

Einwanderungsrecht

v. Harbou / Weizsäcker

2. Auflage 2020
ISBN 978-3-406-74906-3
C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei
[beck-shop.de](https://www.beck-shop.de)

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen.

[beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird [beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

III. Freizügigkeitsrechte

der nach drei Monaten nur über ein Freizügigkeitsrecht verfügt, wenn er über ausreichend Mittel zur Bestreitung seines Lebensunterhalts verfügt, können **Bemühungen zur Erlangung eines Arbeitsplatzes** oder die Meldung bei der Bundesagentur für Arbeit verlangt werden. Das Freizügigkeitsrecht zur Arbeitssuche besteht so lange der Unionsbürger eine begründete Aussicht hat, eingestellt zu werden. Eine solche begründete Aussicht kann angenommen werden, wenn der Arbeitssuchende aufgrund seiner Qualifikation und des aktuellen Bedarfs am Arbeitsmarkt voraussichtlich mit seinen Bewerbungen erfolgreich sein wird.³⁰ Nach Auffassung des EuGH ist für eine erfolgreiche Arbeitssuche in der Regel ein Zeitraum von sechs Monaten ausreichend. Im Einzelfall können aber auch über einen längeren Zeitraum begründete Aussichten bestehen, einen Arbeitsplatz zu finden, zB wenn eine Erkrankung, Schwangerschaft oder die Erforderlichkeit der Kinderbetreuung die Suche erschwert. Auch durch Einstellungszusagen in der Vergangenheit kann darauf geschlossen werden, dass in Zukunft eine Einstellung erfolgen wird.

Ein Freizügigkeitsrecht zur Arbeitssuche ist nicht davon abhängig, dass genügend **Existenzmittel** vorliegen. Der Arbeitssuchende ist gerade kein Nicht-Erwerbstätiger iSv § 2 Abs. 2 Nr. 5 FreizügG/EU, so dass § 4 FreizügG/EU nicht anwendbar ist. 31

Zwar verfügen Arbeitssuchende auch dann über ein Aufenthaltsrecht, wenn sie keine Existenzmittel nachweisen können. **Jedoch** sind sie dann von **Sozialleistungen** nach § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II und § 23 Abs. 3 SGB XII grundsätzlich ausgeschlossen (→ Rn. 116 ff.). Dies wirft verfassungsrechtliche Fragen auf (→ Rn. 132 ff.). 32

3. Niederlassungsfreiheit

Art. 49 AEUV verbietet Beschränkungen der freien Niederlassung. Unter einer **Niederlassung** versteht der EuGH eine wirtschaftliche Tätigkeit, die tatsächlich und – anders als die vorübergehende Dienstleistung – auf unbestimmte Zeit mittels einer festen Einrichtung ausgeübt wird.³¹ 33

Umfasst sind sämtliche selbständige und freiberufliche Tätigkeiten, die legal ausgeübt werden können. Im Hinblick auf die Gewerbefreiheit sind Einschränkungen nur bei besonders zulassungspflichtigen Berufen denkbar. Das Kriterium der „**festen Einrichtung**“ ist unter Berücksichtigung des konkreten Gewerbes zu verstehen und es sind keine hohen Anforderungen zu stellen, so dass sich auch Reisegewerbetreibende³² und selbständig tätige Straßenprostituierte³³ auf die Niederlassungsfreiheit berufen können. 34

Die Tätigkeit muss **tatsächlich ausgeübt** werden; die bloße Gewerbeanmeldung und steuerliche Registrierung genügen nicht. Auf den unternehmeri- 35

³⁰ EuGH Urt. v. 26.2.1991 – C-292/89, BeckRS 2004, 76058 – Antonissen.

³¹ EuGH Urt. v. 25.7.1991 – C-221/89, BeckRS 2004, 75196, Rn. 20 f.; BSG Urt. v. 19.10.2010 – B 14 AS 23/10 R, NJOZ 2011, 1104.

³² *Oberhäuser* in NK-AuslR FreizügG/EU § 2 Rn. 6.

³³ LSG Berlin-Brandenburg Beschl. v. 28.1.2013 – L 14 AS 3133/12 B ER, BeckRS 2013, 65951.

F. Freizügigkeit von Unionsbürgern

schen Erfolg kommt es hingegen nicht an³⁴. Wie auch bei der Arbeitnehmerfreizügigkeit scheiden lediglich „völlig untergeordnete“ Tätigkeiten aus.³⁵ Bei Selbständigen ist zu berücksichtigen, dass insbesondere zu Beginn kein oder nur ein marginaler Gewinn erzielt wird. Entscheidend ist daher eine Gesamtbetrachtung unter Berücksichtigung der Art und des tatsächlichen Umfangs der (beabsichtigten) Tätigkeit und der betrieblichen Organisation. Kriterien können sein, wie der Unternehmer am Markt auftritt und welche Aktivitäten zur Kundengewinnung entfaltet werden. Die Höhe des Umsatzes ist hierbei nur einer von mehreren Gesichtspunkten.³⁶

- 36 Aus der Niederlassungsfreiheit folgt das **Recht auf Einreise und dauerhaften Aufenthalt** des Unternehmers und der Mitarbeiter des Managements seines Unternehmens (sog. „Schlüsselpersonal“ iSv § 3 BeschV), auch wenn es sich hierbei um Drittstaatsangehörige handelt (Art. 50 Abs. 2f AEUV).³⁷ Liegt eine „Scheinselbständigkeit“ im sozialversicherungsrechtlichen Sinn vor, hat dies keine Auswirkungen auf das Aufenthaltsrecht, da der Unionsbürger in diesem Fall der Arbeitnehmerfreizügigkeit unterfällt.
- 37 Als niedergelassene Selbständige haben Unionsbürger und deren Familienangehörige einen Anspruch auf (ergänzende) **Sozialleistungen**, auch in den ersten drei Monaten des Aufenthalts. Ein Leistungsausschluss wäre auch europarechtlich unzulässig (Art. 24 Abs. 2 UnionsbRL).

4. Dienstleistungsfreiheit

- 38 a) **Dienstleistungserbringung.** Art. 56 AEUV ermöglicht es einem in einem anderen Mitgliedstaat ansässigen selbständigen Unternehmer, **grenzüberschreitend Dienstleistungen** anzubieten. Hierzu darf der Unternehmer ins Bundesgebiet einreisen und sich darin vorübergehend zur Dienstleistung aufhalten. Zur Ausübung der Dienstleistung darf er sich auch seiner Angestellten bedienen, die über die Staatsangehörigkeit eines Drittstaates verfügen. Zum Nachweis der erlaubten Tätigkeit sind diesen im vereinfachten Verfahren deklaratorische „Vander Elst-Visa“³⁸ zu erteilen.
- 39 Auch wenn keine zeitliche Höchstdauer für eine **vorübergehende** grenzüberschreitende Dienstleistung vorgeschrieben ist, muss es sich um ein zeitlich abgrenzbares Projekt handeln und der Dienstleister muss nach Abschluss seiner Tätigkeit in den Staat des Unternehmenssitzes oder seinen Herkunftsstaat zurückreisen. Für entsandte Arbeitnehmer sind die Regelungen der Entsenderichtlinie (Richtlinie 96/71/EG) zu beachten.

³⁴ Schlag in Schwarze/Becker/Hatje/Schoo, EU-Kommentar, 4. Aufl. 2019, AEUV Art. 49 Rn. 33.

³⁵ OVG Münster Ur. v. 3.11.1995 – 18 B 815/94, NVwZ-RR 1996, 708; LSG Hamburg Beschl. v. 1.12.2014 – L 4 AS 444/14 BER, BeckRS 2015, 65071.

³⁶ VG Bremen Ur. v. 4.5.2010 – 4 V 105/10.

³⁷ Dienelt in Bergmann/Dienelt FreizügG/EU § 2 Rn. 85; VGH Kassel Beschl. v. 4.2.2014 – 7 B 39/14, NVwZ-RR 2014, 698.

³⁸ Benannt nach EuGH Ur. v. 9.8.1994 – C-43/93, BeckRS 2004, 77206.

III. Freizügigkeitsrechte

b) Dienstleistungsempfang. Die „passive Dienstleistungsfreiheit“ gibt dem Unionsbürger das Recht, einzureisen und Dienstleistungen in Empfang zu nehmen. Der EuGH fasst den Begriff des Dienstleistungsempfangs sehr weit und zählt beispielsweise Touristen, Geschäftsreisende und Personen dazu, die zur Krankenbehandlung einreisen. Die Dienstleistungsfreiheit gilt auch hier nur für einen vorübergehenden Dienstleistungsempfang und nicht bei einem beabsichtigten Daueraufenthalt.³⁹

Da der Dienstleister nur vorübergehend grenzüberschreitend tätig wird und der Dienstleistungsempfänger nur zum vorübergehenden Dienstleistungsempfang einreisen darf, scheitern **Sozialleistungsansprüche** nach dem SGB II daran, dass kein gewöhnlicher Aufenthalt im Bundesgebiet vorliegt (§ 7 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 SGB II). Im Einzelfall können – ebenso wie bei in Not geratenen Besuchern aus Drittstaaten – Überbrückungsleistungen nach § 23 Abs. 3 S. 5 SGB XII in Betracht kommen, da § 23 Abs. 1 SGB XII nur einen tatsächlichen Aufenthalt im Inland erfordert.

5. Verbleibeberechtigte

Frühere Arbeitnehmer oder Selbständige, die ihre Tätigkeit unverschuldet aufgeben müssen, haben unter den Voraussetzungen von § 2 Abs. 3 FreizügG/EU ein Recht zum weiteren Aufenthalt.

Wird der erwerbstätige Unionsbürger infolge einer **Krankheit** oder eines **Unfalls** vorübergehend erwerbsgemindert (dh arbeitsunfähig), bleibt ihm das Freizügigkeitsrecht grundsätzlich erhalten. Voraussetzung ist hierbei nicht, dass das Arbeitsverhältnis fortbesteht.⁴⁰ Es muss aber zumindest die teilweise Wiederherstellung der Erwerbsfähigkeit möglich sein. Andernfalls bleibt in diesem Fall nur die Prüfung, ob ein Daueraufenthaltsrecht nach § 4a Abs. 2 S. 1 Nr. 2 FreizügG/EU entstanden ist.

Endet ein Arbeitsverhältnis während der **Schwangerschaft** oder gibt eine Selbständige wegen ihrer Schwangerschaft ihre Tätigkeit auf, gelten diese Regelungen nicht entsprechend.⁴¹ Allerdings behält eine Schwangere, die ihre Erwerbstätigkeit wegen der Belastungen im Spätstadium einer Schwangerschaft aufgibt, die Erwerbstätigeneigenschaft, wenn sie innerhalb eines angemessenen Zeitraums nach der Geburt ihres Kindes wieder eine Tätigkeit aufnimmt.⁴² Hier wird man sich an den Mutterschutzfristen orientieren können.⁴³ Der fortdauernde Bezug von Elterngeld nach einem beendeten Arbeitsverhältnis führt allerdings nicht zum Fortbestand eines Freizügigkeitsrechts als Arbeitnehmerin.⁴⁴ Ebenso wenig genügt die Zahlung von Arbeitslosengeld I für den Fortbestand der Arbeitnehmereigenschaft.

³⁹ EuGH Urt. v. 15.10.1988 – C-196/87, BeckRS 2004, 72174.

⁴⁰ VGH München Urt. v. 18.7.2017 – 10 B 17.339, BeckRS 2017, 122965.

⁴¹ LSG Berlin-Brandenburg Beschl. v. 30.1.2017 – L 20 AS 2483/16 B ER, BeckRS 2017, 101147.

⁴² EuGH Urt. v. 19.6.2014 – C-507/12, NZA 2014, 765.

⁴³ VG Darmstadt Urt. v. 1.12.2016 – 5 K 475/15.DA, BeckRS 2016, 115798.

⁴⁴ LSG Nordrhein-Westfalen Beschl. v. 1.8.2017 – L 19 AS 1131/17 B ER, BeckRS 2017, 120354.

F. Freizügigkeit von Unionsbürgern

- 45 Der Arbeitnehmerstatus bleibt auch bei Aufnahme einer **Berufsausbildung** erhalten, wenn zwischen der Ausbildung und der früheren Erwerbstätigkeit ein Zusammenhang besteht oder wenn der Unionsbürger seinen Arbeitsplatz unfreiwillig verloren hat.⁴⁵
- 46 Im Übrigen besteht ein Freizügigkeitsrecht auch in anderen Fällen fort, in denen die **Erwerbstätigkeit unverschuldet endet**. Sofern ein Arbeitnehmer seine Stelle verliert oder ein Selbständiger seine Tätigkeit aufgibt, hat die Agentur für Arbeit zu bestätigen, dass die Arbeitslosigkeit unfreiwillig eingetreten ist. Wurde die Tätigkeit weniger als **zwölf Monate** ausgeübt, entsteht dann eine Verbleibeberechtigung für 6 Monate. Wurde die Tätigkeit länger als ein Jahr ausgeübt, bleibt dem Unionsbürger ein Verbleiberecht unbefristet erhalten⁴⁶ und kann nach fünf Jahren des Aufenthalts in ein Daueraufenthaltsrecht münden.
- 47 Unter Bezugnahme auf die Entstehungsgeschichte des Verbleiberechts wurde vertreten, dass der Fortbestand der Arbeitnehmereigenschaft auf maximal zwei Jahre nach Beendigung der Tätigkeit begrenzt sein soll.⁴⁷ Diese Auffassung, die in der Freizügigkeitsrichtlinie keine Rechtfertigung fand, ist durch die Rechtsprechung des EuGH überholt, der klarstellt, dass die Verbleibeberechtigung bei Tätigkeiten von mehr als einem Jahr unbefristet erhalten bleibt.⁴⁸
- 48 Der **Arbeitnehmerstatus** auf Grund einer Verbleibeberechtigung kann allerdings **vorzeitig erlöschen**, wenn der Unionsbürger seinen Bezug zum Arbeitsmarkt verliert, weil er etwa nicht mehr vermittelbar ist und auch keine ALG I-Ansprüche mehr bestehen.⁴⁹ Teilweise wird vertreten, dass auch der Verstoß gegen Mitwirkungspflichten Auswirkungen auf die Verbleibeberechtigung hat oder der Nachweis gefordert werden kann, dass der Unionsbürger weiterhin ernsthaft und erfolversprechend am Wirtschaftsleben teilnehmen will.⁵⁰
- 49 Ob die Annahme einer weniger als zwölf Monate andauernden Erwerbstätigkeit ein einmal entstandenes unbefristetes Verbleiberecht zum Erlöschen bringt, ist durch den EuGH noch nicht abschließend geklärt. Es wäre jedoch nicht nachvollziehbar, verbleibeberechtigte Unionsbürger, die **erneut unverschuldet arbeitslos werden**, schlechter zu stellen als diejenigen, die durchgehend arbeitslos waren.⁵¹
- 50 a) **Tätigkeit von mehr als einem Jahr**. Wenn eine Erwerbstätigkeit länger als ein Jahr ausgeübt wurde, ist die Verbleibeberechtigung nicht auf sechs Monate begrenzt (→ Rn. 46 ff.). Fälle in denen das **Arbeitsverhältnis genau ein Jahr** gedauert hat, sind weder im Freizügigkeitsgesetz noch in der UnionsbRL geregelt. Im Sinne einer freizügigkeitsfreundlichen Auslegung sollte man

⁴⁵ EuGH Urt. v. 21.6.1988 – Rs. 39/86, NJW 1988, 2165.

⁴⁶ Nr. 2.3.1.2 VwV-FreizügG/EU; *Oberhäuser* in NK-AuslR FreizügG/EU § 2 Rn. 38.

⁴⁷ Dienelt in Bergmann/Dienelt, 11. Aufl. 2016, AufenthG § 2 Rn. 107 ff.; LSG Bayern Beschl. v. 20.6.2016 – L 16 AS 284/16 B ER, BeckRS 2016, 72535.

⁴⁸ EuGH Urt. v. 11.4.2019 – C-483/17, ZAR 2019, 429 Rn. 44 – Tarola.

⁴⁹ VGH Mannheim Urt. v. 15.2.1989 – 11 S 3126/87, InfAuslR 1989, 188.

⁵⁰ VG Saarlouis Beschl. v. 8.6.2017 – 6 L 655/17, BeckRS 2017, 113964.

⁵¹ FW BA § 7 SGB II, Ziff. 7.20.

III. Freizügigkeitsrechte

ein Arbeitsverhältnis von einem Jahr zum Erwerb einer dauerhaften Verbleibeberechtigung ausreichen lassen.⁵²

Ob eine **durchgängige Beschäftigung** von zwölf Monaten erforderlich ist oder zwölf Monate Erwerbstätigkeit auch über eine längere Zeit kumuliert werden können, ist dem Wortlaut der Regelungen ebenfalls nicht zu entnehmen. Unterbrochene Tätigkeiten können das Erfordernis aber jedenfalls auch dann erfüllen, wenn es sich nur um zwei Tätigkeiten handelt, die getrennt durch einen Zeitraum von lediglich zwei Wochen einen Zeitraum von einem Jahr ergeben.⁵³ In Umsetzung einer entsprechenden Entscheidung des Bundessozialgerichts sieht die Bundesagentur für Arbeit eine Unterbrechung dann als kurz an, wenn sie im Verhältnis zur Dauer der Beschäftigung nicht mehr als 5 Prozent beträgt.⁵⁴ Für eine solche pauschale Regelung fehlt es allerdings an einer Rechtsgrundlage.⁵⁵ **51**

b) Unfreiwillige Arbeitslosigkeit. Unfreiwillige Arbeitslosigkeit liegt vor, wenn das Arbeitsverhältnis aus Gründen beendet wird, die der Arbeitnehmer **nicht zu vertreten** hat.⁵⁶ Zu vertreten hat der Arbeitnehmer verhaltensbedingte Gründe, wie die Verletzung arbeitsvertraglicher Pflichten oder eine Eigenkündigung ohne rechtfertigenden Grund. Nicht zu vertreten sind betriebsbedingte Gründe, wie die Produktionseinstellungen, Betriebsverlagerungen oder eine Kündigung wegen unzumutbarer Arbeitsbedingungen. Da die Prüfung durch die Agentur für Arbeit durchgeführt wird, wird diese häufig die für Arbeitnehmer geltenden Obliegenheitsverpflichtungen, die zu Sanktionen führen können, zur Beurteilung heranziehen. Allein der sperrfristbewehrte Verstoß gegen die Verpflichtung zur unverzüglichen persönlichen Meldung bei Arbeitsplatzverlust kann jedoch nicht dazu führen, den Verlust des Arbeitsplatzes als verschuldet zu betrachten. **52**

Die teilweise vertretene Auffassung, aus einem von vornherein **befristeten Arbeitsverhältnis** entstehe grundsätzlich keine Verbleibeberechtigung, da den Arbeitnehmer ein eigenes „Verschulden“ treffe, wenn er nur ein befristetes Arbeitsverhältnis begründe, überzeugt nicht und steht im Widerspruch zum klaren Wortlaut von Art. 7 Abs. 3 lit. c UnionsbRL, die auch bei Ablauf eines auf weniger als ein Jahr befristeten Arbeitsvertrags ausdrücklich eine Verbleibeberechtigung vorsieht.⁵⁷ Ist das Arbeitsverhältnis von vornherein befristet, indiziert dies vielmehr, dass das Arbeitsverhältnis unverschuldet, nämlich auf Grund der Befristung, endet.⁵⁸ **53**

⁵² FW BA § 7 SGB II, Ziff. 7.17.

⁵³ BSG Urt. v. 13.7.2017 – B 4 AS 17/16 R, NJW 2018, 653; LSG Nordrhein-Westfalen Beschl. v. 14.3.2016 – L 2 AS 225/16 B ER, BeckRS 2016, 67663; *Oberhäuser* in NK-AuslR FreizügG/EU § 2 Rn. 38; aA: OVG Münster Beschl. v. 22.5.2015 – 12 B 312/15; FW BA § 7 SGB II, Ziff. 7.17.

⁵⁴ FW BA § 7 SGB II, Ziff. 7.17.

⁵⁵ SG Berlin Urt. v. 15.4.2019, S 100 AS 3348/19 ER.

⁵⁶ EuGH Urt. v. 10.1.2006 – C-230/03, NVwZ 2006, 315; Urt. v. 26.10.2006 – C-4/05, NVwZ 2007, 187.

⁵⁷ SG Aurich Beschl. v. 30.3.2015 – S 35 AS 237/14 ER, info also 2015, 264.

⁵⁸ LSG NRW Beschl. v. 21.8.2017 – L 12 AS 2015/16 B ER.

- 54 Entsprechendes gilt bei **Einstellung einer selbständigen Tätigkeit** infolge von Umständen, auf die der Unternehmer keinen Einfluss hat. Sofern die Tätigkeit wegen Auftragsrückgangs eingestellt wird, wird vereinzelt die Darlegung verlangt, dass diese nicht auf dem Unternehmensinhaber zuzurechnenden betriebswirtschaftlichen Fehlern beruhen.⁵⁹
- 55 **c) Bestätigung durch die Bundesagentur für Arbeit.** Die unfreiwillige Arbeitslosigkeit ist durch die Agentur für Arbeit zu bestätigen. Da bei einer weniger als ein Jahr andauernden Erwerbstätigkeit idR keine Ansprüche auf ALG I bestehen, wird die Agentur für Arbeit in vielen Fällen arbeitslos gewordener Unionsbürger nicht zuständig sein und diese an die Jobcenter verweisen. In der Vergangenheit wurde daher die Prüfung der unfreiwilligen Arbeitslosigkeit durch die Jobcenter inzident mit übernommen. Inzwischen regeln die Fachlichen Weisungen der Bundesagentur für Arbeit, dass die Bestätigung tatsächlich durch die Agentur für Arbeit zu erteilen ist und **nicht durch das Jobcenter**.⁶⁰ Die Fachlichen Hinweise regeln recht pragmatisch und untechnisch, dass „das Freizügigkeitsrecht auch für die Zeit bis zur Vorlage der Bestätigung bestehen bleibt“. Gemeint ist hier wohl, dass in der Zwischenzeit von einem Leistungsanspruch wegen einer Verbleibeberechtigung ausgegangen werden soll. Der Inhalt der Bescheinigung ist durch die Gerichte bei einem Streit über den Fortbestand der Arbeitnehmerfreizügigkeit voll überprüfbar.⁶¹ Es ist daher nicht erforderlich, einen selbständigen Rechtsstreit über die Ausstellung dieser Bescheinigung zu führen.
- 56 Als Verbleibeberechtigte haben Unionsbürger und deren Familienangehörige Ansprüche auf **Sozialleistungen**. Dies gilt auch bei Verlust des Arbeitsplatzes in den ersten drei Monaten des Aufenthalts.

6. Daueraufenthalt

- 57 Das Daueraufenthaltsrecht entsteht **von Gesetzes wegen** in dem Moment, in dem die Voraussetzungen hierfür erfüllt sind. Eines Antrages bedarf es nicht. Es ist also auch ausreichend, dass zu einem Zeitpunkt in der Vergangenheit die Voraussetzungen des Rechts vorlagen und das Daueraufenthaltsrecht seitdem nicht wieder erloschen ist (→ Rn. 65). Ist ein Daueraufenthaltsrecht entstanden, ist das weitere Aufenthaltsrecht nicht mehr vom Fortbestand eines Freizügigkeitstatbestandes abhängig und es gelten höhere Hürden für eine Verlustfeststellung.
- 58 Als Daueraufenthaltsberechtigte haben Unionsbürger und ihre Familienangehörigen einen Anspruch auf **Sozialleistungen**. Der Besitz einer „Bescheinigung über das Daueraufenthaltsrecht“ oder einer „Daueraufenthaltskarte“ ist für den Erwerb des Daueraufenthaltsrechts nicht Voraussetzung.

⁵⁹ VG Saarlouis Beschl. v. 8.6.2017 – 6 L 655/17, BeckRS 2017, 113964.

⁶⁰ FW BA § 7 SGB II, Ziff. 7.18.

⁶¹ LSG NRW Beschl. v. 14.6.2017 – L 19 AS 455/17 B ER; SG Landshut Urt. v. 31.1.2018 – S 11 AS 624/16, BeckRS 2018, 743.

III. Freizügigkeitsrechte

a) Ständiger rechtmäßiger Aufenthalt. Das Daueraufenthaltsrecht setzt **59** grundsätzlich einen ständigen und rechtmäßigen Aufenthalt von **fünf Jahren** voraus (Art. 16 UnionsbRL, § 4a FreizügG/EU). Kürzere Fristen gelten bei Renteneintritt nach einer bestimmten Zeit der vorherigen Erwerbstätigkeit, dauernder Erwerbsminderung oder Grenzgängern (§ 4a Abs. 2 FreizügG/EU). Die kürzeren Fristen erstrecken sich auch auf die Familienangehörigen des Unionsbürgers (§ 4a Abs. 4 FreizügG/EU). Unter bestimmten Umständen können auch Familienangehörige nach dem Tod des Unionsbürgers ein Daueraufenthaltsrecht erwerben (§ 4a Abs. 3 FreizügG/EU).

Um ein Daueraufenthaltsrecht zu erwerben, muss über den gesamten Zeitraum der **Aufenthalt rechtmäßig** im Sinne der UnionsbRL gewesen sein, also einem Freizügigkeitstatbestand zugeordnet werden können.⁶² Ein Aufenthalt mit einem humanitären Aufenthaltstitel (ohne Erwerbstätigkeit und ausreichende Existenzmittel) oder die Rechtmäßigkeitsvermutung, also die tatsächliche Anwesenheit ohne dass die Ausländerbehörde von ihrem Recht auf Verlustfeststellung Gebrauch gemacht hat, reicht zur Begründung eines Daueraufenthaltsrechts nicht aus. Werden die rechtmäßigen Zeiten unterbrochen, beginnt die Fünfjahresfrist neu. **60**

Vor Ausstellung einer Bescheinigung über das Daueraufenthaltsrecht für den Unionsbürger oder einer Daueraufenthaltskarte an den Familienangehörigen, kann die Ausländerbehörde den **Nachweis** verlangen, dass der Unionsbürger in den zum Erwerb des Daueraufenthalts erforderlichen Zeiten einen Freizügigkeitstatbestand erfüllt hat. Dies kann beispielsweise in den ersten drei Monaten das voraussetzungslose Aufenthaltsrecht sein, im Anschluss könnte für einen Zeitraum von (mindestens) sechs Monaten ein Aufenthaltsrecht zur Arbeitssuche bestanden haben, anschließend Arbeitnehmereigenschaft, gefolgt von einer Verbleibeberechtigung und schließlich der Aufnahme einer selbständigen Tätigkeit oder einem vom Ehegatten abgeleiteten Freizügigkeitsrecht. **61**

Rechtmäßige Aufenthaltszeiten nach dem Aufenthaltsgesetz **vor dem EU-Beitritt eines Mitgliedstaats** sind berücksichtigungsfähig, wenn in dieser Zeit ein Freizügigkeitstatbestand erfüllt war.⁶³ **62**

Nicht anrechnungsfähig sind Zeiten, die der Unionsbürger auf Grund einer nicht mehr zur Bewährung ausgesetzten Verurteilung in **Strafhaft** verbringt, da mit einer solchen Verurteilung zum Ausdruck gebracht wird, dass eine erfolgreiche Integration in die Gesellschaft des Aufnahmemitgliedstaats (noch) nicht erfolgt ist.⁶⁴ Nach einer Haftentlassung beginnt die Fünfjahresfrist erneut. Diese Einschränkung gilt jedoch nur für Zeiten der Strafhaft, nicht für Untersuchungshaft oder verbüßte Ersatzfreiheitsstrafen auf Grund nicht gezahlter Geldstrafen. **63**

Auf die Entstehung des Daueraufenthaltsrechts haben **Abwesenheitszeiten** keinen Einfluss, sofern sie: **64**

⁶² EuGH Urt. v. 21.12.2011 – C-424/10 und C-425/10, NVwZ-RR 2012, 121; BVerwG Urt. v. 31.5.2012 – 10 C 8.12, NVwZ-RR 2012, 821.

⁶³ EuGH Urt. v. 21.12.2011 – C-424/10 und C-425/10, NVwZ-RR 2012, 121.

⁶⁴ EuGH Urt. v. 16.1.2014 – C-378/12, NVwZ-RR 2014, 247 und C-400/12, NVwZ-RR 2014, 245.

F. Freizügigkeit von Unionsbürgern

- sechs Monate im Jahr nicht überschreiten
- mit der Ableistung von Wehr- oder Ersatzdienst im Heimatland begründet sind oder
- einmalig wegen eines wichtigen Grundes (zB Schwangerschaft, schwere Krankheit, Studium, Berufsausbildung, berufliche Entsendung) bis zu 12 aufeinander folgende Monate erfolgen.

Diese Zeiten gelten als rechtmäßige Zeiten und werden bei der Aufenthaltsdauer mitgerechnet. Es kann bei drohendem Wegfall eines materiellen Freizügigkeitsrechts daher günstiger sein, vorübergehend auszureisen und eine Arbeitssuche vom Heimatland fortzuführen, da in diesem Fall die vorangegangenen Zeiten zum Erwerb eines Daueraufenthaltsrechts angerechnet werden können.

- 65 b) Erlöschen des Daueraufenthaltsrechts.** Ein einmal entstandenes Daueraufenthaltsrecht erlischt nur, wenn der Unionsbürger **seit zwei Jahren** aus einem nicht vorübergehenden Grund **abwesend** ist (§ 4a Abs. 7 FreizügG/EU). Ein Auslandsaufenthalt von mehr als zwei Jahren bringt das Daueraufenthaltsrecht nicht zum Erlöschen, wenn er vorübergehenden Charakter hat. Hieran ist beispielsweise zu denken, wenn ein Angehöriger vorübergehend im Heimatland gepflegt wird – sofern es sich nicht um einen Dauerpflegefall handelt.⁶⁵
- 66** Ist das Daueraufenthaltsrecht erloschen, **kann** eine entsprechende ausländerbehördliche **Feststellung** erfolgen (§ 5 Abs. 6 und Abs. 4 S. 1 FreizügG/EU). Erfolgt die Feststellung nicht, gilt die Rechtmäßigkeitsvermutung fort (→ Rn. 16).
- 67 c) Verfahrensfragen.** Das Bestehen des Daueraufenthaltsrechts wird auf Antrag lediglich „bescheinigt“ (§ 5 Abs. 5 S. 1 FreizügG/EU), setzt also keinen Verwaltungsakt voraus. Eine **Bescheinigung über das Daueraufenthaltsrecht** für den Unionsbürger oder eine **Daueraufenthaltskarte** für drittstaatsangehörige Familienangehörige muss daher mit der allgemeinen Leistungsklage und nicht mit einer Verpflichtungsklage durchgesetzt werden, da durch die Behörde mit der Ausstellung der Bescheinigung nichts geregelt wird.⁶⁶

7. Abgeleitetes Freizügigkeitsrecht

- 68 Familienangehörige**, die den Unionsbürger begleiten oder zu ihm nachziehen wollen, können ihr Freizügigkeitsrecht vom Unionsbürger ableiten (→ K Rn. 8 ff.). Hierfür muss zunächst der Unionsbürger selbst über ein Freizügigkeitsrecht verfügen.
- 69** Die Familienangehörigen können selber **Unionsbürger** oder auch **Drittstaatsangehörige** sein. Von einem drittstaatsangehörigen Familienangehörigen kann – soweit dieser aufgrund seiner Staatsangehörigkeit nicht visumsfrei einreisen darf – ein Visum verlangt werden (§ 2 Abs. 4 S. 2 FreizügG/EU). Ein Verstoß gegen diese Ordnungsvorschrift kann jedoch nicht sanktioniert wer-

⁶⁵ VG Aachen Urt. v. 3.3.2017 – 4 K 66/15, BeckRS 2017, 104833.

⁶⁶ BVerwG Urt. v. 31.5.2012 – 10 C 8.12, NVwZ-RR 2012, 821.