

Harald Thomé / Referent für Arbeitslosenrecht

Von: "Claudius Voigt" <voigt@ggua.de>
Datum: Donnerstag, 12. September 2019 15:31
An: <liste-muensterland@asyl.org>
Betreff: [liste-muensterland] Kindergeld und BVerwG-Urteil zum Freizügigkeitsrecht nach Art. 10 VO 492/2011

Liebe Kolleg*innen,

die weiter unten stehende Mail hatte ich eben zur gestrigen BVerwG-Entscheidung zum Freizügigkeitsrecht nach Art. 10 VO 492/2011 verschickt. Hier noch eine Ergänzung dazu: Durch die BVerwG-Entscheidung ist meiner Meinung nach nun auch klargestellt worden, dass Personen mit einem Freizügigkeitsrecht allein nach Art. 10 VO 492/2011 **nicht vom Kindergeld ausgeschlossen** werden dürfen. Denn in der seit kurzem gültigen Fassung des § 62 Abs. 2a EStG heißt es:

„(1a) ¹Begründet ein Staatsangehöriger eines anderen Mitgliedstaates der Europäischen Union oder eines Staates, auf den das Abkommen über den Europäischen Wirtschaftsraum Anwendung findet, im Inland einen Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt, so hat er für die ersten drei Monate ab Begründung des Wohnsitzes oder des gewöhnlichen Aufenthalts keinen Anspruch auf Kindergeld.

²Dies gilt nicht, wenn er nachweist, dass er inländische Einkünfte im Sinne des § 2 Absatz 1 Satz 1 Nummer 1 bis 4 mit Ausnahme von Einkünften nach § 19 Absatz 1 Satz 1 Nummer 2 erzielt. ³Nach Ablauf des in Satz 1 genannten Zeitraums hat er Anspruch auf Kindergeld, es sei denn, die Voraussetzungen des § 2 Absatz 2 oder Absatz 3 des Freizügigkeitsgesetzes/EU liegen nicht vor oder es sind nur die Voraussetzungen des § 2 Absatz 2 Nummer 1a des Freizügigkeitsgesetzes/EU erfüllt, ohne dass vorher eine andere der in § 2 Absatz 2 des Freizügigkeitsgesetzes/EU genannten Voraussetzungen erfüllt war. ⁴Die Prüfung, ob die Voraussetzungen für einen Anspruch auf Kindergeld gemäß Satz 2 vorliegen oder gemäß Satz 3 nicht gegeben sind, führt die Familienkasse in eigener Zuständigkeit durch. ⁵Lehnt die Familienkasse eine Kindergeldfestsetzung in diesem Fall ab, hat sie ihre Entscheidung der zuständigen Ausländerbehörde mitzuteilen. ⁶Wurde das Vorliegen der Anspruchsvoraussetzungen durch die Verwendung gefälschter oder verfälschter Dokumente oder durch Vorspiegelung falscher Tatsachen vorgetäuscht, hat die Familienkasse die zuständige Ausländerbehörde unverzüglich zu unterrichten.“

Dies könnten die Familienkassen so interpretieren, dass Familien allein mit einem Aufenthaltsrecht nach Art. 10 VO 492/2011 keinen Anspruch auf Kindergeld hätten, da diese Freizügigkeitskonstellation ja ausdrücklich nicht im § 2 FreizügG genannt ist. Das Bundesverwaltungsgericht hat nun jedoch ausdrücklich festgestellt, dass es sich hierbei sehr wohl um ein Freizügigkeitsrecht nach § 2 FreizügG handelt, obwohl es dort nicht steht. Somit können die Personen **nicht vom Kindergeldausschluss betroffen sein**. Unabhängig davon haben die genannten Personengruppen als frühere Arbeitnehmer*innen mit Kindern in der Schule in aller Regel schon deshalb einen Kindergeldanspruch, weil sie *„vorher eine andere der in § 2 Absatz 2 des Freizügigkeitsgesetzes/EU genannten Voraussetzungen erfüllt“* haben – denn die Eltern waren ja logischerweise vorher erwerbstätig, sonst wäre Art. 10 VO 492/2011 ja gar nicht einschlägig. Ganz abgesehen davon, dass die gesamte Kindergeldausschlussregelung ohnehin offensichtlich europarechtswidrig ist. Bei Ablehnungen des Kindergelds in diesen Fällen gilt daher: Einspruch einlegen und Klage beim Finanzgericht.

Liebe Grüße
Claudius

Liebe Kolleg*innen,

das Bundesverwaltungsgericht hat am 11. September 2019 ein Urteil zur Frage des Freizügigkeitsrechts nach Art. 10 VO 492/2011 gefällt. Das Urteil liegt im Wortlaut noch nicht vor, sondern nur eine [Pressemitteilung](#) (s. u.).

Es geht hierbei um die Frage, ob bei einem Aufenthalt nach Art. 10 VO 492/2011 die Ausländerbehörde eine Verlustfeststellung gem. § 5 Abs. 4 FreizügG treffen, also das Freizügigkeitsrecht entziehen darf, weil die Voraussetzungen für das Freizügigkeitsrecht nicht mehr vorliegen würden. Ein Aufenthaltsrecht nach Art. 10 VO 492/2011 besteht für Kinder von Unionsbürger*innen, wenn die Kinder die Schule besuchen (ab Grundschule) und zumindest ein Elternteil früher einmal in Deutschland gearbeitet hat – unabhängig davon, warum die Arbeit verloren gegangen ist und wie lange das her ist (also auch dann, wenn der EU-rechtliche

Arbeitnehmer*innenstatus nicht mehr vorliegt). Das Aufenthaltsrecht gilt dann für die Kinder bis zum Abschluss einer Schulausbildung und besteht auch für die Eltern, die tatsächlich die Personensorge ausüben. Die Konstellation des Art. 10 VO 492/2011 ist in ziemlich vielen Fällen erfüllt und daher von großer praktischer Bedeutung.

Das Bundesverwaltungsgericht hat nun – soweit dies aus der Pressemitteilung hervorgeht – einige wichtige Feststellungen getroffen:

1. Es handelt sich bei diesem Aufenthaltsrecht für die Kinder und ihre Eltern um ein eigenständiges **Freizügigkeitsrecht gem. § 2 Abs. 1 FreizügG** – auch wenn diese Konstellation dort gar nicht aufgeführt ist. Das Freizügigkeitsrecht ergibt sich nämlich unmittelbar aus der Verordnung 492/2011.
2. Eine **Verlustfeststellung** wegen Nichterfüllens der Freizügigkeitsvoraussetzungen ist in diesen Fällen **nicht zulässig**.
3. Aus der Pressemitteilung lässt sich schließen, dass das Freizügigkeitsrecht nach Art. 10 VO 492/2011 auch dann besteht, wenn der **Lebensunterhalt der Familie nicht gesichert** ist. Das entspricht auch der Rechtsprechung des EuGH (EuGH, Urteil vom 23. Februar 2010; C-480/08; Rechtssache „Texeira“; sowie: EuGH, Urteil vom 23. Februar 2010, C 310/08; Rechtssache „Ibrahim“).
4. Zeiten mit einem Freizügigkeitsrecht *allein* nach Art. 10 VO 492/2011 führen jedoch nach Auffassung der Richter*innen **nicht zu einem Daueraufenthaltsrecht** nach § 4a FreizügG und können hierfür **nicht mitgerechnet** werden. Dies ergebe sich daraus, dass es sich zwar um einen „rechtmäßigen“ Aufenthalt handelt – aber nicht im Sinne der Unionsbürgerrichtlinie, sondern eben nur im Sinne der Verordnung 492/2011. Ob diese Auslegung vom Europäischen Gerichtshof auch so gesehen wird, bleibt abzuwarten.

Was das Ganze nun für den **Sozialleistungsanspruch** heißt, bleibt indes unklar: Denn sowohl § 7 SGB II als auch § 23 SGB XII sehen für Personen, die *allein* ein Aufenthaltsrecht nach Art. 10 VO 492/2011 haben, einen Leistungsausschluss vor. Dieser Leistungsausschluss ist jedoch juristisch hoch umstritten. Da es sich hierbei nämlich um ein eigenständiges Aufenthaltsrecht nach der VO 492/2011 handelt und nicht um ein Freizügigkeitsrecht nach der UnionsRL, ist für diese das Gleichbehandlungsgebot aus Art. 4 der Verordnung 883/2004 zu beachten. Zahlreiche Gerichte haben daher bereits festgestellt, dass aus diesem Grund der Leistungsausschluss im deutschen SGB II nicht mit europäischen Vorschriften zu vereinbaren ist. Das Landessozialgericht NRW etwa hält den Ausschluss für europarechtswidrig und hat die Frage dem EuGH zur Klärung vorgelegt ([LSG NRW, Vorabentscheidungsersuchen an den EuGH vom 22. Februar 2019; L 19 AS 1104/18](#)). In Eilverfahren bewilligen in diesen Fällen in Folge dessen zahlreiche Sozialgerichte vorläufig Leistungen nach SGB II. Eine Rechtsprechungsübersicht hierzu und zu anderen Konstellationen des Ausschlusses von Unionsbürger*innen findet ihr hier:

https://ggua.de/fileadmin/downloads/tabellen_und_uebersichten/rechtsprechung_Unionsbuerger.pdf

Liebe Grüße
Claudius

<https://www.bverwg.de/pm/2019/61>

Pressemitteilung Nr. 61/2019 vom 11.09.2019

Keine Verlustfeststellung nach § 5 Abs. 4 FreizügG/EU bei Bestehen eines Aufenthaltsrechts nach Art. 10 VO (EU) 492/2011

Art. 10 VO (EU) 492/2011 (ArbeitnehmerfreizügigkeitsVO) vermittelt Kindern, die in Deutschland die Schule besuchen, und ihren Eltern ein Freizügigkeitsrecht i.S.d. § 2 Abs. 1 Freizügigkeitsgesetz/EU (FreizügG/EU), das einer Verlustfeststellung nach § 5 Abs. 4 FreizügG/EU entgegensteht. Dies hat das Bundesverwaltungsgericht in Leipzig heute entschieden.

Die Klägerin zu 1 und ihre beiden Töchter, die Klägerinnen zu 2 und 3, sind polnische Staatsangehörige. Sie reisten im Februar 2009 in das Bundesgebiet ein. Von Ende Mai 2012 bis Ende März 2013 ging die Klägerin zu 1 einer Beschäftigung nach. In der Folge wurden ihr und ihren Kindern, die staatliche Schulen im Bundesgebiet besuchten, Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts bewilligt. Im Juni 2013 stellte die beklagte Ausländerbehörde den Verlust des Rechts der Klägerinnen auf Einreise und Aufenthalt in der Bundesrepublik Deutschland fest. Nach Aufnahme einer Beschäftigung im August 2013 wurde an der Verlustfeststellung nur noch für den Zeitraum von Juni bis August 2013 festgehalten. Das Verwaltungsgericht hat die hiergegen

erhobene Klage abgewiesen. Auf die Berufung der Klägerinnen hat das Oberverwaltungsgericht die Verlustfeststellung auch insoweit aufgehoben. Die Klägerinnen zu 2 und 3 seien als Kinder einer Wanderarbeitnehmerin auch in dem streitigen Zeitraum freizügigkeitsberechtigt gewesen. Der Klägerin zu 1 habe als für ihre Kinder sorgendem Elternteil ein von diesem Aufenthaltsrecht ihrer Töchter abgeleitetes Aufenthaltsrecht zugestanden.

Der 1. Revisionsssenat des Bundesverwaltungsgerichts hat die Entscheidung des Berufungsgerichts im Ergebnis mit einer alternativen Begründung bestätigt:

Wird davon ausgegangen, dass die Verlustfeststellung nach § 5 Abs. 4 Satz 1 FreizügG/EU nicht in einzelne Zeitabschnitte teilbar ist, kann sie grundsätzlich insgesamt keinen Bestand mehr haben, wenn der betroffene Unionsbürger oder sein Familienangehöriger im Verlauf des Verfahrens (neuerlich) freizügigkeitsberechtigt wird und die Behörde die Verlustfeststellung nur noch für einen in der Vergangenheit liegenden Zeitraum aufrechterhält.

Wird hingegen von einer zeitlichen Teilbarkeit der Verlustfeststellung und damit einer zeitabschnittswisen Betrachtung ausgegangen, war die verbliebene Verlustfeststellung ebenfalls rechtswidrig. Denn die Klägerinnen waren auch seinerzeit freizügigkeitsberechtigt i.S.d.

FreizügG/EU. Gemäß Art. 10 VO (EU) Nr. 492/2011 können die Kinder eines Staatsangehörigen eines Mitgliedstaats, der im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats beschäftigt ist oder beschäftigt gewesen ist, wenn sie im Hoheitsgebiet dieses Mitgliedstaats wohnen, unter den gleichen Bedingungen wie die Staatsangehörigen dieses Mitgliedstaats am allgemeinen Unterricht sowie an der Lehrlings- und Berufsausbildung teilnehmen. Dies vermittelt ihnen und - hiervon abgeleitet - auch ihren tatsächlich die Personensorge ausübenden Eltern ein Aufenthaltsrecht. Aufenthaltszeiten, die allein auf der Grundlage des Art. 10 VO (EU) Nr. 492/2011 zurückgelegt wurden, ohne dass die für die Inanspruchnahme eines Aufenthaltsrechts nach der sogenannten Unionsbürger-Richtlinie (RL 2004/38/EG) vorgesehenen Voraussetzungen erfüllt waren, können zwar nicht für die Zwecke eines Daueraufenthaltsrechts i.S.d. § 4a FreizügG/EU berücksichtigt werden. Jedoch vermitteln sie den Kindern eines Wanderarbeitnehmers und dem Elternteil, der die tatsächliche Sorge für diese ausübt, Freizügigkeit im Sinne des § 2 Abs. 1 FreizügG/EU in dem Aufnahmemitgliedstaat des (vormaligen) Wanderarbeitnehmers, so dass eine Verlustfeststellung nach § 5 Abs. 4 Satz 1 FreizügG/EU ausscheidet.

Urteil vom 11. September 2019 - BVerwG 1 C 48.18 -

Vorinstanzen:

OVG Bautzen, 3 A 736/16 - Urteil vom 25. Oktober 2018 -

VG Dresden, 3 K 3320/14 - Urteil vom 18. August 2016 -

--

Claudius Voigt

Projekt Q – Büro zur Qualifizierung der Flüchtlings- und Migrationsberatung

Gemeinnützige Gesellschaft zur Unterstützung Asylsuchender e. V.

Hafenstraße 3 - 5

48153 Münster

Tel.: 0251 14486 – 26

Mob.: 01578 0497423

Fax: 0251 14486 – 10

www.ggua.de

Rechtsform: eingetragener Verein (e. V.)

Registergericht: Amtsgericht Münster, VR 2347

Vertretungsberechtigt gem. § 26 BGB: Dr. Brigitte Derendorf, Volker Maria Hügel, Dominik Hüging (Schatzmeister), Claudius Voigt, Saskia Zeh

Datenschutzbeauftragte: Simone Hemken, IST-planbar GmbH

Falls Sie im Bereich des Migrations- und Flüchtlingsrechts in NRW und darüber hinaus auf dem Laufenden bleiben wollen - hier können Sie sich in eine Infoliste (E-Mail-Verteiler) eintragen: <http://www.asyl.org/mailman/listinfo/liste-muensterland>

Sie erhalten dann regelmäßig Info-Mails und können auch selbst über diese Liste relevante Informationen versenden.

Falls Sie die Mails nicht mehr erhalten möchten: Unter demselben Link können Sie sich jederzeit wieder austragen.

Sie erhalten diese Mail, weil Sie sich in die E-Mailliste "Liste Münsterland" eingetragen haben. Wenn Sie die Mails nicht mehr erhalten möchten, können Sie sich unter diesem Link jederzeit austragen:
<http://www.asyl.org/mailman/listinfo/liste-muensterland>

liste-muensterland mailing list
liste-muensterland@asyl.org
<http://www.asyl.org/mailman/listinfo/liste-muensterland>