfristigen oder tageweise Beschäftigungen des Klägers in der Vermittlungszeit rechtlich zu qualifizieren seien, habe es in dieser Zeit auch mehr als sechs Monate gegeben, in denen er keiner Beschäftigung nachgegangen sei. Der Kläger habe für diesen Zeitraum auch keine ausreichenden Nachweise erbracht, dass er ernsthaft im Bundesgebiet einen Arbeitsplatz gesucht habe, sich ernsthaft und nachhaltig um eine Arbeitsstelle bemüht habe und sein Bemühen objektiv nicht aussichtslos gewesen sei. Darüber hinaus könne er in der Vermittlungszeit auch nicht als Arbeitnehmer im Sinne der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs angesehen werden. Er habe nach eigenen Angaben in dieser Zeit immer

wieder nur kurzfristige Beschäftigungen ausgeübt. Diese Beschäftigungen dauerten überwiegend nur wenige Tage. Die jeweils kurzfristigen Beschäftigungen könnten auch als Block die Arbeitnehmereigenschaft nicht begründen. Auch das Beschäftigungsverhältnis mit der xy Personalmanagement im Sommer 2013 habe die Arbeitnehmereigenschaft nicht begründet. Es sei in Übereinstimmung mit dem Erstgericht von einer Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses mit der xy Personalmanagement zum 30. August 2013 auszugehen. Entscheidend sei jedoch, dass die Arbeitnehmereigenschaft durch den Vertrag vom 18. Juni 2013 bzw. eine Tätigkeit für die xy Personalmanagement bis zum 30. August 2013 im Ergebnis zu verneinen sei. Insbesondere sei der Umfang der vom Kläger ausgeübten Tätigkeiten zu gering, um auf Basis einer Gesamtbewertung von einer Arbeitnehmereigenschaft im Sinne der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs ausgehen zu können. Jedenfalls sei aber die Freizügigkeitsberechtigung im Sinne des § 2 FreizügG/EU spätestens im Zeitpunkt der Feststellung der dauernden Erwerbsunfähigkeit am 17. Oktober 2014 entfallen. Ab dem Zeitpunkt der Feststellung der dauernden Erwerbsunfähigkeit komme als möglicher Freizügigkeitstatbestand allenfalls noch § 2 Abs. 2 Nr. 7 FreizügG/EU in Betracht, mithin der Erwerb einer Daueraufenthaltsberechtigung. Der Kläger habe jedoch kein Daueraufenthaltsrecht nach § 4a FreizügG/EU erworben. Wie das Erstgericht schon rechtsfehlerfrei festgestellt habe, sei der Erwerb des Daueraufenthaltsrechts nach § 4 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 Buchst. a FreizügG/EU zu verneinen, da der Kläger zum Zeitpunkt seines Ausscheidens aus dem Erwerbsleben nicht das 65. Lebensjahr erreicht habe und zudem nicht zwölf Monate vor seinem Ausscheiden einer Erwerbstätigkeit nachgegangen sei. Schließlich habe das Verwaltungsgericht im Ergebnis zu Recht festgestellt, dass auch der Erwerb eines Daueraufenthaltsrechts nach § 4a Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Buchst. b FreizügG/EU ausgeschlossen sei. Ein Daueraufenthaltsrecht nach dieser Vorschrift erwerbe nur derjenige, der die Erwerbstätigkeit infolge einer vollen Erwerbsminderung aufgegeben habe, d.h. im Zeitpunkt des Entstehens des Anspruchs auf ein Daueraufenthaltsrecht tatsächlich erwerbstätig war. Erforderlich sei eine kausale Verknüpfung zwischen Erwerbstätigkeit und dem Eintritt der dauernden Erwerbsminderung bzw. Arbeitsunfähigkeit. Dies sei jedoch beim Kläger, wie das Verwaltungsgericht festgestellt habe, nicht der Fall gewesen. Unabhängig davon scheitere der Erwerb des Daueraufenthaltsrechts nach § 4a Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Buchst. b FreizügG/EU aber auch an der weiteren Voraussetzung dieser Vorschrift, nämlich dass der Unionsbürger sich zuvor mindestens zwei Jahre ständig im Bundesgebiet aufgehalten haben müsse. Der zweijährige ständige Aufenthalt müsse dabei auch rechtmäßig gewesen sein. Ein solcher rechtmäßiger zweijähriger ständiger Aufenthalt sei vom Kläger für den maßgeblichen Zeitraum vor dem 17. Oktober 2014 nicht dargelegt und ergebe sich im Übrigen nicht aus den vorliegenden Unterlagen. Der Kläger könne bis November 2012 nicht als freizügigkeitsberechtigter Arbeitnehmer angesehen werden. Auch die Tätigkeit für die xy Personalmanagement GmbH im November 2012 habe seine Arbeitnehmereigenschaft nicht begründet. Er sei auch in diesem Zeitraum nicht Arbeitssuchender gewesen.

## **20**

Der frühere Arbeitsgeber legte auf Anfrage des Senats einen weiteren schriftlichen Arbeitsvertrag mit dem Kläger vor, wonach dieser befristet von 18. Juni bis 30. August 2013 als Helfer auf 400-Euro-Basis mit maximal 40 Stunden im Monat beschäftigt wird.

## **21**

Ergänzend wird auf die vorgelegten Behördenakten und die Gerichtsakten sowie das Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 17. Juli 2017 verwiesen.

## **Entscheidungsgründe**

## **22**

Die zulässige Berufung ist unbegründet. Das Verwaltungsgericht München hat die Anfechtungsklage gegen den Bescheid der Beklagten vom 6. Juni 2014 zu Recht abgewiesen, weil der Bescheid rechtmäßig ist und der Kläger dadurch nicht in seinen Rechten verletzt ist (§ 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO; I.). Die Verpflichtungsklage auf Bescheinigung des Daueraufenthaltsrechts bleibt ebenfalls erfolglos. Ein Daueraufenthaltsrecht nach § 4a FreizügG/EU hat der Kläger nicht erworben, so dass er auch keinen Anspruch auf Ausstellung einer entsprechenden Bescheinigung nach § 5 Abs. 5 FreizügG/EU hat (II.).

I.

## **23**

Die angefochtene Verlustfeststellung ist rechtmäßig. Die Beklagte konnte den Verlust des Rechts auf Einreise und Aufenthalt (§ 2 Abs. 1 FreizügG/EU) nach § 5 Abs. 4 FreizügG/EU feststellen. Der Kläger hielt sich im Zeitpunkt des Erlasses des streitgegenständlichen Bescheides noch nicht fünf Jahre ständig rechtmäßig im Bundesgebiet auf (1.). Im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung oder Entscheidung des Tatsachengerichts bestand kein Recht nach § 2 Abs. 1 FreizügG/EU mehr (2.). Die Entscheidung der Beklagten ist auch ermessensfehlerfrei, insbesondere ist der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gewahrt (3.).

## 24

1.1 Rechtsgrundlage für die im Bescheid vom 6. Juni 2014 getroffene Feststellung, dass der Kläger sein Recht auf Einreise und Aufenthalt in der Bundesrepublik verloren hat (Nr. 1), ist § 5 Abs. 4 FreizügG/EU in der Fassung des Gesetzes vom 2. Dezember 2014 (BGBl I S. 1922), in Kraft getreten am 9. Dezember 2014. Danach kann der Verlust des Rechts nach § 2 Abs. 1 FreizügG/EU festgestellt werden, wenn dessen Voraussetzungen innerhalb von fünf Jahren (1.2) nach Begründung des ständigen rechtmäßigen Aufenthalts (1.3) im Bundesgebiet entfallen sind oder nicht vorliegen. Maßgeblich für die rechtliche Beurteilung der Feststellung des Nichtbestehens des Freizügigkeitsrechts ist grundsätzlich die Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung oder Entscheidung des Tatsachengerichts. Insoweit gilt das Gleiche wie für andere aufenthaltsrechtliche Entscheidungen, die Grundlage einer Aufenthaltsbeendigung sein können (BVerwG, U.v. 16.7.2015 – 1 C 22.14 – juris Rn. 11). Eine Verschlechterung der Rechtsposition des Klägers ist damit nicht verbunden. Zwar wurde durch Art. 1 Nr. 3 des Gesetzes zur Änderung des Freizügigkeitsgesetzes/EU und weiterer Vorschriften vom 2. Dezember 2014 nach dem Erlass des streitgegenständlichen Bescheids eine Änderung des § 5 Abs. 4 Satz 1 FreizügG/EU dahingehend vorgenommen, dass eine Verlustfeststellung nicht mehr getroffen werden kann, wenn sich der Unionsbürger fünf Jahre lang ständig rechtmäßig im Bundesgebiet aufgehalten hat. Bei der Einfügung des Wortes „rechtmäßig“ handelte es sich aber lediglich um eine Klarstellung des Gesetzgebers (BT-Drs. 18/2581, S. 16; Hailbronner, AuslR, FreizügG/EU, Stand März 2017, § 5 Rn. 1; BVerwG, U.v. 16.7.2015 – 1 C 22.14 – juris Rn. 15 f.), die nichts an der bis dahin geltenden Rechtslage änderte.

## 25

1.2 Die Beklagte konnte im Zeitpunkt des Bescheidserlasses im Juni 2014 (1.2.1) den Verlust des Rechts nach § 2 Abs. 1 FreizügG/EU feststellen, weil der Kläger zu diesem Zeitpunkt noch kein Daueraufenthaltsrecht nach § 4a FreizügG/EU i.V.m. Art. 16 oder Art. 17 RL 2004/38/EG erworben hatte (1.2.2). Die Möglichkeit zur Feststellung des Verlustes des Freizügigkeitsrechts nach § 5 Abs. 4 FreizügG/EU erlischt nämlich nach dem Entstehen eines Daueraufenthaltsrechts (BVerwG, U.v. 16.7.2015 – 1 C 22.14 – juris Rn. 16).

## 26

1.2.1 Die Frage, ob eine Verlustfeststellung nach § 5 Abs. 4 FreizügG/EU grundsätzlich in Betracht kommt, beantwortet sich nach der Sachlage im Zeitpunkt des Erlasses des streitgegenständlichen Bescheides. Die Fünfjahresfrist bezieht sich zwar unmittelbar auf das Entfallen bzw. Nichtentstehen der Voraussetzungen eines Freizügigkeitsrechts und nicht auf die Feststellung des Entfallens (Hailbronner, AuslR, FreizügG/EU, Stand März 2017, § 5 Rn. 22). Da nach Ablauf eines rechtmäßigen fünfjährigen ununterbrochenen Aufenthalts im Bundesgebiet (Art. 16 Abs. 1 RL 2004/38/EG) ein Daueraufenthaltsrecht erworben wird, ist die Fünfjahresfrist des § 5 Abs. 4 FreizügG/EU daher in Bezug auf das Entstehen des Daueraufenthaltsrechts zu sehen. Dies bedeutet, dass ein Verlust der Freizügigkeitsvoraussetzung bis zur Entstehung des Daueraufenthaltsrechts möglich ist und durch eine Entscheidung auf der Grundlage des § 5 Abs. 4 FreizügG/EU festgestellt werden kann.

## 27

Abzustellen ist daher darauf, ob im Zeitpunkt der Verlustfeststellung bereits ein Daueraufenthaltsrecht entstanden war. Nach dem Wirksamwerden des Verlustfeststellungsbescheids kann der Betroffene nicht mehr allein durch den weiteren Aufenthalt und die auf dem Unionsbürgerstatus beruhende Freizügigkeitsvermutung in den Status eines Daueraufenthaltsberechtigten hineinwachsen, weil durch die Verlustfeststellung die Rechtmäßigkeit seines Aufenthalts endet. Die Feststellung des Verlustes des Rechts auf Einreise und Aufenthalt führt bereits mit ihrer Wirksamkeit (vgl. Art. 43 BayVwVfG), also mit ordnungsgemäßer Bekanntgabe der jeweiligen Entscheidung, zum Entstehen der Ausreisepflicht. Auf die Rechtmäßigkeit der Feststellungsentscheidung kommt es für das Entstehen der Ausreisepflicht nicht an. Dass für die Beendigung der Rechtmäßigkeit des Aufenthalts nicht die Unanfechtbarkeit der

Feststellungsentscheidung nach § 5 Abs. 4 FreizügG/EU maßgeblich ist, sondern nur deren Wirksamkeit, ergibt sich schon aus der Entstehungsgeschichte des § 7 Abs. 1 Satz 1 FreizügG/EU. Die Fassung dieser Vorschrift vom 30. Juli 2004 sah das Entstehen der Ausreisepflicht erst mit der Unanfechtbarkeit der Feststellungsentscheidung vor. Mit dem ersten Richtlinienumsetzungsgesetz (vom 19.8.2007, BGBl. I S. 1970) wurde das Erfordernis der Unanfechtbarkeit vom Gesetzgeber bewusst gestrichen (BT-Drs. 16/5065, S. 211). Die Ausreisepflicht bleibt bestehen, solange sie nicht erfüllt und die zugrundeliegende Feststellung wirksam ist (Epe in GK-AufenthG, FreizügG/EU, Stand Juni 2017, § 7 Rn. 7). Mit Bekanntgabe des Bescheides vom 6. Juni 2014 war der Kläger somit ausreisepflichtig und konnte sich nicht mehr auf die auf dem Unionsbürgerstatus beruhende Vermutung, wonach sich ein Unionsbürger rechtmäßig im jeweils anderen Mitgliedstaat aufhält, berufen.

## 28

1.2.2 Im Zeitpunkt des Erlasses des streitgegenständlichen Bescheides vom 6. Juni 2014 hielt sich der Kläger weder fünf Jahre rechtmäßig ununterbrochen im Bundesgebiet auf (a.) noch hatte er ein Daueraufenthaltsrecht nach § 4a Abs. 2 FreizügG/EU erworben (b.).

## 29

a) Der Erwerb eines Daueraufenthaltsrechts nach § 4a Abs. 1 FreizügG/EU setzt unionsrechtlich voraus, dass der Betroffene während einer Aufenthaltszeit von mindestens fünf Jahren ununterbrochen die Freizügigkeitsvoraussetzungen des Art. 7 Richtlinie 2004/38/EU erfüllt hat. Denn nach Art. 16 Abs. 1 RL 2004/38/EG hat jeder Unionsbürger, der sich rechtmäßig fünf Jahre lang im Aufnahmemitgliedstaat aufgehalten hat, das Recht, sich dort auf Dauer aufzuhalten. Rechtmäßig im Sinne des Unionsrechts ist nur ein Aufenthalt, der im Einklang mit den in der Richtlinie 2004/38/EG und insbesondere mit den in Art. 7 Abs. 1 RL 2004/38/EG aufgeführten Voraussetzungen steht (EuGH, U.v. 21.12.2011 – Ziolkowski und Szeja, C-424/10 u.a. – juris Rn. 46, U.v. 11.11.2014 – Dano, C-333/13 – juris Rn. 71; BVerwG, U.v. 16.7.2015 – 1 C 22.14 – juris Rn. 16 m. w. N.).

## 30

Der ständige Aufenthalt im Bundesgebiet wird in der Regel durch die Wohnsitznahme im Bundesgebiet begründet. Der Zeitpunkt der Begründung des ständigen Aufenthalts wird am einfachsten mit der Bescheinigung über die polizeiliche Anmeldung nachgewiesen. Hat der Betroffene es versäumt, sich polizeilich anzumelden, kann er die Aufenthaltsdauer aber auch mit jedem anderen üblichen Beweismittel nachweisen (Epe in GK-AufenthG, FreizügG/EU, Stand Juni 2017, § 5 Rn. 43).

## 31

Der Kläger hat jedoch nicht nachgewiesen, dass er sich im Zeitpunkt des Erlasses des streitgegenständlichen Bescheides bereits über einen Zeitraum von fünf Jahren ständig rechtmäßig im Bundesgebiet aufgehalten hat. Er hat sich erst im August 2010 mit dem Vermerk „aus Österreich kommend“ polizeilich angemeldet. Sein Aufenthalt im Bundesgebiet lässt sich allerdings bereits ab Mai 2010 belegen, weil er sich ab diesem Zeitpunkt beim Jobcenter München um die Vermittlung einer Beschäftigung bemüht hat. Der Kläger hat zwar vorgetragen, dass er sich bereits seit August 2006 ständig im Bundesgebiet aufgehalten habe. Einen Nachweis für diese Behauptung konnte er jedoch nicht erbringen. Das Schreiben des Sozialbürgerhauses vom 26. Januar 2012 (Bl. 38 der Verwaltungsakte) bestätigt lediglich Anwesenheitszeiten im November 2006, April 2007, Februar und März 2008 sowie Oktober 2010. Diese nur partiell bestätigten Aufenthaltszeiten genügen dem Erfordernis eines ständigen Aufenthalts nicht.

## 32

Selbst unter der Annahme, dass der Kläger sich vor der ersten nachgewiesenen Vermittlung an einen Arbeitgeber am 17. Mai 2010 bereits für sechs Monate zur Arbeitssuche ständig im Bundesgebiet aufgehalten hätte, wäre im Zeitpunkt des Erlasses des streitgegenständlichen Bescheides am 6. Juni 2014 der Fünfjahreszeitraum des § 5 Abs. 4 FreizügG/EU noch nicht abgelaufen gewesen. Angesichts dessen erübrigt sich auch eine Prüfung dahingehend, ob der Kläger sich in diesem Zeitraum ständig rechtmäßig hier aufgehalten hat, d.h. die Freizügigkeitsvoraussetzungen des § 2 Abs. 2 FreizügG/EU im gesamten Zeitraum erfüllt waren.

## 33

b) Der Kläger hat im Zeitpunkt des Erlasses des streitgegenständlichen Bescheides auch kein Daueraufenthaltsrecht nach § 4a Abs. 2 FreizügG/EU erworben. Da eine Verlustfeststellung nach § 5 Abs. 4 FreizügG/EU immer dann ausgeschlossen ist, wenn dem Betroffenen ein Daueraufenthaltsrecht zusteht,

gilt die Fünfjahresfrist des § 5 Abs. 4 FreizügG/EU nicht uneingeschränkt (Epe in GK-AufenthG, FreizügiG/EU, Stand Juni 2017, § 5 Rn. 44). Der Kläger erfüllt jedoch keinen der in § 4a Abs. 2 FreizügG/EU aufgeführten Erwerbstätbestände. Zum Zeitpunkt des Erlasses des streitgegenständlichen Bescheides war er weder aus dem Erwerbsleben ausgeschieden noch hatte er das 65. Lebensjahr erreicht (§ 4 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 Buchst. a FreizügG/EU) noch hatte er seine Erwerbstätigkeit infolge einer vollen Erwerbsminderung aufgegeben (§ 4a Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 FreizügG/EU).

### **34**

2. Der Kläger ist im Zeitpunkt der Entscheidung des Senats über den Berufungsantrag bezüglich der Verlustfeststellung nicht (mehr) freizügigkeitsberechtigter Unionsbürger im Sinne des § 2 Abs. 1 i.V.m. § 2 Abs. 2 FreizügG/EU, weil er die Voraussetzungen des § 2 Abs. 2 Nr. 1 bis 6 FreizügG/EU offensichtlich nicht erfüllt (2.1). Auch im Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung des Senats kann er sich nicht auf einen Erwerbstätbestand für ein Daueraufenthaltsrecht berufen (§ 2 Abs. 2 Nr. 7 FreizügG/EU; 2.2).

### **35**

2.1 Der Kläger bezieht seit Oktober 2015 eine Altersrente in Höhe von monatlich 5,86 Euro (und ergänzend Sozialleistungen). Er hält sich daher weder als Arbeitnehmer (§ 2 Abs. 2 Nr. 1 FreizügG/EU) noch als arbeitssuchender Unionsbürger (§ 2 Abs. 2 Nr. 1a FreizügG/EU) im Bundesgebiet auf. Anhaltspunkte dafür, dass er nach § 2 Abs. 2 Nr. 2 bis 4 FreizügG/EU freizügigkeitsberechtigter wäre, sind nicht ersichtlich. Eine Freizügigkeitsberechtigung ergibt sich auch nicht aus § 2 Abs. 2 Nr. 5 FreizügG/EU. Der Kläger ist zwar nicht erwerbstätig, erfüllt aber nicht die Voraussetzungen des § 4 Satz 1 FreizügG/EU, weil er weder über ausreichenden Krankenversicherungsschutz noch über ausreichende Existenzmittel verfügt.

### **36**

2.2 Der Kläger hat kein Daueraufenthaltsrecht nach § 4a Abs. 1 (2.2.1) oder § 4a Abs. 2 (2.2.2) FreizügG/EU erworben, so dass er auch nicht nach § 2 Abs. 2 Nr. 7 FreizügG/EU freizügigkeitsberechtigter ist.

### **37**

2.2.1 § 4a Abs. 1 FreizügG/EU i.V.m. Art. 16 Abs. 1 RL 2004/38/EG setzt für den Erwerb eines Daueraufenthaltsrechts einen fünfjährigen rechtmäßigen ununterbrochenen Aufenthalt im Aufnahmemitgliedstaat voraus. Rechtmäßig im Sinne des Unionsrechts ist ein Aufenthalt nur dann, wenn er im Einklang mit den in der Richtlinie 2004/38/EG und insbesondere mit den in Art. 7 Abs. 1 RL 2004/38/EG aufgeführten Voraussetzungen steht (EuGH, U.v. 21.12.2011 – Ziolkowski und Szaja, C-424/10 und C-425/10 – juris Rn. 42). Seit der Begründung seines ständigen Aufenthalts im Bundesgebiet im Mai 2010 bis zum Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung des Senats am 17. Juli 2017 hat der Kläger nicht während einer Aufenthaltszeit von mindestens fünf Jahren ununterbrochen die Freizügigkeitsvoraussetzungen des § 2 Abs. 2 FreizügG/EU i.V.m. Art. 7 Abs. 1 RL 2004/38/EG erfüllt.

### **38**

Mit Bescheid des Jobcenters vom 17. Oktober 2014 wurde festgestellt, dass der Kläger nicht mehr erwerbsfähig ist und eine dauernde Leistungsminderung vorliegt, die eine mindestens 15 Wochenstunden umfassende Beschäftigung nicht zulässt. Ab diesem Zeitpunkt war er nicht mehr freizügigkeitsberechtigter nach § 2 Abs. 2 Nr. 1 und Nr. 1a FreizügG/EU. Auf die Regelung des § 2 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 FreizügG/EU, der Art. 7 Abs. 3 Buchst. a RL 2004/38/EG umsetzt, kann sich der Kläger ab dem 17. Oktober 2014 nicht berufen, da Voraussetzung hierfür wäre, dass er wegen einer Krankheit oder eines Unfalls vorübergehend arbeitsunfähig ist. Da dem Kläger jedoch mit Bescheid vom 17. Oktober 2014 eine dauernde Erwerbsunfähigkeit bescheinigt wird, ist § 2 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 FreizügG/EU nicht einschlägig (vgl. Hailbronner, AuslR, FreizügG/EU, Stand März 2017, § 2 Rn. 81). Für das Vorliegen einer Freizügigkeitsberechtigung nach § 2 Abs. 2 Nr. 2 bis 6 FreizügG/EU für den Zeitraum nach dem 17. Oktober 2014 ergeben sich weder aus den Akten noch aus dem Vortrag des Klägers Anhaltspunkte.

### **39**

Der verbleibende Zeitraum von Mai 2010 bis zum 17. Oktober 2014 reicht für die Begründung eines fünf Jahre andauernden ständigen Aufenthalts im Bundesgebiet bereits zeitlich nicht aus, so dass es auf die Frage, ob dieser Aufenthalt auch rechtmäßig im Sinne von Art. 16 Abs. 1 RL 2004/38/EG gewesen ist, nicht mehr ankommt. Selbst wenn zugunsten des Klägers unterstellt wird, dass er sich bereits vor Mai 2010 sechs Monate zur Arbeitssuche – ungeachtet der für ungarische Staatsangehörige erst ab 1. Mai 2011



hergestellten vollen Freizügigkeit – im Bundesgebiet aufgehalten hat, liegt kein fünfjähriger ständiger Aufenthalt im Bundesgebiet vor.

#### 40

2.2.2 Der Kläger hat auch kein Daueraufenthaltsrecht nach § 4a Abs. 2 FreizügG/EU erworben. Soweit die Erwerbstatbestände des § 4a Abs. 2 FreizügG/EU auf einen ständigen Aufenthalt im Bundesgebiet abstellen, muss dieser Aufenthalt ebenso wie nach § 4a Abs. 1 FreizügG/EU rechtmäßig sein (a). Die Tatbestandsvoraussetzungen für ein Daueraufenthaltsrecht nach § 4a Abs. 2 FreizügG/EU sind in der Person des Klägers nicht erfüllt (b).

#### 41

a) Die Rechtmäßigkeit des Aufenthalts ist auch Tatbestandsvoraussetzung für das Entstehen eines Daueraufenthaltsrechts nach § 4a Abs. 2 FreizügG/EU. § 4a Abs. 2 FreizügG/EU setzt Art. 17 RL 2004/38/EG in nationales Recht um. Art. 17 Abs. 1 RL 2004/38/EG enthält eine Ausnahmeregelung bezüglich des Fünfjahreszeitraums des Art. 16 Abs. 1 RL 2004/38/EG. Unter bestimmten Voraussetzungen entsteht vor Ablauf dieses Zeitraums das Recht auf Daueraufenthalt. Art. 17 Abs. 1 RL 2004/38/EG sieht nur ein Abweichen vom Erfordernis des Fünfjahreszeitraums, nicht aber des rechtmäßigen Aufenthalts vor. Als Ausnahmenvorschrift zu Art. 16 Abs. 1 RL 2004/38/EG ist Art. 17 Abs. 1 RL 2004/38/EG eng auszulegen. Auch dem Wortlaut nach dispensiert diese Vorschrift nur vom Erfordernis „des ununterbrochenen Zeitraums von fünf Jahren“. Zudem ist die Ausnahmeregelung ausdrücklich auf Arbeitnehmer oder Selbständige bzw. im nationalen Recht auf Unionsbürger nach § 2 Abs. 2 Nr. 1 bis 3 FreizügG/EU beschränkt. Bei diesem Personenkreis handelt es sich jedoch um freizügigkeitsberechtigte Unionsbürger, die sich nach Art. 7 RL 2004/38/EG rechtmäßig im Bundesgebiet aufhalten (Epe in GK-AufenthG, FreizügG/EU, Stand Juni 2017, § 4a Rn. 27; Tewocht in BeckOK, AuslR, FreizügG/EU, Stand 1.2.2017, § 4a Rn. 31).

#### 42

b) Der Kläger hat keinen der in § 4a Abs. 2 FreizügG/EU aufgeführten Erwerbstatbestände für ein Daueraufenthaltsrecht erfüllt.

#### 43

aa) Der Erwerb eines Daueraufenthaltsrechts nach § 4a Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 FreizügG/EU i.V.m. Art. 17 Abs. 1 Satz 1 Buchst. a RL 2004/38/EG scheidet bereits daran, dass der Kläger zum Zeitpunkt des Ausscheidens aus dem Erwerbsleben mit Feststellung der Erwerbsunfähigkeit durch Bescheid vom 17. Oktober 2014 das 65. Lebensjahr noch nicht erreicht hatte.

#### 44

bb) Der Kläger hat auch kein Daueraufenthaltsrecht nach § 4a Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Buchst. a FreizügG/EU i.V.m. Art. 17 Abs. 1 Satz 1 Buchst. b RL 2004/38/EG erworben, weil er unabhängig davon, ob seine volle Erwerbsminderung als Folge seines Arbeitsunfalls am 28. August 2013 eingetreten ist, jedenfalls keinen Anspruch auf eine Rente gegenüber einem Leistungsträger im Bundesgebiet hat. Denn hierbei muss es sich um einen Rentenanspruch handeln, der kausal auf der vollen Erwerbsminderung basiert (Tewocht in BeckOK, AuslR, FreizügG/EU, Stand 1.2.2017, § 4a Rn. 30). Der Kläger bezieht jedoch eine Altersrente, die nicht auf seiner Erwerbsminderung beruht.

#### 45

cc) Ihm steht auch kein Daueraufenthaltsrecht nach § 4a Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Buchst. b FreizügG/EU zu. Zwar geht der Senat davon aus, dass der Kläger aufgrund seiner Beschäftigung bei der xy Personalmanagement GmbH im Zeitraum vom 18. Juni 2013 bis zum 30. August 2013 Arbeitnehmer (und damit erwerbstätig; aaa) war. Fraglich ist aber bereits, ob er diese Erwerbstätigkeit infolge einer vollen Erwerbsminderung aufgegeben hat (bbb). Jedenfalls hat er sich vor der Aufgabe der Erwerbstätigkeit nicht mindestens zwei Jahre ständig rechtmäßig im Bundesgebiet aufgehalten (ccc).

#### 46

aaa) Nach Art. 17 Abs. 1 Satz 1 Buchst. b RL 2004/38/EG, der durch § 4a Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Buchst. b FreizügG/EU in nationales Recht umgesetzt wird, haben Arbeitnehmer, die sich seit mindestens zwei Jahren ununterbrochen im Aufnahmemitgliedstaat aufgehalten haben und ihre Erwerbstätigkeit infolge einer dauernden Arbeitsunfähigkeit aufgeben, ein Recht auf Daueraufenthalt im Mitgliedstaat.

#### 47

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. Der bloße Umstand, dass eine unselbständige Tätigkeit nur von kurzer Dauer ist, steht der Annahme der Arbeitnehmereigenschaft nicht entgegen. 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. Geboten ist eine Gesamtbetrachtung aller Umstände, die die Art der in Rede stehenden Tätigkeiten und des fraglichen Arbeitsverhältnisses betreffen (vgl. EuGH, U.v. 6.11.2003 – Ninni-Orasche, C-413/01 – juris Rn. 23 ff., U.v. 4.2.2010 – Genc, C-14/09 – juris Rn. 9 und 23 ff., U.v. 9.6.2014 – Saint-Prix, C-507/12 – juris Rn. 33 ff.).

#### **48**

Unter Zugrundelegung dieser Grundsätze spricht vieles dafür, dass durch das befristete Arbeitsverhältnis des Klägers mit der xy Personalmanagement GmbH, das am 18. Juni 2013 begann und am 30. August 2013 endete, die Arbeitnehmereigenschaft des Klägers begründet wurde. Er kann sich allerdings nicht darauf berufen, es habe sich um einen unbefristeten Arbeitsvertrag gehandelt, weil die Befristung unwirksam sei. Die Rechtsunwirksamkeit der Befristung hätte er rechtzeitig vor dem Arbeitsgericht geltend machen müssen (§ 17 TzBfG). Die kurze Dauer des Arbeitsverhältnisses und die Beschränkung der Stundenzahl auf maximal 40 Stunden pro Monat stehen aber der Annahme der Arbeitnehmereigenschaft im Sinne von § 2 Abs. 2 Nr. 1 FreizügG/EU nicht entgegen. Im Urteil vom 6. November 2003 (C-413/01) hat der Gerichtshof der Europäischen Union bei einer Beschäftigungszeit von zweieinhalb Monaten die Arbeitnehmereigenschaft bejaht. Nach der Entscheidung „Genc“ (C-14/09) waren eine Wochenarbeitszeit von 5,5 Stunden und ein monatlicher Durchschnittslohn von etwa 175 Euro für die Annahme der Arbeitnehmereigenschaft ausreichend. Gegen die Arbeitnehmereigenschaft des Klägers spricht auch nicht, dass er durch den Arbeitsvertrag mit der xy Personalmanagement GmbH nicht zur Leistung einer festen Wochen- bzw. Monatsarbeitszeit verpflichtet war, sondern er nur bei Bedarf angefordert wurde. Denn der Gerichtshof hat in der Rechtsache „Raulin“ (C-357/89) entschieden, dass „die Beschäftigungsbedingungen eines Arbeitnehmers, der durch einen Vertrag gebunden ist, der keine Garantie in Bezug auf die zu leistenden Stunden bietet, mit der Folge, dass der Betroffene nur sehr wenige Tage pro Woche oder Stunden pro Tag arbeitet, der den Arbeitgeber zur Entlohnung des Arbeitnehmers und zur Gewährung von Sozialleistungen nur insoweit verpflichtet, als dieser tatsächlich gearbeitet hat, und der keine Verpflichtungen des Arbeitnehmers umfasst, einem Abruf von Seiten des Arbeitgebers nachzukommen, es nicht verbieten, den Betroffenen als Arbeitnehmer im Sinne von Art. 48 EWG-Vertrag zu betrachten, sofern es sich um die Ausübung von tatsächlichen und echten Tätigkeiten handelt und nicht um Tätigkeiten, die einen so geringen Umfang haben, dass sie nur unwesentlich und untergeordnet sind“ (EuGH, U.v. 26.2.1992 – Raulin, C-357/89 – juris Ls II). Der Kläger ist im fraglichen Zeitraum tatsächlich in nennenswertem Umfang für die xy Personalmanagement GmbH tätig geworden. So hat er im Juni 18 Stunden, im Juli 33 Stunden und im August 31 Stunden für das Unternehmen gearbeitet. Zudem waren auf den Kläger nach den Bestimmungen des Arbeitsvertrages die Bestimmungen des Entgelttarifvertrages IGZ sowie des Manteltarifvertrages IGZ anwendbar.

#### **49**

bbb) Der Kläger hat jedoch nicht den Nachweis dafür erbracht, dass er seine Erwerbstätigkeit infolge einer vollen Erwerbsminderung aufgegeben hat.

#### **50**

Die volle Erwerbsminderung ist durch die Feststellung im Bescheid vom 17. Oktober 2014 eingetreten. Das Beschäftigungsverhältnis endete gemäß den Bestimmungen des Arbeitsvertrages aber bereits am 30. August 2013. Die Erwerbstätigkeit des Klägers war also unabhängig vom Eintritt der vollen Erwerbsminderung bereits durch die Beendigung des Arbeitsverhältnisses beendet.

#### **51**

Gemäß § 2 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 FreizügG/EU (Art. 7 Abs. 3 Buchst. a RL 2004/38/EG) bleibt die Freizügigkeitsberechtigung für Arbeitnehmer unberührt bei vorübergehender Erwerbsminderung infolge Krankheit oder Unfall. Es spricht vieles dafür, dass diese Fiktion des Fortbestehens der Arbeitnehmereigenschaft nach § 2 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 FreizügG/EU auch dann eintritt, wenn das

Arbeitsverhältnis, das die Arbeitnehmereigenschaft des Unionsbürgers begründet hat, nicht mehr besteht. Dies ergibt sich zum einen aus Art. 17 Abs. 1 Satz 2 RL 2004/38/EG, wonach Zeiten unfreiwilliger Arbeitslosigkeit als Zeiten der Erwerbstätigkeit gelten. Da der Richtliniengeber die Zeiten unfreiwilliger Arbeitslosigkeit mit krankheits- oder unfallbedingten Fehlzeiten gleichgestellt hat, ist davon auszugehen, dass das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses nicht Voraussetzung für die „Fiktionswirkung“ des § 2 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 FreizügG/EU ist. Zudem bleibt durch die Regelung in Art. 7 Abs. 3 RL 2004/38/EG bzw. § 2 Abs. 3 FreizügG/EU dem Betroffenen nicht nur das Freizügigkeitsrecht, sondern auch die Erwerbstätigeneigenschaft erhalten, selbst wenn er seine Erwerbstätigkeit als Arbeitnehmer nicht mehr ausübt. Dies ergibt sich aus dem Wortlaut der Richtlinienbestimmung. Für diese Auffassung spricht auch das Urteil des Gerichtshofs der Europäischen Union vom 19. Juni 2014 (Saint-Prix, C-507/12). Diesem Urteil lag die Fallgestaltung zugrunde, dass die Klägerin dieses Verfahrens ihre Erwerbstätigkeit wegen einer Schwangerschaft aufgeben hatte. Der Gerichtshof hielt dennoch Art. 7 Abs. 3 RL 2004/38/EG grundsätzlich für anwendbar, obwohl das Beschäftigungsverhältnis bereits beendet war. Mit der Bestimmung in Art. 7 Abs. 3 RL 2004/38/EG bzw. § 2 Abs. 3 FreizügG/EU soll der Unionsbürger die Möglichkeit haben, zu günstigen Bedingungen das Recht auf Daueraufenthalt zu erwerben (Epe in GK-AufenthG, FreizügG/EU, Stand; § 2 Rn. 114). Geschützt werden soll durch diese Vorschrift derjenige, der eine Beschäftigung aus den in der Vorschrift genannten Gründen nicht mehr ausüben kann, dessen grundsätzliche Erwerbsfähigkeit aber fortbesteht (Oberhäuser in Hofmann, AuslR, FreizügG/EU, 2. Aufl. 2016, § 2 Rn. 34, 35).

## 52

Das Vorliegen der „Fiktionswirkung“ des § 2 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 FreizügG/EU hat der Kläger jedoch nur bis 31. Mai bzw. 1. Juni 2014 nachgewiesen. Er hatte keine ärztlichen Bescheinigungen oder Ähnliches zum Andauern der vorübergehenden Erwerbsminderung über den 1. Juni 2014 hinaus vorgelegt. Die letzte, von ihm vorgelegte Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung endet zum 31. Mai 2014. Der Bezug von Verletztengeld ist nur bis 1. Juni 2014 nachgewiesen. Zudem hat der Kläger im verwaltungsgerichtlichen Verfahren eine Bescheinigung der xy Personalmanagement GmbH vom 23. Juni 2014 vorgelegt, wonach er sich dort vorgestellt und um eine Beschäftigung bemüht hat. In der mündlichen Verhandlung hat die Beklagte daher auch zu Recht geltend gemacht, dass der Kläger zum Zeitpunkt des Erlasses des streitgegenständlichen Bescheids grundsätzlich erwerbsfähig gewesen sei.

## 53

Folglich ist davon auszugehen, dass der Kläger ab dem 1. Juni 2014 nicht mehr erwerbstätig war, weil auch über § 2 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 FreizügG/EU die Erwerbstätigeneigenschaft nicht mehr fortbestand und es somit an der Kausalität zwischen der Aufgabe der Erwerbstätigkeit und dem Eintritt der vollen Erwerbsminderung fehlt. § 4a Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Buchst. b FreizügG/EU setzt nämlich voraus, dass die Arbeitsunfähigkeit bzw. Erwerbsunfähigkeit kausal für die Aufgabe der Beschäftigung war. Das Daueraufenthaltsrecht entsteht nicht, wenn die Beschäftigung zunächst unfreiwillig endet und erst später während der Arbeitslosigkeit die Arbeitsunfähigkeit eintritt (vgl. Epe in GK-AufenthaltG, FreizügG/EU, Stand Juni 2017, § 4a Rn. 36 m.w.N.). Die Erwerbsunfähigkeit bzw. volle Erwerbsminderung des Klägers ist jedoch erst in Folge der Feststellung mit Bescheid vom 17. Oktober 2014 eingetreten.

## 54

ccc) Selbst dann, wenn die vorübergehende Erwerbsminderung bis zur Feststellung der vollen Erwerbsminderung angedauert hätte und somit über die Fiktion des § 2 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 FreizügG/EU der Kläger seine Erwerbstätigkeit infolge einer vollen Erwerbsminderung aufgegeben hätte, hätte er dennoch kein Daueraufenthaltsrecht nach § 4a Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Buchst. b FreizügG/EU (Art. 17 Abs. 1 Satz 1 Buchst. b RL 2004/38/EG) erworben, weil er sich nicht seit mindestens zwei Jahren ununterbrochen im Aufnahmemitgliedsstaat bzw. sich nicht zuvor mindestens zwei Jahre ständig im Bundesgebiet aufgehalten hat. Diese Variante für den Erwerb des Daueraufenthaltsrechts setzt einen mindestens zweijährigen rechtmäßigen ständigen Aufenthalt in der Bundesrepublik voraus, wobei der Unionsbürger nicht notwendigerweise zwei Jahre im Bundesgebiet erwerbstätig gewesen sein muss (Tewocht in BeckOK, AuslR, FreizügG/EU, Stand 1.2.2017, § 4a Rn. 31; Hailbronner, AuslR, FreizügG/EU, Stand März 2017, § 4a Rn. 38, 39).

## 55

Zurückgerechnet vom Zeitpunkt der Feststellung der vollen Erwerbsminderung am 17. Oktober 2014 hat sich der Kläger nicht zwei Jahre ständig rechtmäßig im Bundesgebiet aufgehalten. Abzustellen ist für das

Erfordernis des zweijährigen ständigen rechtmäßigen Aufenthalts auf den genannten Zeitpunkt, weil andernfalls bereits der Tatbestand der Aufgabe der Erwerbstätigkeit infolge der vollen Erwerbsminderung nicht erfüllt wäre. Unberücksichtigt bleibt insoweit, dass die Rechtmäßigkeit des Aufenthalts bereits durch den Verlustfeststellungsbescheid vom 6. Juni 2014 beendet wurde, weil dieser, hätte sich der Kläger zu diesem Zeitpunkt noch auf § 2 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 FreizügG/EU berufen können, nicht hätte ergehen dürfen.

#### **56**

Vom 17. bis 31. Oktober 2012 war der Kläger nicht freizügigkeitsberechtigt nach § 2 Abs. 2 FreizügG/EU bzw. Art. 7 RL 2004/38/EG. Insbesondere war er zu diesem Zeitpunkt nicht Arbeitnehmer nach § 2 Abs. 2 Nr. 1 FreizügG/EU. Er hatte lediglich im Zeitraum vom 17. Mai 2010 bis zum 23. Februar 2012 tageweise bei verschiedenen Arbeitgebern gearbeitet. Diese Tätigkeiten konnten die Arbeitnehmereigenschaft des Klägers nicht begründen, weil es angesichts der ständig wechselnden Arbeitgeber an der Dauerhaftigkeit der Tätigkeit fehlte und über den eigentlichen Arbeitslohn hinaus keinerlei Leistungen vom Arbeitgeber (z.B. Beiträge zur Sozialversicherung) erbracht wurden. Er war auch nicht Arbeitssuchender im Sinne von § 2 Abs. 2 Nr. 1a FreizügG/EU. Diese Vorschrift wurde zwar erst mit Wirkung zum 2. Dezember 2014 in das Freizügigkeitsgesetz aufgenommen, die Anforderungen des § 2 Abs. 2 Nr. 1a FreizügG/EU für den Erwerb einer Freizügigkeitsberechtigung als Arbeitssuchender ergaben sich jedoch auch ohne ausdrückliche Kodifizierung aus der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union (U.v. 26.2.1991 – Antonissen, C-292/89 – juris). Danach war die praktische Wirksamkeit des Art. 48 EWG-Vertrag (jetzt Art. 45 AEUV) nur gewahrt, wenn der Zeitraum, den das Gemeinschaftsrecht oder in Ermangelung einer gemeinschaftsrechtlichen Regelung das Recht eines Mitgliedstaats dem Betroffenen einräumt, um im jeweiligen Mitgliedstaat von Stellenangeboten, die seinen beruflichen Qualifikationen entsprechen, Kenntnis zu nehmen und sich gegebenenfalls bewerben zu können, angemessen ist. Dafür hält der Europäische Gerichtshof einen Zeitraum von sechs Monaten für ausreichend. Nach Ablauf dieses Zeitraums muss der Betroffene den Nachweis erbringen, dass er weiterhin und mit begründeter Aussicht auf Erfolg Arbeit sucht. Diese Voraussetzungen hat der Kläger nicht erfüllt. Er bezog seit dem 1. Dezember 2011 Leistungen nach dem SGB II und übte keine Erwerbstätigkeit aus. Nachweise dafür, dass er sich in diesem Zeitraum mit begründeter Aussicht auf Erfolg auf Arbeitssuche befand, hat er nicht erbracht.

#### **57**

Vom 1. bis 30. November 2012 war der Kläger bei der xy Personalmanagement GmbH beschäftigt. Laut Arbeitsvertrag handelte es sich hierbei um ein unbefristetes Beschäftigungsverhältnis in Vollzeit, das jedoch zum Monatsende gekündigt wurde. Tatsächlich hat er auch in diesem Beschäftigungsverhältnis nur auf Abruf gearbeitet und lediglich Bruttoarbeitsbezüge in Höhe von 603,09 Euro erhalten. Allerdings war er in diesem Beschäftigungsverhältnis kranken- und rentenversichert, so dass dieses Arbeitsverhältnis nach den oben dargestellten Kriterien (2.2.2 b) cc) aaa)) wohl die Arbeitnehmereigenschaft des Klägers begründet hat.

#### **58**

Daher greift für den Zeitraum 1. Dezember 2012 bis 31. Mai 2013 § 2 Abs. 3 Satz 2 FreizügG/EU, wonach bei unfreiwilliger durch die zuständige Agentur für Arbeit bestätigter Arbeitslosigkeit nach weniger als einem Jahr Beschäftigung das Freizügigkeitsrecht während der Dauer von sechs Monaten unberührt bleibt. Insoweit geht der Senat zugunsten des Klägers davon aus, dass die sich an die Beschäftigung bei der xy Personalmanagement GmbH anschließende Arbeitslosigkeit unfreiwillig war, weil dem Kläger gekündigt worden war und er im Anschluss an diese Tätigkeit Leistungen nach dem SGB II bezogen hat. Eine Bestätigung der Bundesagentur für Arbeit über die Unfreiwilligkeit der Arbeitslosigkeit hat er allerdings nicht vorgelegt.

#### **59**

Das neue Arbeitsverhältnis des Klägers mit der xy Personalmanagement GmbH begann erst ab 18. Juni 2013 zu laufen, so dass sich für den Zeitraum vom 1. bis 17. Juni 2013 ebenfalls kein rechtmäßiger Aufenthalt des Klägers im Bundesgebiet ergibt. Für diesen Zeitraum kann sich der Kläger insbesondere nicht auf einen rechtmäßigen Aufenthalt als Arbeitssuchender berufen, da er keine Nachweise dafür erbracht hat, dass er nach Ablauf der Sechsmonatsfrist aus § 2 Abs. 3 Satz 2 FreizügG/EU weiter auf Arbeitssuche war und begründete Aussicht hatte, eingestellt zu werden. Der Zeitraum, der dem Unionsbürger nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs in der Rechtssache Antonissen (C-292/89) zur Arbeitssuche zugestanden wird, ohne einen Nachweis für die Arbeitssuche zu erbringen, schließt sich nicht an den Sechsmonatszeitraum des § 2 Abs. 3 Satz 2 FreizügG/EU an, sondern läuft

parallel (vgl. Hailbronner, AuslR, FreizügG/EU, Stand März 2017, § 2 Rn. 86; Dienelt in Bergmann-Dienelt, AuslR, FreizügG/EU, 11. Aufl. 2016, § 2 Rn. 105).

#### **60**

Im maßgeblichen Zeitraum vom 17. Oktober 2012 bis 16. Oktober 2014 hielt sich der Kläger daher nicht ständig rechtmäßig im Bundesgebiet auf, weil er zumindest im Zeitraum vom 16. bis 31. Oktober 2012 sowie vom 1. bis 17. Juni 2013 nicht freizügigkeitsberechtigt im Sinne von § 2 Abs. 1 FreizügG/EU bzw. Art. 7 RL 2004/38/EG war.

#### **61**

3. Die Entscheidung der Beklagten, den Verlust des Rechts auf Einreise und Aufenthalt festzustellen, ist ermessensfehlerfrei erfolgt. Insbesondere ist die Verlustfeststellung verhältnismäßig. Auch hat die Beklagte bei ihrer Entscheidung Art. 14 Abs. 3 RL 2004/38/EG hinreichend beachtet. Sie durfte berücksichtigen, dass der Kläger ab 1. Dezember 2011 mit nur kurzfristigen Unterbrechungen in vollem oder zumindest ergänzendem Sozialleistungsbezug stand. Nach Eintritt der vollen Erwerbsminderung und infolge seines Alters ist nicht abzusehen, dass er seinen Lebensunterhalt durch Erwerbstätigkeit sichern kann. Der Kläger bezieht vielmehr eine äußerst geringe Altersrente, die zur Folge hat, dass er voraussichtlich bis zu seinem Lebensende auf Sozialleistungen zum Lebensunterhalt und Krankenversicherungsschutz angewiesen sein wird.

#### **II.**

#### **62**

Der erstmals im Berufungsverfahren gestellte Antrag auf Verpflichtung der Beklagten, ihm sein unionsrechtliches Daueraufenthaltsrecht zu bescheinigen, bleibt ebenfalls erfolglos.

#### **63**

Die Ergänzung des ursprünglichen Klagebegehrens auf Aufhebung des Bescheides der Beklagten vom 6. Juni 2014 durch die Verpflichtungsklage auf Ausstellung einer Bescheinigung über das Daueraufenthaltsrecht stellt eine Klageänderung nach § 91 VwGO dar. Es handelt sich hierbei um eine objektive Klagehäufung (§ 44 VwGO; vgl. VGH Baden-Württemberg, U.v. 28.5.2009 – 1 S 1173/08 – juris Rn. 19).

#### **64**

Die nachträgliche Einbeziehung eines weiteren Klagebegehrens in das bereits anhängige Berufungsverfahren ist auch sachdienlich im Sinne von § 91 Abs. 1 Alt. 2 VwGO, weil die Frage, ob dem Kläger ein Daueraufenthaltsrecht nach § 4a FreizügG/EU zusteht, ohnehin inzident im Rahmen der Anfechtungsklage gegen die Verlustfeststellung nach § 5 Abs. 4 FreizügG/EU zu prüfen ist.

#### **65**

Der Verpflichtungsantrag ist jedoch unbegründet. Der Kläger hat nicht das Recht, sich auf Dauer im Bundesgebiet aufzuhalten (s. 2.2.2 b)), so dass er auch keinen Anspruch auf Ausstellung der entsprechenden Bescheinigung nach § 5 Abs. 5 Satz 1 FreizügG/EU hat.

#### **66**

Die Kostenfolge ergibt sich aus § 154 Abs. 2 VwGO.

#### **67**

Der Ausspruch über die vorläufige Vollstreckbarkeit stützt sich auf § 167 VwGO i.V.m. §§ 708 ff. ZPO.

#### **68**

Die Revision ist nicht zuzulassen, weil die Voraussetzungen des § 132 Abs. 2 VwGO nicht vorliegen.