

Bucerius Law School gGmbH  
Dr. Gabriele Buchholtz  
Jungiusstraße 6  
20355 Hamburg  
E-Mail: gabriele.buchholtz@law-school.de

5. Oktober 2020

## **Stellungnahme**

### **zum Gesetzentwurf der Bundesregierung zur aktuellen Anpassung des Freizügigkeitsgesetzes/EU und weiterer Vorschriften an das Unionsrecht (BT-Drucksache 19/21750)**

Das Tätigwerden der Bundesregierung zur aktuellen Anpassung des Freizügigkeitsgesetzes/EU (FreizügG/EU) und weiterer Vorschriften an das Unionsrecht hat im Wesentlichen zwei Stoßrichtungen: Zum einen reagiert die Bundesregierung mit dem Entwurf auf ein gegen Deutschland gerichtetes Vertragsverletzungsverfahren der Europäischen Kommission. Zum anderen widmet sich die Bundesregierung dem Regelungsbedarf, der sich infolge des Abkommens über den Austritt des Vereinigten Königreichs Großbritannien und Nordirlands aus der Europäischen Union und der Europäischen Atomgemeinschaft (Austrittsabkommen) für die Statusrechte von Britinnen und Briten ergibt. Der Gesetzentwurf ist grundsätzlich zu begrüßen, bietet aber teilweise Anlass zur Kritik und erfordert Nachbesserungen. Im Einzelnen:

#### **I. Inhalt und Zielsetzung des Gesetzentwurfs**

Mit den vorgeschlagenen Änderungen des FreizügG/EU (dieses regelt das Aufenthaltsrecht von Unionsbürgerinnen/Unionsbürgern und ihren Familienangehörigen) an das Unionsrecht reagiert die Bundesregierung auf ein gegen Deutschland gerichtetes

Vertragsverletzungsverfahren der Europäischen Kommission. Diese rügt die unzureichende Umsetzung des Art. 3 Abs. 2, Art. 8 Abs. 5 lit. e und f sowie Art. 10 Abs. 2 lit. e und f der Richtlinie 2004/38/EG (Freizügigkeitsrichtlinie). Demnach hat jeder Mitgliedstaat die Einreise und den Aufenthalt nahestehender Personen, die nicht als Familienangehörige im Sinne des FreizügG/EU gelten, zu erleichtern. Die genauere Ausgestaltung bleibt dem jeweiligen Mitgliedstaat überlassen.

Mit den vorgeschlagenen Änderungen will die Bundesregierung zum einen weitere gegen Deutschland gerichtete Vertragsverletzungsverfahren verhindern und zum anderen eine Anpassung an die zwischenzeitlich ergangene Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs<sup>1</sup> zum Freizügigkeitsrecht vornehmen. Es sei darauf zu achten – so betont die Bundesregierung in ihrer Vorlage – „dass einerseits die neue Regelung in bestimmten Ausnahmefällen die Einreise und den Aufenthalt eines anderen Angehörigen eines Unionsbürgers erleichtert und die Vorgaben der Richtlinie in praktisch wirksamer Weise umgesetzt werden, und dass andererseits eine Belastung der Sozialsysteme durch eine verstärkte Zuwanderung sonstiger drittstaatsangehöriger Angehöriger zu im Bundesgebiet aufhaltigen Unionsbürgern vermieden wird“ (S. 2 des Entwurfs).

Ferner dient der Gesetzentwurf dazu, die Statusrechte von Britinnen und Briten sowie ihrer freizügigkeitsberechtigten Familienangehörigen zu berücksichtigen, die nach dem Austrittsabkommen mit Großbritannien bestehen. Durch das Austrittsabkommen ist zusätzlicher Regelungsbedarf entstanden, dem die Bundesregierung Rechnung tragen will. Zudem soll der Gesetzentwurf eine Grundlage dafür schaffen, dass Auszubildende auch nach dem im Austrittsabkommen festgelegten Übergangszeitraum für einen in Großbritannien bereits begonnenen Ausbildungsabschnitt Leistungen nach dem Bundesausbildungsförderungsgesetz (BAföG) erhalten.

## **II. Bewertung des Gesetzentwurfs**

### *1. Einreise und Aufenthalt „nahestehender Personen“*

Bislang existiert in Deutschland keine Vorschrift zum Nachzug sonstiger Familienangehöriger, die nicht unter die Definition des § 3 Abs. 2 FreizügG/EU fallen. Dagegen

---

<sup>1</sup> EuGH, Urt. v. 05.09.2012, Rs. C-83/11 (Rahman u.a.).

erleichtert Art. 3 Abs. 2 Freizügigkeitsrichtlinie einen Nachzug dieser Personengruppe zu Unionsbürgerinnen/Unionsbürgern. Darin heißt es: „Unbeschadet eines etwaigen persönlichen Rechts auf Freizügigkeit und Aufenthalt der Betroffenen erleichtert der Aufnahmemitgliedstaat nach Maßgabe seiner innerstaatlichen Rechtsvorschriften die Einreise und den Aufenthalt der folgenden Personen: jedes nicht unter die Definition in Art. 2 Nr. 2 fallenden Familienangehörigen ungeachtet seiner Staatsangehörigkeit, dem der primär aufenthaltsberechtigte Unionsbürger im Herkunftsland Unterhalt gewährt oder der mit ihm im Herkunftsland in häuslicher Gemeinschaft gelebt hat, oder wenn schwerwiegende gesundheitliche Gründe die persönliche Pflege des Familienangehörigen durch den Unionsbürger zwingend erforderlich machen (a.); des Lebenspartners, mit dem der Unionsbürger eine ordnungsgemäß bescheinigte dauerhafte Beziehung eingegangen ist (b).“

Die Europäische Kommission hat bereits am 10. Dezember 2008 ein Vertragsverletzungsverfahren gegen Deutschland eingeleitet (Nummer 2011/2086). Darin rügt sie insbesondere, dass die Bundesrepublik Deutschland die Vorgaben des Art. 3 Abs. 2 Freizügigkeitsrichtlinie mit Blick auf die Einreise und den Aufenthalt von nicht unter Art. 2 Nr. 2 der Richtlinie fallenden Familienangehörigen nicht zufriedenstellend umgesetzt habe. Bisher fehlt es im FreizügG/EU an einer Vorschrift zum Nachzug „sonstiger Familienangehöriger“, weil man annahm, dass die Härtefallklausel in § 36 Abs. 2 AufenthG auf diese Fälle Anwendung finde.<sup>2</sup> Bereits im Jahr 2012 machte der EuGH in der Rechtssache „Rahman“<sup>3</sup> allerdings deutlich, dass ein pauschaler Hinweis auf einen Auffangtatbestand mit Härtefallklausel nicht ausreicht, um eine Vereinbarkeit mit der Freizügigkeitsrichtlinie herzustellen. Der EuGH führte aus, dass die Mitgliedstaaten nach Art. 3 Abs. 2 Freizügigkeitsrichtlinie verpflichtet seien, ein (gegenüber Anträgen anderer Drittstaatsangehöriger) erleichtertes Antragsverfahren für die Einreise und den Aufenthalt „sonstiger Familienangehöriger“ vorzusehen. Die Entscheidung darüber solle auf einer eingehenden Untersuchung der persönlichen Umstände beruhen und im Fall der Ablehnung eine Begründung enthalten. Insoweit sei den Mitgliedstaaten ein Ermessen eingeräumt.

---

<sup>2</sup> H. Tewocht, in: BeckOK AuslR, 26. Ed. 01.07.2020, § 3 FreizügG/EU Rn. 18.

<sup>3</sup> EuGH, Urt. v. 05.09.2012, Rs. C-83/11 (Rahman u.a.).

Diesem unionsrechtlichen Erleichterungsgebot will die Bundesregierung mit § 3a FreizügG/EU-E („Aufenthalt nahestehender Personen“) entsprechen. Die Vorschrift erstreckt den Anwendungsbereich auf drei Gruppen nahestehender Personen: Zum einen sind Verwandte im Sinne des § 1589 des Bürgerlichen Gesetzbuchs und die Verwandten der Ehegattin/des Ehegatten oder der Lebenspartnerin/des Lebenspartners erfasst, die nicht Familienangehörige der Unionsbürgerin/des Unionsbürgers im Sinne der Nr. 3 sind (§ 1 Abs. 2 Nr. 4 lit. a FreizügG/EU-E). Ferner fallen Kinder in den Anwendungsbereich des § 3a FreizügG/EU-E, die das 18. Lebensjahr noch nicht vollendet haben, unter Vormundschaft von oder in einem Pflegekindverhältnis zu der Unionsbürgerin/dem Unionsbürger stehen und keine Familienangehörigen im Sinne von Nr. 3 lit. c sind (§ 1 Abs. 2 Nr. 4 lit. b FreizügG/EU-E). Des Weiteren sind nun auch – anders als noch im Referentenentwurf – die Lebensgefährtin/der Lebensgefährte erfasst, mit der oder dem die Unionsbürgerin/der Unionsbürger eine ordnungsgemäß bescheinigte, auf Dauer angelegte Gemeinschaft eingegangen ist, die nicht unter Nr. 2 fällt und keine weitere Lebensgemeinschaft gleicher Art zulässt, wenn die Personen beide nicht verheiratet sind (§ 1 Abs. 2 Nr. 4 lit. c FreizügG/EU-E).

§ 3a Abs. 1 Nr. 1 bis 3 FreizügG/EU-E benennt die Voraussetzungen, unter denen der nahestehenden Person ein Aufenthaltsrecht erteilt werden kann: So muss die Unionsbürgerin/der Unionsbürger einer verwandten Person i.S.d. § 1589 BGB seit mindestens zwei Jahren nicht nur vorübergehend Unterhalt gewährt haben oder es muss bereits eine mindestens zweijährige häusliche Gemeinschaft bestanden haben. Alternativ müssen zum Antragszeitpunkt nicht nur vorübergehend schwerwiegende gesundheitliche Gründe vorliegen, die eine persönliche Pflege von ihr/ihm durch die Unionsbürgerin/den Unionsbürger erforderlich machen (Nr. 1). Bei Kindern, die unter Vormundschaft oder in einem Pflegekindverhältnis stehen, wird ein längeres Zusammenleben in familiärer Gemeinschaft und eine Abhängigkeit verlangt (Nr. 2). Bei einer Lebenspartnerin/einem Lebenspartner wird ein nicht nur vorübergehendes Zusammenleben im Bundesgebiet vorausgesetzt (Nr. 3). Zudem muss die jeweilige Personen gemäß § 11 Abs. 5 FreizügG-/EU-E die Voraussetzungen des § 5 Abs. 1 Aufenthaltsgesetz erfüllen, insbesondere muss der Lebensunterhalt gesichert sein.

§ 3a FreizügG/EU-E setzt die unionsrechtlichen Vorgaben des Erleichterungsgebots nach Art. 3 Abs. 2 Freizügigkeitsrichtlinie weitgehend zufriedenstellend um. Positiv ist insbesondere hervorzuheben, dass nun auch Lebenspartnerinnen/Lebenspartner

erfasst sind, mit denen die Unionsbürgerin/der Unionsbürger eine „ordnungsgemäß bescheinigte dauerhafte Beziehung eingegangen ist“, bei der es sich aber nicht um eine urkundlich „eingetragene Partnerschaft“ handelt. Dass auch faktische Partnerschaften in den Genuss des Erleichterungsgebots nach Art. 3 Abs. 2 lit. b Freizügigkeitsrichtlinie kommen müssen, ergibt sich schon aus der systematischen Zusammenschau mit Art. 2 Nr. 2 lit. b Freizügigkeitsrichtlinie. Demnach bezeichnet der Begriff „Familienangehöriger“ „den Lebenspartner, mit dem der Unionsbürger auf der Grundlage der Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats eine eingetragene Partnerschaft eingegangen ist, sofern nach den Rechtsvorschriften des Aufnahmemitgliedstaats die eingetragene Partnerschaft der Ehe gleichgestellt ist und die in den einschlägigen Rechtsvorschriften des Aufnahmemitgliedstaates vorgesehenen Bedingungen erfüllt sind“. Art. 3 Abs. 2 lit. b Freizügigkeitsrichtlinie ergänzt sodann den Kreis der Berechtigten um die Lebenspartnerin/den Lebenspartner, „mit dem der Unionsbürger eine ordnungsgemäß bescheinigte dauerhafte Beziehung eingegangen ist“. Während also Art. 2 Nr. 2 lit. b Freizügigkeitsrichtlinie die eingetragene Lebenspartnerschaft – hierzulande geregelt im Lebenspartnerschaftsgesetz – meint, muss Art. 3 Abs. 2 lit. b Freizügigkeitsrichtlinie auch faktische Beziehungen ohne urkundliche „Eintragung“ („de facto Lebenspartnerschaften“) erfassen. Andernfalls hätte Art. 3 Abs. 2 lit. b Freizügigkeitsrichtlinie keine eigenständige Bedeutung.

Für diese Lesart spricht auch die EuGH-Entscheidung „Banger“ zur de facto-Lebenspartnerschaft, die in Fortentwicklung der „Rahman“-Rechtsprechung zu Art. 21 AEUV (Freizügigkeit) ergangen ist.<sup>4</sup> Die Rechtssache „Banger“ betraf einen nicht eingetragenen Lebenspartner eines Unionsbürgers in einem so genannten „Rückkehrerfall“. Der EuGH legte den Art. 21 Abs. 1 AEUV dahingehend aus, dass die Mitgliedstaaten verpflichtet seien, einem Bürger die Gewährung einer Aufenthaltserlaubnis für den nicht eingetragenen Lebenspartner, der Drittstaatsangehöriger ist und mit dem dieser Unionsbürger eine ordnungsgemäß bescheinigte dauerhafte Beziehung eingegangen ist, zu erleichtern, wenn der Unionsbürger mit seinem Lebenspartner in den Mitgliedstaat, dessen Staatsangehörigkeit er besitzt, zurückkehrt, um sich dort aufzuhalten, nachdem er sein Recht auf Freizügigkeit gemäß der Freizügigkeitsrichtlinie ausgeübt hat. Werde, so der EuGH weiter, in der konkreten Fallgestaltung der Aufenthalt des

---

<sup>4</sup> EuGH, Urt. v. 12.07.2018, Rs. C-89/17 (Banger).

Lebenspartners im Heimatstaat des Unionsbürgers verweigert, müsse diese Verweigerung auf einer eingehenden Untersuchung der persönlichen Umstände des Antragstellers beruhen und sei zu begründen. Aus Art. 3 Abs. 2 Freizügigkeitsrichtlinie folge weiterhin, dass den betreffenden Familienangehörigen ein Rechtsbehelf zur Verfügung stehen müsse, um die Verweigerungsentscheidung gerichtlich überprüfen zu lassen. Diese EuGH-Entscheidung trägt der Vielgestaltigkeit der heutigen Partnerschaftsmodelle Rechnung. Zu begrüßen ist daher auch die Erweiterung des § 3a FreizügG/EU-E um (nicht eingetragene) Lebensgefährtinnen/Lebensgefährten.

Anlass zur Kritik bietet § 3a Abs. 1 FreizügG/EU-E aber deshalb, weil die Norm als Ermessenvorschrift („kann“) ausgestaltet ist. Die Vorschrift benennt umfangreiche und konkrete Voraussetzungen für die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis. Zusätzlich sind über § 11 Abs. 5 FreizügG/EU-E die Anforderungen des § 5 Abs. 1 Aufenthaltsgesetz zu erfüllen. In Anbetracht dessen sind – bei Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen – kaum Fälle denkbar, in denen die Aufenthaltserlaubnis dennoch zu versagen ist. Um dem Erleichterungsgebot auch faktische Wirksamkeit zu verleihen, ist es daher sinnvoll, die Norm als intendierte Ermessenvorschrift auszugestalten. In diesen Fällen gibt das Gesetz der Verwaltung im Regelfall eine bestimmte Entscheidung vor und räumt nur in atypischen Fällen ein Ermessen ein. Gesetzgebungstechnisch wird dies häufig durch die Verwendung des Wortes „soll“ erreicht. Es böte sich also folgende Formulierung des § 3a Abs. 1 FreizügG/EU-E an: „Einer nahestehenden Person eines Unionsbürgers, die selbst nicht als Unionsbürger und nicht nach den §§ 3 oder 4 freizügigkeitsberechtigt ist, *soll* das Recht zur Einreise und zum Aufenthalt im Bundesgebiet verliehen werden, wenn [...].“

## *2. Ausschluss von Sozialleistungen*

Anlass zur Kritik bietet ferner § 11 Abs. 14 FreizügG/EU-E: In Satz 2 heißt es, „[S]oweit Rechtsfolgen nach anderen Gesetzen davon abhängen, dass ein Ausländer einen Aufenthaltstitel besitzt, treten diese Rechtsfolgen auch in Fällen des Satzes 1 nur ein, wenn dieser Aufenthaltstitel erteilt worden und nicht im Sinne des § 51 Absatz 1 des Aufenthaltsgesetzes erloschen ist“. Demnach wird die Leistungsberechtigung von Unionsbürgerinnen/Unionsbürgern an das Bestehen eines Aufenthaltstitels gekoppelt. Diese Regelung hätte zur Folge, dass Unionsbürgerinnen/Unionsbürger von Leistungen ausgeschlossen wären, obwohl sie einen objektiven Aufenthaltsgrund nach dem

Aufenthaltsgesetz<sup>5</sup> (fiktives Aufenthaltsrecht) haben. Dieses Ergebnis stünde im Widerspruch zur bisherigen Sozialgerichtsjudikatur:

Nach der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts<sup>6</sup> besteht bei einem fiktiven Aufenthaltsrecht ein Anspruch auf Leistungen nach dem SGB II. In der konkreten Entscheidung ging es um eine schwangere Unionsbürgerin, die sich wegen ihrer Schwangerschaft auf ein Aufenthaltsrecht wegen einer bevorstehenden Familiengründung im Bundesgebiet berufen konnte und infolgedessen nicht von SGB II-Leistungen ausgeschlossen werden konnte. Der Ausschlussstatbestand des § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II (Aufenthalt allein zum Zweck der Arbeitssuche) sei – so das BSG – nicht erfüllt, wenn mindestens ein anderer Grund zum Aufenthalt berechtige.<sup>7</sup> Insofern sei unerheblich, ob der Unionsbürgerin/dem Unionsbürger ein Aufenthaltstitel nach dem Aufenthaltsgesetz tatsächlich erteilt worden sei. Vielmehr komme es darauf an, ob ihr/ihm ein solcher Titel zu erteilen wäre. Erforderlich sei eine „fiktive Prüfung“, ob „ein Aufenthaltsrecht allein zum Zweck der Arbeitssuche bestand oder daneben auch andere Aufenthaltszwecke den Aufenthalt des Unionsbürgers im Inland rechtfertigen konnten.“<sup>8</sup>

Mit der vorgeschlagenen Gesetzesänderung müssten Unionsbürgerinnen/Unionsbürger zunächst eine Aufenthaltserlaubnis beantragen, um Sozialleistungen beziehen zu können. Das würde einen enormen Verwaltungsaufwand für die Ausländerbehörden bedeuten. Für die Betroffenen brächte ein solches Antragsverfahren eine unnötige Belastung und Unsicherheit mit sich. Auch der Bundesrat hat in seiner Stellungnahme um eine Überprüfung des § 11 Abs. 14 gebeten.<sup>9</sup> Die Bundesregierung hat gleichwohl an dieser Vorschrift festgehalten. Zur Begründung verweist sie auf die vermeintliche Gefahr, dass Jobcenter und Sozialgerichte auf der einen und Ausländerbehörden und Verwaltungsgerichte auf der anderen Seite zu unterschiedlichen Beurteilungen desselben Sachverhalts kommen könnten. Solche Widersprüche drohten insbesondere bei der „fiktiven Prüfung“ von Aufenthaltstiteln, deren Erteilung im Ermessen der Ausländerbehörden stehe. Die Möglichkeit widersprüchlicher Beurteilungen zwischen

---

<sup>5</sup> Insofern gilt die Günstigkeitsregelung des § 11 Abs. 1 Satz 11 Freizügigkeitsgesetz/EU. Demnach findet das Aufenthaltsgesetz Anwendung, wenn es eine günstigere Rechtsstellung vermittelt als das Freizügigkeitsgesetz/EU.

<sup>6</sup> BSG, Urt. v. 30.01.2013, B 4 AS 54/12 R.

<sup>7</sup> BSG, Urt. v. 30.01.2013, B 4 AS 54/12 R, Rn. 27.

<sup>8</sup> BSG, Urt. v. 30.01.2013, B 4 AS 54/12 R, Rn. 24.

<sup>9</sup> BT-Drs. 19/21750, Anlage 3 zu Nr. 2.

Aufenthalts- und Sozialrecht solle durch die vorgeschlagene Änderung beseitigt werden (S. 62 des Entwurfs).

Gegen die Argumentation der Bundesregierung ist einzuwenden, dass die Gefahr widersprüchlicher Beurteilungen zwischen Aufenthalts- und Sozialrecht gering ist, zumal es eine höchstgerichtliche Judikatur als Orientierungsmaßstab gibt. Dass Rechtsunsicherheiten drohen, ist nicht zu erwarten. Auch bislang hat es – soweit ersichtlich – keine Probleme gegeben. Zudem fehlt es im Gesetzesentwurf der Bundesregierung an Ausführungen dazu, wie viele Fälle von Sozialleistungsbezug aufgrund eines fiktiven Aufenthaltsrechts zu erwarten sind. Eine massenhafte Inanspruchnahme ist nicht zu erwarten. Vielmehr ist davon auszugehen, dass der Sozialleistungsbezug aufgrund eines fiktiven Aufenthaltsrechts eher einen Ausnahmefall darstellt. Ein fiktives Aufenthaltsrecht wird in der Regel nicht missbräuchlich in Anspruch genommen, sondern dient als „Auffangnetz“. Umgekehrt kann ein Sozialleistungsausschluss für Personen, die einen objektiven Aufenthaltsgrund haben und ggf. – aufgrund von Schwangerschaft<sup>10</sup> etc. – schutzbedürftig sind, existenzbedrohliche Folgen haben. Das ist auch schon mit Blick auf das Grundrecht auf ein menschenwürdiges Existenzminimum, das vom Bundesverfassungsgericht aus Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG hergeleitet wird,<sup>11</sup> nicht hinzunehmen. Insofern wird eine Streichung des § 11 Abs. 14 Satz 2 FreizügG/EU-E empfohlen.

### *3. Statusrechte von Britinnen und Briten*

Der Gesetzesentwurf widmet sich ferner den mit dem Austrittsabkommen verbundenen Folgen für die Statusrechte von Britinnen und Briten. Dabei orientiert sich der Entwurf am Grundsatz der Reziprozität. Dieser besagt, dass Britinnen/Briten, die sich nach Ende der Übergangszeit (zum 31.12.2020) in Deutschland aufhalten („Alt-Britinnen“/„Alt-Briten“) und Britinnen/Briten, die nach diesem Zeitpunkt nach Deutschland einreisen („Neu-Britinnen“/„Neu-Briten“), aufenthaltsrechtlich ebenso behandelt werden sollen wie Deutsche, die sich im Vereinigten Königreich aufhalten bzw. nach dem Ende der Übergangsfrist in das Vereinigte Königreich einreisen.

---

<sup>10</sup> Siehe etwa LSG Baden-Württemberg, Beschl. v. 31.05.2017, L 1 AS 1815/17 ER-B, Rn. 27.

<sup>11</sup> Siehe etwa BVerfG, Urt. v. 18.07.2012, 1 BvL 10/10, 1 BvL 2/11; BVerfG, Urt. v. 09.02.2010, 1 BvL 1/09 u.a.



Für „Neu-Britinnen“/„Neu-Briten“ ergeben sich keine aufenthaltsrechtlichen Besonderheiten gegenüber Drittstaatsangehörigen. Damit entspricht die Rechtsposition von „Neu-Britinnen“/„Neu-Briten“ dem Status von Deutschen bzw. Unionsbürgerinnen/Unionsbürgern, die nach Ende der Übergangsfrist nach Großbritannien einreisen und dort gegenüber anderen Drittstaatsangehörigen ebenfalls nicht bessergestellt sind.

Ferner widmet sich die Bundesregierung in ihrem Entwurf dem Regelungsbedarf, der für die Statusrechte von „Alt-Britinnen“/„Alt-Briten“ ab dem Ende der Übergangszeit entsteht. Art. 18 Abs. 4 des Austrittsabkommens lässt den Mitgliedstaaten die Wahl, ob sie ein Antragsverfahren mit der Rechtsfolge etablieren, dass eine unterbliebene rechtzeitige Antragstellung durch „Alt-Britinnen“/„Alt-Briten“ zu einem unerlaubten Aufenthalt führt, oder ob sie nur ein Bescheinigungsverfahren einführen. Diesem Regelungsauftrag ist die Bundesregierung mit dem vorliegenden Entwurf nachgekommen und hat sich in § 16 FreizügG/EU-E für ein Bescheinigungsverfahren entschieden. Demnach wird über die Erteilung der erforderlichen Aufenthaltsdokumente von Amts wegen entschieden. Dagegen wählt Großbritannien einen anderen Umgang mit „Alt-Unionsbürgerinnen“/„Alt-Unionsbürgern“. Diese müssen nach Ende des Übergangszeitraums ein Antragsverfahren durchlaufen, um einen Aufenthaltstitel nach dortigem Recht zu erhalten. Dass sich die Bundesregierung trotzdem für das einfachere Bescheinigungsverfahren entschieden hat, widerspricht dem Reziprozitätsgrundsatz allerdings nicht. Zu Recht verweist die Bundesregierung in ihrem Gesetzentwurf auf die prozeduralen Unterschiede der Genehmigungsverfahren in Deutschland und Großbritannien (S. 20 des Entwurfs). In Großbritannien kann das aufenthaltsrechtliche Genehmigungsverfahren rein elektronisch erfolgen, ist also weniger komplex als das hiesige Antragsverfahren. Mit der Wahl des weniger aufwändigen Bescheinigungsverfahrens trägt die Bundesregierung diesem Umstand Rechnung und stellt damit im Sinne der Reziprozität eine Vergleichbarkeit beider Verfahren her.

Ausdruck der Reziprozität ist auch das Ausweisungsrecht. Ebenso wie in Großbritannien soll nach dem Gesetzentwurf auf Sachverhalte, die erst nach dem Ende des Übergangszeitraums verwirklicht werden, das allgemeine für Drittstaatsangehörige geltende deutsche Ausweisungsrecht anwendbar sein. Eine Besserstellung von „Alt-Britinnen“/„Alt-Briten“ in Deutschland gegenüber „Alt-Unionsbürgerinnen“/„Alt-Unionsbürgern“ in Großbritannien sei nach Auffassung der Bundesregierung nicht zu rechtfertigen (S. 20 des Entwurfs). Dem ist zuzustimmen.

#### *4. BAföG-Übergangsregelungen*

Schließlich enthält der Gesetzesentwurf Änderungen des BAföG, die dazu dienen, die Folgen des Austrittsabkommens abzufedern.

Die Förderung nach dem BAföG ist gemäß § 5 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 daran geknüpft, dass die Ausbildungsstätte in einem EU-Mitgliedstaat oder in der Schweiz liegt. Mit dem Austritt des Vereinigten Königreichs aus der EU zum 1. Februar 2020 blieben Förderansprüche nach dem BAföG für vollständig im Vereinigten Königreich durchgeführte Ausbildungen zunächst unberührt, da das Vereinigte Königreich während des Übergangszeitraums weiterhin als EU-Mitglied gilt.

Nach Ende des Übergangszeitraums ist der EU-Austritt Großbritanniens für BAföG-Berechtigte jedoch folgenreich: Für eine bereits begonnene Ausbildung im Vereinigten Königreich wären Auszubildende gemäß § 16 Abs. 1 Satz 1 BAföG nur noch bis zu einer Dauer von insgesamt einem Jahr förderberechtigt. Die Betroffenen stünden also vor der Entscheidung, den Ausbildungsabschnitt entweder nicht mehr im Vereinigten Königreich zu absolvieren, ihn ohne BAföG-Förderung zu beenden oder mangels Finanzierung abubrechen.

Das will die Bundesregierung mit ihrem Entwurf verhindern, um Chancengleichheit im Bildungswesen sicherzustellen. Sie will den Betroffenen Vertrauensschutz gewähren und Brüche in ihrer Bildungsbiografie ersparen, die andernfalls aus finanzieller Not drohen könnten. Daher sollen Auszubildende gemäß § 66b BAföG-E Ausbildungsförderung nach § 5 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 BAföG übergangsweise trotzdem noch bis zum Abschluss des bereits begonnenen Ausbildungsabschnitts im Vereinigten Königreich erhalten. Diese Neuregelung ist zu begrüßen.

### **III. Gesamtergebnis**

Der Gesetzesentwurf ist grundsätzlich zu begrüßen. Kritisch ist aber zu bewerten, dass § 3a Abs. 1 FreizügG/EU-E ein weites Ermessen einräumt. Um die Einreise und den Aufenthalt nahestehender Personen im Sinne der unionsrechtlichen Vorgaben auch faktisch zu erleichtern, ist es sinnvoll, die Norm als intendierte Ermessensvorschrift auszugestalten und „kann“ durch „soll“ zu ersetzen.

Anlass zur Kritik bietet ferner der Ausschluss von Sozialleistungen nach § 11 Abs. 14 Satz 2 FreizügG/EU-E. Die Vorschrift steht nicht in Einklang mit der höchstrichterlichen

Judikatur des BSG, die bei Vorliegen eines fiktiven Aufenthaltsrechts einen Anspruch auf Leistungen nach dem SGB II anerkennt. Insofern wird eine Streichung des § 11 Abs. 14 Satz 2 FreizügG/EU-E empfohlen.