

Sachgebiet:

BVerwGE: ja

Fachpresse: ja

Ausländerrecht

Rechtsquelle/n:

|                      |                                                                                             |
|----------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------|
| AEUV                 | Art. 20 Abs. 1 Satz 2, Art. 21 Abs. 1, Art. 45 Abs. 1                                       |
| VO (EU) Nr. 492/2011 | Art. 10 Abs. 1                                                                              |
| RL 2004/38/EG        | Art. 7 Abs. 1, Art. 14 Abs. 2 Unterabs. 2, Art. 16 Abs. 1                                   |
| FreizügG/EU          | § 2 Abs. 1 und 7, § 4a Abs. 1, § 5 Abs. 3 und 4 Satz 1, § 6 Abs. 2 Satz 2, § 7 Abs. 1 und 2 |
| VwGO                 | § 65 Abs. 1 und 2, § 86 Abs. 1, § 108 Abs. 1 Satz 1, § 139 Abs. 3 Satz 4, § 144 Abs. 4      |

Titelzeile:

Freizügigkeitsberechtigung im Sinne des § 2 Abs. 1 FreizügG/EU aus Art. 10 VO (EU) Nr. 492/2011; zu einer zeitabschnittsbezogenen (Un-)Teilbarkeit des zeitlichen Wirkungsbereichs des § 5 Abs. 4 Satz 1 FreizügG/EU

Stichworte:

Freizügigkeit; Verlustfeststellung; Teilbarkeit; Wirkungsbereich; Zeitabschnitt; Sozialhilfe; Sozialleistung; Finanzen; Unterricht; Grundschule; Teilnahme; Wanderarbeitnehmer; Kind; Elternteil; Wohnung; Wohnsitz; Schule; Zumutbarkeit; Arbeitnehmerfreizügigkeit; Familienangehöriger; Aufenthaltsrecht; Beiladung; Aufklärung; Erheblichkeit; Sachverhaltswürdigung.

Leitsatz:

Art. 10 Abs. 1 VO (EU) Nr. 492/2011 vermittelt den Kindern eines (vormaligen) Wanderarbeitnehmers und deren die tatsächliche Sorge ausübenden Elternteilen nicht nur ein Recht auf Einreise, Aufenthalt und Wohnsitznahme, sondern auch auf Freizügigkeit im Sinne des § 2 Abs. 1 FreizügG/EU.

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

- I. VG Dresden vom 18. August 2016  
Az: VG 3 K 3320/14
- II. OVG Bautzen vom 25. Oktober 2018  
Az: OVG 3 A 736/16







Bundesverwaltungsgericht

**IM NAMEN DES VOLKES**  
**URTEIL**

BVerwG 1 C 48.18  
OVG 3 A 736/16

Verkündet  
am 11. September 2019

als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

In der Verwaltungsstreitsache

hat der 1. Senat des Bundesverwaltungsgerichts  
auf die mündliche Verhandlung vom 11. September 2019  
durch den Vorsitzenden Richter am Bundesverwaltungsgericht Prof. Dr. Berlitz,  
den Richter am Bundesverwaltungsgericht Dr. Fleuß,  
die Richterin am Bundesverwaltungsgericht Dr. Rudolph,  
den Richter am Bundesverwaltungsgericht Böhmann und  
die Richterin am Bundesverwaltungsgericht Dr. Wittkopp

für Recht erkannt:

Die Revision des Beklagten gegen das Urteil des  
Sächsischen Obergerichts vom 25. Oktober  
2018 wird zurückgewiesen.

Der Beklagte trägt die Kosten des Revisionsverfahrens.

#### G r ü n d e :

##### I

- 1 Die Klägerinnen wenden sich gegen die Feststellung des Verlustes ihres Rechts auf Einreise und Aufenthalt für einen Zeitraum im Jahr 2013.
- 2 Die Klägerinnen sind polnische Staatsangehörige. Die im Jahr 1967 geborene Klägerin zu 1 ist die Mutter der in den Jahren 2004 und 1998 geborenen Klägerinnen zu 2 und 3. Im Februar 2009 reisten sie 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 seinerzeit staatliche Schulen in G. besuchten, Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts bewilligt.

- 3 Im Juni 2013 stellte der Beklagte den Verlust des Rechts der Klägerinnen auf Einreise und ständigen Aufenthalt in der Bundesrepublik Deutschland fest. An dieser Verlustfeststellung wurde in der Folgezeit, nachdem die Klägerin zu 1 Ende August 2013 erneut eine Beschäftigung angetreten hatte, nur noch für einen Zeitraum von Juni 2013 bis August 2013 festgehalten. Die hiergegen erhobene Klage hat das Verwaltungsgericht abgewiesen.
- 4 Auf die Berufung der Klägerinnen hat das Oberverwaltungsgericht das Urteil des Verwaltungsgerichts geändert und die Verlustfeststellung insgesamt aufgehoben. Es könne dahinstehen, ob die Klägerin zu 1 in dem betreffenden Zeitraum des Jahres 2013 freizügigkeitsberechtigt nach Maßgabe des § 2 Abs. 2 FreizügG/EU gewesen sei. Denn die Klägerinnen zu 2 und 3 seien unabhängig von den Voraussetzungen des Freizügigkeitsgesetzes/EU jedenfalls nach Art. 10 Abs. 1 VO (EU) Nr. 492/2011 freizügigkeitsberechtigt gewesen. Die Klägerin zu 1 habe als personensorgeberechtigter Elternteil ein von diesem Aufenthaltsrecht ihrer Töchter abgeleitetes Freizügigkeitsrecht besessen.
- 5 Zur Begründung seiner Revision macht der Beklagte im Wesentlichen geltend, das Berufungsgericht habe Bundesrecht dadurch verletzt, dass es entscheidungserheblich nicht ausschließlich das Freizügigkeitsgesetz/EU, sondern auch Art. 10 Abs. 1 VO (EU) Nr. 492/2011 herangezogen habe. Damit habe es zugleich über den falschen Streitgegenstand entschieden. Streitgegenstand sei allein das Nichtentstehen eines Daueraufenthaltsrechts nach § 4a Abs. 1 FreizügG/EU. Mit der angefochtenen Verlustfeststellung sei festgestellt worden, dass den Klägerinnen in dem Zeitraum von Juni 2013 bis August 2013 kein daueraufenthaltsbegründendes Aufenthaltsrecht nach dem Freizügigkeitsgesetz/EU zugestanden habe. Ein Aufenthaltsrecht gemäß Art. 10 Abs. 1 VO (EU) Nr. 492/2011 vermittele keinen rechtmäßigen Aufenthalt im Sinne des § 4a Abs. 1 FreizügG/EU. Es stehe einem Freizügigkeitsrecht im Sinne des Freizügigkeitsgesetzes/EU und der Richtlinie 2004/38/EG nicht gleich. Eine Gleichstellung müsse positiv-rechtlich erfolgen und sei nicht im Wege eines Analogieschlusses möglich. Die voraussetzungslose Anwendung des Art. 10 Abs. 1 VO (EU) Nr. 492/2011 durch das Oberverwaltungsgericht setze alle unions- und bundesrechtlichen Regelungen zur Umgehung sozialrechtlicher Vorschriften außer Kraft. Das Berufungsgericht hätte zumindest einschränkend dahingehend ent-

scheiden müssen, dass eine weitere Beschulung nur erfolgen könne, wenn konkrete zusätzliche Bedingungen der Freizügigkeit oder des Aufenthalts erfüllt worden wären. Dessen ungeachtet sei die Berufung auf das Unionsrecht rechtsmissbräuchlich.

- 6 Die Klägerinnen verteidigen das angefochtene Urteil.
- 7 Der Vertreter des Bundesinteresses beim Bundesverwaltungsgericht beteiligt sich nicht an dem Verfahren.

## II

- 8 Die zulässige Revision des Beklagten ist unbegründet. Das Berufungsgericht hat jedenfalls im Ergebnis zutreffend entschieden, dass die zwischen den Beteiligten allein im Streit befindliche Feststellung des Verlustes des Rechts der Klägerinnen auf Einreise und Aufenthalt für einen abgeschlossenen mehrmonatigen Zeitraum im Jahr 2013 nicht von § 5 Abs. 4 Satz 1 des Gesetzes über die allgemeine Freizügigkeit von Unionsbürgern (Freizügigkeitsgesetz/EU - FreizügG/EU) gedeckt ist und daher aufzuheben war.
- 9 Maßgeblich für die rechtliche Beurteilung aufenthaltsrechtlicher Entscheidungen, die Grundlage einer Aufenthaltsbeendigung sein können, ist grundsätzlich die Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung oder Entscheidung des Tatsachengerichts. Rechtsänderungen während des Revisionsverfahrens sind zu beachten, wenn das Berufungsgericht - entschiede es anstelle des Bundesverwaltungsgerichts - sie zu berücksichtigen hätte. Diese Grundsätze gelten nur dann nicht, wenn und soweit aus Gründen des materiellen Rechts ausnahmsweise ein anderer Zeitpunkt maßgeblich ist (BVerwG, Urteile vom 16. Juli 2015 - 1 C 22.14 - Buchholz 402.261 § 4a FreizügG/EU Nr. 4 Rn. 11 und vom 28. März 2019 - 1 C 9.18 - InfAuslR 2019, 277 Rn. 9 und Beschluss vom 7. Dezember 2017 - 1 B 142.17 - juris Rn. 5).
- 10 Der Senat lässt offen, ob auch für den hier vorliegenden Fall, dass die Ausländerbehörde zunächst gemäß § 5 Abs. 4 Satz 1 FreizügG/EU den Verlust eines Freizügigkeitsrechts des Unionsbürgers nach § 2 Abs. 1 FreizügG/EU festgestellt

hat, dann aber diese Verlustfeststellung, nachdem der Unionsbürger im Verlauf des behördlichen Verfahrens neuerlich freizügigkeitsberechtigt geworden ist, nur noch für den Zeitraum zwischen dem Ergehen der Verlustfeststellung und der neuerlichen Entstehung des Freizügigkeitsrechts aufrechterhält, auf die Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt der Entscheidung des Tatsachengerichts abzustellen ist, weil diese insoweit nicht teilbar ist, oder ob eine Verlustfeststellung zeitabschnittsweise teilbar ist und daher nachträglich auf bestimmte zurückliegende Zeiträume beschränkt werden darf, sodass aus Gründen des materiellen Rechts für die Sach- und Rechtslage ein anderer Zeitpunkt maßgeblich ist (1.). Bei fehlender Teilbarkeit der Verlustfeststellung ist deren noch aufrechterhaltener Rest schon deshalb rechtswidrig, weil der Beklagte selbst an der Verlustfeststellung im dann maßgeblichen Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung des Berufungsgerichts nicht mehr festgehalten hat (2.). Aber auch bei Annahme einer Teilbarkeit wäre die Verlustfeststellung, soweit sie zuletzt noch Bestand hatte, hier nicht von § 5 Abs. 4 Satz 1 FreizügG/EU gedeckt, weil die Klägerinnen in dem betreffenden zurückliegenden Zeitraum des Jahres 2013 ein Aufenthaltsrecht nach Art. 10 Abs. 1 der Verordnung (EU) Nr. 492/2011 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. April 2011 über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Union (ABl. L 141 S. 1) - VO (EU) Nr. 492/2011 - besaßen und daher freizügigkeitsberechtigt im Sinne des § 2 Abs. 1 FreizügG/EU waren (3.). Die von der Revision insoweit erhobenen Verfahrensrügen bleiben ohne Erfolg (4.).

- 11 1. Das Berufungsgericht ist ohne nähere Auseinandersetzung mit deren dogmatischer Einordnung davon ausgegangen, dass es sich bei einer Verlustfeststellung nach § 5 Abs. 4 FreizügG/EU jedenfalls im Falle einer nachträglichen zeitlichen Beschränkung auf einen bestimmten Zeitraum durch Aufhebung mit Wirkung für die Zukunft bei Wiedererstehen einer Freizügigkeitsberechtigung um einen auf der Zeitachse teilbaren Verwaltungsakt handelt, dessen Rechtmäßigkeit nach Maßgabe der Sach- und Rechtslage in dem - zurückliegenden, abgeschlossenen - Zeitraum zu beurteilen ist, für den sich die Verlustfeststellung noch Geltung beimisst. Ob ein Verwaltungsakt in inhaltlicher Hinsicht oder auf der Zeitachse teilbar ist, ist indes eine Frage des jeweiligen materiellen Rechts. Diesem sind nicht nur die tatbestandlichen Voraussetzungen für die Rechtmäßigkeit eines Verwaltungsaktes zu entnehmen, sondern es bestimmt auch, zu

welchem Zeitpunkt diese Voraussetzungen bei einer gerichtlichen Überprüfung vorliegen müssen, und ob eine ursprünglich rechtmäßige, während des gerichtlichen Verfahrens aber rechtswidrig gewordene Verfügung "in der Zeit" teilbar ist. § 5 Abs. 4 FreizügG/EU enthält zur Frage der Teilbarkeit auf der Zeitachse keine ausdrückliche Aussage. Der vorliegende Fall gibt keinen Anlass, über die zeitliche Teilbarkeit einer Verlustfeststellung - insgesamt oder in Fällen der nachträglichen Beschränkung - zu entscheiden.

- 12 Eine solche Teilbarkeit hat das Bundesverwaltungsgericht für die Ausweisung verneint (BVerwG, Urteil vom 4. Oktober 2012 - 1 C 13.11 - BVerwGE 144, 230 Rn. 21 f.). Anknüpfend daran ist der Senat bisher in Fällen, in denen die Verlustfeststellung nicht auf einen in der Vergangenheit liegenden Zeitraum beschränkt worden war, davon ausgegangen, dass sich die Rechtmäßigkeit einer Verlustfeststellung grundsätzlich allein anhand der Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung oder Entscheidung des Tatsachengerichts beurteilt und die Verlustfeststellung dann insgesamt rechtswidrig ist, wenn im maßgeblichen Zeitpunkt ein Freizügigkeitsrecht besteht (vgl. BVerwG, Urteile vom 28. März 2019 - 1 C 9.18 - InfAuslR 2019, 277 Rn. 8 f., 25 und vom 16. Juli 2015 - 1 C 22.14 - Buchholz 402.261 § 4a FreizügG/EU Nr. 4 Rn. 11; Beschluss vom 7. Dezember 2017 - 1 B 142.17 - juris Rn. 5).
- 13 Der Senat neigt dazu, diese Rechtsprechung nicht auf Fälle einer Verlustfeststellung nach § 5 Abs. 4 FreizügG/EU zu übertragen, die nachträglich wegen des Wiedererstehens einer Freizügigkeitsberechtigung zeitlich beschränkt, mit Wirkung ab einem bestimmten Zeitpunkt wieder aufgehoben oder als auf andere Weise erledigt angesehen worden ist. Gegen eine Übertragung und für eine zeitabschnittsweise Teilbarkeit spricht dabei, dass sich der Regelungsgehalt der Verlustfeststellung nicht - wie bei der Ausweisung - auf die konstitutive Beendigung des (rechtmäßigen) Aufenthalts konzentriert, sondern nach § 7 Abs. 1 FreizügG/EU die Ausreisepflicht nur eine Rechtsfolge ist; sie steht zudem - wegen der lediglich feststellenden Natur der Verlustfeststellung nach § 5 Abs. 4 Satz 1 FreizügG/EU - unter dem Vorbehalt, dass in der Folgezeit nicht erneut eine Freizügigkeitsberechtigung entsteht. Die durch die Verlustfeststellung nach § 5 Abs. 4 Satz 1 FreizügG/EU bewirkte Beseitigung der Freizügigkeitsvermutung (vgl. hierzu BVerwG, Urteile vom 16. November 2010 - 1 C 17.09 -



BVerwGE 138, 122 Rn. 11, vom 11. Januar 2011 - 1 C 23.09 - BVerwGE 138, 353 Rn. 12 und vom 16. Juli 2015 - 1 C 22.14 - Buchholz 402.261 § 4a FreizügG/EU Nr. 4 Rn. 12) schließt das neuerliche Entstehen eines Aufenthaltsrechts und in der Folge den Wegfall der Ausreisepflicht nicht aus (Dienelt, in: Bergmann/Dienelt, Ausländerrecht, 12. Aufl. 2018, § 5 FreizügG/EU Rn. 58 und § 7 FreizügG/EU Rn. 25; Gerstner-Heck, in: Decker/Bader/Kothe, BeckOK Migrations- und Integrationsrecht, Stand März 2019, § 7 FreizügG/EU Rn. 3; Harms, in: Storr/Wenger/Eberle/Albrecht/Harms, Kommentar zum Zuwanderungsrecht, 2. Aufl. 2008, § 5 FreizügG/EU Rn. 10 und § 7 FreizügG/EU Rn. 3). Damit verliert ein wichtiger Gesichtspunkt für die Unteilbarkeit der Ausweisung an Bedeutung, dass ihre titelvernichtende (§ 51 Abs. 1 Nr. 5 AufenthG) Wirkung bei einer Aufhebung lediglich mit Wirkung für die Zukunft nicht entfiele; das Recht zur Einreise und Aufenthalt nach § 2 Abs. 1 FreizügG/EU be- und entsteht bei materiellem Bestand einer Freizügigkeitsberechtigung kraft Unionsrechts unabhängig von einer entsprechenden behördlichen Genehmigung.

- 14 Die Verlustfeststellung weist zudem durch den Gesetzgeber der entsprechenden sozialrechtlichen Regelungen gewollte Bezüge zu den Voraussetzungen auf, unter denen regelmäßig zeitabschnittsweise zu gewährende Sozialleistungen zu gewähren sind (vgl. BT-Drs. 15/420 S. 104, aber auch etwa § 7 Abs. 1 Satz 4 des Zweiten Buches Sozialgesetzbuch - SGB II). Eine derartige Verknüpfung setzt auch Art. 14 Abs. 2 Unterabs. 2, Abs. 3 der Richtlinie 2004/38/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten, zur Änderung der Verordnung (EWG) Nr. 1612/68 und zur Aufhebung der Richtlinien 64/221/EWG, 68/360/EWG, 72/194/EWG, 73/148/EWG, 75/34/EWG, 75/35/EWG, 90/364/EWG, 90/365/EWG und 93/96/EWG (ABl. L 158 S. 77) voraus, indem er den Mitgliedstaaten die anlassbezogene Prüfung des Fortbestandes einer Freizügigkeitsberechtigung auch aus Anlass des Bezuges von Sozialleistungen ermöglicht (dazu auch EuGH, Urteil vom 14. Juni 2016 - C-308/14 [ECLI:EU:C:2016:436], Europäische Kommission/Vereinigtes Königreich - Rn. 80 ff. m.w.N.) und ihnen lediglich verwehrt, die Inanspruchnahme von Sozialhilfe, von der die Mitgliedstaaten Unionsbürger nach Maßgabe des Art. 24 Abs. 2 RL 2004/38/EG ausschließen dürfen (dazu etwa EuGH, Urteile vom 11. No-

vember 2014 - C-333/13 [ECLI:EU:C:2014:2358], Dano - Rn. 63 ff. und vom 25. Februar 2016 - C-299/14 [ECLI:EU:C:2016:114], Garcia-Nieto - Rn. 36 ff.), automatisch zum Anlass einer Ausweisung zu nehmen. Das Unionsrecht erlaubt den Mitgliedstaaten auch Regelungen, nach denen Personen, denen kein Aufenthaltsrecht nach der Richtlinie 2004/38/EG zusteht, nicht unter den gleichen Voraussetzungen wie Inländer Sozialleistungen beanspruchen könnten, weil das dem im zehnten Erwägungsgrund dieser Richtlinie genannten Ziel zuwiderliefe, eine unangemessene Inanspruchnahme der Sozialhilfeleistungen des Aufnahmemitgliedstaats durch Unionsbürger, die Staatsangehörige anderer Mitgliedstaaten sind, zu verhindern (s. EuGH, Urteil vom 25. Februar 2016 - C-299/14 - Rn. 39 m.w.N.).

- 15 Einer abschließenden Klärung bedarf es indes nicht, weil die Verlustfeststellung in dem Umfang, in dem sie durch den Beklagten für die Vergangenheit aufrechterhalten geblieben und Streitgegenstand des gerichtlichen Verfahrens geworden ist, unabhängig von der zeitabschnittswisen Teilbarkeit der Verlustfeststellung rechtswidrig ist.
- 16 2. Wird davon ausgegangen, dass eine Verlustfeststellung nach § 5 Abs. 4 Satz 1 FreizügG/EU nicht teilbar und deshalb insgesamt anhand des jeweils aktuellen Zeitpunkts zu beurteilen ist, kann sie insgesamt keinen Bestand mehr haben, wenn der betroffene Unionsbürger oder sein Familienangehöriger im Verlauf des Verfahrens (neuerlich) freizügigkeitsberechtigt wird. Der Wegfall der maßgeblichen Voraussetzung des Nichtbestehens eines Rechts auf Einreise und Aufenthalt nach § 2 Abs. 1 FreizügG/EU entzöge der Verlustfeststellung nachträglich insgesamt die Grundlage. Der Restverwaltungsakt, der infolge der auf die neuerliche Freizügigkeitsberechtigung des Unionsbürgers hin mit Ex-nunc-Wirkung verfügten Teilaufhebung verbliebe, erwiese sich als Torso, der mangels (fortbestehender) Ausreisepflicht des Betroffenen keinen selbstständigen Bestand haben könnte.
- 17 3. Die angegriffene Verlustfeststellung für den von ihr noch erfassten Zeitraum von Juni bis August 2013 ist aber auch dann mit § 5 Abs. 4 Satz 1 FreizügG/EU unvereinbar und aufzuheben, wenn eine Verlustfeststellung nach § 5 Abs. 4 Satz 1 FreizügG/EU nachträglich auf bestimmte Zeiträume beschränkt werden

kann und in diesem Sinne zeitlich teilbar ist. Denn die Klägerinnen waren in diesem - dann für die Beurteilung der Sach- und Rechtslage maßgeblichen - Zeitraum zwischen dem Erlass der Verlustfeststellung und dem Eintritt ihrer neuerlichen Freizügigkeitsberechtigung gemäß Art. 10 Abs. 1 VO (EU) Nr. 492/2011 aufenthaltsberechtigt (a) und damit im Sinne des § 5 Abs. 4 Satz 1 FreizügG/EU freizügigkeitsberechtigt nach § 2 Abs. 1 FreizügG/EU (b).

- 18 a) Das Oberverwaltungsgericht hat in revisionsgerichtlich nicht zu beanstandender Weise angenommen, dass die Klägerinnen in dem betreffenden Zeitraum des Jahres 2013 gemäß Art. 10 Abs. 1 VO (EU) Nr. 492/2011 zum Aufenthalt im Bundesgebiet berechtigt waren.
- 19 aa) Gemäß Art. 10 Abs. 1 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. Die Norm begründet zuvörderst ein Recht auf Gleichbehandlung (stRspr, vgl. EuGH, Urteil vom 27. September 1988 - C-42/87 [ECLI:EU:C:1988:454], Kommission/Königreich Belgien - Rn. 10). Aus dem Recht zur Teilnahme am allgemeinen Unterricht sowie an der Lehrlings- und Berufsausbildung folgt zugleich ein eigenständiges (EuGH, Urteil vom 13. Juni 2013 - C-45/12 [ECLI:EU:C:2013:390], Hadj Ahmed - Rn. 46), originäres (Franzen, in: Streinz, EUV/AEUV, 3. Aufl. 2018, Art. 45 AEUV Rn. 143) und autonomes (EuGH, Urteil vom 23. Februar 2010 - C-310/08 [ECLI:EU:C:2010:80], Ibrahim - Rn. 41 f.) Recht der Kinder des (vormaligen) Wanderarbeitnehmers auf Einreise, Aufenthalt und Wohnsitznahme. Ein entsprechendes Recht vermittelt Art. 10 Abs. 1 VO (EU) Nr. 492/2011 zudem dem Elternteil, der die elterliche Sorge für die betreffenden Kinder tatsächlich wahrnimmt, ohne dass dieser die in der Richtlinie 2004/38/EG festgelegten Voraussetzungen erfüllen muss (EuGH, Urteil vom 23. Februar 2010 - C-480/08 [ECLI:EU:C:2010:83], Teixeira - Rn. 61). Dieser Elternteil kann auch der vormalige Wanderarbeitnehmer selbst sein. Das Aufenthaltsrecht ist der Förderung der Inanspruchnahme des Rechts der Kinder auf Teilnahme am allgemeinen Unterricht zu dienen bestimmt und besteht auch nach dem Ende der Erwerbstä-

tigkeit des Wanderarbeitnehmers fort (stRspr, vgl. EuGH, Urteil vom 17. September 2002 - C-413/99 [ECLI:EU:C:2002:493], Baumbast und R - Rn. 73 ff.). Es endet regelmäßig mit Eintritt der Volljährigkeit des Kindes, sofern dieses nicht ausnahmsweise weiterhin der Anwesenheit und Fürsorge dieses Elternteils bedarf, um seine Ausbildung fortsetzen und abschließen zu können (EuGH, Urteil vom 23. Februar 2010 - C-480/08 - Rn. 86 f.). Adressat des den Kindern eines Wanderarbeitnehmers und deren die tatsächliche Sorge ausübenden Elternteile aus Art. 10 Abs. 1 VO (EU) Nr. 492/2011 erwachsenen Aufenthaltsrechts ist allein der Aufnahmestaat des (vormaligen) Wanderarbeitnehmers, nicht hingegen auch jeder andere Mitgliedstaat der Europäischen Union (EuGH, Urteil vom 27. September 1988 - C-263/86 [ECLI:EU:C:1988:451], Humbel und Edel - Rn. 24 f.).

- 20 bb) Die Klägerinnen zu 2 und 3 wie auch die Klägerin zu 1 waren hiernach in dem streitgegenständlichen Zeitraum des Jahres 2013 nach Art. 10 Abs. 1 VO (EU) Nr. 492/2011 zum Aufenthalt im Bundesgebiet berechtigt.
- 21 (1) Die Klägerinnen zu 2 und 3 sind Kinder einer Staatsangehörigen eines Mitgliedstaats der Europäischen Union. Ihre Mutter, die Klägerin zu 1, ist wie sie polnische Staatsangehörige. Die Klägerin zu 1 war Wanderarbeitnehmerin, da sie im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats in einem bestimmten Zeitraum im Rahmen einer tatsächlichen und echten Tätigkeit für einen anderen nach dessen Weisung Leistungen erbrachte, für die sie als Gegenleistung eine Vergütung erhielt. Ausweislich der tatsächlichen Feststellungen des Obergerichtes ging sie im Zeitraum von Ende Mai 2012 bis Ende März 2013 im Bundesgebiet einer Vollzeitbeschäftigung nach. Dass sie zuvor einer selbstständigen Erwerbstätigkeit nachgegangen war, steht ihrer Arbeitnehmereigenschaft ebenfalls nicht entgegen (vgl. EuGH, Urteil vom 30. Juni 2016 - C-115/15 [ECLI:EU:C:2016:487], N.A. - Rn. 18 und 68), auch nicht der Umstand, dass sie bereits im Jahr 2009 gemeinsam mit ihren Kindern in das Bundesgebiet eingereist war. Die Klägerinnen zu 2 und 3 nahmen nach ihrer Einreise Wohnung bei der Klägerin zu 1 und behielten ihren Wohnsitz auch während der nichtselbstständigen Erwerbstätigkeit ihrer Mutter bei. Das Aufenthaltsrecht nach Art. 10 Abs. 1 VO (EU) Nr. 492/2011 erfordert nicht, dass die Begünstigten über einen ausreichenden Krankenversicherungsschutz und über ausreichende Existenz-

mittel verfügen (stRspr, vgl. EuGH, Urteil vom 23. Februar 2010 - C-310/08 - Rn. 59).

- 22 Die Klägerinnen zu 2 und 3 waren auch in dem maßgeblichen Zeitraum in das deutsche Schulsystem eingegliedert. Sie besuchten seinerzeit die Mittelschule bzw. die Grundschule und nahmen dort am allgemeinen Unterricht teil. Art. 10 Abs. 1 VO (EU) Nr. 492/2011 erfasst die Teilnahme an dem Unterricht sowohl an berufs- als auch an allgemeinbildenden Schulen. Eine Begrenzung auf den Unterricht an weiterführenden Schulen ist der Norm nicht zu entnehmen (a.A. zu Art. 12 Abs. 3 RL 2004/38/EG Dienelt, in: Bergmann/Dienelt, Ausländerrecht, 12. Aufl. 2018, § 3 FreizügG/EU Rn. 90; Hailbronner, Ausländerrecht, Stand August 2019, § 3 FreizügG/EU Rn. 56; weitergehend hingegen Oberhäuser, in: Hofmann, Ausländerrecht, 2. Aufl. 2016, § 3 FreizügG/EU Rn. 34). Gegen eine entsprechende Einschränkung streitet nicht nur der Zweck der Verordnung, die Familie des Wanderarbeitnehmers im Aufnahmestaat zu integrieren, um jener wie diesem die effektive Wahrnehmung des Rechts auf Einreise und Aufenthalt zu ermöglichen, sondern auch die Diversität der Ausgestaltung der Schulwesen der Mitgliedstaaten. Auch der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union ist nicht zu entnehmen, dass Art. 10 Abs. 1 VO (EU) Nr. 492/2011 die Teilnahme am allgemeinen Unterricht an Grundschulen nicht erfasst (EuGH, Urteile vom 15. März 1989 - C-389/87 [ECLI:EU:C:1989:130], Echternach und Moritz - Rn. 29 f. und vom 23. Februar 2010 - C-310/08 - Rn. 19).
- 23 Das Aufenthaltsrecht aus Art. 10 Abs. 1 VO (EU) Nr. 492/2011 steht auch nicht unter dem Vorbehalt, dass es den Kindern des (vormaligen) Wanderarbeitnehmers unzumutbar sein muss, auf eine Schule in dessen Herkunftsmitgliedstaat zu wechseln. Eine entsprechende Einschränkung, für die der Wortlaut der Norm keine Anhaltspunkte liefert, stünde in Widerspruch zu dem Ziel der Vorschrift, die Integration der Familienangehörigen der Wanderarbeitnehmer zu fördern (vgl. EuGH, Urteil vom 17. September 2002 - C-413/99 - Rn. 54). Es bedurfte daher keiner Klärung, ob es den Klägerinnen zu 2 und 3 zuzumuten gewesen wäre, ihre Schulausbildung in Polen fortzuführen. Aus den nämlichen Gründen, aber auch im Hinblick auf das Wohnsitzerfordernis des Art. 10 Abs. 1 VO (EU) Nr. 492/2011 bedurfte es keiner Prüfung, ob es den Klägerinnen zu 2 und 3

möglich und zumutbar gewesen wäre, ihren Wohnsitz in der Nachbarstadt von G., dem polnischen Z., zu nehmen und von dort aus unter den gleichen Bedingungen an dem Unterricht in deutschen Schulen teilzunehmen.

- 24 (2) Als Elternteil, welcher in dem streitgegenständlichen Zeitraum die elterliche Sorge für die Kinder des Wanderarbeitnehmers tatsächlich wahrnahm, vermittelte Art. 10 Abs. 1 VO (EU) Nr. 492/2011 auch der Klägerin zu 1 ein Aufenthaltsrecht.
- 25 b) Die Klägerinnen besaßen in dem streitgegenständlichen Zeitraum des Jahres 2013 ein "Recht nach § 2 Abs. 1 FreizügG/EU" im Sinne des § 5 Abs. 4 Satz 1 FreizügG/EU, da Art. 10 Abs. 1 VO (EU) Nr. 492/2011 den Normadressaten nicht nur ein Aufenthaltsrecht, sondern auch ein Freizügigkeitsrecht vermittelt (dazu aa). Auch ein solches, nicht aus der Richtlinie 2004/38/EG folgendes Freizügigkeitsrecht wird von § 2 Abs. 1 FreizügG/EU erfasst und hindert damit eine Verlustfeststellung nach § 5 Abs. 4 FreizügG/EU (dazu bb).
- 26 aa) Art. 10 Abs. 1 VO (EU) Nr. 492/2011 vermittelt den Kindern eines (vormaligen) Wanderarbeitnehmers und deren die tatsächliche Sorge ausübenden Elternteilen nicht nur ein Recht auf Einreise, Aufenthalt und Wohnsitznahme, sondern auch auf Freizügigkeit im Sinne des § 2 Abs. 1 FreizügG/EU (ebenso BSG, Urteile vom 3. Dezember 2015 - B 4 AS 43/15 R - BSGE 120, 139 Rn. 27 und vom 12. September 2018 - B 14 AS 18/17 R - juris Rn. 24).
- 27 Die Norm und die sich daraus ergebenden Rechte sind nach Maßgabe des Aufbaus und des Zwecks dieser Verordnung auszulegen (vgl. EuGH, Urteil vom 17. September 2002 - C-413/99 - Rn. 68).
- 28 Gemäß Art. 21 Abs. 1 AEUV hat jeder Unionsbürger das Recht, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten vorbehaltlich der in den Verträgen und in den Durchführungsvorschriften vorgesehenen Beschränkungen und Bedingungen frei zu bewegen und aufzuhalten. Unionsbürger ist gemäß Art. 20 Abs. 1 Satz 2 AEUV, wer die Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaats besitzt. Der Unionsbürgerstatus ist dazu bestimmt, der grundlegende Status der Angehörigen der Mitgliedstaaten zu sein (stRspr, vgl. EuGH, Urteil vom 20. September 2001 - C-184/99

[ECLI:EU:C:2001:458], Grzelczyk - Rn. 30 f.). Das Recht des Staatsangehörigen eines Mitgliedstaats, in das Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats einzu-reisen und sich dort aufzuhalten, wird jedem, der unter den Anwendungsbe-reich des Gemeinschaftsrechts fällt, unabhängig von der Erteilung einer Aufent-haltserlaubnis oder dergleichen seitens des Aufnahmestaats unmittelbar im primären Unionsrecht oder, je nach Sachlage, in den zu dessen Umsetzung er-gangenen Bestimmungen gewährt (EuGH, Urteil vom 8. April 1976 - C-48/75 [ECLI:EU:C:1976:57], Royer - Rn. 31 ff.). Das allgemeine Einreise- und Aufent-haltsrecht aller Unionsbürger im Sinne des Art. 21 Abs. 1 AEUV erfährt in Bezug auf die Freizügigkeit der Arbeitnehmer in Art. 45 AEUV eine spezifische (EuGH, Urteil vom 12. März 2014 - C-457/12 [ECLI:EU:C:2014:136], S. und G. - Rn. 45) und spezielle (vgl. EuGH, Urteil vom 18. Juli 2017 - C-566/15 [ECLI:EU:C:2017:562], Erzberger - Rn. 25) Ausprägung, die zugleich einen der fundamentalen Grundsätze der Union verkörpert (stRspr, vgl. EuGH, Urteil vom 15. Dezember 1995 - C-415/93 [ECLI:EU:C:1995:463], Bosman - Rn. 93). Gemäß Art. 45 Abs. 1 AEUV ist innerhalb der Union die Freizügigkeit der Arbeitnehmer ge-währleistet. Nach Art. 45 Abs. 3 Buchst. b und c AEUV gibt die Freizügigkeit - vorbehaltlich der aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Ge-sundheit gerechtfertigten Beschränkungen - den Arbeitnehmern das Recht, sich zum Zweck der Bewerbung auf tatsächlich angebotene Stellen im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und sich in einem Mitgliedstaat aufzuhal-ten, um dort nach den für die Arbeitnehmer dieses Staates geltenden Rechts- und Verwaltungsvorschriften eine Beschäftigung auszuüben. Als Grundrecht der Arbeitnehmer und ihrer Familien (EuGH, Urteil vom 13. Juli 1983 - C-152/82 [ECLI:EU:C:1983:205], Forcheri und Marino - Rn. 11) ist die Arbeit-nehmerfreizügigkeit nicht in einem engen Sinne zu verstehen. Die Verordnung (EU) Nr. 492/2011 dient ebenso wie die ihr vorausgehende Verordnung (EWG) Nr. 1612/68 des Rates vom 15. Oktober 1968 über die Freizügigkeit der Arbeit-nehmer innerhalb der Gemeinschaft (ABl. L 257 S. 2) dazu, die Verwirklichung der Ziele der Arbeitnehmerfreizügigkeit zu erleichtern (EuGH, Urteil vom 13. Februar 1985 - C-267/83 [ECLI:EU:C:1985:67], Diatta - Rn. 15). Sie formt den Inhalt des Grundsatzes der Freizügigkeit der Arbeitnehmer, wie er in Art. 45 AEUV niedergelegt ist, auch in Bezug auf deren Familienangehörige aus und ist im Lichte des von Art. 8 EMRK gewährleisteten Anspruchs auf Achtung des Familienlebens auszulegen (EuGH, Urteil vom 18. Mai 1989 - C-249/86

[ECLI:EU:C:1989:204], Kommission/Bundesrepublik Deutschland - Rn. 10). Gemäß Erwägungsgrund 4 der Verordnung (EU) Nr. 492/2011 ist die Freizügigkeit ein Grundrecht nicht nur der Arbeitnehmer, sondern auch ihrer Familien. Damit das Recht auf Freizügigkeit nach objektiven Maßstäben in Freiheit und Menschenwürde wahrgenommen werden kann, müssen ausweislich des Halbsatzes 2 des Erwägungsgrundes 6 der Verordnung (EU) Nr. 492/2011 alle Hindernisse beseitigt werden, die sich der Mobilität der Arbeitnehmer entgegenstellen, insbesondere in Bezug auf die Bedingungen für die Integration der Familie des Arbeitnehmers im Aufnahmeland. Dies macht es erforderlich, die bestmöglichen Bedingungen für die Integration der Familie des Wanderarbeitnehmers im Aufnahmemitgliedstaat zu schaffen (EuGH, Urteil vom 13. Juni 2013 - C-45/12 - Rn. 44 ff.). In diesem Sinn bezweckt die Verordnung (EU) Nr. 492/2011 nicht nur die Verwirklichung der Freizügigkeit der Wanderarbeitnehmer, sondern vermittelt sie Freizügigkeit auch deren Familienangehörigen. Dieser Zielsetzung dient auch Art. 10 Abs. 1 VO (EU) Nr. 492/2011.

- 29 bb) Das durch Art. 10 Abs. 1 VO (EU) Nr. 492/2011 begründete Freizügigkeitsrecht wird von § 2 Abs. 1 FreizügG/EU erfasst und steht damit einer Verlustfeststellung nach § 5 Abs. 4 FreizügG/EU entgegen.
- 30 Das Freizügigkeitsgesetz/EU dient der Umsetzung primären und sekundären Unionsrechts und bezieht sich nicht nur auf die in der Richtlinie 2004/38/EG zusammengefassten, sondern auf sämtliche sich aus dem Unionsrecht ergebenden Freizügigkeitsrechte (BT-Drs. 15/420 S. 102). Der Aufzählung in § 2 Abs. 2 FreizügG/EU kommt insoweit nur eine deklaratorische Bedeutung zu. Wer freizügigkeitsberechtigter Unionsbürger oder dessen Familienangehöriger ist, bestimmt mit konstitutiver Wirkung allein das Unionsrecht (vgl. EuGH, Urteile vom 8. April 1976 - C-48/75 - Rn. 31 ff. und vom 7. Juli 1976 - C-118/75 [ECLI:EU:C:1976:106], Watson und Bellmann - Rn. 11 ff.). Freizügigkeitsberechtigter im Sinne des § 2 Abs. 1 FreizügG/EU sind somit auch solche unionsrechtlich freizügigkeitsberechtigten Personen, die nicht oder nur unzureichend von § 2 Abs. 2 FreizügG/EU erfasst werden (Hailbronner, Ausländerrecht, Stand August 2019, § 2 FreizügG/EU Rn. 1). Dafür spricht ganz wesentlich die Regelung des § 7 Abs. 1 FreizügG/EU, nach der eine Verlustfeststellung die Ausreisepflicht des betroffenen Unionsbürgers bzw. Familienangehörigen eines Unionsbürgers



begründet. Der anderenfalls entstehende Widerspruch zwischen einer kraft Gesetzes eintretenden Ausreisepflicht und einem gleichwohl kraft Unionsrechts bestehenden Freizügigkeitsrecht wird vermieden, wenn alle unionsrechtlichen Freizügigkeitsrechte von § 2 Abs. 1 FreizügG/EU als erfasst angesehen werden.

- 31 Der grundsätzlichen Einbeziehung des neben der Richtlinie 2004/38/EG stehenden Freizügigkeitsrechts aus Art. 10 Abs. 1 VO (EU) Nr. 492/2011 in den Anwendungsbereich des § 2 Abs. 1 FreizügG/EU steht - anders als der Beklagte meint - auch nicht entgegen, dass Aufenthaltszeiten, die allein auf der Grundlage eines Aufenthaltsrechts aus Art. 10 Abs. 1 VO (EU) Nr. 492/2011 zurückgelegt wurden, für die Zwecke des Erwerbs des Rechts auf Daueraufenthalt im Sinne des § 4a Abs. 1 FreizügG/EU nicht berücksichtigt werden können (EuGH, Urteil vom 8. Mai 2013 - C-529/11 [ECLI:EU:C:2013:290], Alarape und Tijani - Rn. 48). Die Möglichkeit einer Feststellung des Verlustes des Rechts nach § 2 Abs. 1 FreizügG/EU erlischt mit dem Entstehen eines Daueraufenthaltsrechts nach § 4a Abs. 1 Satz 1 FreizügG/EU. Das Entstehen des Daueraufenthaltsrechts knüpft an das Vorliegen einer Freizügigkeitsberechtigung im Sinne der Freizügigkeitsrichtlinie an. 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 dieser Norm ist indes nur ein Aufenthalt, der im Einklang mit den in der Richtlinie 2004/38/EG und insbesondere mit den in Art. 7 Abs. 1 der Richtlinie 2004/38/EG aufgeführten Voraussetzungen steht (BVerwG, Urteil vom 16. Juli 2015 - 1 C 22.14 - Buchholz 402.261 § 4a FreizügG/EU Nr. 4 Rn. 16). Daher kann ein zwar im Einklang mit dem Recht eines Mitgliedstaats stehender Aufenthalt, der jedoch nicht die Voraussetzungen des Art. 7 Abs. 1 RL 2004/38/EG erfüllt, nicht als "rechtmäßiger" Aufenthalt im Sinne des Art. 16 Abs. 1 RL 2004/38/EG angesehen werden. Zeiten, in denen sich der Familienangehörige eines Unionsbürgers allein auf der Grundlage des Art. 10 Abs. 1 VO (EU) Nr. 492/2011 in dem Mitgliedstaat aufhält, sind zwar für den Erwerb des Rechts auf Daueraufenthalt im Sinne der Richtlinie 2004/38/EG nicht zu berücksichtigen (EuGH, Urteil vom 8. Mai 2013 - C-529/11 - Rn. 39 f. und 48), stehen indes der Annahme einer Freizügigkeitsberechtigung im Sinne des § 2 Abs. 1 FreizügG/EU nicht entgegen.

- 32 4. Die von der Revision erhobenen Verfahrensrügen bleiben ohne Erfolg.
- 33 a) Die Rüge, das Oberverwaltungsgericht habe es unterlassen, die zuständige Sozialbehörde gemäß § 65 VwGO beizuladen, genügt schon nicht den Mindestanforderungen des § 139 Abs. 3 Satz 4 VwGO, da sie die beizuladende Sozialbehörde nicht bezeichnet. Die einfache Beiladung im Sinne des § 65 Abs. 1 VwGO steht zudem im Ermessen des Gerichts. Ihr Unterlassen begründet daher regelmäßig keinen Verfahrensfehler (BVerwG, Urteil vom 11. August 1983 - 5 C 30.82 - BVerwGE 67, 341 <343> m.w.N.). Umstände, die ausnahmsweise einen solchen Verfahrensfehler begründen könnten, sind von dem Beklagten nicht aufgezeigt worden. Das Unterlassen einer notwendigen Beiladung im Sinne des § 65 Abs. 2 VwGO berührte den Beklagten schon nicht in eigenen Rechten. Denn die notwendige Beiladung bezweckt nicht, die Verfahrensposition eines Prozessbeteiligten zu stärken und in dessen Interesse die Möglichkeiten der Sachaufklärung zu erweitern. Sie soll vielmehr die Rechte des notwendig Beizuladenden schützen und dient darüber hinaus der Prozessökonomie (BVerwG, Beschluss vom 16. September 2009 - 8 B 75.09 - NVwZ-RR 2010, 37 Rn. 3).
- 34 b) Die Rüge, das Oberverwaltungsgericht habe es entgegen § 86 Abs. 1 VwGO unterlassen aufzuklären, dass polnische Schüler, die in Grenznähe in Polen wohnten, unter den gleichen Bedingungen wie deutsche Schüler an dem Unterricht einer Schule in G. teilnehmen könnten, genügt ebenfalls nicht dem Darlegungserfordernis des § 139 Abs. 3 Satz 4 VwGO, da es die Revision unterlässt darzutun, dass nicht nur die Möglichkeit, sondern auch ein Rechtsanspruch in Z. wohnhafter polnischer Schüler auf Teilnahme am Unterricht einer staatlichen Schule in G. besteht. Dessen ungeachtet ist die Aufklärungsrüge jedenfalls in entsprechender Anwendung des § 144 Abs. 4 VwGO auch unbegründet (vgl. Buchheister, in: Schoch/Schneider/Bier, VwGO, Stand Februar 2019, § 132 Rn. 108), da es nach zutreffender Rechtsanwendung für die Entscheidung des Rechtsstreits auf diese Tatsache nicht ankommt.
- 35 c) Soweit die Revision im gleichen Zusammenhang rügt, falsch sei die Feststellung des Oberverwaltungsgerichts, im Falle eines Umzuges der Klägerinnen zu 2 und 3 nach Z. wären für diese keine gleichen Bedingungen für den Schulbesuch in G. mehr gewährleistet gewesen, wendet sie sich der Sache nach gegen einen

angeblichen Fehler in der Sachverhaltswürdigung. Ein solcher Fehler ist revisionsrechtlich regelmäßig nicht dem Verfahrensrecht, sondern dem sachlichen Recht zuzuordnen und vermag deshalb im Lichte des § 108 Abs. 1 Satz 1 VwGO einen Verfahrensmangel grundsätzlich nicht zu begründen (BVerwG, Beschluss vom 2. November 1995 - 9 B 710.94 - Buchholz 310 § 108 VwGO Nr. 266 S. 18 f.). Im Übrigen fehlt es auch insoweit an der Erheblichkeit eines etwaigen Verfahrensmangels.

36 5. Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 2 VwGO.

Prof. Dr. Berlit

Dr. Fleuß

Dr. Rudolph

Böhmman

Dr. Wittkopp

#### B e s c h l u s s

Der Streitwert wird für das Revisionsverfahren auf 15 000 € festgesetzt (§ 47 Abs. 1 i.V.m. § 52 Abs. 2 GKG).

Prof. Dr. Berlit

Dr. Fleuß

Dr. Wittkopp