



Wortprotokoll der 101. Sitzung

Ausschuss für Inneres und Heimat

Berlin, den 5. Oktober 2020, 13:00 Uhr
11011 Berlin, Platz der Republik
Reichstagsgebäude, Raum 2 M 001
(Großer Protokollsaal)

Vorsitz: Andrea Lindholz, MdB

Tagesordnung - Öffentliche Anhörung

Gesetzentwurf der Bundesregierung

Entwurf eines Gesetzes zur aktuellen Anpassung des Freizügigkeitsgesetzes/EU und weiterer Vor- schriften an das Unionsrecht

BT-Drucksache 19/21750

Federführend:

Ausschuss für Inneres und Heimat

Mitberatend:

Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz
Ausschuss für Arbeit und Soziales
Ausschuss für Bildung, Forschung und Technikfolgenab-
schätzung
Ausschuss für die Angelegenheiten der Europäischen
Union

Gutachtlich:

Parlamentarischer Beirat für nachhaltige Entwicklung

Berichterstatter/in:

Abg. Michael Kuffer [CDU/CSU]
Abg. Dr. Lars Castellucci [SPD]
Abg. Dr. Christian Wirth [AfD]
Abg. Konstantin Kuhle [FDP]
Abg. Ulla Jelpke [DIE LINKE.]
Abg. Filiz Polat [BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN]



Inhaltsverzeichnis

	<u>Seite</u>
I. Teilnehmerliste	3
II. Sachverständigenliste	4
III. Wortprotokoll der Öffentlichen Anhörung	5
IV. Anlagen	

Stellungnahmen der Sachverständigen

Dr. Gabriele Margarete Buchholtz, Bucerius Law School, Hamburg	19(4)585 A	26
Natalia Bugaj-Wolfram, Der Paritätische Gesamtverband, Berlin	19(4)585 B	37
Swenja Gerhard, Verband binationaler Familien und Partnerschaften, iaf e. V., Frankfurt/Main	19(4)585 C	50
Bianca Schulze-Rautenberg, KOK – Bundesweiter Koordinierungskreis gegen Menschenhandel e. V., Berlin	19(4)585 D	56
Prof. Dr. Daniel Thym, LL.M. (London), Universität Konstanz	19(4)585 E	61
Prof. Dr. Winfried Kluth, Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg	19(4)585 F	75

**Mitglieder des Ausschusses**

	Ordentliche Mitglieder	Stellvertretende Mitglieder
CDU/CSU	Lindholz, Andrea Müller, Axel Seif, Detlef Throm, Alexander	Pantel, Sylvia
SPD	Castellucci, Dr. Lars Lehmann, Sylvia	
AfD	Wirth, Dr. Christian	
FDP	Bubendorfer-Licht, Sandra	
DIE LINKE.	Jelpke, Ulla	
BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN	Polat, Filiz	
fraktionslos		



Liste der Sachverständigen

Öffentliche Anhörung am Montag, 5. Oktober 2020, 13.00 Uhr
„Freizügigkeitsgesetz“

Dr. Gabriele Margarete Buchholtz

Bucerius Law School, Hamburg

Natalia Bugaj-Wolfram

Der Paritätische Gesamtverband, Berlin

Swenja Gerhard

Verband binationaler Familien und Partnerschaften, iaf e. V., Frankfurt/Main

Prof. Dr. Winfried Kluth

Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg, Halle

Bianca Schulze-Rautenberg

KOK – Bundesweiter Koordinierungskreis gegen Menschenhandel e. V., Berlin

Prof. Dr. Daniel Thym, LL.M. (London)

Universität Konstanz



Einzigster Tagesordnungspunkt

Gesetzentwurf der Bundesregierung

Entwurf eines Gesetzes zur aktuellen Anpassung des Freizügigkeitsgesetzes/EU und weiterer Vorschriften an das Unionsrecht

BT-Drucksache 19/21750

Vors. **Andrea Lindholz** (CDU/CSU): Dann darf ich unsere heutige zweite Anhörung eröffnen, es ist unsere 101. Sitzung in dieser Legislaturperiode. Ich darf Sie alle ganz herzlich begrüßen und freue mich, dass es auch wieder ausreichend Sachverständige zu allen Punkten gibt, die heute gekommen sind. Wir haben heute vier Sachverständige, die uns per Video zugeschaltet sind. Das sind einmal Frau Dr. Buchholtz, dann Frau Gerhard, Herr Professor Kluth – häufiger Gast in unseren Anhörungen – und ebenso Herr Professor Thym. Hier bei uns im Raum sind Frau Schulze-Rautenberg und Frau Bugaj-Wolfram anwesend.

Wir beraten heute den Entwurf eines Gesetzes zur aktuellen Anpassung des Freizügigkeitsgesetzes auf der Bundestagsdrucksache 19/21750 und den Änderungsantrag der Fraktion DIE LINKE. auf der Ausschussdrucksache 19(4)582. Ich darf ganz herzlich auch für die Bundesregierung Herrn PSt Stephan Mayer begrüßen. Diese ganze Anhörung wird wie üblich im Parlamentsfernsehen übertragen. Es wird ein Wortprotokoll angefertigt, das auch entsprechend verteilt wird und die Anhörung wird auch wie üblich digital aufgezeichnet. Wir haben hier ein Zeitfenster heute von zwei Stunden – das heißt bis 15:00 Uhr – vorgesehen. Wir verfahren wieder wie folgt: Ich darf die Sachverständigen gleich bitten, in alphabetischer Reihenfolge ein fünfminütiges Eingangsstatement zu geben. Damit den Kolleginnen und Kollegen auch noch ausreichend Zeit für Fragen bleibt, wäre ich dankbar, wenn wir den Rahmen für das Eingangsstatement einigermaßen einhalten könnten. Danach haben wir eine Fraktionsrunde, das heißt, die Fraktionen haben die Möglichkeit, Fragen zu stellen. Der Fragemodus erfolgt wie folgt: Die Kollegen haben die Möglichkeit, entweder zwei Fragen an einen Sachverständigen zu stellen, eine gleiche Frage an zwei Sachverständige oder an zwei Sachverständige jeweils eine unterschiedliche Frage. Wenn es dazu keine Fragen gibt, gut. Wenn wir dann noch zu einer zweiten Fragerunde kommen, dann werden wir

situativ entscheiden, wie viele Fragen noch möglich sind. Wenn ich jetzt in alphabetischer Reihenfolge vorgehe, dann würden wir mit dem Eingangsstatement von Frau Dr. Buchholtz beginnen, bitte schön.

SV Dr. Gabriele Margarete Buchholtz (Bucerius Law School): Ja, vielen Dank. Sehr geehrte Frau Vorsitzende, sehr geehrte Damen und Herren, vielen Dank zunächst dafür, hier als Sachverständige teilnehmen zu dürfen. Wie folgt möchte ich mich auf zentrale kritische Aspekte des Gesetzentwurfes beschränken und verweise im Übrigen auf meine schriftlichen Ausführungen.

Zunächst zum Nachzug sonstiger Familienangehöriger: Artikel 3 Absatz 2 der Freizügigkeitsrichtlinie schreibt bekanntlich ein gegenüber Anträgen anderer Drittstaatsangehöriger erleichtertes Antragsverfahren für die Einreise und den Aufenthalt sonstiger Familienangehöriger vor. In Deutschland fehlte es – unionsrechtswidrig – an einem solchen Verfahren. Um jetzt diesem unionsrechtlichen Erleichterungsgebot zu entsprechen, hat die Bundesregierung mit § 3a des Freizügigkeitsgesetzes/EU-Entwurf Abhilfe geschaffen. Die Vorschrift erstreckt den Anwendungsbereich auf drei Gruppen. Das sind einmal sonstige Verwandte im Sinne von § 1589 BGB der freizügigkeitsberechtigten Personen und Verwandte des freizügigkeitsberechtigten Ehegatten oder Lebenspartners, sodann sind es ledige Kinder, die das 18. Lebensjahr noch nicht vollendet haben und unter Vormundschaft oder in einem Pflegekind-Verhältnis zur freizügigkeitsberechtigten Person stehen und drittens sind es Lebensgefährtinnen und Lebensgefährten, mit der oder dem die freizügigkeitsberechtigte Person eine ordnungsgemäß bescheinigte, auf Dauer angelegte Gemeinschaft eingegangen ist. Absatz 1 Nr. 1 – 3 dieses § 3a benennt dann die Voraussetzungen, unter denen der nahestehenden Personen ein Aufenthaltsrecht erteilt werden kann. Das sind Kriterien, die ein besonderes Nähe- und Abhängigkeitsverhältnis umschreiben. So muss etwa die Unionsbürgerin/der Unionsbürger einem Verwandten im Sinne von § 1589 seit mindestens zwei Jahren nicht nur vorübergehend Unterhalt gewährt haben oder – dieses „oder“ ist übrigens nicht ganz klar im Gesetzentwurf zum Ausdruck gebracht worden. Ich empfehle also, das hier zu ergänzen – also „oder“ mit ihr seit mindestens zwei Jahren in häuslicher Gemeinschaft gelebt hat. In dritter Variante muss



eine persönliche Pflege durch die Unionsbürgerin/den Unionsbürger zwingend erforderlich sein. Weiterhin wird bei Pflegekindern ein längeres Zusammenleben in familiärer Gemeinschaft und eine Abhängigkeit verlangt und bei der Gruppe der Lebensgefährtinnen/Lebensgefährten wird ein nicht nur vorübergehendes Zusammenleben im Bundesgebiet vorausgesetzt. Und zudem – das ergibt sich aus dem Verweis des § 11 Absatz 5 des Entwurfs – müssen die Voraussetzungen des § 5 Absatz 1 und 2 des Aufenthaltsgesetzes erfüllt sein, insbesondere muss demnach der Lebensunterhalt gesichert sein. Ganz interessant ist hier – anders als bei freizügigkeitsberechtigten Familienangehörigen sonst –, dass die Rechtsposition der nahestehenden Person erst aus der Zulassungsentscheidung erwächst, d.h. hier im Anwendungsbereich des Freizügigkeitsgesetzes/EU werden mit dem § 3a erstmals nicht nur deklaratorische Aufenthaltsdokumente, sondern konstitutive Aufenthaltsrechte verliehen. Positiv ist, so denke ich, hervorzuheben, dass nun auch Lebensgefährtinnen/Lebensgefährten von der Vorschrift erfasst sind, mit denen die Unionsbürgerin/der Unionsbürger eine ordnungsgemäß bescheinigte, dauerhafte Beziehung eingegangen ist. Dass das so sein soll, ergibt sich schon aus der Systematik der einschlägigen Richtlinienbestimmungen und aus der EuGH-Judikatur. Insofern ist das positiv zu hervorzuheben. Anlass zur Kritik bietet die Norm meines Erachtens aber deshalb, weil sie einen sehr weiten Ermessensspielraum einräumt, also weil hier das Wort „kann“ verwendet wird. Dabei ist aber zu beachten, dass die Vorschrift doch sehr konkrete und umfangreiche Voraussetzungen für die Erteilung der Aufenthaltserlaubnis benennt. Und zusätzlich sind ja über § 11 Absatz 5 die Anforderung von § 5 Absatz 1 Aufenthaltsgesetz zu erfüllen. Das sind zum Teil recht strenge Anforderungen, insbesondere dürfte der Nachweis eines Krankenversicherungsschutzes z. B. für pflegebedürftige Personen recht schwer sein. Jedenfalls sind – und darauf möchte ich hinaus – bei Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzung kaum Fälle denkbar, in denen die Aufenthaltserlaubnis dennoch zu versagen ist. Um also dem Erleichterungsgebot, das hier ja unionsrechtlich geboten ist auch faktische Wirksamkeit zu verleihen, ist es meines Erachtens sinnvoll, die Norm als intendierte Ermessensvorschrift auszugestalten, hier also mit dem Wörtchen „soll“ statt „kann“ zu operieren und das dann auch in

den Einleitungssatz aufzunehmen, also: „Eine nahestehende Person eines Unionsbürgers“, so dann der Wortlaut: „... die selbst nicht als Unionsbürger und nicht nach §§ 3, 4 freizügigkeitsberechtigt ist, soll das Recht zur Einreise und zum Aufenthalt im Bundesgebiet verliehen werden.“

Der nächste Kritikpunkt, zu dem ich komme, ist der Ausschluss von Sozialleistungen, der sich aus § 11 Absatz 14 Satz 2 des Freizügigkeitsgesetzes/EU-Entwurf ergibt. Diese Regelung hätte zur Folge, dass Unionsbürgerinnen und Unionsbürger von Sozialleistungen ausgeschlossen sind, obwohl sie einen objektiven Aufenthaltsgrund nach dem Aufenthaltsgesetz haben. Das Ergebnis stünde, das ist problematisch daran, im Widerspruch zur bisherigen Sozialgerichtsjudikatur, insbesondere des Bundessozialgerichts, die ein fiktives Aufenthaltsrecht ausreichen lässt. Die Bundesregierung führt aus, sie fürchte Rechtsunsicherheiten. Dieses Argument verfängt meines Erachtens nicht, zumal es eine höchstrichterliche Judikatur als Orientierungsmaßstab gibt und bisher insoweit auch keine Probleme aufgetreten sind. Und zudem fehlt es im Gesetzentwurf der Bundesregierung an Zahlen dazu, wie viele Personen denn aufgrund eines fiktiven Aufenthaltsrechts von Sozialleistungen Gebrauch machen. Eine massenhafte Inanspruchnahme – denke ich – ist nicht zu erwarten. Umgekehrt kann ein Sozialleistungsausschluss für Personen, die einen objektiven Aufenthaltsgrund haben und ggf. – aufgrund von Schwangerschaft etc. – schutzbedürftig sind, existenzbedrohliche Folgen haben.

Ich komme damit zu meinem Ergebnis. Grundsätzlich ist der Entwurf zu begrüßen. Kritisch ist aber zu bewerten, dass § 3a des Entwurfs ein sehr breites Ermessen einräumt. Hier schlage ich vor, „kann“ durch „soll“ zu ersetzen. Und ferner empfehle ich § 11 Absatz 14 Satz 2 aus den genannten Gründen zu streichen. Vielen Dank.

Vors. **Andrea Lindholz** (CDU/CSU): Frau Dr. Buchholtz, vielen Dank. Ich will noch ergänzen, es haben alle Sachverständigen vorab Stellungnahmen abgegeben, dafür möchte ich mich bedanken. Die haben auch alle Kolleginnen und Kollegen vorab erhalten. Wir kommen dann jetzt als nächstes zu Frau Bugaj-Wolfram.



SV Natalia Bugaj-Wolfram (Der Paritätische Gesamtverband): Ja, vielen Dank. Sehr geehrte Damen und Herren, ich möchte mich auf einen Aspekt des vorliegenden Gesetzentwurfs konzentrieren, auf die schon von Frau Dr. Buchholtz genannte Streichung der fiktiven Prüfung eines Aufenthaltsrechts nach dem Aufenthaltsgesetz und auf den daraus resultierenden Ausschluss von den existenzsichernden Leistungen für bestimmte freizügigkeitsberechtigte Personen. Der Paritätische Wohlfahrtsverband berät EU-Bürger*innen in bundesweit über hundert Migrationsberatungsstellen für erwachsene Zuwanderer (MBE) und darüber hinaus in anderen Fachdiensten. Im Jahre 2019 haben knapp 8.000 EU-Bürger*innen die paritätischen MBE-Migrationsberatungsstellen aufgesucht. Viele von diesen Ratsuchenden befinden sich in prekären Lebenslagen, wie im folgenden Beispiel. Eine bulgarische Staatsangehörige ist schwanger von einem griechischen Mann. Sie leben zusammen in Deutschland, sind aber nicht verheiratet. Der Mann lebt hier seit acht Jahren, arbeitet und verfügt über ein Daueraufenthaltsrecht und auch das Recht auf Sozialleistungen nach dem SGB II. Die Frau ist seit einigen Monaten erst hier und arbeitet aufgrund ihrer fortgeschrittenen Schwangerschaft nicht. Das Einkommen des Mannes reicht nicht für die Lebensunterhaltssicherung und es stellt sich die Frage, ob für die werdende Mutter Anspruch auf Leistungen nach dem SGB besteht. Nach der Logik des Freizügigkeitsgesetzes verfügt die Frau nur über ein Aufenthaltsrecht zum Zweck der Arbeitssuche und ist somit von Leistungen nach dem SGB II ausgeschlossen. Da dies aber mit dem Schutz der Familie und dem Grundrecht auf Existenzminimum nicht vereinbar ist, hat das Bundessozialgericht im Jahr 2013 eine Lösung gefunden. Die werdende Mutter hat neben dem Freizügigkeitsrecht auch Anspruch auf eine Aufenthaltserlaubnis nach dem Aufenthaltsgesetz als bald Mutter eines deutschen Kindes. Auch wenn die Aufenthaltserlaubnis tatsächlich nicht ausgestellt worden sein sollte, muss die Sozialbehörde prüfen, ob dieses Aufenthaltsrecht fiktiv besteht, also erteilt werden könnte oder müsste. Dann besteht auch ein Anspruch auf existenzsichernde Sozialleistungen. Mit dem vorliegenden Gesetzentwurf soll diese Pflicht zur fiktiven Prüfung durch die Sozialbehörde nun gestrichen werden. Der geplante § 11 Absatz 14 Satz 2 des Freizügigkeitsgesetzes sieht vor, dass nur noch dann, wenn eine

solche andere Aufenthaltserlaubnis tatsächlich ausgestellt worden sein sollte, andere Ansprüche geltend gemacht werden können. Damit wäre das Urteil des Bundessozialgerichts ausgehebelt. In der Folge werden viele betroffene Unionsbürger*innen damit künftig von Leistungsansprüchen ausgeschlossen, denn in den meisten dieser Fälle werden die Ausländerbehörden die Aufenthaltserlaubnisse faktisch nicht erteilen. In der Praxis würde dies in erster Linie Familien treffen, in denen die Eltern nicht verheiratet sind, aber auch andere – wie schon gesagt – besonders schutzbedürftige Personen, wie z. B. schwerkranke Menschen oder auch Opfer von Menschenhandel. Für die werdende Mutter aus dem Fallbeispiel würde es bedeuten, dass sie entweder ausreisen muss und somit die Schwangerschaft nicht gemeinsam mit dem Vater verbracht werden kann und später das Kind getrennt vom Vater aufwachsen wird, oder dass sie in Armut unter dem menschenwürdigen Existenzminimum leben wird, bis sie eine Arbeitsstelle gefunden hat, was für die Mutter eines Säuglings besonders schwierig sein wird.

Die Erfahrungen des Paritätischen Gesamtverbandes zeigen, dass die Ausschlüsse von freizügigkeitsberechtigten EU-Bürger*innen von Leistungen des SGB II und SGB XII gravierende soziale Folgen haben: Verelendung, Arbeitsausbeutung, Wohnungslosigkeit, fehlender Krankenversicherungsschutz. Auch aus integrationspolitischer Sicht gibt es negative Folgen, denn der fehlende Zugang zu den SGB II Leistungen bedingt auch keinen Zugang zu kostenlosen Integrationskursen und auch erschwerten Zugang zu Instrumenten der Arbeitsförderung und damit auch zum Arbeitsmarkt, jedenfalls jenseits des prekären Sektors. Die Ergebnisse der vor kurzem durchgeführten Abfrage unter 400 Beratungseinrichtungen der freien Wohlfahrtspflege bestätigen, dass Wohnungslosigkeit und Abbruch von Integrationskursen als Folge der Leistungsverweigerung in der Praxis häufig vorkommen. Durch den in dem vorliegenden Gesetzentwurf geplanten Leistungsausschluss wäre zudem auch der verfassungsmäßige Schutz der Familie bedroht. Aus all diesen Gründen spricht sich der Paritätische Gesamtverband dafür aus, den geplanten § 11 Absatz 14, Satz 2 des Entwurfs zum Freizügigkeitsgesetz zu streichen. Die darüber hinaus vorgesehene Einführung eines neuen Aufenthaltsrechts für nahestehende Personen von Unionsbürgern*innen begrüßt der Paritätische ausdrücklich,



zumal diese Regelung schon seit vielen Jahren überfällig ist. Die konkrete Ausgestaltung der neuen Regelung für nahestehende Personen hält der Paritätische jedoch für zu restriktiv. Hier besteht aus unserer Sicht Nachbesserungsbedarf. Dazu möchte ich aber auf unsere Stellungnahme verweisen, die Ihnen schriftlich vorliegt. Vielen Dank.

Vors. **Andrea Lindholz** (CDU/CSU): Vielen herzlichen Dank, dann kommen wir als nächstes zu Frau Gerhard.

SV **Swenja Gerhard** (Verband binationaler Familien und Partnerschaften): Vielen Dank. Ja, sehr geehrte Frau Vorsitzende, sehr geehrte Damen und Herren, ich spreche im Namen des Verbandes binationaler Familien und Partnerschaften. Der Verband binationaler Familien und Partnerschaften arbeitet seit fast 50 Jahren an den Schnittstellen von Familien-, Bildungs- und Migrationspolitik. Wir halten ein bundesweites Beratungsangebot zu Themen des Zuwanderungsrechts, des Familienrechts, des Sozialrechts sowie zu psychosozialen Fragen vor. Auf der Basis von 16.000 Beratungen jährlich erhalten wir so die Kenntnis über die rechtlichen, emotionalen und psychosozialen Situationen von einzelnen Paaren und Familien, die mit den rechtlichen und tatsächlichen Rahmenbedingungen des Zuwanderungsrechts konfrontiert werden. Vor diesem Hintergrund möchte ich meine schriftlichen Ausführungen in drei Punkten zusammenfassen.

Punkt eins zu den Begrifflichkeiten. Wir schlagen vor, den Begriff der „nahestehenden Personen“ zu ersetzen durch den Begriff der „anderen Familienangehörigen“. Was anderes sind Geschwister, Onkel, Tanten, Nichte und Neffe als Familienangehörige? Was anderes ist eine oder ein langjähriger Lebensgefährte als ein Familienangehöriger? Durch die Einführung des Begriffs „nahestehenden Personen“ ist die familiäre oder familienähnliche Verbundenheit nicht mehr sichtbar.

Punkt zwei. Wir schlagen vor, Ausnahmen von der Sicherung des Lebensunterhalts festzuschreiben. Gemäß der Unionsbürgerrichtlinie soll Familienangehörigen die Einreise und der Aufenthalt gegenüber anderen Drittstaatsangehörigen erleichtert werden. Dies wird durch die derzeitige Fassung der Regelung nicht erreicht. Die vollständige Sicherung des Lebensunterhalts, die auch den ausreichenden

Krankenversicherungsschutz umfasst, soll Erteilungsvoraussetzung sein. Soweit es sich um Menschen handelt, die einer Erwerbstätigkeit in Deutschland nachgehen können, erscheint die Forderung angemessen, jedenfalls soweit der Einzelfall Berücksichtigung findet. Nicht nachvollziehbar ist aber, wie die Personengruppe der Pflegebedürftigen und von Krankheit Betroffenen, also der besonders vulnerablen Familienangehörigen, diese Voraussetzung erfüllen soll. Dies ist faktisch nicht möglich, da sie selbst nicht erwerbstätig sein können. Der Abschluss einer Krankenversicherung ist für diesen Personenkreis in der Regel nicht möglich. Auch ein Rückgriff auf die verwandten Unionsbürger*innen ist auf Dauer in finanzieller Hinsicht lebensfremd.

Punkt drei. Wir schlagen vor, dass die Voraussetzungen eines Nachzugs von den Angehörigen von den Antragssteller*innen nicht nachgewiesen, sondern nur glaubhaft gemacht werden müssen. Der Gesetzentwurf sieht vor, dass Antragsteller*innen die Voraussetzungen durch Dokumente des Herkunftsstaates erbringen müssen. Viele unserer Klientinnen berichten, dass sie ihre Familie im Herkunftsstaat finanziell unterstützen. Nur wenige tun dies allerdings über Geldüberweisungen. Viele vertrauen darauf, dass Bargeld über ins Herkunftsland reisende Bekannte oder Familienangehörige an die Familie weitergegeben wird. Auch ist davon auszugehen, dass entsprechende Dokumente für den Nachweis einer häuslichen Gemeinschaft in den meisten Fällen so nicht beizubringen sein dürfen, denn wer soll das Zusammenleben bescheinigen?

Abschließend noch wenige Worte zum Nachweis der dauerhaften Beziehung. Auch hier sollte eine Glaubhaftmachung ausreichen, denn welches junge Paar hat gemeinsame Kinder, gemeinsamen Immobilienbesitz, sofern es die Landesgesetze überhaupt zulassen, hat gemeinsame Konten oder gemeinsame Vermögenswerte? Soweit die Einschätzung des Verbandes binationaler Familien und Partnerschaften. Für die Einzelheiten verweise ich auf meine Ihnen vorliegende schriftliche Stellungnahme. Ich danke für die Gelegenheit der mündlichen Stellungnahme und Ihre Aufmerksamkeit. Vielen Dank.

Vors. **Andrea Lindholz** (CDU/CSU): Vielen herzlichen Dank, dann kämen wir als nächstes zu Herrn Professor Kluth.



SV Prof. Dr. Winfried Kluth (Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg, Halle): Sehr geehrte Frau Vorsitzende, sehr geehrte Ausschussmitglieder, meine Damen und Herren. Auch ich darf mich herzlich bedanken für die Gelegenheit zum Gesetzesentwurf der Bundesregierung und zum Änderungsantrag der Fraktion DIE LINKE. Stellung zu nehmen. Ich werde auf einige ausgewählte Regelungsgegenstände eingehen und dann noch einige kurze Bemerkungen zu gesetzgebungstechnischen Aspekten anschließen.

Der erste Punkt ist, dass wir uns ja hier in einem Bereich befinden, wo überwiegend Vorgaben des Unionsrechts umgesetzt werden, sodass die Gestaltungsspielräume des Bundesgesetzgebers ohnehin beschränkt sind und zweitens, als generelle Einschätzung, dass sich die hier unterbreiteten Änderungsvorschläge innerhalb der Spielräume halten, die die entsprechenden Vorgaben auch eröffnen. Das betrifft die Vorgaben der Rechtsprechung des EuGH, die hier zu berücksichtigen sind, aber auch das Austrittsabkommen mit Großbritannien. Wir haben jetzt schon gehört, welche Vorschriften besonders im Fokus stehen und ich werde auch zu diesen Vorschriften meine Sicht der Dinge vortragen. Das betrifft einmal den ja gerade auch thematisierten § 3a, die Regelungen zu den nahestehenden Personen. Wir haben hier eine tatsächlich lückenschließende Regelung, denn die allgemeine Regelung in § 36 Absatz 2 des Aufenthaltsgesetzes hatte das Defizit, dass sie die bevorzugte Behandlung von nahestehenden Personen von Unionsbürgern nicht gewährleistete. Und zu Recht hat die Bundesregierung eingesehen, dass hier auch ein gesetzlicher Regelungsbedarf besteht. Aus meiner Sicht wird auch durch die hier vorgeschlagene Regelung eine Besserstellung umgesetzt, verwirklicht und ich bin auch der Ansicht, dass die hier eingeräumte Möglichkeit nach pflichtgemäßem Ermessen zu entscheiden durch die vorgegebenen Kriterien und dass, was auch in Absatz 2 für das Verfahren dann vorgegeben wird, hinreichend konkretisiert wird. Die ermessenssteuernde Regelung in Absatz 2 ist in der Tat wegen ihrer komplizierten Syntax nicht so ganz einfach zu verstehen, aber ich bin überzeugt, dass auch mit entsprechenden Auslegungs- und Anwendungshinweisen hier eine recht sichere Praxis ermöglicht werden kann. Die Frage, ob man weitergehend eine Sollregelung hier einführen muss oder ob das europarechtlich vorgesehen ist,

würde ich verneinen. Natürlich im politischen Ermessen steht so etwas, wir sollten aber auch bedenken, dass mit den nahestehenden Personen ja schon – auch wie das der § 36 im Aufenthaltsgesetz zeigt – eine Öffnung deutlich über den Bereich der Kernfamilie heraus erfolgt und ich denke, dass dort eine facettenreiche – wie sie auch vorgesehen ist – Würdigung des Einzelfalls ausreichend ist und auch – da stimme ich Frau Buchholtz zu – in der Regel, wenn diese harten Tatbestandsvoraussetzungen erfüllt sind, zu einer positiven Entscheidung führen wird.

Der zweite Punkt, den ich ansprechen möchte, ist die Regelung in § 12a zu den Rückkehrerfällen. Auch hier wird eine Lücke geschlossen, weil wir für diese in der Rechtsprechung des EuGH ja auch entwickelten Fälle keine hinreichende rechtliche Grundlage hatten. Hier kann man sich darüber streiten, ob der unbestimmte Rechtsbegriff des nachhaltigen Gebrauchmachens hinreichend bestimmt ist oder durch andere Formulierungen ersetzt werden sollte. Ich würde dafür plädieren, es bei dieser ja auch an die Diktion des EuGH anknüpfende Formulierung zu belassen. Das hat den Vorteil, dass auch Weiterentwicklungen der Rechtsprechungen gut übernommen werden können, wenn wir hier unterschiedliche Terminologien verwenden, würde das meines Erachtens die dynamische Rechtsanwendung erschweren.

Der dritte Punkt betrifft den ja auch in den vorherigen Stellungnahmen angesprochenen § 11 Absatz 14 Satz 2, auf den sich auch der Änderungsantrag bezieht. Und hier ist es aus meiner Sicht wichtig, auch nochmal den rechtlichen Rahmen sich zu vergegenwärtigen. Wir haben ja nach der bisherigen Rechtsprechung der Sozialgerichtbarkeit die Möglichkeit, dass die Sozialbehörden auf die fiktiven Voraussetzungen für die Erteilung eines Aufenthaltstitels abstellen. Grundsätzlich ist es im deutschen Recht so, dass unterschiedliche Behörden auch über die Tatbestandsvoraussetzungen ein und derselben Norm entscheiden können. Die Frage ist dann immer die Bindungswirkung der anderen Behörde und da fängt ja auch das Problem an, dass die Ausländerbehörde nicht gebunden ist an die Lageeinschätzung durch die Sozialbehörde. Und im Sinne auch der Rechtseinheit scheint es mir durchaus naheliegend, den jetzt beschrittenen Weg vorzusehen. Der führt ja auch nicht zu einem Aus-



schluss, sondern er führt nur dazu, dass zwei Anträge möglichst parallel gestellt werden und dass die für die Sozialleistungen zuständige Behörde dann das Ergebnis der Entscheidung der Ausländerbehörde abwartet. Warum man hier davon ausgeht, dass hier grundsätzlich unterschiedliche Ergebnisse herauskommen, kann ich nicht nachvollziehen, deswegen habe ich gegen diese Vorgehensweise auch keine Einwände.

Ja, wir haben dann schließlich die Regelung für sogenannte Alt-Briten in § 16, die mit dem Brexit zusammenhängt und hier haben wir meines Erachtens ebenfalls eine Regelung, die den Vorgaben des Abkommens entspricht. Man hat sich hier dafür entschieden, dass kein Antrag gestellt werden muss, also ein vereinfachtes Verfahren und das wird meines Erachtens auch den Rahmenbedingungen gerecht. Es ist eine Lösung, die sich innerhalb dieses Rechtsrahmens auch hält. Und damit komme ich auch zu den gesetzgebungstechnischen Aspekten. Es ist zwar richtig, dass diese Regelung insbesondere zu den Alt-Briten einen freizügigkeitsrechtlichen Ursprung hat, aber es ist ja eine Regelung, die auf Abschied und auf Änderung ausgerichtet ist, weshalb ich bevorzugen würde, diese Regelungen im Aufenthaltsgesetz auch unterzubringen, weil ja in Zukunft die Angehörigen dieser Nation Aufenthaltstitel benötigen und es ist ein Übergang praktisch in das Aufenthaltsgesetz. Das hätte auch den Vorteil, dass beim Anwendungsbereich diese spezielle Gruppe nicht mehr auftauchen müsste. Das Gleiche gilt auch für den § 3a.

Vors. **Andrea Lindholz** (CDU/CSU): Professor Kluth, ich würde mal an die Zeit erinnern, wir sind schon bei siebeneinhalb Minuten.

SV **Prof. Dr. Winfried Kluth** (Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg, Halle): Okay, ich bin jetzt auch durch. Gut, beim § 3a würde ich das auch so sehen und bedanke mich für Ihre Aufmerksamkeit.

Vors. **Andrea Lindholz** (CDU/CSU): Vielen Dank. Dann kommen wir als nächstes zu Frau Schulze-Rautenberg.

SV **Bianca Schulze-Rautenberg** (KOK – Bundesweiter Koordinierungskreis gegen Menschenhandel e. V.): Ja, sehr geehrte Damen und Herren, zunächst möchte ich mich einmal im Namen des Bundesweiten Koordinierungskreises gegen Menschenhandel bedanken, hier zu dem Gesetzentwurf Stellung nehmen zu können. Auch ich möchte mich heute

auf einen Punkt konzentrieren, und zwar auf die Streichung des § 11 Absatz 14 Satz 2 aus dem Gesetzentwurf. Denn dieser Paragraph wird es EU-Bürger*innen, die von Menschenhandel betroffen sind, erschweren, Leistungen nach dem SGB II zu erhalten und damit erschweren, das menschenwürdige Existenzminimum zu halten. Die Rechtsprechung des Bundessozialgerichts zu der fiktiven Prüfung von Aufenthaltsrechten würde ausgehebelt werden und EU-Bürger*innen müssten stets im Falle des Ausschlussstatbestandes des § 7 Absatz 1 Satz 2 Nr. 2 b SGB II einen tatsächlichen Aufenthaltstitel vorweisen. Bereits jetzt ist es in der Praxis schwer für EU-Bürgerinnen, die von Menschenhandel betroffen sind, Leistungen zu beziehen. Schon jetzt verneinen viele Jobcenter die Leistungen mit der Begründung, die Betroffenen halten sich ausschließlich zum Zwecke der Arbeitsuche im Bundesgebiet auf. Dies würde in Zukunft infolge der Änderung wohl zum Regelfall werden. Problematisch ist daran, dass EU-Bürger*innen, die von Menschenhandel betroffen sind, oft keine anderen Aufenthaltstitel nachweisen können, da das Freizügigkeitsgesetz keine Regelungen enthält, die ein Vergleichswert zu § 59 Absatz 7 Aufenthaltsgesetz oder den § 28 Absatz 4 Aufenthaltsgesetz sind. Die betroffenen Personen würden also zunächst keine Leistungen erhalten. Die Ausländerbehörde würde ihnen in der Regel in einem solchen Fall zunächst auch keine Aufenthaltstitel nach dem Aufenthaltsgesetz zusprechen, da die Personen ja EU-Bürger*innen sind und damit das Freizügigkeitsgesetz vorrangig ist. EU-Bürger*innen bekommen also in der Regel keinen Aufenthaltstitel und können keine Leistungen nach dem SGB II beantragen. Somit sind EU-Bürger*innen, die von Menschenhandel betroffen sind, benachteiligt gegenüber Drittstaatsangehörigen. Diese können solche Aufenthaltsrechte aus dem Aufenthaltsgesetz beantragen und beim Vorliegen des Tatbestandes würden sie die auch in der Regel zuerkannt bekommen. Die betroffenen EU-Bürger*innen haben nun die Wahl, keine Leistungen zu erhalten, wodurch ihre Unterkunft, ihre medizinische Versorgung und ihr Lebensunterhalt nicht gesichert sind oder sie können auf ihre Freizügigkeit gemäß § 5 Absatz 4 Freizügigkeitsgesetz verzichten, um die Möglichkeit zu haben Aufenthaltstitel nach dem Aufenthaltsgesetz beantragen zu können. Konsequenz des Verlustes der Freizügigkeit wäre allerdings gemäß § 7 Absatz 1 Freizügigkeitsgesetz dass sie ausreisepflichtig



würden. Die betroffenen Personen müssten also ein hohes Risiko eingehen, um die vom Bundesverfassungsgericht jedem Menschen zugesprochene existenzsichernde Leistung gemäß Artikel 1 in Verbindung mit Artikel 20 Absatz 1 Grundgesetz erhalten zu können. Der Aufwand für Betroffene von Menschenhandel ist bereits jetzt hochkompliziert und schwer zu durchschauen und sollte nicht noch weiter verschlechtert werden. Betroffene werden bereits jetzt vom Jobcenter zur Ausländerbehörde geschickt, ohne dass dieser Aufwand zielführend wäre. Dies dauert lange und ist für instabile und traumatisierte Personen nicht hilfreich, um sich zu erholen und das Erlebte zu verarbeiten. Die Einführung des Paragraphen würde dies verschlimmern und widerspräche dem Opferschutz und der Meistbegünstigungsklausel des § 11 Absatz 1 Satz 11 Freizügigkeitsgesetz, welche nach einer Entscheidung des Landessozialgerichts in Nordrhein-Westfalen besagt, dass auch ohne Einschaltung der Ausländerbehörde die Tatbestände des Aufenthaltsgesetzes geprüft werden können, wenn es um ein Verfahren über einen Anspruch auf Leistungen geht. Das Landessozialgericht nimmt dabei Bezug auf das Trauma der Betroffenen durch die Zwangsprostitution und spricht hier Leistungen während einer psychosozialen Stabilisierungsfrist zu. Diese Rechtsprechung sollte man nicht verhindern sondern unterstützen, da sie die Rechte der Betroffenen in den Fokus setzt und EU-Bürger*innen nicht benachteiligt. EU-Bürger*innen, die Opfer dieser schweren Menschenrechtsverletzung geworden sind, müssen geschützt werden und ihre Rechte in Anspruch nehmen können. Wie bereits gesagt, spricht sich der KOK also dafür aus, dass der Vorschlag des § 11 Absatz 14 Satz 2 gestrichen wird. Danke.

Vors. **Andrea Lindholz** (CDU/CSU): Vielen herzlichen Dank. Dann macht den Schluss in der Runde Herr Professor Thym.

SV **Prof. Dr. Daniel Thym** (Universität Konstanz): Vielen Dank, Frau Lindholz, und ich bitte um Verständnis, dass ich heute nur digital teilnehmen kann. Ich will mich eingangs ebenfalls auf drei Aspekte beschränken. Erstens, die nahestehenden Personen, für die der EuGH bekanntlich fordert, dass der Zuzug in gewisser Weise erleichtert werden muss. Die aktuelle Gesetzeslage gewährleistet dies nicht, wohl jedoch die Neuregelung. Ausdrücklich werden alle Personengruppen erfasst, die die Freizügigkeitsrichtlinie nennt. Auch die materiellen

Bedingungen beachten das Europarecht. Ich kann dem EuGH-Urteil nicht entnehmen, dass die Mitgliedstaaten die Zulassung im Sinne einer Sollvorschrift in der Regel erlauben sollten, vielmehr heißt es beim EuGH ausdrücklich, ich zitiere: „... dass die Mitgliedstaaten nicht verpflichtet sind, ein Recht auf Einreise und Aufenthalt zuzuerkennen.“ Der EuGH betont den Entscheidungsspielraum auf nationaler Ebene, zwingend ist nur eine Besserstellung gegenüber Drittstaatsangehörigen. Eben dies leistet der Gesetzentwurf, weil er auf das Tatbestandsmerkmal der außergewöhnlichen Härte verzichtet.

Zweitens, der Brexit, hinsichtlich dessen wir bekanntlich unterscheiden müssen zwischen Alt-Briten und Briten sowie den künftigen Einreiseregeln. Hinsichtlich der Alt-Briten enthält der Austrittsvertrag detaillierte Vorgaben, damit das Vereinigte Königreich die Unionsbürgerrechte nicht bei der Umsetzung und Anwendung unterläuft. Für Sie alle als Mitglieder des Bundestags folgt daraus, dass Sie nur noch wenig Spielraum haben, das Entscheidende ist schon geregelt. Nur am Rande musste der Entwurf also noch Weichen stellen und sucht hierbei einen pragmatischen Weg, etwa für die Ausstellung der notwendigen Dokumente von Amts wegen, auch eine Fiktionsbescheinigung ist möglich. Für die beinahe 100.000 Alt-Briten, die in Deutschland leben, sind diese Regeln immens wichtig, schließen sie doch das Gesetzgebungsverfahren schnell ab, weil die Verwaltung noch die nötigen Vorkehrungen treffen muss, um all das ab 1. Januar – also in wenigen Wochen – anzuwenden. Zum künftigen Partnerschaftsabkommen habe ich schriftlich ausgeführt, dass dieses nur rudimentäre Mobilitätsregeln umfassen wird, die politisch noch dazu hoch umstritten sind. Angesichts dieser harten Verhandlungen ist es wahrscheinlich richtig, wenn die Bundesregierung nunmehr darauf hinweist, dass für Neu-Briten vorerst das allgemeine Ausländerrecht gelten wird und es eine privilegierte Zulassung nur unter den Bedingungen der Reziprozität – also der Gegenseitigkeit – geben soll.

Drittens, der viel diskutierte § 11 Absatz 14 Satz 2, dessen Verständnis dadurch gefördert wird, dass man sich einen grundlegenden Unterschied bewusstmacht. Nach der ständigen EuGH-Judikatur entstehen die Unionsbürgerrechte kraft Gesetzes. Es braucht keine behördliche Genehmigung und auch



verloren geht ein Freizügigkeitsrecht gleichsam automatisch. Insofern ist es also richtig, dass die Sozialgerichte inzident prüfen, ob Unionsbürger freizügigkeitsberechtigt sind. Speziell eine Grundsicherung gibt es eben nur, wenn diese Prüfung positiv ausgeht. Es ist problematisch, wenn die Sozial- und Finanzgerichte dies beim Eltern- und Kindergeld anders sehen und dann auch materiell nicht freizügigkeitsberechtigten Unionsbürgern entsprechende Leistungen gewähren. Hier könnte der Gesetzgeber in der Tat über eine klarstellende Regelung nachdenken. Das macht der vorliegende Gesetzentwurf jedoch nicht. § 11 Absatz 14 Satz 2 betrifft nämlich nicht das Freizügigkeitsrecht, hinsichtlich dessen die Inzidenzprüfung richtig ist, sondern das nachgelagerte Aufenthaltsrecht, wenn ein Gericht festgestellt hat, dass ein Unionsbürger eben nicht freizügigkeitsberechtigt ist. Systematisch läuft hier eine Inzidenzprüfung fehl, denn § 4 Absatz 1 des Aufenthaltsgesetzes sagt explizit, dass eine Aufenthaltserlaubnis eben nicht kraft Gesetzes entsteht, sondern eine behördliche Entscheidung fordert. Es ist ein Verbot mit Genehmigungsvorbehalt. Daraus folgt zweierlei: Zum einen passt § 11 Absatz 14 Satz 2 redaktionell nicht ins Freizügigkeitsgesetz, sondern gehört ins Aufenthalts- und Sozialrecht, zum anderen besteht der systematisch vermutlich überzeugendere Weg darin, bei den Ausländerbehörden einen Aufenthaltstitel zu beantragen. Die Behörden können dann Ermessen ausüben und auch Informationen berücksichtigen, die die Sozialgerichte eventuell gar nicht haben. Hierdurch wird auch Rechtssicherheit hergestellt, die die aktuelle Praxis der Sozialgerichte nicht leistet. Sie mag pragmatisch Sozialleistungen gewähren, aber das ändert aber nichts daran, dass sich die Menschen materiell rechtswidrig in Deutschland aufhalten und beim nächsten Behördenkontakt wieder ähnliche Probleme haben könnten. Gerade weil es um vulnerable Gruppen geht, könnte der Gesetzgeber also darüber nachdenken, innovative Lösungen zu suchen, indem man etwa die Sozialbehörden und auch Gerichte anhält, das Verfahren auszusetzen und die Akten mit Einverständnis der Kläger oder Antragsteller direkt an die Ausländerbehörden weiterzuleiten, die dann entscheiden. Fiktive Prüfungen erübrigten sich dann ebenso wie widersprüchliche Entscheidungen, von denen die Sozialgerichte übrigens davon ausgehen, dass es sie nicht geben soll, weil sonst würde die fiktive Prüfung ja nicht positiv ausgehen. Der Bundestag könnte bei

einer solchen Regelung dann auch entscheiden, ob er es für richtig hält, dass die Sozial- und Finanzgerichte nicht freizügigkeitsberechtigten Unionsbürgern Sozialleistungen zusprechen. Danke.

Vors. **Andrea Lindholz** (CDU/CSU): Vielen herzlichen Dank. Dann kommen wir jetzt zur Fragerunde und beginnen mit der Unionsfraktion und hier Herrn Seif.

Abg. **Detlef Seif** (CDU/CSU): Ich habe jeweils eine Frage an Herrn Kluth und eine an Herrn Thym. Ich fange mit der für Herrn Kluth an. Nach Artikel 1 § 1 Absatz 2 Nr. 4 c des Entwurfs Freizügigkeitsgesetz sind nahestehende Personen unter anderem Lebensgefährten, bei denen die Gemeinschaft mit dem Unionsbürger ordnungsgemäß bescheinigt wird. Jetzt entspricht das exakt der Richtlinie, wie sie ins Deutsche übersetzt wurde. Aber im Englischen heißt es „duly attested“, was auch so viel heißen sollte und könnte wie ordnungsgemäß nachgewiesen. Führt nach Ihrer Ansicht nicht der jetzt im Gesetzentwurf stehende Text unter Umständen zur Verwirrung beim Rechtsanwender, weil es keine Bescheinigung in Deutschland nach deutschem Recht durch Verwaltungen gibt und sollte man nicht hier lieber dann dieses eine Wort austauschen, ordnungsgemäß nachgewiesen? Zweite Frage, diesmal an Herrn Professor Thym. In Ihrer Stellungnahme haben Sie geschrieben, dass in Sachen der Aufenthaltserteilung nahestehender Personen nach § 3a, jetzt wörtliches Zitat von Ihnen: „in der vorgeschlagenen Fassung das Verhältnis des Entscheidungsermessens und der notwendigen Güterabwägung nicht leicht nachvollziehbar“ sei. Nach Ihrer Ansicht könnte dies zu Problemen in der Verwaltungspraxis führen. Haben Sie einen Alternativvorschlag? Vielen Dank.

Vors. **Andrea Lindholz** (CDU/CSU): Dann Herr Dr. Wirth.

BE Abg. **Dr. Christian Wirth** (AfD): Vielen Dank für die Ausführungen. Ich habe zwei Fragen an Professor Thym. Meine Frage ist eben dieser § 1 Absatz 4 c: Genügt er dem Bestimmtheitsgebot in der Formulierung, weil man sich vielleicht vieles nicht vorstellen kann, was hiervon umfasst ist? Die zweite Frage: Würde es nicht Sinn machen, diesen Gesetzentwurf zu trennen, dass man die reinen Brexit-Angelegenheiten regelt und diese Sachen, die Angelegenheiten, die ins Aufenthaltsgesetz gehören, auch dort eben regeln würde, um etwa eine ein bisschen



klarere Rechtslage zu schaffen? Vielen Dank.

Vors. **Andrea Lindholz** (CDU/CSU): Vielen Dank, dann Herr Dr. Castellucci.

BE Abg. **Dr. Lars Castellucci** (SPD): Vielen Dank, Frau Vorsitzende. Zunächst möchte ich mich mal bei allen Gutachterinnen/Gutachtern für die wertvolle Arbeit bedanken. Also einige Organisationen haben das ja schon seit dem Referentenentwurf sehr nahe begleitet und uns sehr umfassend informiert. Aus der Wissenschaft gab es öffentliche Stellungnahmen und Veröffentlichungen. Das sind wirklich große Hilfen für unsere parlamentarische Arbeit. Ich möchte eine Frage an Frau Schulze-Rautenberg stellen. Sie haben ja zur fiktiven Prüfung beziehungsweise ihre Abschaffung gesprochen. Können Sie mir nochmal mit Blick auf die Zielgruppe, mit der Sie arbeiten – Frauen, die von Menschenhandel betroffen sind – sagen, wie sich das in der Praxis ausgewirkt hat und gibt es irgendeine Idee über Fallzahlen, die Sie uns nennen könnten? Und eine Frage an Herrn Professor Thym, wenn Sie etwas dazu sagen können. Die Kollegin Gerhard hat ja die Formulierung nahestehende Personen kritisiert und vorgeschlagen, von „weiteren Familienangehörigen“ zu sprechen. Der konkrete Personenkreis ist ja im Gesetzestext abschließend aufgeführt, also da gibt es ja dann keine Verwirrungen, um wen es sich handeln soll. Wäre eine Formulierung, von „weiteren Familienangehörigen“ zu sprechen, etwas, was juristisch Konsequenzen hätte oder handelt es sich dabei nur um eine andere Begrifflichkeit?

Vors. **Andrea Lindholz** (CDU/CSU): Vielen Dank. Dann Frau Bubendorfer-Licht.

Abg. **Sandra Bubendorfer-Licht** (FDP): Frau Lindholz, Herr Staatssekretär Mayer, geehrte Experten und Expertinnen, vielen Dank für detaillierten Ausführungen. Die überfällige Anpassung des Freizügigkeitsgesetzes scheint alles in allem sehr begrüßenswert zu sein, jedoch hätte ich noch zwei Fragen an Frau Dr. Buchholtz. Meine eigentlich erste Frage, die Frage, ob eventuell was dagegen sprechen könnte, § 3a Freizügigkeitsgesetz als intendierte Ermessensvorschrift auszugestalten, haben Sie ja mehr oder weniger schon beantwortet. Deshalb meine zwei Fragen jetzt: Ist zu erwarten, dass umfangreich von dem Nachzugsrecht gemäß § 3a Freizügigkeitsgesetz Gebrauch gemacht wird? Und

meine zweite Frage, was spricht für eine Streichung des § 11 Absatz 14? Danke schön.

Vors. **Andrea Lindholz** (CDU/CSU): Vielen Dank. Dann Frau Jelpke, bitte.

BE Abg. **Ulla Jelpke** (DIE LINKE.): Danke, Frau Vorsitzende. Auch von meiner Seite an die Sachverständigen herzlichen Dank. Meine beiden Fragen richten sich an Frau Bugaj-Wolfram und die erste Frage – Sie sind schon darauf eingegangen, viele andere Sachverständige auch – es geht um die Streichung der fiktiven Prüfung und ich hätte doch ganz gerne nochmal genauere Beispiele. Sie haben eins genannt, aber vielleicht können Sie uns nochmal die klaren Auswirkungen dieser Streichung der fiktiven Prüfung eines Aufenthaltsrechts darlegen, also § 11 Absatz 14? Und hier interessiert mich vor allen Dingen die Fallkonstellation, aber auch welche Personengruppen wird das insgesamt betreffen? Sie haben dazu ja auch einiges in Ihrer Stellungnahme aufgeführt. Die zweite Frage, hier geht es mir nochmal darum, warum es für die betroffenen Personengruppen keine andere Möglichkeit gibt, reguläre Leistungen durch das SGB II und XII zu erhalten? Hier hat ja auch Herr Professor Thym heute nochmal dargelegt und auch in seiner Stellungnahme den Weg vorgeschlagen, eine Aufenthaltserlaubnis bei der Ausländerbehörde zu beantragen und da hätte ich gerne eine Einschätzung, ob das zielführend ist. Danke.

Vors. **Andrea Lindholz** (CDU/CSU): Vielen Dank. Dann Frau Polat, bitte.

BE Abg. **Filiz Polat** (BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN): Vielen Dank, Frau Vorsitzende. Auch ich möchte mich den Worten des Kollegen Castellucci anschließen, die jeweiligen Stellungnahmen sind wirklich sehr bereichernd, auch für die weiteren Beratungen und die Arbeit hier im Ausschuss. Meine ersten beiden Fragen gehen an Frau Gerhard vom Verband binationaler Familien und Partnerschaften. Ich möchte auch nochmal vertiefend auf Ihre Stellungnahme eingehen bezüglich der nahestehenden Familienangehörigen. Vielleicht können Sie auch nochmal aus Ihrer Beratungspraxis und Ihren Erfahrungen als Verband erläutern, welche Familienkonstellationen eben gerade nicht erfasst sind? Ob Sie hier auch konkrete Beispiele nennen können, welche Lücken sich daraus ergeben? Und die zweite Frage ist zu den materiellen Voraussetzungen. Dazu ist auch einiges gesagt worden, Sie



haben das aber auch nochmal sehr schön erläutert in Ihrer Stellungnahme zu den materiellen Voraussetzungen des Familiennachzugs für nahestehende Personen, beispielsweise die praktischen Probleme bei der Beibringung von Dokumenten. Vielleicht auch nochmal aus der Praxis. Vielen Dank.

Vors. **Andrea Lindholz** (CDU/CSU): Dann kommen wir zur Beantwortungsrunde und fangen mit dem Alphabet nochmal von vorne an mit Frau Dr. Buchholtz.

SV **Dr. Gabriele Margarete Buchholtz** (Bucerius Law School): Ja, vielen Dank. Ich komme zunächst zu der Frage, was für die Streichung des § 11 Absatz 14 Satz 2 spricht. Hier vielleicht nochmal zusammenfassend, was für die Streichung dieser Norm spricht, wonach Personen, die objektiv ein Aufenthaltsrecht haben, von Leistungen ausgeschlossen werden, wenn es tatsächlich darauf ankommt, dass sie einen Aufenthaltstitel haben müssen. Das widerspricht der bisherigen Rechtsprechung des Bundessozialgerichts, also der höchstgerichtlichen Judikatur. Und insbesondere sind von dieser Regelung vulnerable Gruppen betroffen, die Kollegin Schulze-Rautenberg hat ja ausgeführt, in welche prekäre Lage die Personen geraten können. Wenn man jetzt sagt, dass hier die Personen ja vorher einen Aufenthaltstitel bei den Ausländerbehörden beantragen können, dann wird damit die Verwaltungspraxis ignoriert, wonach sich die Behörden doch sehr schwer tun, entsprechenden Personen einen Aufenthaltstitel zu erteilen und gerade daraus kann ja diese prekäre Lage erwachsen, so dass die Personen dann ohne Sozialleistungen dastehen.

Zur zweiten Frage, die Sie gestellt haben: Ist zu erwarten, dass umfangreich vom § 3a Gebrauch gemacht wird? Dazu zwei Aspekte, einmal ist zu sehen, dass die Tatbestandsvoraussetzungen dieser Norm sehr konkret gefasst sind und im Übrigen auch ein Verweis auf § 5 Absatz 1 und 2 des Aufenthaltsgesetzes über § 11 Absatz 5 des Entwurfes gemacht wird. Demnach sind es sehr konkrete, zum Teil auch sehr strenge Tatbestandsvoraussetzungen. Insofern ist nicht zu erwarten, dass hier massenweise von der Vorschrift Gebrauch gemacht wird. Im Übrigen hat die Bundesregierung in ihrem Entwurf auch Zahlen genannt und hier um die 800 Personen pro Jahr benannt. Insofern kann ich Ihre Frage verneinen, von einem umfangreichen Ge-

brauchmachen dieser Vorschrift ist nicht auszugehen.

Vors. **Andrea Lindholz** (CDU/CSU): Vielen Dank. Dann Frau Bugaj-Wolfram.

SV **Natalia Bugaj-Wolfram** (Der Paritätische Gesamtverband): Die Folgen der Streichung der fiktiven Prüfung möchte ich tatsächlich nochmal gerne anhand der Beispiele erläutern – das Allgemeine wurde ja schon mehrmals gesagt. Vielleicht noch ganz kurz: Wie ist die rechtliche Situation dieser Personen, um die es hier geht? Das sind zum einen Personen, die in den meisten Fällen eine Freizügigkeitsberechtigung haben, und zwar aufgrund von Arbeitssuche. Das ist ja in den ersten sechs Monaten ein materielles Freizügigkeitsrecht. Und zum anderen sind es Personen, die einen objektiven und nachvollziehbaren Grund erfüllen, eine Aufenthaltsgenehmigung nach dem Aufenthaltsgesetz zu bekommen. Und dabei handelt es sich in der Regel – wie schon meine Vorrednerin, Frau Dr. Buchholtz, erwähnt hat – um besonders schutzbedürftige Personen, wie Schwangere und Familien. Meistens sind das unverheiratete Eltern mit gemeinsamen Kindern in prekären Lebenslagen oder auch – wie bereits gesagt wurde – Opfer von Menschenhandel. Denn gerade diese Personen verfügen über einen solchen Aufenthaltsgrund, eine Aufenthaltserlaubnis nach dem Aufenthaltsrecht zu bekommen. Und auch gerade für diese Personen ist eine zeitnahe Gewährleistung eines Existenzminimums unverzichtbar. Ein Fallbeispiel habe ich bereits genannt, von der schwangeren Frau. Ein anderes Beispiel, das anschaulich macht, wie die Auswirkungen der Einführung der neuen Regelung sein könnten, ist eine weitere Familienkonstellation: Ein Fall einer nichterwerbstätigen rumänischen Frau. Sie lebt zusammen mit ihrem ebenfalls rumänischen Lebensgefährten. Beide leben in Deutschland, sind ein Paar, sind aber nicht verheiratet, haben zwei gemeinsame Kinder im Kita- und Grundschulalter. Der Mann arbeitet als Berufskraftfahrer, verdient aber nicht genug, um den Lebensunterhalt der Familie zu gewährleisten. Er hat ein Recht auf ergänzende Sozialleistungen als Arbeitnehmer und bekommt die auch. Auch seine Kinder bekommen sie. Es stellt sich die Frage, ob auch die Mutter Leistungen bekommen könnte. Der Fall ist relativ aktuell, er kommt aus Hessen. Der Antrag der Frau auf Leistungen wurde von der Sozialbehörde abgelehnt. Es wurde geklagt vor dem Sozialgericht. Das



Landesozialgericht Hessen lehnte den Eilantrag gegen die Leistungsverweigerung ebenso ab, wogegen die Familie eine Verfassungsbeschwerde eingelegt. Daraufhin hat das Bundesverfassungsgericht entschieden, dass aufgrund des grundgesetzlichen Schutzes der Familie bei der Mutter durchaus ein fiktiver Anspruch auf die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach dem Aufenthaltsgesetz bestehen könnte, weil sie Mutter von deutschen Kindern ist. Danach hat das Landesozialgericht Hessen die Entscheidung korrigiert und im einstweiligen Rechtsschutz die Leistungsgewährung angeordnet. Was würde passieren, wenn das nicht der Fall wäre? Dann müsste die Mutter entweder schleunigst selber für ihren Lebensunterhalt sorgen, also arbeiten. Das wäre ja nicht unmöglich, weil die Kinder schon in dem Alter sind, in dem sie betreut werden können, aber es wäre auch nicht einfach. Es ist anzunehmen, dass die Mutter kein Deutsch spricht. Und wenn sie keinen Zugang zu den Leistungen nach dem SGB II hätte, hätte sie auch keinen Zugang zu Integrationskursen. Da wäre vermutlich nur eine prekäre Beschäftigung im Niedriglohnssektor möglich. Und diese sind meistens nicht besonders familienfreundlich. Wir kennen aus der Beratungspraxis im Paritätischen wirklich viele Fälle von EU-Bürger*innen, die aufgrund des fehlenden Zugangs zu Leistungen nach dem SGB II und somit auch fehlenden Zugangs zu Integrationskursen ganz schnell in prekären, ausbeuterischen, nicht angemeldeten Arbeitsverhältnissen stecken oder in solche geraten. Die andere Möglichkeit wäre die Ausreise der Mutter und somit auch die Trennung der Familie.

Ein anderes Fallbeispiel, auch ganz aktuell und uns tatsächlich direkt aus der Beratungspraxis bekannt, ist auch eine Familienkonstellation: Die Frau ist tschechische Staatsbürgerin. Sie hat ein Kind aus einer früheren Beziehung, welches die deutsche Staatsangehörigkeit besitzt, und darüber hinaus zwei weitere Kinder aus der aktuellen Beziehung mit einem marokkanischen Staatsbürger, mit dem sie zusammenlebt. Die beiden sind nicht verheiratet. Die Frau besitzt ein Aufenthaltsrecht als Mutter eines deutschen Kindes und hat somit Anspruch auf Leistungen nach dem SGB II, die sie auch bekommt. Der Mann hat gearbeitet und hat seinen Lebensunterhalt selbstständig gesichert. Aktuell, wegen der Corona-Krise, hat er seine Arbeitsstelle verloren. Ein Mitarbeiter einer Beratungsstelle aus

Niedersachsen hat dieses Beispiel an uns herangetragen mit der Frage, ob der Vater jetzt auch existenzsichernde Leistungen bekommen könnte, damit die Familie zusammenbleiben kann. Nach unserer Auffassung wäre das auch so ein Fall, in dem nach der aktuellen Gesetzeslage und auch im Hinblick auf die aktuelle Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts eine solche fiktive Prüfung durch die Sozialbehörde durchgeführt werden müsste. Wenigstens müsste geprüft werden, ob tatsächlich eine Aufenthaltserlaubnis besteht, auch wenn diese von der Ausländerbehörde noch nicht ausgestellt wurde.

Zum Schluss noch weitere Personengruppen. Frau Jelpke, Sie haben gefragt nach den Personengruppen, die das sein können. Über die nicht-verheiratete Eltern von gemeinsamen Kinder hinaus, könnten das auch Eltern sein, die weder verheiratet sind noch zusammenleben. Da würde es auch darum gehen: Auch wenn die Eltern kein Paar sind, sollen beide Eltern für das Kind vor Ort sein. Die andere Gruppe, die uns bekannt ist, sind Pflegekinder von nicht erwerbstätigen EU-Bürgern. Dann Menschen mit schweren Erkrankungen, die nicht ausreisen können und – wie Frau Schulze-Rautenberg schon erwähnt hat – Opfer von Menschenhandel. Da gab es tatsächlich einen Fall von einer bulgarischen Staatsangehörigen, die zur Prostitution gezwungen wurde und nach der Geburt ihres Kindes im Frauenhaus Zuflucht gesucht hat. Und dann hat das Landesozialgericht entschieden, dass sie aufgrund ihrer Traumatisierung die Voraussetzung für die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach dem § 25 Absatz 4 des Aufenthaltsgesetzes erfüllt.

Zu der zweiten Frage, warum diese betroffenen Personen keine andere Möglichkeit haben, Leistungen zu beziehen. Zum einen handelt es sich tatsächlich meistens um Personen mit einem Aufenthaltsrecht beziehungsweise Freizügigkeitsrecht nur zur Arbeitssuche. Und diese Personen unterliegen dem gesetzlichen Ausschluss sowohl von Leistungen des SGB II als auch des SGB XII. Statt der regulären Leistungen zum Lebensunterhalt dürfen einmalig innerhalb von zwei Jahren lediglich sogenannte Überbrückungsleistungen vom Sozialamt erbracht werden. Bei diesen Leistungen handelt es sich aber nur um Leistungen, die für kurze Zeit und nur bis zur Ausreise für eine zeitlich befristete Bedarfslage erbracht werden dürfen. Bei den geschilderten Fallbeispielen und Fallkonstellationen handelt es sich



ganz eindeutig nicht um eine befristete Bedarfslage. Und auch eine Ausreise steht nicht an und ist von diesen Personen auch nicht geplant. Also somit dürften, wenn man den Wortlaut des Gesetzes betrachtet, diese Leistungen gar nicht erteilt werden. Und auch wenn sie erteilt werden würden, dann sind das Leistungen, die nicht auf eine Perspektive ausgerichtet sind. Die liegen unter dem Regelbedarf und bieten überhaupt keine Perspektiven für Integration und Teilhabe.

Jetzt zu dem Argument von Herrn Professor Thym, warum es nicht plausibel wäre, einfach bei der Ausländerbehörde eine Aufenthaltsgenehmigung zu beantragen. Rein theoretisch und rechtlich mag dieses Argument plausibel erscheinen, aber aus der Praxis des Paritätischen wissen wir, dass die Ausländerbehörden solche Aufenthaltserlaubnisse nicht erteilen würden, weil sie deren Notwendigkeit gar nicht erkennen würden. Sie würden argumentieren, da liegt doch Freizügigkeit vor und eine Verlustfeststellung der Freizügigkeit ist auch nicht geplant. Also warum soll dann eine Aufenthaltserlaubnis erteilt werden? Der Vorrang des Freizügigkeitsrechts wird von den Ausländerbehörden eingesehen und so wird auch gehandelt. Darüber hinaus würde das auch – wie auch schon erwähnt – mit großen bürokratischen Hürden zusammenhängen. Das würde für diese besonders schutzbedürftigen Personen den Zeitpunkt, bis die Leistungen tatsächlich gewährt werden, sehr verzögern. Und die sozialrechtlichen Folgen der Besserstellung des Freizügigkeitsgesetzes werden in dem Fall von der Ausländerbehörde auch nicht berücksichtigt. Ergänzend möchte ich noch hinzufügen, dass nach einer möglichen Streichung der fiktiven Prüfung – also wenn dieses Gesetz tatsächlich so verabschiedet wird –, wenn die Aufenthaltserlaubnis nicht ausgestellt wird, die Personen hinsichtlich der Existenzsicherung sogar besser gestellt wären, wenn eine Verlustfeststellung des Freizügigkeitsrechts vorliegen würde, weil sie dann wenigstens die Leistungen nach dem Asylbewerberleistungsgesetz erhalten würden. Wenn das nicht der Fall sein soll, erhalten sie gar nichts und leben unter dem menschenwürdigen Existenzminimum. Vielen Dank.

Vors. **Andrea Lindholz** (CDU/CSU): Frau Gerhard, bitte.

SV Swenja Gerhard (Verband binationaler Familien und Partnerschaften): Ich gehe zunächst auf

die Personengruppe der nahestehenden Personen ein. In der praktischen Arbeit zeigt sich ganz schnell, um wen es dabei eigentlich geht. Nachgefragt wird von Paaren oder Familien der Nachzug von wirklich sehr nahestehenden Familienangehörigen, die entweder pflegebedürftig und schwer krank sind oder mit denen das Paar, die Familie oder der Einzelne schon lange Zeit zusammengelebt hat. Es besteht insofern auch ein besonderes Näheverhältnis von vornherein, weil diesen Familienmitgliedern – so, wie wir es in der praktischen Arbeit erfahren – auch immer schon finanzielle Unterhaltsleistungen erbracht werden. Also, es gibt hier eine sehr enge Verzahnung, ein sehr enges Familienleben, das natürlich das in Deutschland oder Europa noch vorhandene Bild der Kernfamilie auflöst. Es wird in einem weiteren Kreis, eben mit Onkel und Tante, Geschwistern, Nichte und Neffe, gedacht. Und sind diese Familienangehörigen in Not, ob in finanzieller Not, oder man hat mit ihnen zusammengelebt und sie sind krank, dann wird geholfen. Aber – das ist auch ganz deutlich – diese Verpflichtung gehen die uns bekannten Ratsuchenden tatsächlich nur ein, wenn ein absolutes Näheverhältnis besteht. Das ist mir ganz wichtig nochmal zu betonen. Da werden keine Verpflichtungen eingegangen für einen weiten Kreis von Personen, der unabsehbar ist.

Wenn Sie mich fragen nach Lücken, dann ist das ja die Frage: Ist aus meiner Sicht nun die Unionsbürgerrichtlinie dann vollständig umgesetzt? Darauf muss ich antworten: Ich sehe hier einen wichtigen und richtigen Schritt mit dem vorliegenden Gesetzesentwurf, sehe aber einfach den Nachbesserungsbedarf an den Stellen der restriktiven Fassung der Regelung und auch – das möchte ich an dieser Stelle hinzufügen – in der Frage, wie, beispielsweise das Aufenthaltsrecht von Pflegekindern nach Erreichung ihrer Volljährigkeit weiter zu gestalten ist. Ist für mich eine offene Frage. Was ist, wenn sich langjährige Lebensgefährten trennen nach einer zehnjährigen Lebensgemeinschaft hier in Deutschland? Wie soll das rechtlich befasst werden? Ist offen.

Die zweite Frage betraf unsere Erfahrungen aus der Beratungsarbeit bei der Beschaffung von notwendigen Dokumenten und Nachweisen. Wir betreuen eine Vielzahl von Ratsuchenden, die Dokumente aus ihrem Herkunftsstaat benötigen, ob für die Ehe-



schließung, für die Geburtsbeurkundung eines Kindes, ob für eine Scheidung, ob für die Einbürgerung. Daher wissen wir auch – wie alle anderen im Prinzip das auch wissen –, dass die meisten Länder ein unsicheres Urkundswesen haben und es einer besonderen Überprüfung der ausländischen Dokumente bedarf, damit sie in Deutschland überhaupt eine Glaubwürdigkeit besitzen können. Wenn es also jetzt darum geht, eine Bescheinigung vorzulegen, die eine häusliche Gemeinschaft dokumentieren kann und schon eine Urkunde oder ein Melderegisterauszug nicht möglich ist, weil das Land kein zentrales Melderegister oder eine Meldepflicht hat, dann muss ich mich fragen, wer kann denn das bescheinigen? Ein Vermieter? Welche Glaubwürdigkeit soll denn einem Vermieter zukommen, wenn noch nicht mal eine staatliche Urkunde hier anerkannt ist?

Vors. **Andrea Lindholz** (CDU/CSU): Vielen herzlichen Dank. Dann Herr Professor Kluth.

SV **Prof. Dr. Winfried Kluth** (Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg, Halle): Herzlichen Dank. Es freut mich zunächst, dass der Gesetzgeber schon so intensiv an die Umsetzung seiner Regelungen denkt. Und das, was meine Vorrednerin gerade gesagt hat, ist mir auch sehr geläufig, wenn es um Berufsqualifikationen geht, weil wir auch dort entsprechende Probleme haben. Sie haben jetzt dieses Tatbestandsmerkmal bescheinigt und auch auf die englische Fassung hingewiesen. Und in der Tat scheint mir die von Ihnen vorgeschlagene Alternativformulierung ordnungsgemäß nachgewiesen und gerade im Hinblick auf die doch sehr formale Denkweise deutscher Behörden erwägenswert und auch begrüßenswert. Insofern denke ich, kann von den Rechtsanwendern, wenn man das jetzt aus diesem Blickwinkel reflektiert, mit „ordnungsgemäß bescheinigt“ auch eine sehr starke formalisierte Betrachtungsweise im Sinne von Urkunden verstanden werden, sodass ich dem Vorschlag, den sie ja latent unterbreitet haben, das entsprechend anzupassen, zustimmen würde.

Vielleicht noch eine kurze Fußnote zu der vorherigen Debatte, was den Zugang zu Aufenthaltstiteln auch für Opfer von Menschenhandel angeht. Ich denke, hier muss man immer auch das Günstigkeitsprinzip beachten, das im Freizügigkeitsgesetz EU vorgesehen ist. Die Tatsache, dass man Unionsbürger ist, verschließt nicht automatisch den Zugang zu Aufenthaltstiteln. Und das ist vielleicht

dann eine Lernpraxis der Ausländerbehörden. Wir haben ja auch Rechtsprechung, die deutlich macht: Das Verhältnis zwischen Freizügigkeitsgesetz EU und Aufenthaltsgesetz ist nicht im Sinne eines entweder/oder zu verstehen. Das heißt, es besteht hier durchaus die Möglichkeit, dass auch günstigere oder auch günstige Aufenthaltstitel, die entsprechende Rechtssicherheit dann bringen, erlangt werden können. Und vielleicht sollte man darauf setzen, dass die Rechtsprechung das den Behörden nochmal deutlich macht. Soweit meine Antwort.

Vors. **Andrea Lindholz** (CDU/CSU): Vielen Dank. Dann Frau Schulze-Rautenberg, bitte.

SV **Bianca Schulze-Rautenberg** (KOK – Bundesweiter Koordinierungskreis gegen Menschenhandel e. V.): Vielen Dank für die Frage. Zunächst einmal zu der Bedeutung der inzwischen viel zitierten Entscheidungen für die Praxis. Und zwar möchte ich da aus der Sicht der Fachberatungsstellen sprechen. Der KOK vereinigt ja inzwischen 37 Fachberatungsstellen. Und für diese Fachberatungsstellen ist es wichtig, dass die mit diesen Entscheidungen gegenüber dem Jobcenter argumentieren können, wenn sie Betroffenen von Menschenhandel dabei helfen und sie dabei unterstützen, Sozialleistungen zu beantragen und dann ggf. die Leistung zu erhalten. Deswegen sind sie so wichtig für die Praxis.

Dann zu den Fallzahlen. Das ist schwierig zu sagen, da es eben keine zentralen Berichterstattungsstellen für Menschenhandel gibt. Deswegen können wir keine konkreten Fallzahlen nennen, aber die Thematik wird immer wieder an uns herangetragen, auch schon seit mehreren Jahren. Und in letzter Zeit kamen da zwei Fälle aus Bremen und Hamburg dazu.

Vors. **Andrea Lindholz** (CDU/CSU): Ja, vielen Dank. Und dann noch Herr Professor Thym.

SV **Prof. Dr. Daniel Thym** (Universität Konstanz): Vielen Dank, ich hatte vier Fragen und ich beginne mit Herrn Seif. Wir haben im Aufenthaltsrecht häufiger Regeln, vor allem im Ausweisungsrecht, wo eine umfassende Güterabwägung das Ermessen ersetzt. Ich lerne in der Erfahrung nicht zuletzt mit Studierenden, dass es ihnen sehr schwerfällt, wenn sie viele Tatbestandsmerkmale geprüft und eine Güterabwägung durchgeführt haben, dann noch zu sagen, wo Raum für Ermessen sein soll. Dass es dieses geben soll, ist allerdings der Wille des Ge-



setzgebers und deswegen hatte ich in der schriftlichen Stellungnahme ganz pragmatisch den Vorschlag unterbreitet, dass man das Wort „Entscheidung“ im § 3a Absatz 2 durch „Ermessensentscheidung“ ersetzt. Einfach, um nochmal deutlich zu machen, dass weitere Kriterien berücksichtigt werden können. Das ist streng genommen dogmatisch nicht notwendig, weil das Wort „kann“ in Absatz 1 steht, aber gerade auch deswegen, weil die Gesetze so lang werden, kann man wichtige Punkte an den entscheidenden Stellen vielleicht nochmal hervorheben.

Eine zweite Frage erhielt ich von Herrn Wirth zur Bestimmtheit von § 1 Nr. 4 Buchstabe c. Der Vorteil von digitalen Anhörungen ist, dass man nebenbei Bundesverfassungsgerichtsentscheidungen aufrufen kann. Und dort heißt es exemplarisch zum Bestimmtheitsgrundsatz: „Der Normgeber darf grundsätzlich auch auf unbestimmte Rechtsbegriffe zurückgreifen, wenn die Kennzeichnung der Normatbestände mit beschreibenden Merkmalen nicht möglich ist.“ Es muss dann allerdings aus dem Kontext ersichtlich sein, um was es sich handelt. Genau so eine Konstellation haben wir hier. Es liegt im Wesen von Lebensgefährten – früher hat man das „wilde Ehe“ genannt –, dass nichts formalisiert ist und es deswegen schwerfällt, formalisierte Kriterien anzuwenden. Hier ist also eine Situation gegeben, wo der Gesetzgeber vergleichsweise eindeutig einen unbestimmten Rechtsbegriff verwenden darf. Ganz einfach deswegen, weil der Lebenssachverhalt, den er regelt, eine gewisse Fluidität und Unbestimmtheit besitzt. Ich hatte nebenbei andere Sprachfassungen geprüft, unter anderem die französische. Speziell der EuGH verhandelt ja intern auf Französisch. Dort wird das bestätigt, was Herr Seif unter Verweis auf die englische Sprachfassung gesagt hat – „dûment attesté“. Die deutsche Übersetzung mit „bescheinigt“ ist missverständlich, schon in der Richtlinie. Das muss man auf der nationalen Ebene nicht wiederholen, weil das dann von Behörden missverstanden werden könnte.

Als nächste Frage würde ich die von Herrn Castellucci beantworten und das passt inhaltlich eigentlich ganz gut, weil Verwechslungsgefahr auch bei dem Begriff der Familienangehörigen ein wichtiger Aspekt ist. Im normalen Aufenthaltsrecht, auch im deutschen Zivilrecht, ist es so, dass die Personen, die in § 3a genannt sind und die dort mit „nahestehende Personen“ beschrieben werden, natürlich

zur Familie im weiteren Sinn gehören. Die Situation ist jetzt nur folgende: Es gibt schon in der Richtlinie zwei unterschiedliche Regimes. Einmal für die Familie im engeren Sinn, die nicht nur die Kernfamilie umfasst und die ein sehr privilegiertes Nachzugsrecht hat, und die sonstigen Personen. Schon die Richtlinie verwendet hier andere Begriffe und spricht in Artikel 3 Absatz 2 nicht von „Familie“, sondern von „Personen“. Das kann man jetzt auf nationaler Ebene anders machen und einheitlich von „Familie“ sprechen. Man muss nicht die Begrifflichkeiten der Richtlinie übernehmen, aber ich fand es umgekehrt eigentlich gut, dass man bewusst, anders als im Aufenthaltsgesetz, nicht den Familienbegriff verwendet, ganz einfach, weil sonst eine Verwechslungsgefahr besteht. Dann kommt man sehr schnell durcheinander. Aber das ist ein rein redaktionelles oder Gesetzesklarheitsargument. Damit geht natürlich in keiner Weise einher, dass die Personen nicht Familie im familienrechtlichen Sinn sind, sondern es würde einfach nur der Klarheit dienen, dass man von nahestehenden Personen spricht. Deswegen fand ich das aus einer pragmatischen Sicht heraus sinnvoll.

Ich hatte noch eine zweite Frage von Herrn Wirth, ob es nicht sinnvoll wäre, zu trennen, indem man die Brexit- und ggf. auch familienbezogenen Regelungen jetzt und alles anderes nachgelagert regelt. Das kann man sicherlich machen, wobei ich in der Sache, auch in Abweichung von Winfried Kluth durchaus zielführend finde, den Status der Alt-Briten, anders als den Status der Neu-Briten, im Freizügigkeitsgesetz zu regeln. Warum? Weil deren Rechtsstellung freizügigkeitsähnlich ausgestaltet ist, sodass es hier reinpasst. Speziell in einem Punkt könnte ich mir aber tatsächlich vorstellen, dass man auch vor dem Hintergrund dessen, was heute gesagt und was schriftlich dargelegt wurde, noch einmal nachdenkt. Und zwar bei § 11 Absatz 14 Satz 2. Ich bin felsenfest davon überzeugt, dass das, was der Gesetzgeber vorschlägt, in der Sache richtig ist, aber mir wurde selber bewusst – auch bei der Lektüre der anderen Stellungnahmen und beim Nachdenken am Wochenende – dass wir jenseits der Dogmatik, wo alles richtig und überzeugend ist, ein praktisches Problem haben. Und zwar in doppelter Hinsicht. Das erste Problem hat Frau Schulze-Rautenberg gerade erwähnt: Dass die Ausländerbehörden den Regelungsbedarf von sich heraus nicht unbedingt sehen. Und das zweite



Problem zeigt sich in der Praxis der Gerichte. Häufig steht anfangs nicht fest, dass Personen nicht freizügigkeitsberechtigt sind, sondern es wird ein Sozialhilfesantrag gestellt und dann stellt sich die Frage, liegt eine Freizügigkeitsberechtigung vor? Hier müssen die Gerichte inzident prüfen. In diesen Fällen lag es aus der Logik der Gerichtsentscheidungen in der Tat nahe – wie ich finde, fälschlicherweise –, auch noch das Aufenthaltsrecht inzident zu prüfen. Vielleicht wäre es eine zielführende Sache darüber nochmals nachzudenken, um jenseits irgendwelcher informeller Arrangements zwischen Sozialgerichten und Ausländerbehörden das Verfahren irgendwie zu formalisieren, damit die Ausländerbehörden aufgrund eines Hinweises einer Sozialbehörde oder eines Gerichts die Notwendigkeit sehen, tätig zu werden. Hierdurch könnte man Rechtssicherheit gewährleisten, weil – das hatte ich mündlich schon gesagt – es pragmatisch helfen mag, den Leuten Sozialleistungen zu geben aus Sicht der Beratungsinstitutionen. Aber das Grundproblem besteht darin, dass sich die Menschen materiell höchstwahrscheinlich rechtswidrig aufhalten – also höchstwahrscheinlich, weil ja alles nur fiktiv geprüft wird, und das Freizügigkeitsrecht auch nur inzident. Wenn man erreichte, dass ein Aufenthaltstitel geprüft und – wenn er berechtigt ist – auch erteilt wird, dann würde man Rechtssicherheit schaffen und das wäre etwas, was man in der Tat ausgliedern könnte. Und bei der Gelegenheit könnte sich der Bundestag auch die Frage stellen, ob er es eigentlich richtig findet, dass in einigen Bereichen des Sozialrechts, speziell beim Eltern- und Kindergeld, auch bei einer fehlenden Freizügigkeitsberechtigung unter Verweis auf den angeblichen Willen des nationalen Gesetzgebers doch Sozialleistungen bezahlt werden.

Vors. **Andrea Lindholz** (CDU/CSU): Herr Professor Thym, vielen Dank. Wir haben die Möglichkeit, noch eine zweite Fragerunde einzuleiten, was ich hiermit auch tun möchte. Ich hätte jetzt noch eine kurze Rückfrage. Herr Professor Thym, Sie sind zum Schluss dankenswerterweise auf den § 11 Absatz 14 Satz 2 eingegangen. Würde sich aus dem, was Sie gerade gesagt haben, ergeben, dass man nochmal eine Änderung im Gesetz vornehmen müsste oder eine Klarstellung an anderer Stelle oder eine Anweisung an die Behörden, wie sie zu verfahren haben in bestimmten Fällen?

SV **Prof. Dr. Daniel Thym** (Universität Konstanz): Ich bin kein Prozessrechtsexperte, deswegen habe ich auch meine Überlegungen sehr vage formuliert. Ich habe also kein ausformuliertes Modell parat, aber mein Gedanke war, dass man die Zusammenarbeit nicht nur informell regelt – eine Aufenthaltserlaubnis kann man ja schon beantragen –, sondern irgendwie formalisiert. Wie man das macht – das zu sagen, bin ich nicht die richtige Person, denn ich kenne mich zwar im Migrationsrecht ganz gut aus – würde ich behaupten. Im Sozialprozessrecht jedoch habe ich nur begrenzte Kenntnisse. Man müsste wahrscheinlich intensiv mit Vertretern der Praxis sprechen, wie man das Verfahren so ausgestaltet, damit es zielführend ist.

Vors. **Andrea Lindholz** (CDU/CSU): Also die Plausibilität zwischen, es mag zwar alles rechtlich an Ansprüchen bestehen, aber es wird in der Praxis nicht entsprechend angewendet, die ist Ihnen nach Lesen der Stellungnahmen, auch das, was der Paritätische in seinen Beispielfällen hat, nachvollziehbar. Das fand ich jetzt auch nochmal wichtig. Herr Seif.

Abg. **Detlef Seif** (CDU/CSU): Ich habe schon für einige Vorschriften mehr Begeisterung vernommen, als jetzt für § 11 Absatz 14 Satz 2 – die fiktive Prüfung. Ich denke mal, das ist fast bei allen Sachverständigen ausdrücklich oder zumindest schlüssig dargetan worden, dass das an dieser Stelle wahrscheinlich nicht die richtige Regelung ist. Allerdings muss ich sagen, wir haben natürlich eine Rechtsprechung, die sich entwickelt hat, die das Ermessen der Ausländerbehörden in die Gerichte verlagert hat. Es geht zwar nicht um den Aufenthaltsstatus, aber das ist eine wichtige Vorfrage.

BE Abg. **Filiz Polat** (BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN): Das liegt an der schlechten Gesetzgebung.

Abg. **Detlef Seif** (CDU/CSU): Und ich gebe insbesondere dem Herrn Thym Recht und ich gebe auch den anderen Sachverständigen Recht: Die Praxis sieht es anders. Die Ausländerbehörde wird sagen: Warum soll ich über einen Antrag entscheiden, wenn derjenige bereits hier vor Ort bleiben darf? Es gibt gar kein Bedürfnis, jetzt nochmal über das Aufenthaltsrecht zu entscheiden. Dann stellt sich aber die Frage, ob wir nicht ein Institut einrichten. Das ist dann aber weniger innenpolitisch, ich denke mal, da sind die Sozialpolitiker gefragt. Und die müssten dann im Detail prüfen, in welcher Form



das in das Sozialrecht eingebaut wird, zum Beispiel, mein Vorschlag – und das ist dann die Frage an den Professor Thym und an die Frau Bugaj-Wolfram – durch die Möglichkeit, die man ausdrücklich ins Gesetz aufnimmt: Vorabentscheidung, Vorfrage an die Ausländerbehörde. Und dann weiß die auch, dass sie etwas zu entscheiden hat.

Vors. **Andrea Lindholz** (CDU/CSU): Herr Seif, vielen Dank. Dann kommen wir zur SPD, Frau Lehmann.

Abg. **Sylvia Lehmann** (SPD): Vielen Dank, Frau Vorsitzende. Ich hätte nochmal eine Frage an Frau Bugaj-Wolfram und an Frau Schulze-Rautenberg. Sie haben ja in Ihren Stellungnahmen schon beschrieben, wie schwierig es aufgrund der unklaren Rechtslage für Unionsbürger*innen jetzt schon ist, gerade auch solche, die von Menschenhandel betroffen sind, Sozialleistungen zu beziehen. Und meine Frage an der Stelle ist: Was könnten Sie uns denn vorschlagen, wo wir möglicherweise eine klarere Rechtsformulierung vornehmen sollten, könnten und müssten?

Vors. **Andrea Lindholz** (CDU/CSU): Dann die FDP, Frau Bubendorfer-Licht, bitte.

Abg. **Sandra Bubendorfer-Licht** (FDP): Frau Dr. Buchholtz, ich hätte an Sie eine Frage gerichtet in Richtung Großbritannien. Inwieweit geht der deutsche Gesetzgeber im Vertrauen auf einen geregelten Brexit gegenüber britischen Staatsbürgern bereits in Vorleistung? Danke.

Vors. **Andrea Lindholz** (CDU/CSU): Vielen Dank, Frau Jelpke, bitte.

BE Abg. **Ulla Jelpke** (DIE LINKE.): Meine beiden letzten Fragen gehen noch einmal an Frau Bugaj-Wolfram. Und zwar würde ich gerne wissen, mit welchen Problemen die Beratungsstellen Ihres Verbandes bezüglich der Existenzsicherung von Unionsbürgerinnen und -bürgern in der Praxis konfrontiert sind. Und die zweite Frage: Wie bewerten Sie die geplanten Änderungen für die Aufenthaltsrechte für nahestehende Personen, also von Unionsbürgerinnen und -bürgern. Und welchen Änderungsbedarf beziehungsweise Korrekturbedarf sehen Sie hier?

Vors. **Andrea Lindholz** (CDU/CSU): Dann kommen wir noch zu Frau Polat.

BE Abg. **Filiz Polat** (BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN): Meine Fragen gehen an Frau Dr. Buchholtz und an Frau Gerhard. Frau Gerhard hat in ihrer Stellungnahme ja nochmal auf die restriktiven materiellen Voraussetzungen verwiesen und unter anderem vorgeschlagen, Ausnahmen vorzusehen in § 3a Absatz 1 c. Da geht es um die Lebensunterhaltssicherung. Können Sie, Frau Gerhard, das noch einmal vertiefend darstellen, hier auch aus der praktischen Beratungspraxis oder der Sicht der Familien, die Sie beraten? Sie sind Ihrer Stellungnahme vor allem auf die Situation schwerwiegend Erkrankter und Pflegebedürftiger eingegangen und unter anderem auf die Thematik der Krankenversicherung. Das hat Frau Buchholtz ja auch gestreift. Frau Dr. Buchholtz, an Sie die Frage: In Ihrer Stellungnahme würdigen Sie § 11 Absatz 14 verfassungsrechtlich. Unter anderem sprechen Sie auch von einem Auffangnetz. Können Sie dazu auch noch etwas sagen?

Vors. **Andrea Lindholz** (CDU/CSU): Vielleicht könnte uns Herr Professor Kluth auch nochmal die Einschätzung zu dem § 11 Absatz 4 Satz 2 geben. Ich glaube, Sie hatten es vorhin nur ganz kurz angerissen. Können Sie das nach diesen Beispielfällen, die gerade der Verband der Paritätischen vorhin geschildert hat, aus Ihrer Sicht auch nachvollziehen, dass sie gar keine Notwendigkeit mehr sehen, in die Prüfung für einen Aufenthaltstitel einzusteigen?

Dann beginnen wir mit Herrn Professor Thym.

SV **Prof. Dr. Daniel Thym** (Universität Konstanz): Zur Frage von Herrn Seif kann ich eigentlich nur nochmal bekräftigen, was ich vorhin auf die Nachfrage von Ihnen, Frau Lindholz, gesagt hatte. Was ich heute mündlich angedacht hatte, nämlich dass man gerade auch mit Blick auf die praktischen Probleme versucht, das institutionell in geordnete Bahnen zu lenken, war in der Tat übrigens über die schriftliche Stellungnahme hinausgehend. Und dabei könnte man sich die Frage stellen, inwieweit man auch für den Normalfall der nicht freizügigkeitsberechtigten Unionsbürger darüber nachdenkt, ob ein praktisch-plausibler Weg besteht, wie man die jetzt bestehende Rechtsunsicherheit beheben kann. Aber das ist jetzt wirklich eine Frage, inwieweit man das nicht nur für diejenigen Unionsbürger macht, die auf das Aufenthaltsrecht zurückfallen, was ja in der Tat nur sehr spezielle Fallkonstellationen sind.



Vors. **Andrea Lindholz** (CDU/CSU): Dann Frau Schulze-Rautenberg.

SV Bianca Schulze-Rautenberg (KOK – Bundesweiter Koordinierungskreis gegen Menschenhandel e. V.): Wie jetzt vielleicht schon aufgefallen ist, ist das Problem, Sozialleistungen zu beantragen, vielschichtiger als das, was jetzt hier besprochen wurde. Die fiktive Prüfung ist zuträglich für die Menschen, aber löst das Problem auch nicht. Deswegen kann man insgesamt sagen, dass es auch zwischen den Jobcentern und zwischen den Bundesländern keine einheitliche Lösung gibt. Und daran zu arbeiten, eine einheitliche Lösung zwischen den Bundesländern zu schaffen, würde bestimmt helfen. Es gibt eine Weisung zum Thema Menschenhandel von der Bundesagentur für Arbeit. Nicht alle Jobcenter sind weisungsgebunden gegenüber der Bundesagentur für Arbeit. Es müsste auch geändert werden, dass auch kommunale Träger Weisung geben, die einheitlich ist mit der anderen Weisung. Und dabei ist auch wichtig, dass diese Weisung verständlicher ausgeführt wird und dass in dieser Weisung auch die Rechte der Betroffenen von Menschenhandel im Zentrum stehen. Was auch wichtig ist, ist, dass die Stellung von den Fachberatungsstellen verbessert wird und dass auch auf deren Aussage mehr vertraut werden kann. Das sind so die Punkte, an die man sich halten kann, wenn man die Situation von den Betroffenen von Menschenhandel im Zuge von Sozialleistungen verbessern möchte.

Vors. **Andrea Lindholz** (CDU/CSU): Vielen herzlichen Dank. Dann Herr Professor Kluth.

SV Prof. Dr. Winfried Kluth (Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg, Halle): Vielen Dank. Verfahrensrechtlich betrachtet gibt es natürlich zahlreiche Möglichkeiten, diese zwei Linien sozialrechtliche Entscheidung und aufenthaltsrechtliche Entscheidung zusammenzuführen. Das große Kaliber wäre eine Konzentrationswirkung – was aber in der Praxis nicht funktioniert. In der Praxis gibt es eine Reihe von Kommunen, die das Ausländerressort und das Sozialressort zusammengelegt haben, sodass die Dinge auch eng beieinander liegen. Und vorausgehend nochmal der Gedanke: Es handelt sich ja um Fälle, wo für einen rechtmäßigen Aufenthalt ein Aufenthaltstitel erforderlich ist. Also, das sind ja die Fälle – sonst haben wir auch keine fiktive Aufenthaltserlaubnisprüfung. Da könnte man es, sozusagen auf einer geringeren Stufe, so

machen, dass die Antragstellung bei der Sozialbehörde auch als Antragstellung auf einen Aufenthaltstitel gilt oder weitergeleitet wird. Das wäre dann eine verfahrensrechtliche Lösung, um gleichzeitig zumindest die Prüfung und das Verfahren in Gang zu setzen. Und da hätten wir die Möglichkeit, dass es auch nicht zu großen zeitlichen Verzögerungen kommt. Das müsste man dann allerdings ins Gesetz schreiben, weil für alles, was antragsbedürftig ist dann auch tatsächlich von dem Antragsberechtigten ein Antrag gestellt werden muss. Das wäre dann mit also einigem konstruktiven Aufwand verbunden eine Lösung, die das Ganze vereinfacht. Ansonsten gibt es immer die Möglichkeit, auch Grauzonen hinzunehmen – das haben wir in ganz vielen Bereichen, aus humanitären und sonstigen Gründen. Aus meiner Sicht wäre aber die am wenigsten invasive Lösung, den Antrag in diesen Fällen auch gleichzeitig als Antrag für die Einleitung eines Verfahrens auf Erteilung einer Aufenthaltsgenehmigung gesetzlich zu interpretieren und das Verfahren dann auch einleiten zu können. Ganz zu verzichten auf den Aufenthaltstitel, erscheint mir problematisch. Das hat ja auch Daniel Thym gesagt, dieser Aufenthaltstitel ist ja auch in vielen anderen Zusammenhängen dann wichtig und unerlässlich.

Vors. **Andrea Lindholz** (CDU/CSU): Vielen herzlichen Dank. Dann wäre es auch nicht dem Zufall überlassen, an wen man gerade als Antragsteller gerät. Frau Gerhard.

SV Swenja Gerhard (Verband binationaler Familien und Partnerschaften): Ihre Frage, Frau Polat, ist die Frage des Verweises auf die Lebensunterhaltssicherung des § 5 im Aufenthaltsgesetz. Es ist vorgesehen, dass die nachziehenden Personen nachweisen müssen, dass ihr Lebensunterhalt einschließlich des Krankenversicherungsschutzes vollständig gesichert ist. Und das ist, wenn man arbeiten geht, zumindest was die Krankenversicherung anbelangt, kein Problem. Wir wissen, ab 450 Euro tritt die gesetzliche Versicherung ein. Aber was ist bei kranken Menschen? Die können in der Regel nicht versichert werden. Die sind dem Arbeitsmarkt nicht zugänglich, eine freiwillige Versicherung greift in der Regel nicht und die Privatversicherung zum Basistarif ist, wenn diese Person versichert werden kann, auch kaum möglich. Das hat sich auch in der Praxis immer wieder gezeigt, wenn es um Nachzüge ging nach § 36 Absatz 2 Aufenthaltsgesetz. Da



war die große Hürde auch schon der Abschluss eines ausreichenden Krankenversicherungsschutzes in Deutschland. Darüber hinaus muss man bedenken, dass nicht nur der Krankenversicherungsschutz bei der Frage des Lebensunterhalts eine – wenn vielleicht auch sehr wichtige – Rolle spielt, sondern vollständige Sicherung des Lebensunterhalts meint eben, es dürfen überhaupt keine staatlichen Leistungen bezogen werden. Auf Dauer. Das ist schlecht vorstellbar aus meiner Sicht, denn gerade, wenn es sich um Pflegekinder oder Kinder unter Vormundschaft handelt, wenn es sich um alte oder kranke Menschen handelt, die hier pflegebedürftig sind, würde dann ein Bezug von staatlichen Leistungen dazu führen, dass sie ihr Recht auf Aufenthalt verlieren, also wieder ausreisen müssten. Dieses Ergebnis kann nicht Sinn und Zweck der Regelung sein. Vielen Dank.

Vors. **Andrea Lindholz** (CDU/CSU): Danke schön. Dann kommen wir zu Frau Bugaj-Wolfram.

SV Natalia Bugaj-Wolfram (Der Paritätische Gesamtverband): Zuerst auf die Frage von Herrn Seif: Wir als der Paritätische sehen hier keinen Bedarf nach einer Konkretisierung im Sozialrecht in Bezug auf die Erteilung der Aufenthaltstitel für die Unionsbürger. Da halten wir genau den Zustand, also die gesetzliche Regelung, die es bereits gibt im Aufenthaltsgesetz, für richtig und die Sozialgerichtsbarkeit als Basis für die Entscheidungen der Sozialbehörden für diese fiktive Prüfung für richtig. Wo wir das Problem bei der Beantragung und Gewährung der Sozialleistungen sehen, also warum bei den Unionsbürger in den Fällen, die von uns und auch von Frau Schulze-Rautenberg geschildert wurden, Probleme auftreten, ist vor allem im SGB II. Und da beantworte ich vielleicht gleichzeitig auch die Frage von Frau Lehmann. Wir haben uns als der Paritätische mehrmals auch zu den Leistungsausschlüssen der freizügigkeitsberechtigten Unionsbürger positioniert, vor allem 2016 im Zuge der Verabschiedung des Gesetzes zur Regelung von Ansprüchen ausländischer Personen in der Grundsicherung für Arbeitssuchende nach dem SGB II und in der Sozialhilfe nach dem SGB XII. Und wir haben auch die Streichung des Ausschlusses von Unionsbürger*innen mit Aufenthaltsrecht allein zur Arbeitssuche gefordert und bei dieser Position bleiben wir auch aus den Gründen, die ich hier schon erwähnt habe. Wir sind der Meinung, gerade arbeitssuchende Menschen müssen in dieser

Zeit der Arbeitssuche eine Unterstützung bekommen, sie müssen Zugang zu integrationsfördernden und arbeitsmarktfördernden Leistungen haben, damit sie hier Fuß fassen können, damit sie auch außerhalb der prekären Arbeitsverhältnisse landen. Daher wäre hier tatsächlich die Streichung des § 7 Absatz 1 Satz 2 unsere Forderung, aber vor allem – wenn man hier einen Kompromiss eingehen möchte – würden wir den Fokus auf diese arbeitssuchenden Menschen legen. Also in den ersten sechs Monaten des Aufenthalts oder, falls die Möglichkeit besteht, wenn tatsächlich nachgewiesen wird, dass Arbeit gesucht wird. Das wäre mein Vorschlag.

Weitere Probleme, die bei der Beantragung und Gewährung der Sozialleistungen von den in den genannten Fällen genannten Personen, also EU-Bürgerinnen und -Bürgern, auftreten, sind auch praktischer Natur. Da ist zum einen die Sprachbarriere zu erwähnen, der wirklich sehr oft begegnet wird. Uns werden viele Fälle genannt, in denen die EU-Bürger*innen in der Eingangszone pauschal abgewiesen wurden, wenn sie kein Deutsch sprechen – was europarechtswidrig ist. Und die andere Sache ist die Verwaltungspraxis der Sozialbehörden, wo zum Teil Fälle der rechtswidrigen Ablehnung von Sozialleistungen bekannt sind. Das ist dieser pauschale Verdacht, die EU-Bürger*innen hätten sowieso keinen Anspruch auf Sozialleistungen beziehungsweise würden diese Leistungen missbräuchlich beantragen wollen. Also, da besteht auch Nachjustierungsbedarf im Bereich der Weisungen und der internen Arbeitshilfen, also der Verwaltungspraxis der Sozialbehörden.

Zu den Fragen von Frau Jelpke. Das war zum einen, welche Folgen von Leistungsausschlüssen uns insgesamt bekannt sind. Der Paritätische wird auf sehr verschiedenen Arbeitsebenen mit diesem Problem konfrontiert, also sowohl in der bereits schon bekannten Migrationsberatung für erwachsene Zuwanderinnen und Zuwanderer als auch im Bereich der Wohnungslosenhilfe, Clearingstellen Gesundheit, Schwangeren- und Familienberatung. Und da gibt es wirklich sehr viele schwerwiegende Folgen. Vor allem möchte ich zum einen die Wohnungslosigkeit benennen. Diese Problematik ist ja auch der Lage auf dem Wohnungsmarkt geschuldet, aber gerade für Personen, die keine Leistungen bekommen, und die oft überhaupt keine Einkünfte nachweisen können, ist es schlicht unmöglich, eine



Wohnung zu finden. Und wenn sie einmal auf der Straße landen, kommt dazu, dass den EU-Bürger*innen ohne Anspruch auf SGB II-Leistungen oft auch der Zugang zu niedrighschwelligem Angeboten der Wohnungslosenhilfe verweigert wird, weil da keine Refinanzierung von Sozialbehörden vorliegt und die Obdachloseneinrichtungen, sagen, die können sie nicht aufnehmen, weil sie kein Geld für sie bekommen. Und dann landen die Personen wieder auf der Straße.

Die andere Problematik, die auch hier schon mehrmals genannt wurde, ist der fehlende Krankenversicherungsschutz. Wir beobachten seit einigen Jahren zunehmenden Beratungsbedarf zum Thema Klärung des Versicherungsschutzes von EU-Bürgerinnen und -Bürgern. Und in der Praxis führt der Zugang zu einer vollständigen Absicherung im Krankheitsfall über zwei Wege: Das ist entweder eine versicherungspflichtige Beschäftigung oder der Leistungsbezug nach dem SGB II. Dieser bleibt aber für immer mehr Gruppen von EU-Bürgern versperrt. Und damit wächst auch die Anzahl von Menschen ohne Krankenversicherungsschutz oder mit ungeklärtem Krankenversicherungsstatus. Auch wenn dieser Status tatsächlich besteht, ist es diesen Menschen oft nicht bekannt beziehungsweise wenn er geklärt wird, besteht nur der Zugang zu Leistungen in akuten Fällen und keine vollständige Absicherung im Krankheitsfall. Und das ist gerade in Zeiten einer Pandemie, wie jetzt, eine besonders verheerende Situation.

Die andere Folge – auch bereits genannt – ist Arbeitsausbeutung. Das ist glaube ich relativ klar: „Okay, ich bekomme keine Leistungen, ich muss schnell eine Arbeit suchen, um mich und meine Familie zu ernähren, also schnappe ich mir die erste Arbeit, die mir gerade über die Community zufliegt“. Und da sind die Menschen besonders anfällig, in prekäre, ausbeuterische und oft illegale Arbeitsverhältnisse zu geraten. Ich möchte gerne noch einmal die integrationspolitischen Folgen der Leistungsausschlüsse betonen, also der fehlende Zugang zu Integrationskursen. Die Bürger haben zwar rechtlich gesehen den Zugang zu Integrationskursen nach § 44 Absatz 4 Satz 1 des Aufenthaltsgesetzes. Das ist allerdings kein Rechtsanspruch. Aber das größte Problem besteht darin, dass, wenn sie keine Leistungen nach dem SGB II oder SGB XII beziehen, sie keinen kostenlosen Zugang zu Integrationskursen haben. Und da sind Kosten von über

1.300 Euro zu tragen. Das können sich Menschen, die gerade Arbeit suchen, selbstverständlich kaum leisten. Also eigentlich so gut wie gar nicht. Um den Zugang zu Leistungen zu bekommen, müssen sie dann arbeiten. Und arbeiten und den Integrationskurs parallel zu besuchen, ist aus unserer Erfahrung wirklich sehr schwierig. Wir kennen sehr viele Fälle aus der Praxis, in denen Menschen aus diesem Grund den Integrationskurs abgebrochen haben. Auch der Zugang zu Instrumenten der Arbeitsförderung gestaltet sich in diesen Fällen schwierig. Es ist zwar für Menschen ohne Leistungsbezug theoretisch möglich, die Leistungen nach dem SGB III zu nutzen, also Zugang zu haben indem sie sich bei der BA arbeitslos melden. Aus der Praxis wissen wir aber, dass es sehr schwierig ist, weil diese Möglichkeit auf beiden Seiten nicht bekannt ist, also weder den betroffenen Menschen noch der BA. Es bestehen auch diverse Zugangsbarrieren und Sprachbarrieren. Die Praxis ist: wer nicht an das SGB II-System angebunden ist, ist auch an diese Instrumente der Arbeitsmarktförderung nicht angebunden, und dann bleiben nur die prekären Arbeitsverhältnisse.

Nochmal zu den geplanten Änderungen bezüglich nahestehende Personen. Wie bewerten wir das? Wir bewerten das insgesamt positiv, diese Änderungen waren überfällig. Es gibt dazu auch eine eindeutige Rechtsprechung des EuGH und auch ein Vertragsverletzungsverfahren wurde eingeleitet. Daher finden wir es gut, dass es jetzt für diese nahestehenden Personen möglich ist, nachzuziehen. Allerdings halten wir – wie viele Vorrednerinnen und Vorredner auch – einige Regelungen für zu restriktiv. An der ersten Stelle möchte ich hier die schon genannte Voraussetzung der Lebensunterhaltssicherung erwähnen. Laut dem Gesetzentwurf sollen hier die Normen des Aufenthaltsgesetzes für die nahestehenden Personen angewendet werden. Die Voraussetzung für den Nachzug ist in der Regel die vollständige Sicherung des Lebensunterhalts. Und die Familienangehörigen der Kernfamilie, die durch die bisherigen Regelungen des § 3 des Freizügigkeitsgesetzes bereits erfasst sind, müssen solche strengen Voraussetzungen nicht erfüllen. Also haben wir hier eine Ungleichbehandlung, die nach unserem Verständnis nicht der Zielsetzung dieses Gesetzentwurfes entspricht. Denn dieser ist, die nahestehenden Personen genauso zu behandeln wie Familienangehörige, mit dem Verweis auf Artikel 3 Absatz 2 der Unionsbürgerrichtlinie. Und dann,



wie Frau Gerhard auch schon gesagt hat, bildet diese Voraussetzung praktisch eine sehr große Hürde. Nur wenige betroffene EU-Bürger*innen werden es sich leisten können, für die nahestehenden Personen den vollständigen Lebensunterhalt dauerhaft aufzubringen. Besonders schwierig wird das im Fall von Pflegebedürftigkeit.

Was ich aber an der Stelle nochmal betonen möchte: Die Zielsetzung dieser Regelung ist eigentlich nicht die Möglichkeit für die nahestehenden Drittstaatsangehörige, nachzureisen, sondern die Zielsetzung ist, Unionsbürgern zu erleichtern, ihr Recht auf Freizügigkeit in Deutschland auszuüben. Und das möchte ich vielleicht kurz an einem Beispiel ausführen: Eine tschechische Staatsbürgerin, die in Deutschland lebt. Sie hat eine Tante, eine Drittstaatsangehörige, die in Bosnien-Herzegowina lebt, und die Tante wird pflegebedürftig. In ihrem Herkunftsland gibt es niemanden, der diese Pflege gewährleisten kann. Sie sind zum Beispiel alle verstorben. Sie muss nach Deutschland ziehen, damit die Nichte, die tschechische Staatsbürgerin, sie pflegen kann. Wenn das nicht geschieht, muss die Tschechin aus Deutschland ausreisen und kann somit ihr Freizügigkeitsrecht nicht ausüben. Und das verstößt nach unserem Verständnis gegen die Zielsetzung dieser Regelung.

Auch bei Pflegekindern halten wir die Voraussetzungen des Lebensunterhalts für problematisch, weil das dem Rechtsgüterschutz der Familie – also dem Schutz der Rechtsgüter wie Kindeswohl oder dem Schutz der Familie – widerspricht. Und das ist unserer Ansicht nach höherrangig als die Voraussetzung des Lebensunterhalts. Also das ist das Wichtigste. Welchen Vorschlag machen wir zu dieser Regelung? Wir würden für die nahestehenden Personen die gleichen Regelungen anwenden, die bereits für die Kernfamilienangehörigen gelten. Das heißt, wenn der Zuzug einer EU-Bürgerin oder eines EU-Bürgers erfolgt, die beziehungsweise der arbeitssuchend ist, wäre es aus unserer Sicht angemessen, eine Lebensunterhaltssicherung zu verlangen, aber, wenn das eine Person ist, die Einkünfte erzielt, würden wir das genauso wie im Fall anderer Kernfamilienangehöriger regeln. Also ein Teil der Unterhaltssicherung würde dann geleistet, keine vollständige. Darüber hinaus sehen wir, ähnlich wie Frau Gerhard, die zeitlichen Vorgaben, die verlangt werden, damit ein Aufenthaltsrecht für nahestehende Personen in Frage kommt, als zu streng,

als zu restriktiv an. Zum Beispiel die Unterhaltsgewährung seit zwei Jahren oder die häusliche Gemeinschaft, die für zwei Jahre nachgewiesen werden muss, finden wir zu streng. Eine enge Bindung kann auch bestehen, obwohl die Personen weniger als zwei Jahre zusammengelebt haben. Zum Schluss, ähnlich auch wie der Verband binationaler Familien und Partnerschaften, halten wir die Anforderungen an die notwendigen Nachweise für zu restriktiv – aus den bereits genannten Gründen, weil es praktisch nicht möglich sein wird, diese behördlichen Nachweise vorzulegen – und schlagen stattdessen vor, andere Nachweise wie Kontoauszüge im Fall der Unterhaltsgewährung zuzulassen. Vielen Dank.

Vors. **Andrea Lindholz** (CDU/CSU): Noch Frau Dr. Buchholtz.

SV Dr. Gabriele Margarete Buchholtz (Bucerius Law School): Vielen Dank. Ich komme zunächst zu der Frage, inwieweit der deutsche Gesetzgeber hier mit den Regelungen für Altbritinnen und Altbriten, Neubritinnen und Neubriten in Vorleistung geht. Ja, tatsächlich sind der Austritt des Vereinigten Königreichs und die Folgen natürlich auch mit gewissen Unsicherheiten behaftet, die mit dieser Frage angesprochen werden. Unklar ist, ob das Austrittsabkommen tatsächlich so eingehalten wird, wie erhofft. Die britische Regierung ist jedenfalls, wie sich zeigt, recht zurückhaltend darin, eine weitgehende Mobilität für Unionsbürgerinnen und Unionsbürger anzuerkennen. Insoweit ist der deutsche Gesetzgeber mit den jetzt geplanten Regelungen natürlich in Vorleistung getreten, weil er hiermit darauf vertraut, dass das Austrittsabkommen so wie geplant auch eingehalten wird. Insgesamt ist das natürlich ein Bereich, in dem Diplomatie gefragt ist. Allerdings meine ich, dass der Entwurf, so wie er hier präsentiert wird, diplomatisch gelungen ist. Der Grundsatz der Reziprozität ist hier weitgehend gewahrt. Die Vorschriften, die jetzt hier geschaffen worden sind, sind auch nicht zu liberal, weil sie sich ja doch weitgehend an den grundsätzlichen aufenthaltsrechtlichen Bestimmungen für Drittstaatsangehörige orientieren. Insofern denke ich, dass hier auch Raum dafür bleibt, dass Großbritannien in Zukunft noch weitere Zugeständnisse macht, also dieser Weg ist hier nicht abgeschnitten. Insofern halte ich das für diplomatisch gelungen. Und diese Vorleistung, die hier erbracht wird, ist nicht riskant aus meiner Warte.



Die zweite Frage, die ich bekommen habe, richtete sich auf das soziokulturelle Existenzminimum. Das Grundrecht auf ein soziokulturelles Existenzminimum wird vom Bundesverfassungsgericht in ständiger Rechtsprechung aus Artikel 2 Absatz 1 i.V.m. Artikel 1 Absatz 1 GG hergeleitet. Natürlich ist die Ausgestaltung im Einzelnen dem Gesetzgeber überantwortet. Tatsächlich ist das aber auch hier Maßstab, wenn wir den § 11 Absatz 14 Satz 2 des Entwurfs in den Blick nehmen. Jetzt wurde natürlich schon mehrfach auf die Problematik der Verwaltungspraxis hingewiesen, was die Gewährung von Aufenthaltstiteln anbelangt. Stellen wir uns folgendes Szenario vor: Ein Unionsbürger verzichtet auf die Freizügigkeit, was möglich ist nach § 5 Absatz 4 des Freizügigkeitsgesetzes, in der Hoffnung, dass er einen Aufenthaltstitel nach dem Aufenthaltsgesetz erhält. Wenn diese Hoffnung dann aber enttäuscht wird, kann die Situation auftreten, dass der Aufenthaltstitel nicht erteilt wird und dass die Person ausreisepflichtig wird und gar keine Sozialleistungen mehr erhält. Das ist jedenfalls vor dem Hintergrund des beschriebenen Rechts auf ein soziokulturelles Existenzminimum jedenfalls problematisch, weil die Person dann gänzlich ohne Sozialleistungen dasteht, obwohl ihr objektiv ein Aufenthaltsrecht nach dem Aufenthaltsgesetz zustünde, aber wegen der problematischen Verwaltungspraxis in dem Fall nicht zuerkannt wird.

Vors. **Andrea Lindholz** (CDU/CSU): Vielen Dank. Ich darf mich bei allen Sachverständigen nochmal ganz herzlich bedanken für das Kommen, für die Zuschaltung und die Ausführungen. Und ich darf allen noch einen guten restlichen Tag und eine gute Woche wünschen.

Schluss der Sitzung: 14:51 Uhr

Andrea Lindholz, MdB
Vorsitzende

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 Gerichtshofs¹ 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

¹ 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.² Bereits im Jahr 2012 machte der EuGH in der Rechtssache „Rahman“³ 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.

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

³ 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.⁴ 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

⁴ 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

Aufenthaltsgesetz⁵ (fiktives Aufenthaltsrecht) haben. Dieses Ergebnis stünde im Widerspruch zur bisherigen Sozialgerichtsjudikatur:

Nach der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts⁶ 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.⁷ 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.“⁸

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.⁹ 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

⁵ 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.

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

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

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

⁹ 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 Schwangerschaft¹⁰ 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,¹¹ 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.

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

¹¹ 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.

Deutscher Bundestag
Ausschuss für Inneres und Heimat

Ausschussdrucksache
19(4)585 B



01. Oktober 2020

Stellungnahme zur öffentlichen Anhörung im Ausschuss für Inneres und Heimat am 5. Oktober 2020 zum „Entwurf eines Gesetzes zur aktuellen Anpassung des Freizügigkeitsgesetzes/EU und weiterer Vorschriften an das Unionsrecht“ (Bundestags-Drucksache 19/21750)

Sehr geehrte Frau Vorsitzende,

für die Möglichkeit, als Sachverständige an der Öffentlichen Anhörung im Ausschuss für Inneres und Heimat des Deutschen Bundestages teilnehmen zu können, bedanke ich mich sehr. Der Paritätische Wohlfahrtsverband Gesamtverband e.V. hat sich bereits am 28.08.2020 mit einer Stellungnahme zum Regierungsentwurf des vorliegenden Gesetzesentwurfs geäußert und übersendet hiermit seine Aktualisierung.

Mit freundlichen Grüßen

Natalia Bugaj-Wolfram

Der vorliegende Gesetzentwurf umfasst im wesentlichen vier Themenfelder im Bereich des Freizügigkeitsrechts:

1. Für bestimmte Unionsbürger*innen bzw. ihre freizügigkeitsberechtigten Familienangehörigen sollen bislang bestehende Ansprüche auf **existenzsichernde Sozialleistungen gestrichen** werden. Dies soll durch die Streichung der „fiktiven Prüfung“ eines Aufenthaltsrechts nach dem AufenthG geschehen (§ 11 Abs. 14 S. 2 FreizügG-E).
2. **„Nahestehenden Personen“** von freizügigkeitsberechtigten Unionsbürger*innen sollen unter bestimmten – restriktiv ausgestalteten – Voraussetzungen die Einreise und der Aufenthalt ermöglicht werden. Hierunter sind Verwandte zu verstehen, die nicht als Familienangehörige im Sinne des § 3 FreizügG gelten, sowie Pflegekinder und nicht-eingetragene Lebensgefährt*innen.
3. Für **britische Staatsangehörige**, die bereits vor Ende des Übergangszeitraums in Deutschland gelebt haben, werden die Vorgaben des Austrittsabkommens nach Ende des Übergangszeitraums im Freizügigkeitsrecht umgesetzt, um deren Status abzusichern.
4. Für **Auszubildende**, die bereits vor Ende des Übergangszeitraums in Großbritannien eine Ausbildung begonnen haben, werden Möglichkeiten geschaffen, weiterhin BAföG zu erhalten.

Während die letzten drei Regelungsinhalte des Gesetzentwurfs Verbesserungen im Vergleich zur bisherigen Rechtslage vorsehen (die gleichwohl aus Sicht des Paritätischen zu kurz greifen) oder zumindest den Status quo absichern, handelt es sich bei dem ersten Punkt um eine gravierende Verschlechterung, die erhebliche Auswirkungen in der Praxis haben wird. Daher haben wir diesen Punkt vorangestellt und werden auf die anderen Aspekte nur teilweise eingehen.

1. Streichung des Anspruchs auf Existenzminimum für weitere Gruppen von Unionsbürger*innen (§ 11 Abs. 14 Satz 2 FreizügG-E)

Im geplanten § 11 Abs. 14 Satz 2 des FreizügG ist die Feststellung vorgesehen, dass „Rechtsfolgen nach anderen Gesetzen“ nur dann eintreten sollen, wenn an Unionsbürger*innen ein Aufenthaltstitel tatsächlich erteilt worden ist und nicht bereits dann, wenn dieser Aufenthaltstitel erteilt werden könnte oder müsste.

Diese Änderung ist entgegen dem Referent*innenentwurf erst im Regierungsentwurf eingefügt worden. Anders als der kurze, technokratisch anmutende Satz ganz am Ende des FreizügG vermuten lassen könnte, hätte diese Änderung gravierende Auswirkungen in der Praxis: Sie hätte nämlich zur Folge, dass Unionsbürger*innen, die über einen objektiven Aufenthaltsgrund verfügen, der in vielen Fällen sogar grundrechtsrelevant ist (z. B. Schutz der Familie, Art. 6 GG bzw. Art. 8 EMRK), keine existenzsichernden Sozialleistungen mehr bekommen würden.

Diese Praxisrelevanz ergibt sich nicht unbedingt aus ihrer Quantität: Auch die Bundesregierung hat in der Gesetzesbegründung keinerlei Zahlen dazu vorgelegt,

welche Größenordnung das Phänomen der „fiktiven Prüfung“ hat und warum überhaupt ein Änderungsbedarf besteht. Vermutlich sind es nur relativ wenige Personen.

Dafür handelt es sich aber um aller Regel um besonders schutzbedürftige Personen, bei denen die Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums in besonderem Maße unverzichtbar ist. Die Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums wäre durch die Gesetzesänderung künftig ausgeschlossen.

Einige Beispiele sollen dies verdeutlichen:

Beispiel 1

Eine bulgarische Staatsangehörige ist schwanger von einem griechischen Mann und lebt in Deutschland mit ihm zusammen. Beide sind nicht verheiratet. Der Mann lebt seit acht Jahren in Deutschland und verfügt über ein Daueraufenthaltsrecht. Die Frau ist erst einige Monate hier und arbeitet – auch aufgrund ihrer fortgeschrittenen Schwangerschaft – nicht. Das Einkommen des Mannes reicht nicht für die Lebensunterhaltssicherung und es stellt sich die Frage, ob für die werdende Mutter Anspruch auf ergänzende Leistungen nach SGB II besteht.

Das Bundessozialgericht hat dies bejaht und damit argumentiert, dass bereits vor der Geburt eine Vorwirkung des Schutzes der Familie greift und damit ein objektiver Aufenthaltsgrund erfüllt sei, der auch mit einem Leistungsanspruch ausgestattet sein müsse. Das Problem an der Sache: Das FreizügG und das SGB II sehen für derartige Konstellationen keine Lösung vor. Denn die Frau erfüllte zu diesem Zeitpunkt weder einen *anderen materiellen Freizügigkeitsgrund* nach dem FreizügG als den der Arbeitsuche, noch war sie *im Besitz* einer Aufenthaltserlaubnis nach dem AufenthG.

Daher hat das Bundessozialgericht auf die bisherige Regelung des § 11 Abs. 1 S. 11 FreizügG zurückgegriffen (künftig: § 11 Abs. 14 S. 1 FreizügG-E): Es bestehe *fiktiv* ein Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis (in diesem Fall nach § 7 Abs. 1 Satz 2 AufenthG). Dies reiche aus, um einen *anderen* Aufenthaltsgrund als den der Arbeitsuche zu erfüllen und somit *nicht* vom Leistungsausschluss des § 7 Abs. 1 S. 2 SGB II erfasst zu sein. Die Sozialbehörden haben diese Voraussetzungen in eigener Verantwortung zu prüfen

➔ **Bundessozialgericht, Urteil vom 30. Januar 2013 (B 4 AS 54/12 R)**

Beispiel 2:

Eine 20jährige bulgarische Staatsangehörige lebt seit einigen Jahren in Deutschland. Hier wurde sie seit ihrem 16. Lebensjahr zur Prostitution gezwungen. Sie wurde schwanger und ist nach der Geburt ihres Kindes in ein Frauenhaus geflüchtet. Sie ist schwer traumatisiert. Das Sozialamt hat ihr während der Mutterschutzfrist für einen Monat „Überbrückungsleistungen“ gem. § 23 Abs. 3 Sätze 3 bis 6 SGB XII erbracht. Danach wurden die Leistungen mit Verweis auf die Ausreisemöglichkeit eingestellt und Mutter und Kind lebten allein von Spenden.

Das Landessozialgericht NRW hat in diesem Fall entschieden, dass das Jobcenter Leistungen nach dem SGB II erbringen muss. Denn die Mutter erfülle aufgrund ihrer Traumatisierung und der notwendigen Zeit für eine psychische Stabilisierung die

Voraussetzungen für die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 4 AufenthG aus dringenden humanitären und persönlichen Gründen.

Auch wenn diese Aufenthaltserlaubnis faktisch nicht erteilt worden sei, führe dieser „fiktive Anspruch“ dazu, dass sie über ein anderes Aufenthaltsrecht als das der Arbeitsuche verfüge und somit nicht von Leistungen ausgeschlossen sei. Außerdem erschienen dem Landessozialgericht Integrationsbemühungen in das Arbeitsleben sinnvoll und erfolgsversprechend und sie habe als freizügigkeitsberechtigter Unionsbürgerin eine längerfristige Bleibeperspektive.

→ **Landessozialgericht NRW, Landessozialgericht NRW; L 7 AS 2380/17 B ER & L 7 AS 2381/17 B).**

Beispiel 3:

Eine nichterwerbstätige rumänische Frau lebt zusammen mit ihrem erwerbstätigen rumänischen Lebensgefährten in Deutschland. Beide sind nicht verheiratet, haben aber zwei acht und vierjährige gemeinsame Kinder. Der Mann arbeitet in einer halben Stelle als Kraftfahrer und verdient 850 Euro brutto. Das Jobcenter gewährte dem Mann (Arbeitnehmer) und den beiden Kindern (Familienangehörige eines Arbeitnehmers) ergänzende Leistungen. Die Frau wurde von Leistungen ausgeschlossen, da sie nur über ein Aufenthaltsrecht zur Arbeitsuche verfüge. Ein anderes Freizügigkeitsrecht bestehe nicht.

Das Sozialgericht Frankfurt und schließlich das Landessozialgericht Hessen lehnten Eilanträge gegen die Leistungsverweigerung ab. Gegen den negativen LSG-Eilbeschluss hat die Familie Verfassungsbeschwerde eingelegt. Dieser hat das Bundesverfassungsgericht am 8. Juli 2020 stattgegeben.

Nach Überzeugung des Bundesverfassungsgerichts sind nämlich für die Mutter der gemeinsamen Kinder auch die „*Wertungen der Art. 6 GG und Art. 8 EMRK zu berücksichtigen*“. Aufgrund des grundgesetzlichen Schutzes der Familie könne für die Mutter durchaus ein „fiktiver Anspruch“ auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach dem AufenthG in Betracht kommen (hier: in analoger Anwendung von § 28 Abs. 1 Nr. 3 AufenthG). Hierbei handele es sich um eine „*ungeklärte und schwierige Rechtsfrage*“. Damit könne ein anderes Aufenthaltsrecht als das der Arbeitsuche erfüllt sein und es könne ein Anspruch auf Sicherung des Existenzminimums bestehen.

Nachdem das Bundesverfassungsgericht die Entscheidung an das Landessozialgericht Hessen zurückverwiesen hatte, hat das LSG Hessen am 8. September 2020 seine negative Entscheidung korrigiert und im Einstweiligen Rechtsschutz die Leistungsgewährung angeordnet.

→ **BVerfG, Beschluss vom 8. Juli 2020; 1 BvR 1094/20**

→ **BVerfG, Beschluss vom 4. Oktober 2019; 1 BvR 1710/18**

→ **LSG Hessen, L 7 AS 25/20 B ER**

In mehreren anderen Fällen haben Sozialgerichte ebenfalls die „fiktive Prüfung“ eines Aufenthaltsrechts nach dem AufenthG angeordnet und aufgrund dessen in besonders prekären Lebenslagen die Gewährleistung des menschenwürdigen Existenzminimums angeordnet.

Dies betrifft zum Beispiel:

- die nicht erwerbstätige Frau während der Mutterschutzfrist (LSG Berlin-Brandenburg; L 31 AS 1627/19 B ER),
- den elfjährigen Sohn einer Frau, die selbst nur über ein abgeleitetes Freizügigkeitsrecht verfügt (LSG Sachsen-Anhalt; L 4 AS 913/17 B ER),
- die Pflegekinder einer alleinstehenden Arbeitnehmerin (SG Berlin; S 150 AS 9734/18 ER),
- die Mutter eines einjährigen Kindes, die mit dem erwerbstätigen Kindsvater unverheiratet zusammenlebt (LSG NRW; L 19 AS 1472/18 B ER),
- die Frau, die nicht mit dem erwerbstätigen Vater von drei gemeinsamen Kindern verheiratet ist und zusammen mit den Kindern getrennt von ihm lebt (LSG NRW; L 19 AS 1131/17 B ER),
- die polnische Mutter eines deutschen Kindes, die bislang keine Aufenthaltserlaubnis von der ABH erhalten hat (LSG Berlin-Brandenburg; L 31 AS 1007/17 B ER),
- die nicht verheiratete bulgarische Frau während der Schwangerschaft. Das Kind wird bei Geburt die deutsche Staatsangehörigkeit besitzen (LSG Baden-Württemberg; L 1 AS 1815/17 ER-B).

Der nun von der Bundesregierung geplante § 11 Abs. 14 S. 2 FreizügG hätte zur Folge, dass diese von der Sozialgerichtsbarkeit entwickelte Konstruktion der „fiktiven Prüfung“ des Aufenthaltsgesetzes nicht mehr möglich wäre. In noch mehr Fällen als bisher würden die Jobcenter Leistungen ablehnen, obwohl unzweifelhaft ein objektiver Aufenthaltsgrund und zudem ein besonderer staatlicher Schutzauftrag vorliegt. Dies ist umso weniger nachvollziehbar, als das Bundesverfassungsgericht sehr deutlich festgestellt hat, dass es hierbei um eine grundrechtsrelevante Rechtsfrage handelt – unter anderem der staatliche Schutzauftrag der Familie aus Art. 6 GG muss dabei berücksichtigt werden.

Dass bei der geplanten Gesetzesänderung eine derartige Berücksichtigung stattgefunden haben könnte, ist in den Gesetzesmaterialien nicht erkennbar.

Als Argumente *für* die geplante Streichung der fiktiven Prüfung in § 11 Abs. 14 S. 2 FreizügG-E könnten nun zwei Aspekte vorgetragen werden:

- ➔ *„Wenn die Voraussetzungen für eine Aufenthaltserlaubnis vorliegen, dann würde die Ausländerbehörde diese doch auch erteilen. Dann hätte sich die fiktive Prüfung doch ohnehin erledigt.“*

Dieses Argument verkennt jedoch sowohl die Praxis der Ausländerbehörden als auch die Grundstruktur des Freizügigkeitsrechts. Denn zum einen werden die Ausländerbehörden (abgesehen von der bürokratischen Hürde und der langen Antragsbearbeitung) die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis in den meisten dieser

Fälle schon allein deswegen verweigern, weil sie gar nicht deren Notwendigkeit erkennen. Das Argument der Ausländerbehörden ist dabei ganz häufig, dass eine Aufenthaltserlaubnis nicht erforderlich sei, da ja ohnehin keine Feststellung über den Verlust des Freizügigkeitsrechts beabsichtigt sei. Die sozialrechtliche Folge des Leistungsausschlusses wird von der Ausländerbehörde dabei nicht überblickt.

Und mit diesem Argument hat die Ausländerbehörde auch nicht ganz Unrecht: Denn das Freizügigkeitsrecht sieht in erster Linie im Akt der Verlustfeststellung die Prüfung humanitärer und persönlicher Interessen vor – und nicht in der Erteilung eines anderen Aufenthaltstitels. So ist die Verlustfeststellung gem. § 5 Abs. 4 FreizügG bei Nichtvorliegen der Freizügigkeitsvoraussetzungen eine Ermessensentscheidung, in die auch persönliche und humanitäre Interessen einzufließen haben (vgl. auch Erwägungsgrund Nr. 16 der Unionsbürgerrichtlinie). Wenn die Ausländerbehörde aufgrund dieser Abwägung zu dem Ergebnis kommt, keine Verlustfeststellung zu treffen, ist die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis darüber hinaus aus Sicht der ABH überflüssig. Dies aber muss dann auch leistungsrechtlich flankiert werden.

Ergänzend sei hinzugefügt, dass die betroffenen Unionsbürger*innen nach einer möglichen Streichung der „fiktiven Prüfung“ – wenn die Aufenthaltserlaubnis aber faktisch nicht ausgestellt wird – schlechter gestellt sind, als nach einer Verlustfeststellung: Denn nach einer Verlustfeststellung wären sie zumindest leistungsberechtigt nach dem Asylbewerberleistungsgesetz. Ohne Verlustfeststellung sind sie von einem menschenwürdigen Existenzminimum hingegen vollständig ausgeschlossen. Dieser Wertungswiderspruch kann nicht Sinn der Sache sein.

→ *„Für die Sicherung des menschenwürdigen Existenzminimums in derartigen Fällen besteht mit § 23 Abs. 3 bis 6 SGB XII („Überbrückungs- und Härtefallleistungen“) eine ausreichende Rechtsgrundlage zur Verfügung.“*

Auch dieses Argument ist nicht tragfähig. Denn bei den Überbrückungsleistungen handelt es sich schon vom Ansatz her um Leistungen, die nur für eine kurze Zeit „bis zur Ausreise“ und „für eine zeitlich befristete Bedarfslage“ erbracht werden dürfen. Bei den hier dargestellten Konstellationen – insbesondere bei den familiären Konstellationen (unverheiratete Eltern mit gemeinsamen Kindern) handelt es sich jedoch weder um zeitlich befristete Bedarfslage, noch steht eine Ausreise im Raum. Vielmehr geht es um eine von vornherein dauerhafte Perspektive. Aus diesem Grund verbietet sich der Rückgriff auf die Überbrückungsleistungen, die in keiner Form auf gesellschaftliche Teilhabe und Integrationsperspektiven ausgerichtet sind.

Zudem zeigen die Erfahrungen aus der Praxis der Paritätischen Beratungsstellen, dass die Sozialämter für die Erbringung von Überbrückungsleistungen – wenn auch rechtswidrig – fast immer die „Erklärung eines Ausreisewillens“ voraussetzen und ansonsten die Leistungen regelmäßig verweigern. Wie dargestellt, steht aber insbesondere in den familiären Konstellationen eine Ausreise überhaupt nicht im Raum. Die Erfahrungen aus der Praxis zeigen, dass es sich bei den „Überbrückungsleistungen“ allenfalls um eine gesetzliche Simulation von Verfassungskonformität handelt, die keinen Widerhall in der behördlichen Praxis findet.

Unabhängig davon halten wir das Freizügigkeitsgesetz für die Regelung von Leistungsansprüchen bzw. -ausschlüssen für den falschen Ort: Diese sollten in den jeweiligen Sozialgesetzen getroffen werden und nicht in den aufenthaltsrechtlichen Normen.

Daher schließt sich der Paritätische der Einschätzung des Bundesrats vom 22. Juni 2020 (Bundesratsdrucksache 263/1/20) zu dieser geplanten Änderung an und fordert die Streichung von § 11 Abs. 14 S. 2 FreizügG-E.

2. Erleichterung von Einreise und Aufenthalt für „nahestehende Personen“ (insbesondere § 3a und 5a FreizügG-E)

Der Paritätische begrüßt die Absicht der Bundesregierung, die unionsrechtlichen Verpflichtungen zur Erleichterung der Einreise für weiter entfernte Familienangehörige und andere nahestehende Personen– wenn auch mit langjähriger Verspätung – im nationalen Recht umzusetzen.

Wichtig ist uns in diesem Zusammenhang der Hinweis darauf, dass die Erleichterung von Einreise und Aufenthalt der „nahestehenden Personen“ nicht Selbstzweck ist, sondern stets dazu dient, den Unionsbürger*innen selbst die Inanspruchnahme ihres Rechts auf Freizügigkeit tatsächlich zu ermöglichen.

Erfreulich ist, dass gegenüber dem Referentenentwurf einige Verbesserungen erkennbar und ursprünglich geplante unionsrechtswidrige Regelungen überarbeitet worden sind. So soll nach dem Gesetzentwurf nun das Recht auf Einreise und Aufenthalt auch für nicht-eingetragene Lebensgefährt*innen und für Pflegekinder geschaffen, sowie Möglichkeiten zur Aufenthaltsverfestigung eingeräumt werden.

Allerdings bleiben nach unserer Überzeugung die konkreten Ausgestaltungen so restriktiv, dass auch aus Sicht der Bundesregierung nur sehr wenige Betroffene diese erfüllen werden und der Neuregelung ihre praktische Wirksamkeit damit faktisch genommen wird. Dies gilt unter anderem für die sehr eng gefassten formalen Bedingungen sowie insbesondere für die Regelvoraussetzung eines vollständig gesicherten Lebensunterhalts. Hier sind praxisgerechtere Regelungen erforderlich, die auch die Bedeutung hoher Rechtsgüter (etwa Schutz des Familienlebens, Vorrang des Kindeswohls) angemessen berücksichtigen.

Wir werden uns im Folgenden auf die unserer Auffassung nach besonders praxisrelevanten Aspekte beschränken:

→ § 1 Abs. 2 Nr. 4b FreizügG-E Pflegekinder als „nahestehende Personen“: Minderjährigkeit nach dem Recht des Herkunftslandes bestimmen

Die ausdrückliche Erwähnung von Pflegekindern als „nahestehende Personen“, deren Aufenthaltsrecht im Sinne von Art. 3 Abs. 2 Buchstabe a der UnionsRL „erleichtert“ werden muss, ist zu begrüßen. Damit soll der Gesetzentwurf die jüngere Rechtsprechung des EuGH in nationales Recht umsetzen (EuGH, Urteil vom 26. März 2019; Rechtssache C129/18).

Allerdings ist die gesetzlich vorgesehene Altersbeschränkung auf unter 18 Jahre nicht nachvollziehbar, sondern der Paritätische hält diese vielmehr für rechtswidrig. Denn es geht in diesem Zusammenhang um Pflegekindverhältnisse, die sich nach dem jeweiligen Recht des Herkunftsstaats ergeben: Der EuGH hat in dem einschlägigen Urteil C-129/18 seine Entscheidung betont, dass Pflegekinder dann als „sonstige Familienangehörige“ zu erfassen seien, wenn „*die betreffenden Unionsbürger den Unterhalt, die Erziehung und den Schutz gemäß einer auf der Grundlage des Rechts des Herkunftslands des Kindes eingegangenen Verpflichtung übernehmen.*“ (Randnummer 59). In dem vorliegenden Verfahren ging es um eine Vormundschaft auf Grundlage der algerischen „Kafala“.

Art. 24 Abs. 1 des Einführungsgesetzes zum BGB (EGBGB) regelt auch für das deutsche Recht: „*Die Entstehung, die Änderung und das Ende der Vormundschaft, Betreuung und Pflegschaft sowie der Inhalt der gesetzlichen Vormundschaft und Pflegschaft unterliegen dem Recht des Staates, dem der Mündel, Betreute oder Pflegling angehört.*“

Aus beidem ergibt sich, dass die Frage, ob ein Pflegekind- oder Vormundschaftsverhältnis zu der*dem Unionsbürger*in vorliegt, das auch aufenthaltsrechtlich zu berücksichtigen ist, nach dem *dortigen* Recht beurteilt werden muss. In einer Reihe von Staaten tritt die Volljährigkeit jedoch nicht mit dem 18. Lebensjahr, sondern erst mit dem 19., 20. oder 21. Geburtstag ein (eine Liste zum Eintritt der Volljährigkeit in einer Reihe von Herkunftsstaaten findet sich hier: https://www.fnrw.de/fileadmin/fnrw/media/Kinder/UEbersicht_zur_Volljaehrigkeit_in_den_Herkunftslaendern.pdf). Das Vormundschafts- oder Pflegekindverhältnis endet erst mit dem Eintritt der Volljährigkeit nach dem Recht des Herkunftsstaats und nicht zwingend mit dem 18. Geburtstag. Diese Tatsache muss dann – entsprechend der EuGH-Rechtsprechung – auch im FreizügG berücksichtigt werden.

Im Übrigen muss auch die Frage der Ledigkeit als Voraussetzung für das Vorliegen eines Pflegekinds- oder Vormundschaftsverhältnisses nach dem jeweiligen Recht des Herkunftslandes beurteilt werden.

Der Paritätische schlägt daher vor, § 1 Abs. 2 Nr. 4b) FreizügG-E folgendermaßen zu fassen:

„b) *Junge Menschen, die nach dem Recht des zuständigen Herkunftsstaats noch minderjährig sind, die unter Vormundschaft von oder in einem Pflegekindverhältnis zu der Person stehen und keine Familienangehörigen im Sinne der Nummer 3 Buchstabe c sind, sowie*“

→ § 3a FreizügG-E
Aufenthaltsrechte für nahestehende Personen als Regelanspruch statt Ermessen ausgestalten

Im neuen § 3a FreizügG werden die Voraussetzungen für das Aufenthaltsrecht der „nahestehenden Personen“ geregelt. Diese Aufenthaltsmöglichkeit ist – anders als noch im Referent*innenentwurf – nunmehr für drei Fallgruppen vorgesehen:

- Verwandte im Sinne § 1589 BGB (Verwandte in der Seitenlinie, also Geschwister, Schwäger*innen usw.), sowie Verwandte in gerader auf- oder

absteigender Linie, sofern die Voraussetzungen für ein Freizügigkeitsrecht als Familienangehörige nicht erfüllt sind),

- Kinder, die in einem Vormundschafts- oder Pflegekindverhältnis stehen,
- Lebensgefährt*innen in „ordnungsgemäß bescheinigter, auf Dauer angelegter Gemeinschaft“ (also de-facto-Lebenspartner*innen).

Die Erweiterung gegenüber dem Referent*innenentwurf begrüßt der Paritätische ausdrücklich. Sie war aufgrund Europarecht und der eindeutigen EuGH-Rechtsprechung zwingend.

Das Aufenthaltsrecht *kann* demnach zuerkannt werden, wenn die jeweiligen Voraussetzungen erfüllt sind – unter anderem die konkreten Voraussetzungen des § 3a Abs. 1 FreizügG-E sowie die allgemeinen Erteilungsvoraussetzungen des § 5 Abs. 1, 2 und 4 AufenthG, wie z. B. regelmäßig die Lebensunterhaltssicherung (§ 11 Abs. 5 FreizügG-E).

Nicht nachvollziehbar ist dabei, dass trotz der engen und sehr konkret formulierten Voraussetzungen die Verleihung des Aufenthaltsrechts als Ermessensnorm ausgestaltet werden soll. Es ist kaum eine Konstellation denkbar, in der trotz Erfüllens der Voraussetzungen das Ermessen negativ ausgeübt werden dürfte. Insofern läge es nahe, die Norm des § 3a FreizügG-E als Regelanspruch zu formulieren.

Der Paritätische schlägt daher vor, § 3a Abs. 1 S. 1 FreizügG-E folgendermaßen zu formulieren:

„Einer nahestehenden Person eines Unionsbürgers, die selbst nicht als Unionsbürger und nicht nach den §§ 3 oder 4 freizügigkeitsberechtigt ist, ist in der Regel das Recht zur Einreise und zum Aufenthalt im Bundesgebiet zu verleihen, wenn (...)“.

→ § 3a Abs. 1 FreizügG-E Voraussetzungen für „nahestehende Personen“ erleichtern

Im geplanten § 3a Abs. 1 Nr. 1 bis 3 FreizügG werden Kriterien aufgestellt, die die nahestehende Person erfüllen muss, damit ihr ein Aufenthaltsrecht verliehen werden kann. Die Mitgliedsstaaten haben bei der Ausgestaltung dieses Rechts zwar weite Ermessensspielräume. Allerdings müssen Einreise und Aufenthalt *tatsächlich* gegenüber anderen Drittstaatsangehörigen „erleichtert“ werden, und die konkreten Voraussetzungen dürfen dieser Bestimmung nicht ihre praktische Wirksamkeit nehmen.

Die zeitlichen Vorgaben in § 3a Abs. 1 Nr. 1 a) bis c) FreizügG-E (seit zwei Jahren Unterhaltsgewährung, für zwei Jahre häusliche Gemeinschaft bzw. „nicht nur vorübergehend“ schwerwiegende gesundheitliche Gründe) erscheinen dabei willkürlich gesetzt, da die Unionsbürgerrichtlinie entsprechende zeitliche Vorgaben nicht vorsieht.

Wir regen daher an, in § 3a Abs. 1 FreizügG-E von diesen starren zeitlichen Vorgaben zumindest Ausnahmen zu ermöglichen, zumal die Intensität einer familiären Bindung und der Grad eines Abhängigkeitsverhältnisses nicht (nur)

anhand des Kriteriums der fixen Dauer eines früheren Zusammenlebens oder einer Unterhaltsgewährung bestimmt werden können.

→ § 3 Abs. 3 FreizügG-E
Eigenständiges Aufenthaltsrecht für nahestehende Personen für weitere Fälle regeln

Im geplanten § 3a Abs. 3 FreizügG-E wird eine entsprechende Anwendung des künftigen § 3 Abs. 2 FreizügG-E vorgesehen. Dahinter verbirgt sich ein eigenständiges Aufenthaltsrecht für die nahestehende Person, wenn die*der „stammberechtigter“ Unionsbürger*in versterben sollte.

Diese Ergänzung begrüßt der Paritätische. Allerdings fehlen entsprechende Regelungen zu einem eigenständigen Aufenthaltsrecht für andere Konstellationen, wie z. B.:

- Das Pflegekind wird volljährig bzw. das Vormundschafts- oder Pflegekindverhältnis endet.

In diesem Fall entfällt die Möglichkeit einer weiteren Erteilung des Aufenthaltsrechts nach § 3a Abs. 1 Nr. 1b) FreizügG-E. Für eine weitere Anwesenheit des (früheren) Pflegekindes im Bundesgebiet ist eine eigenständige Regelung erforderlich, zumal § 34 Abs. 2 AufenthG auch als Auffangnorm nicht anwendbar ist, da es sich familienrechtlich nicht um ein „Kind“ handelt.

- Die „ordnungsgemäß bescheinigte“ Gemeinschaft als „Lebensgefährt*in“ endet, weil eine Trennung erfolgt. Auch für diese Konstellation ist ein eigenständiges Aufenthaltsrecht erforderlich, das sich an den Regelungen zu Ehepartner*innen orientieren sollte.

Der Paritätische schlägt daher entsprechende Ergänzungen für eigenständige Verbleiberechte der nahestehenden Personen vor.

→ § 5a Abs. 3 FreizügG-E
notwendige Nachweise für nahestehende Personen

Im geplanten § 5a Abs. 3 FreizügG-E werden die Nachweise aufgeführt, die für die Verleihung eines Rechts nach § 3a FreizügG für die nahestehenden Personen vorgelegt werden müssen. Anders als in den Absätzen 1 und 2, in denen begrenzend geregelt ist, dass von der Ausländerbehörde keine weiteren als die dort genannten Dokumente verlangt werden *dürfen*, handelt es sich bei der Aufzählung in Absatz 3 um Dokumente, die zwingend vorgelegt werden *müssen* – die also eine notwendige Voraussetzung für die Verleihung des Aufenthaltsrechts darstellen.

Zu den notwendigen Dokumenten im Einzelnen:

- Bei den Verwandten, die seit mindestens zwei Jahren und nicht nur vorübergehend Unterhalt erhalten: „*ein durch die zuständige Behörde*

- des Heimat- oder Ursprungslands ausgestelltes Dokument*“, aus dem hervorgeht, dass und seit wann Unterhalt bezogen wird;
- bei den Verwandten, mit denen die*der Unionsbürger*in vor Einreise mindestens zwei Jahre in häuslicher Gemeinschaft gelebt hat: „*ein durch die zuständige Behörde des Heimat- oder Ursprungslands ausgestelltes Dokument*“, aus dem hervorgeht, dass und wie lange die häusliche Gemeinschaft bestand;
 - bei den Verwandten, bei denen nicht nur vorübergehend schwerwiegende gesundheitliche Gründe die persönliche Pflege durch die*den Unionsbürger*in zwingend erforderlich machen: einen Nachweis über diese schwerwiegenden gesundheitlichen Gründe;
 - bei den Personen, die in einem Vormundschafts- oder Pflegekindverhältnis stehen: einen entsprechenden „urkundlichen Nachweis“, sowie einen Nachweis über das Abhängigkeitsverhältnis;
 - bei den nicht eingetragenen „Lebensgefährt*innen“: den „*ordnungsgemäßen*“ (vgl. § 1 Abs. 2 Nr. 4c) FreizügG-E) Nachweis über das Bestehen der dauerhaften Beziehung.

Insbesondere die vorgesehene Voraussetzung von „behördlichen“ Nachweisen in den ersten beiden genannten Konstellationen („*ein durch die zuständige Behörde des Heimat- oder Ursprungslands ausgestelltes Dokument*“) über das Bestehen von Haushaltsgemeinschaften oder Unterhaltszahlungen beurteilt der Paritätische als sehr problematisch: Denn während bereits die Ausstellung von einfachen Meldebescheinigungen in vielen Drittstaaten kaum möglich sein dürfte, stellt sich erst Recht die Frage, durch welches amtliche Dokument des Heimatlandes der Empfang einer freiwilligen Unterhaltszahlung nachgewiesen werden soll? Und welche Behörde des Herkunftsstaats dafür überhaupt zuständig sein soll? Üblicherweise sollte das durch Kontoauszüge oder Einzahlungsbelege glaubhaft gemacht werden können, aber dabei handelt es sich offensichtlich nicht um ein „behördliches Dokument“ – und erst Recht nicht des Herkunftsstaates.

Um der Regelung nicht ihre praktische Wirksamkeit zu nehmen, schlagen wir daher vor, neben behördlichen auch nicht-behördliche Dokumente oder andere Belege zu akzeptieren, sofern sie zum entsprechenden Nachweis geeignet sind.

➔ § 11 Abs. 5 FreizügG-E Ausnahmen von der Lebensunterhaltssicherung für die nahestehenden Personen ermöglichen

Im geplanten § 11 Abs. 5 FreizügG-E werden die Normen des AufenthG aufgeführt, die im Falle der Gewährung eines Aufenthaltsrechts an nahestehende Personen gem. 3a FreizügG-E ergänzend anwendbar sein sollen.

Hierbei handelt es sich unter anderem um

- § 5 Abs. 1, 2 und 4 AufenthG (allgemeine Erteilungsvoraussetzungen, z. B. Lebensunterhaltssicherung) und

- § 7 Abs. 2 S. 2 AufenthG (Möglichkeit der nachträglichen Verkürzung der Aufenthaltskarte, wenn eine entscheidende Voraussetzung entfällt, z. B. die Lebensunterhaltssicherung)

Beides hält der Paritätische für problematisch: Es handelt sich dabei um einen Systembruch, da beide Normen ansonsten für Aufenthaltsrechte nach dem FreizügG an keiner Stelle anwendbar sind. Auch europarechtlich dürfte dies nicht unproblematisch sein. Denn diese Schlechterstellung der „nahestehenden Personen“ ist offenbar sogar nach der Rechtsauffassung der Bundesregierung kaum zulässig. In der Gesetzesbegründung zu Art. 1 Nr. 5 (S. 41 der Drucksache) schreibt die Bundesregierung an anderer Stelle, die „nahestehenden Personen“ seien

„so zu behandeln wie Familienangehörige. Auch der Europäische Gerichtshof geht davon aus, dass der Begriff Familienangehörige auch in anderen Bestimmungen der Richtlinie in dem Sinne verwendet wird, dass auch die Art. 3 Abs. 2 der Richtlinie 2004/38/EG aufgeführten sonstigen Familienangehörigen umfasst sind, ohne allerdings die anwendbaren Folgerechte abschließend zu benennen (...).“

Dann jedoch wäre insbesondere die Regelvoraussetzung des vollständig gesicherten Lebensunterhalts unzulässig – denn für „Familienangehörige“ von Unionsbürger*innen darf dieser gem. der UnionsRL normalerweise nicht vorausgesetzt werden.

Daher wäre naheliegend, die Voraussetzung der Existenzsicherung an die Regelungen anzulehnen, die auch für (Kern-)Familienangehörige von Unionsbürger*innen gelten: Danach wird das Vorhandensein ausreichender Existenzmittel nur bei den Familienangehörigen von nicht-erwerbstätigen Unionsbürger*innen vorausgesetzt (§ 3 Abs. 1 Satz 2 FreizügG) und in den anderen Fällen eine fortlaufende Unterhaltsleistung durch den*die Unionsbürger*in als ausreichend angesehen, die indes nicht die gesamte Existenzsicherung abdecken muss. Entsprechendes sollte auch für die anderen Familienangehörigen gelten.

Zur Lebensunterhaltssicherung gem. § 5 AufenthG gehört nach § 2 Abs. 3 AufenthG auch das Vorhandensein eines ausreichenden Krankenversicherungsschutzes. Aufgrund einer Besonderheit des deutschen Krankenversicherungsrechts wird der Verweis auf § 5 AufenthG allerdings dazu führen, dass in der Praxis in einem Großteil der Fälle weder eine gesetzliche noch eine private Krankenversicherung begründet werden kann:

- Denn für die „nahestehenden Personen“ besteht – mit Ausnahme der Pflegekinder – keine Möglichkeit einer gesetzlichen Familienversicherung gem. § 10 SGB V.
- Eine freiwillige Versicherung gem. § 9 SGB V ist (aufgrund fehlender Vorversicherungszeiten) ebenfalls ausgeschlossen.
- Eine gesetzliche Krankenversicherung gem. § 5 Abs. 1 Nr. 13 SGB V ist aus demselben Grund ebenfalls ausgeschlossen.
- Die Versicherung im Basistarif der Privatversicherungen gem. § 193 VVG ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ebenfalls nicht zugänglich, sofern der Personenkreis nicht dem Grunde nach der Privatversicherung zuzuordnen ist, wie etwa Beamte oder Selbstständige (BGH-Urteil I V Z R 5 5 / 1 4 vom 16. Juli 2014).

Und selbst, wenn in Einzelfällen eine gesetzliche Krankenversicherung abgeschlossen werden kann, können Leistungen der gesetzlichen Pflegeversicherung erst nach zwei Jahren Aufenthalt erbracht werden. Das Risiko der Absicherung im Krankheits- und Pflegefall würde somit zum einen vollständig privatisiert. Durch den Verweis auf § 5 AufenthG werden zudem Personen, die nicht erwerbstätig sein können, etwa aufgrund Alter, Pflegebedürftigkeit oder einer Behinderung, faktisch ausgeschlossen. Somit droht entgegen den Vorgaben des Unionsrechts die praktische Wirksamkeit der Neuregelung zu entfallen.

Wir schlagen daher vor, § 3a Abs. 1 Satz 2 zu streichen und stattdessen auf § 3 Abs. 1 Satz 2 FreizügG zu verweisen. Damit wäre klargelegt, dass ausreichende Existenzmittel als Voraussetzung für die nahestehenden Personen nur dann vorausgesetzt werden, wenn der*die Unionsbürger*in ein Freizügigkeitsrecht als Nicht-Erwerbstätige*r wahrnimmt.

Zu den anderen Aspekten des Gesetzentwurfs sieht der Paritätische von einer Stellungnahme ab.

Deutscher Bundestag

Ausschuss für Inneres und Heimat

Ausschussdrucksache

19(4)585 C



verband binationaler
familien und partnerschaften

Ass. jur. Swenja Gerhard

An die
Vorsitzende des Innenausschusses
des Deutschen Bundestages
Frau Andrea Lindholz, MdB
Platz der Republik 1
10117 Berlin

Frankfurt, den 1. Oktober 2020

Sehr geehrte Frau Lindholz,
ich übersende Ihnen hiermit meine

Schriftliche Stellungnahme

zur Anhörung im Innenausschuss des Deutschen Bundestages am 05.10.2020
zu dem folgenden Beratungsgegenstand:

Entwurf eines Gesetzes zur aktuellen Anpassung des Freizügigkeitsgesetzes/EU und weiterer Vorschriften an das Unionsrecht

BT-Drucksache 19/21750

Der Verband binationaler Familien und Partnerschaften, iaf e.V. dankt für die Gelegenheit zu den oben genannten Gesetzentwürfen Stellung nehmen zu können. Als interkultureller Familienverband arbeiten wir seit fast 50 Jahren an den Schnittstellen von Familien-, Bildungs- und Migrationspolitik. Wir halten ein bundesweites Beratungsangebot zu Themen des Zuwanderungsrechts, des Familienrechts, des Sozialrechts sowie zu psychosozialen Fragen vor. Auf der Basis von ca. 16.000 Beratungen jährlich erhalten wir Kenntnis über die rechtliche, emotionale und psychosozialen Situation von Einzelnen, Paaren und Familien, die mit den rechtlichen und tatsächlichen Rahmenbedingungen des Zuwanderungsrechts konfrontiert werden. Vor diesem Hintergrund nehme ich zu den vorliegenden Gesetzentwürfen Stellung.

In meinen Ausführungen beschränke ich mich auf die für den Verband binationaler Familien und Partnerschaften, iaf e.V. besonders relevanten geplanten Änderungen im Freizügigkeitsgesetz.

Der Verband binationaler Familien und Partnerschaften, iaf e.V. begrüßt das Bestreben der Bundesregierung, die unionsrechtlichen Verpflichtungen zur Erleichterung der Einreise und des Aufenthaltes für über die Kernfamilien hinausgehenden Familienangehörige und de facto Lebenspartner*innen in das nationale Recht umzusetzen. Diese Umsetzung ist längst überfällig und dringend notwendig.

Wir begrüßen daher ausdrücklich die mit dem vorliegenden Entwurf erstmalig geschaffene Möglichkeit der Einreise und des Aufenthaltes für de facto Lebenspartner*innen von Unionsbürgern, die im Gesetzentwurf als Lebensgefährt*innen bezeichnet sind. In anderen Teilen bleibt der nunmehr vorliegende Gesetzentwurf allerdings zumindest teilweise hinter den Erwartungen zurück.

Der Gesetzentwurf sieht in seiner jetzigen Fassung vor, dass andere „nahestehende Personen“ nach § 1 Abs. 1 Nr.5, Abs. 2 Nr.4 Freizügigkeitsgesetz des Unionsbürgers einreisen und sich in Deutschland aufhalten können. Die Normierung eines Rechts auf Einreise und Aufenthalt für diese Personengruppe dient der Umsetzung der Unionsbürgerrichtlinie und ist damit ein wichtiger und richtiger Schritt. Die geplante Regelung ist aber so restriktiv hinsichtlich der an die Einreise und den Aufenthalt geknüpften Voraussetzungen, dass sie als eher theoretischer Natur zu bezeichnen ist. Aus der Begründung des Gesetzentwurfes ergibt sich eine anzunehmende Zahl von maximal ca. 870 Visumsantragstellungen aufgrund der neu einzuführenden Regelung (Begründung VI. 4 Seiten 23,24). Wie die Begründung weiter ausführt ist von einer Ablehnungsquote von 15 Prozent auszugehen, so dass davon nur etwa 680 positiv beschieden würden. Eine Umsetzung der Unionsbürgerrichtlinie, deren Ziel es ausweislich des Erwägungsgrundes 6 ist „die Einheit der Familie im weiteren Sinne zu wahren“, ist hierin nicht zu sehen.

Wir regen daher eine weitere Überarbeitung des Gesetzentwurfes an.

I. Hintergrund

Hintergrund für die geplanten Novellierungen sind die bislang unzureichende Umsetzung 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* Unionsbürgerrichtlinie.

Die Unionsbürgerrichtlinie sieht in Artikel 3 Abs.2 a) vor, dass drittstaatsangehörigen Familienangehörigen unter weiteren Voraussetzungen (Unterhaltsgewährung im Herkunftsland des Familienangehörigen oder Zusammenleben in häuslicher Gemeinschaft oder zwingend notwendige persönliche Pflege) des Unionsbürgers die Einreise und der Aufenthalt **erleichtert** werden soll.

Gleichfalls erleichtert werden soll nach Artikel 3 Abs. 2 b) Unionsbürgerrichtlinie die Einreise und der Aufenthalt „des Lebenspartners, mit dem der Unionsbürger eine ordnungsgemäß bescheinigte dauerhafte Beziehung eingegangen ist.“

Weder das Freizügigkeitsgesetz noch das Aufenthaltsgesetz sehen bislang eine Einreise und einen Aufenthalt von Lebenspartner*innen im Sinne des Artikels 3 Abs. 2 b) Unionsbürgerrichtlinie vor. Bislang fehlt es an einer Umsetzung der Richtlinie völlig. Die Umsetzung des Artikels 3 Abs. 2 Buchstabe a Unionsbürgerrichtlinie für Familienangehörige der Seitenlinien (Geschwister, Onkel, Tante, Nefte usw.) in deutsches Recht ist nicht ausreichend. Gegen die Bundesrepublik Deutschland ist daher ein Vertragsverletzungsverfahren der Europäischen Kommission (Nummer 2011/2086) anhängig, dass die Umsetzung des Artikels 3 Absatz 2 der Richtlinie 2004/38/EG (Freizügigkeitsrichtlinie) sowie der damit korrespondierenden Formvorschriften des Artikels 10 Absatz 3 Buchstabe e und f der Freizügigkeitsrichtlinie betrifft. Der hierdurch entstandene Druck auf die Bundesrepublik Deutschland ist Hintergrund der geplanten Novellierung.

Dringender Regelungsbedarf ist infolge der Ratifizierung des Abkommens über den Austritt des Vereinigten Königreichs Großbritannien und Nordirland aus der Europäischen Union und der Europäischen Atomgemeinschaft Regelungsbedarf entstanden, dem in Übereinstimmung mit den zwingenden Vorgaben des Abkommens nachgekommen werden muss.

Im Einzelnen:

Zu § 1 Gesetzentwurf:

Der Gesetzentwurf unterscheidet in § 1 Abs. 2 Nr.3 und 4 Freizügigkeitsgesetz „Familienangehörige“ von „nahestehenden Personen“. Dies ist besonders kritikwürdig, wenn man die Verwandten im Sinne des § 1589 des Bürgerlichen Gesetzbuches (Geschwister, Onkel, Tante, Nefte usw.) und ledige minderjährige Kinder, die in einem Vormundschafts- oder Pflegekindverhältnis zum Unionsbürger stehen, betrachtet. Damit wird der Blick nur auf die traditionelle Kleinfamilie, deren Bild auch in Deutschland schon längst ins Wanken geraten ist gerichtet (siehe hierzu: Essay von Judith Luig vom 5.3.2020 unter: <https://www.zeit.de/gesellschaft/familie/2020-03/familienmodelle-standardmodell-patchwork-homoehe-adoptionsrecht>). Ganz selbstverständlich reden wir heute unter anderem von Patchworkfamilien, in denen Kinder mehr als einen Vater und eine Mutter haben oder von Einelternfamilien. Wir wissen längst, wie wichtig Familie werden kann, wenn es um die Betreuung von Kindern, bei Krankheit, Trennung und Scheidung oder in Zeiten persönlicher Krisen geht- wenn wir auf ein starkes, gewachsenes Netz der Verbundenheit zurückgreifen müssen. Der Komplexität und der Veränderung des Bildes der Familie muss hier Rechnung getragen werden.

Wir schlagen daher eine Änderung des Begriffs „nahestehende Person“ in „andere Familienangehörige“ vor.

Zu § 3 a Gesetzentwurf:

Die geplante Regelung des § 3 a Freizügigkeitsgesetz legt fest unter welchen Voraussetzungen „nahestehenden Personen“ eines in Deutschland lebenden Unionsbürgers die Einreise und der Aufenthalt gewährt werden kann. Es handelt sich also um eine Ermessensentscheidung, wobei der entscheidenden Behörde ein weitgehender Ermessensspielraum eingeräumt wird. Das Ermessen

findet aber seine Grenze nach dem Gedanken der Unionsbürgerrichtlinie dort, wo Einreise und Aufenthalt nicht erleichtert, sondern nahezu unmöglich gemacht werden.

Drei Fallkonstellationen nennt der Gesetzentwurf:

- der Unionsbürger der nahestehenden Person zum Zeitpunkt der erstmaligen Antragstellung seit mindestens zwei Jahren und nicht nur vorübergehend Unterhalt gewährt hat (§ 3 a Abs. 1 a) Freizügigkeitsgesetz
- der Unionsbürger mit der nahestehenden Person in dem Staat, in dem der andere Verwandte vor der Verlegung des Wohnsitzes nach Deutschland gelebt hat oder lebt, in häuslicher Gemeinschaft gelebt hat und die häusliche Gemeinschaft zwischen dem Unionsbürger und der nahestehenden Person mindestens zwei Jahre bestanden hat, § 3a Abs. 1 b) Freizügigkeitsgesetz
- nicht nur vorübergehend schwerwiegende gesundheitliche Gründe zum Antragszeitpunkt die persönliche Pflege der nahestehenden Person durch den Unionsbürger zwingend erforderlich machen, § 3 a Abs. 1 c) Freizügigkeitsgesetz.

Unklar ist, warum sich zwischen § 3 a Abs. 1 b) und § 3 a Abs. 1 c) im Gesetzentwurf ein „**oder**“ befindet. Bedeutet dies, dass Unionsbürger*innen nahestehenden Personen sowohl seit zwei Jahren regelmäßig Unterhalt geleistet als auch mit ihnen in häuslicher Gemeinschaft gelebt haben müssen? Diese Auslegung widerspricht der Rechtsprechung des EuGHs in der Sache „Rahman“ C-83/11 Rdn. 29. Dennoch lässt das Fehlen eines „oder“ Raum für Auslegungen und schafft Rechtsunsicherheit. Hier ist Klarheit zu schaffen.

Gemäß der Unionsbürgerrichtlinie soll nahestehenden Personen des Unionsbürgers die Einreise und der Aufenthalt tatsächlich gegenüber anderen Drittstaatsangehörigen erleichtert werden. § 3 a Abs. 1 a) des Entwurfs sieht die zweijährige Gewährung von Unterhalt an die nahestehende Person vor. Dass Unterhalt bereits vor der Einreise nach Deutschland dem drittstaatsangehörigen Familienangehörigen gewährt werden muss, findet sich bereits im jetzigen Freizügigkeitsgesetz in § 3 Abs. 2 Nr.2. Die Kriterien, die an diese Unterhaltserbringung gestellt werden, wurden in der Vergangenheit durch die Rechtsprechung des EuGH konkretisiert (siehe m. w. N. Dienelt OnlineKommentar zum Freizügigkeitsgesetz/EU, § 3, II) und führen in der Praxis dazu, dass es nur zu einer sehr begrenzten Anzahl von Nachzügen zu Unionsbürger*innen kommt. Warum nun noch das Erfordernis des Nachweises der zweijährigen Unterhaltsgewährung eingeführt werden muss, ist daher unklar. Zu bedenken ist, dass die Unionsbürgerrichtlinie selbst insoweit keine zeitlichen Vorgaben einer Unterhaltsgewährung vorsieht. Die zwei Jahres Grenze ist vielmehr willkürlich gesetzt und wird nur einem sehr ausgesuchten und begrenzten Personenkreis den Nachzug einer nahestehenden Person ermöglichen.

Nach dem neuen § 11 Absatz 5 des Freizügigkeitsgesetzes soll zudem § 5 des Aufenthaltsgesetzes entsprechend angewendet werden. Dies bedeutet, dass die Erteilung eines Rechts auf Aufenthalt ohnehin in der Regel an die Sicherung des Lebensunterhaltes geknüpft ist. Die Lebensunterhaltssicherung umfasst gemäß § 2 Abs. 3 Aufenthaltsgesetz auch den ausreichenden Krankenversicherungsschutz. Insoweit es sich bei diesen Personen um Menschen handelt, die einer Erwerbstätigkeit in Deutschland nachgehen können, erscheint die Forderung noch angemessen, soweit der Einzelfall Berücksichtigung findet. Vollkommen unverständlich ist aber, wie die

Personengruppe der pflegebedürftigen und von Krankheit betroffenen, also der besonders vulnerablen „nahestehenden Personen“ diese Voraussetzung erfüllen soll. Dies ist faktisch nicht möglich, da sie selbst nicht erwerbstätig sein können. Der Abschluss einer Krankenversicherung ist hier in der Regel nicht möglich. Auch ein Rückgriff auf die verwandten Unionsbürger*innen ist auf Dauer nicht denkbar und lebensfremd. Folge wäre, dass schwerwiegend erkrankte und pflegebedürftige Menschen Deutschland wieder verlassen müssten. Das kann nicht Sinn der Regelung sein. Zeitliche Vorgaben zum Zusammenleben und zur Unterhaltsgewährung müssen Ausnahmen zulassen, zumal die Intensität und Stabilität einer familiären Bindung nicht allein anhand dieser Kriterien zu bestimmen sind.

Wir schlagen daher vor, Ausnahmen von der Lebensunterhaltssicherung in den Fällen des § 3a Abs. 1 c) Freizügigkeitsgesetz festzuschreiben.

Zu § 5 a Abs. 3 Freizügigkeitsgesetz:

§ 5 a des vorliegenden Entwurfs lässt in seiner jetzigen Formulierung, das Recht auf Einreise und Aufenthalt „nahestehender Personen“ nahezu in Leere laufen. § 5 a legt fest, dass antragstellende „nahestehende Personen“ den Nachweis der für die Erteilung eines Aufenthaltsrechts wichtigen Voraussetzungen durch „Dokumente“ des Herkunftsstaates erbringen müssen. Aber wer soll die Dokumente oder Bescheinigungen ausstellen? Eine ausländische Behörde? In welcher Form?

Nachzuweisen sind eine mindestens zweijährige Unterhaltsgewährung, ein Zusammenleben in häuslicher Gemeinschaft mit dem Unionsbürger von mindestens zwei Jahren oder eine Pflegebedürftigkeit, die eine Pflege durch den Unionsbürger zwingend notwendig macht.

Der Nachweis finanzieller Unterstützung ist problematisch. Viele unserer Klient*innen (u.a. eritreische Staatsangehörige) berichten, dass sie ihre Familie oder einzelnen Mitgliedern derselben im Herkunftsstaat finanziell unterstützen. Nur wenige tun dies über Geldüberweisungen oder ähnliches, sondern viele vertrauen darauf, dass Bargeld über ins Herkunftsland reisende Bekannte oder Familienangehörige an die Familie weitergegeben wird. Dies geschieht auch, um zu verhindern, dass der „Empfängerstaat“ Gelder ggf. einbehält.

Wie das Zusammenleben in häuslicher Gemeinschaft im Ausland ggf. in einem Drittstaat von den Antragsteller*innen nachgewiesen werden kann, ist aus unserer Sicht eine offene Frage. Ein Meldesystem wie in Deutschland kennen nur die wenigsten Staaten. Auch Staaten wie Australien, die USA, Neuseeland oder Großbritannien kennen kein zentrales Melderegister. Es ist daher davon auszugehen, dass entsprechende Dokumente für den Nachweis einer häuslichen Gemeinschaft in den meisten Fällen so nicht beizubringen sein dürften, denn wer soll das Zusammenleben bescheinigen?

Eine unverhältnismäßig hohe Hürde wird an den Nachweis über das Bestehen einer dauerhaften Beziehung gestellt. Die Entwurfsbegründung (Seite 42 zu Buchstabe b) führt hier an, dass ein Auszug aus dem Melderegister allein nicht ausreicht.

Selbstverständlich sind gemeinsame Kinder, gemeinsamer Immobilienbesitz (wo die Landesgesetze dies Ausländern gestatten), gemeinsame Konten ein Indiz für ein längerfristiges Zusammenleben.

Aber wie viele Paare besitzen im Ausland ein gemeinsames Haus oder verfügen in jungen Jahren über Vermögenswerte? Ein solcher Nachweis ist wohl nur in den wenigsten Fällen zu erbringen.

Wir schlagen daher vor, dass die Voraussetzungen eines Nachzugs von Antragsteller*innen nicht nachgewiesen, sondern „nur“ glaubhaft gemacht werden müssen.

KOK e.V. | Lützowstraße 102-104, Hof 1, Aufgang A, 3.OG | 10785 Berlin

Deutscher Bundestag
Ausschuss für Inneres und Heimat
Platz der Republik 1
11011 Berlin

Lützowstraße 102-104
Hof 1, Aufgang A, 3. OG
10785 Berlin

Telefon 030.26 39 11 76
Telefax 030.26 39 11 86

info@kok-buero.de
www.kok-gegen-menschenhandel.de/

01.10.2020

Stellungnahme des Bundesweiten Koordinierungskreis gegen Menschenhandel – KOK e.V. anlässlich der Anhörung zum [Gesetzentwurf der Bundesregierung zur aktuellen Anpassung des Freizügigkeitsgesetzes/EU und weiterer Vorschriften an das Unionsrecht \(Drucksache 19/21750\)](#) am 05.10.2020 im Ausschuss für Inneres und Heimat.

Der Bundesweite Koordinierungskreis gegen Menschenhandel - KOK e.V. bedankt sich für die Möglichkeit zu den geplanten Anpassungen im Rahmen dieser Anhörung Stellung nehmen zu dürfen.

Der KOK setzt sich für Betroffene von Menschenhandel und für von Gewalt betroffene Migrantinnen*ein. Der KOK vernetzt erfolgreich die Mehrheit der in diesem Bereich tätigen deutschen NGOs; Mitgliedsorganisationen sind neben spezialisierten Fachberatungsstellen für Betroffene von Menschenhandel auch andere Organisationen, die sich mit diesem Themenbereich auseinandersetzen. Der KOK versteht sich dabei als Interessenvertretung, die sich auf regionaler, nationaler und internationaler Ebene für die Bekämpfung von Menschenhandel und Ausbeutung sowie für die Durchsetzung der Rechte Betroffener einsetzt. Die Stärkung der Rechte und der Schutz der Betroffenen stehen dabei im Fokus.

Der Bundesweite Koordinierungskreis gegen Menschenhandel - KOK e.V. spricht sich gegen die Einfügung des § 11 Abs. 14 S. 2 FreizügG-EU aus. Dies soll im Folgenden begründet werden.

Diese Einfügung würde sich negativ auf besonders schutzwürdige Personengruppen aus der EU, wie Betroffene von Menschenhandel auswirken und ihnen den Zugang zu Sozialleistungen, die das menschenwürdige Existenzminimum (Art. 1 GG iVm. Art. 20 GG) sicherstellen sollen, zusätzlich erschweren.

Finanzamt für Körperschaften | Berlin
Steuernummer: 27/670/62925

Als gemeinnützig anerkannt

Amtsgericht Charlottenburg
VR 26389 B (eingetragener Verein)

Bankverbindung/Spendenkonto

Evangelische Bank eG

IBAN: DE43 5206 0410 0003 9110 47

BIC: GENODEF1EK1

Auch bisher ist es in der Praxis für EU-Bürger*innen, die von Menschenhandel betroffen sind, häufig mit großen Herausforderungen verbunden, Leistungen nach dem SGB II zu beziehen.

Oftmals lehnt das Jobcenter diese Leistungen mit der Begründung ab, die Leistung beantragende Person würde sich in Deutschland ausschließlich zum Zwecke der Arbeitssuche aufhalten (§ 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 b) SGB II), wenn sie keine anderen Aufenthaltstitel aufweisen kann und auch keinen Daueraufenthalt in Deutschland hat.

Diesem Verständnis des § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 b) SGB II, ist das Bundessozialgericht in seiner Rechtsprechung ([BSG, Urteil vom 30.1.2013, B 4 AS 54/12 R](#)) entgegengetreten. Es stellte fest, dass "fiktiv" zu prüfen sei, ob der Tatbestand eines anderen Aufenthaltsrechts erfüllt sei. Das Erfüllen dieses Tatbestandes sei ausreichend, so dass der Ausschluss des § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 b) SGB II nicht greife und die Person sich nicht nur zum Zwecke der Arbeitssuche in Deutschland aufhalte.

Mit Bezug auf diese Rechtsprechung ist es den Jobcentern möglich individuell auf die Leistungen beantragende Personen einzugehen und die "fiktive" Prüfung von Aufenthaltsrechten bei Betroffenen von Menschenhandel anzuwenden. Es könnten beispielsweise die Aufenthaltsrechte des § 25 Abs. 4a AufenthG oder § 59 Abs. 7 AufenthG geprüft werden und den Betroffenen für die Dauer des Erfüllens der Tatbestände Leistungen gewährt werden.

Durch den qua Gesetzentwurf geplanten § 11 Abs. 14 S. 2 FreizügG-EU würde diese Möglichkeit einer "fiktiven" Prüfung eines Aufenthaltsrechtes entfallen, denn die Betroffenen müssten tatsächlich ein solches Aufenthaltsrecht vorweisen.

Schon heute entstehen Schwierigkeiten für Betroffene, in Fällen bei denen Jobcenter nicht im Einklang mit der dargestellten Rechtsprechung handeln, sondern tatsächliche Aufenthaltstitel fordern:

EU-Bürger*innen, die von Menschenhandel betroffen sind und sich oftmals gerade erst aus den ausbeuterischen Umständen lösen konnten und in ohnehin belastenden Situationen befinden, müssen sich so in der Folge häufig auf erschöpfende Art und Weise mit mehreren Behörden auseinandersetzen.

Ein häufiger Ablauf gestaltet sich wie folgt:

Zunächst beantragt die Betroffene Leistungen nach dem SGB II beim Jobcenter und wird hier aus oben genannten Gründen abgelehnt. Sie ist sodann aufgefordert bei der Ausländerbehörde einen anderen Aufenthaltstitel zu beantragen. Dieser wird der Person zunächst nicht gewährt werden, da sie EU-Bürger*in ist und so das FreizügG-EU vorrangig ist, siehe § 11 Abs. 1 S. 11

FreizügG-EU. Das AufenthG ist nur anwendbar, wenn es günstigere Aufenthaltstitel verspricht, oder wenn die EU-Bürger*in den Verlust ihres Freizügigkeitsrecht von der Ausländerbehörde feststellen lässt, § 5 Abs. 4 FreizügG-EU.

Regelmäßig wird die Ausländerbehörde folglich keinen Aufenthaltstitel erteilen, der grds. für Drittstaatsangehörige geschaffen wurde.

Für die betroffene Person ist nun schon viel Zeit verstrichen und sie hat nach wie vor nicht die Möglichkeit, Leistungen zu erhalten und sich abzusichern.

Auch steht sie jetzt vor einer schwierigen Entscheidung. Sie könnte auf ihre Freizügigkeit gem. § 5 Abs. 4 FreizügG-EU verzichten, um einen der o.g. Aufenthaltstitel zu beantragen.

Konsequenz des Verlusts des Freizügigkeitsrechts wäre allerdings, dass sie ausreisepflichtig würde, § 7 Abs. 1 FreizügG-EU.

Sie würde somit ein hohes Risiko eingehen, dass ihre Ausreisepflicht vollzogen würde, da nicht gesichert ist, dass sie einen der o.g. Aufenthaltsmöglichkeiten auch tatsächlich erhält. Das Risiko an sich ist bereits eine große Belastung für die betroffene Person.

Im Rahmen der Bedenkfrist des § 59 Abs. 7 AufenthG erhalten Betroffene regelmäßig nur eine Duldung. Sie sind also grds. ausreisepflichtig, da eine Duldung nur eine vorübergehende Aussetzung der Abschiebung beinhaltet. Dafür müssen sie ihre Freizügigkeitsberechtigung abgeben.

An den Aufenthaltstitel nach § 25 Abs. 4a AufenthG sind teils hohe Anforderungen geknüpft, so muss u.a. die Staatsanwaltschaft bestätigen, dass in einem möglichen Verfahren die betroffene Person als Zeugin benötigt wird. Zwischen der ersten Aussage und einem möglichen gerichtlichen Verfahren liegt allerdings oftmals ein großer zeitlicher Abstand, sodass die Staatsanwaltschaft in dieser Zwischenzeit oftmals diese Bestätigung nicht erteilt, oder sie die Person dann doch nicht als Zeugin braucht, da das Verfahren eingestellt wird.

Zudem ist auch diese Aufenthaltsgenehmigung grds. nur von vorübergehender Dauer des Verfahrens vorgesehen. Auch hierbei fällt es schwer, eine Verbesserung zur Freizügigkeit zu sehen.

Mit dem Verzicht auf die Freizügigkeit besteht also für eine EU-Bürger*in, die von Menschenhandel betroffen ist, ein tatsächliches Risiko, dass ihre Ausreisepflicht vollzogen würde und sie am Ende keinerlei Sozialleistungen erhält.

Der KOK gibt zu bedenken:

Zum einen sind die betroffenen Personen oft sehr instabil und traumatisiert. Vielfach ist auch die Unterbringung nicht gesichert, solange der Leistungsbezug nicht geklärt ist. Zum Teil müssen spezialisierte Fachberatungsstellen in Vorleistung gehen, wobei dies vielfach aufgrund knapper finanzieller Ressourcen kaum möglich ist, sodass die Betroffenen von Menschenhandel behelfsmäßig teils z.B. in Obdachlosenunterkünften untergebracht werden müssen. Dabei sind sie auf Schutz und Unterstützung – sichere Unterbringung, Leistungen zum Lebensunterhalt, medizinische Versorgung, psychosoziale Beratung und Begleitung durch Fachberatungsstellen – angewiesen, um sich zu erholen und das Erlebte zu verarbeiten.

Schließlich würden auch Drittstaatsangehörige besser behandelt, als EU-Bürger*innen, da ihnen oftmals noch andere Duldungen aus humanitären Gründen oder eine Fiktionsbescheinigung zur Überbrückung erteilt werden können, bis z.B. die Bestätigung der Staatsanwaltschaft für § 25 Abs. 4a AufenthG vorliegt.

Diese Benachteiligung von EU-Bürger*innen widerspräche der Meistbegünstigungsklausel gem. § 11 Abs. 1 S. 11 FreizügG-EU, die eine Schlechterstellung von EU-Bürger*innen verbietet, sowie der Verpflichtung zur Sicherung des menschenwürdigen Existenzminimums gem. Art. 1 GG iVm. Art. 20 GG ([BVerfG, Urteil vom 18. Juli 2012 - 1 BvL 10/10](#)).

Die Möglichkeit von EU-Bürger*innen, die Betroffene von Menschenhandel sind, Leistungen beziehen zu können, sollte nicht noch weiter verschlechtert werden, sondern vielmehr verbessert werden.

Dies wird aber durch die bereits jetzt unklare Rechtslage bzw. unterschiedlichen Auslegungen der Jobcenter und Ausländerbehörden häufig erschwert bis verhindert. Mit den geplanten Regelungen wird die Situation zusätzlich erschwert.

Aus diesen Gründen sollte eine Rechtsprechung wie die des Landessozialgerichts in Münster von Februar 2018 ([Landessozialgericht NRW, L 7 AS 2380/17 B ER & L 7 AS 2381/17 B](#)) unterstützt werden, die auf die Bedürfnisse der Betroffenen einging und “fiktiv” ein Aufenthaltsrecht prüfte und der Betroffenen von Zwangsprostitution Leistungen nach dem SGB II zusprach, während einer psychosozialen Stabilisierungsfrist mit Bezug auf ihr Trauma durch die Zwangsprostitution. Das Gericht nahm dabei Bezug auf die Meistbegünstigungsklausel gem. § 11 Abs. 1 S.11 FreizügG-EU, welches besagt, dass das AufenthG auch dann Anwendung findet, wenn es eine günstigere Rechtsstellung vermittelt als das FreizügG. In diesem Sinne solle eine Ausnahme vom Leistungsausschluss nach § 7 Abs. 1 S. 2 SGB II gemacht werden, indem im

Verfahren über einen Anspruch auf Leistungen nach dem SGB II auch ohne Einschaltung der Ausländerbehörde das Aufenthaltsrecht nach dem AufenthG geprüft werden solle.

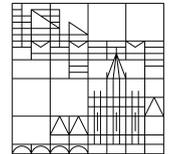
Eine solche Rechtsprechung sollte also durch die Gesetzgebung unterstützt und nicht unterlaufen werden, da sie dem Opferschutz dient und mittelbar auch dem Strafverfahren.

Der Schutz von Betroffenen von Menschenhandel muss schwerer wiegen als die Gefahr der Widersprüche zwischen dem Jobcenter und der Ausländerbehörde. Insbesondere da Betroffene von Menschenhandel oft nicht über ihre Rechte informiert sind, und diese auch oft nur mit Unterstützung spezialisierter Fachberatungsstellen durchsetzen können. Der Verwaltungsaufwand ist bereits hoch, kompliziert und schwer zu durchschauen. Diese Gefahr ist folglich sehr gering und rechtfertigt nicht die Verschlechterung der Situation von besonders schutzbedürftigen Personen.

EU-Bürger*innen, die Opfer dieser schweren Menschenrechtverletzung geworden sind müssen geschützt werden und ihre Rechte in Anspruch nehmen können. Die vorgeschlagene Streichung der „fiktiven“ Prüfung des Aufenthaltsrechts würde dies zusätzlich erschweren und ist sozialpolitisch verfehlt.

Wir empfehlen eine Streichung des Vorschlags des § 11 Abs. 14 S. 2 FreizügG-EU auszusprechen.

Des Weiteren verweisen wir auf die [Stellungnahme des Paritätischen Gesamtverbands vom 28.08.2020](#).



Stellungnahme für die Öffentliche Anhörung des Innenausschusses des Deutschen Bundestags am Montag, den 5. Oktober 2020 über den

Entwurf eines Gesetzes zur aktuellen Anpassung des Freizügigkeitsgesetzes/EU und weiterer Vorschriften an das Unionsrecht, [BT-Drs. 19/21750](#) v. 19.8.2020.

Ich bedanke mich für die Einladung seitens des Innenausschusses und äußere mich wie folgt zu Hintergrund und Einzelfragen des Gesetzentwurfs.

I. Vorbemerkung	2
1. Probleme der Unionsbürgerfreizügigkeit in Randbereichen	2
2. Neustrukturierung einzelner Paragraphen	3
II. Einzelheiten	4
1. Nahestehende Personen	4
2. Britische Staatsangehörige	6
a. <i>Rechtsstatus von „Alt-Briten“</i>	7
b. <i>Künftige Regelung für „Neu-Briten“</i>	8
3. BAföG für deutsche Studierende im Vereinigten Königreich	9
4. Gesundheitsgefahren	10
5. Übereinstimmung von Aufenthalts- und Sozialrecht	11
6. Sonderkonstellationen deutscher Staatsangehöriger	13

I. VORBEMERKUNG

1. Probleme der Unionsbürgerfreizügigkeit in Randbereichen

In der öffentlichen Diskussion wird vielfach unterschätzt, dass die Unionsbürgerfreizügigkeit der statistisch wichtigste Zuwanderungskanal in die Bundesrepublik ist. In den vergangenen zehn Jahren wuchs der Anteil der EU-Bürgerinnen und Bürger in der Bundesrepublik stetig von 2,56 auf zuletzt 4,88 Millionen Personen an.¹ Besonders viele Personen kamen während dieses Zeitraums als Arbeitskräfte aus den Staaten Mittel- und Osteuropas. Sie tragen zum Erfolg der deutschen Wirtschaft bei und sind im vergleichsweise geringen Umfang arbeitslos oder beziehen als Aufstockende ergänzende Sozialleistungen.² Umgekehrt gibt es, exemplarisch in der Fleischindustrie, auch prekäre Arbeitsverhältnisse, hinsichtlich derer bessere Kontrollen und ggfls. geänderte rechtliche Rahmenbedingungen angezeigt sind. Sonstige gesellschaftliche Konfliktlagen bestehen allenfalls am Rande. Die **Unionsbürgerfreizügigkeit ist ein ökonomischer und soziokultureller Erfolg.**

Auch rechtlich bestehen heutzutage Problemlagen allenfalls in Randbereichen, seit der Bundesgesetzgeber im Jahr 2004 entschied, im Rahmen des Zuwanderungsgesetzes ein spezielles Rechtsregime für EU-Bürgerinnen und -Bürger einzurichten, das sich grundlegend von den allgemeinen Regeln des Aufenthaltsgesetzes unterscheidet.³ Zum einen besteht eine sozialrechtliche Diskussion, ob **Unionsbürger, die zur Arbeitsuche eingereist sind, aber keine Arbeit finden, von Sozialleistungen ausgeschlossen** werden dürfen. Im Anschluss an mehrere Urteile des EuGH entschied der Bundestag im Jahr 2016, in diesen Fällen grundsätzlich keinen Zugang zu Hartz IV-Leistungen (SGB II) bzw. der Sozialhilfe (SGB XII) zu gewähren.⁴ Die Gerichte folgen dieser Position grundsätzlich,⁵ auch wenn teilweise eine andere Auffassung vertreten wird, über deren Überzeugungskraft letztendlich das BVerfG in Karlsruhe wird entscheiden müssen.⁶ In einem speziellen Randaspekt betrifft der vorliegende Gesetzentwurf eben diese Thematik (siehe II.5.).

Zum anderen ergeben sich juristische Probleme, wenn die großzügigen EU-Freizügigkeitsregeln sich von den strengeren Vorgaben unterscheiden, die das deutsche AufenthG sowie die europäischen Harmonisierungsrichtlinien für Drittstaatsangehörige vorsehen. Hierbei geht es

¹ Vgl. Destatis, Ausländische Bevölkerung, [Fachserie 1 Reihe 2 – 2019](#), April 2020, S. 23-34.

² Siehe Bundesagentur für Arbeit, Arbeitsmarkt für Ausländer (Monatszahlen), [Dezember 2019](#); sowie die Antwort der Bundesregierung auf eine Kleine Anfrage der Fraktion der AfD: Statistische Daten zu den verschiedenen Beziehern von Hartz IV und weiterer Formen der Grundsicherung, [BT-Drs. 19/1273](#) v. 20.3.2018.

³ Vgl. Gesetz über die allgemeine Freizügigkeit von Unionsbürgern vom 30.7.2004 ([Freizügigkeitsgesetz/EU – FreizügG/EU](#)) ([BGBl. 2004 I 1950, 1986](#)) mit späteren Änderungen.

⁴ Vgl. Gesetz v. 21.12.2016 ([BGBl. 2016 I 3155](#)).

⁵ Etwa LSG Hessen, Beschl. v. 7.3.2019, [L 7 AS 7/19](#); LSG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 7.1.2019, [L 23 SO 279/18 B ER](#); Bayerisches LSG, Beschl. v. 13.10.2015, [L 16 AS 612/15 ER](#), Rn. 38-47; LSG Baden-Württemberg, Beschl. v. 29.6.2015, [L 1 AS 2338/15 ER-B](#), Rn. 46; LSG Nordrhein-Westfalen, Beschl. v. 16.3.2017. L 19 AS 190/17 B ER, Rn. 40 f.

⁶ Näher [Daniel Thym](#), Migrationsfolgenrecht, [Veröffentlichungen der Vereinigung Deutscher Staatsrechtslehrer 76 \(2017\)](#), 169 (186-195).

freilich um **Sonderkonstellationen der Überschneidung von Freizügigkeitsregime und Aufenthaltsrecht**, die tatsächlich vergleichsweise wenig Personen betreffen, juristisch aber dennoch regelmäßig zu Diskussionen führen. Dies gilt insbesondere für verschiedene Aspekte des Familiennachzugs sowie für die Staatsangehörigen assoziierter Länder. Der Gesetzentwurf betrifft in mehrfacher Hinsicht diese Thematik hinsichtlich des Familiennachzugs nahestehender Personen (II.1.), mit Blick auf den Brexit (II.2., 3.) sowie die spezielle Konstellation einer Rückkehr von Deutschen (II.6.).

2. Neustrukturierung einzelner Paragraphen

Seit einigen Jahren zeigt sich im Migrationsrecht die Tendenz, dass – ungeachtet der politischen Forderung nach einer Vereinfachung des Aufenthaltsrecht – die einfachgesetzlichen Regelungen immer länger werden und gerade im Asylrecht bisweilen so kompliziert sind, dass die Rechtslage nur schwer zu verstehen ist. Der vorliegende Gesetzentwurf fügt sich in diese Entwicklung und tritt ihr zugleich entgegen. Auf der einen Seite werden einige **neue und lange Paragraphen eingeführt**. Art. 1 des Gesetzentwurfs zur Änderung des Freizügigkeitsgesetzes ist mit beinahe 3000 Wörtern länger als die Erstfassung des Gesamtgesetzes aus dem Jahre 2004, die knapp 2000 Wörter umfasst hatte.

Auf der anderen Seite **strebt der Entwurf nach Verständlichkeit**. Die Definitionen werden in § 1 FreizügG/EU-E gebündelt; auch § 11 wird anstelle zahlreicher Sätze durch Absätze vergleichsweise klar gegliedert, auch wenn deren Inhalt aufgrund der Verweise redaktionell zwangsläufig nicht aus sich heraus verstanden werden kann. Zu begrüßen ist, dass eigene Begriffe gewählt werden, die **missverständliche Formulierungen der Freizügigkeitsrichtlinie vermeiden**, wenn diese etwa eingetragene und sonstige „Lebenspartner“ nicht nur in der deutschen Sprachfassung gleich benennt (Art. 2 Nr. 2 Buchst. b, Art. 3 Abs. 2 UAbs. 1 Buchst. b RL 2004/38/EG). Bei Letzteren von „Lebensgefährt/in“ zu sprechen (§ 1 Abs. 2 Nr. 2, Nr. 4 Buchst. c FreizügG/EU-E), umgeht die Verwechslungsgefahr – und entspricht im Übrigen der Terminologie, die in der deutschen Rechtsordnung gebräuchlich ist.

Hierbei bekräftigt der Gesetzentwurf, dass es **strukturelle Gründe für die zunehmende Komplexität** gibt, die allein der Wunsch nach einfachen Gesetzen nicht beheben kann. *Ers*ens zwingt das Europarecht vielfach zur Komplexität, wenn in diesem Fall etwa Art. 3 Abs. 2 der Freizügigkeitsrichtlinie und die hieran anschließende EuGH-Rechtsprechung verlangen, dass im nationalen Recht die Kriterien aufgelistet werden. Eine kurze und schlanke Norm wie § 36 Abs. 2 AufenthG reicht in diesem Fall nicht mehr aus, auch wenn der EuGH den Mitgliedstaaten durchaus Spielraum für kurze Umsetzungsnormen lässt.⁷ *Zweitens* drängt die Politik vielfach auf Sonderregelungen, um Einzelgerechtigkeit zu gewährleisten und politische

⁷ Vermutlich hätte auch eine allgemeine und großzügigere Neufassung des § 36 Abs. 2 AufenthG ausgereicht; traditionell lässt der EuGH bei der Richtlinienumsetzung allgemeine Grundsätze ausreichen, soweit individuelle Rechte der Kontur nach klar erkennbar sind; vgl. EuGH, *Kommission/Deutschland*, 29/84, [EU:C:1985:229](#), Rn. 23; und EuGH, *Kommission/Österreich*, C-194/01, [EU:C:2004:248](#), Rn. 37-39.

Kompromisse festzuzurren. Dies gilt vorliegend mit Blick auf den Brexit, der infolge politischer Kompromisse diffizile Sonderregelungen verlangt. *Drittens* scheut die Politik zunehmend davor zurück, der Verwaltung durch abstrakte Formulierungen eigene Entscheidungsspielräume zu belassen; stattdessen werden detaillierte Vorgaben getätigt. Dies kann im Interesse einer gleichförmigen Rechtsanwendung legitim sein, so wie vorliegend mit Blick auf die Voraussetzung für den Nachzug nahestehender Personen. Die zwangsläufige Folge derartiger Detailregelungen sind jedoch lange Gesetze.⁸

II. EINZELHEITEN

1. Nahestehende Personen (Art. 1 Nr. 1-7; insb. § 3a i.V.m. § 1 Abs. 2 Nr. 4, § 4a, § 5 Abs. 7, § 5a FreizügG/EU-E)

Seit den 1960er Jahren enthält das europäische Freizügigkeitsrecht überaus **großzügige Regeln für den Familiennachzug**, die in einem deutlichen Kontrast zu den EU-Vorgaben für den Familiennachzug zu Drittstaatsangehörigen stehen. Familienangehörige von Unionsbürgern besitzen ein prinzipiell unbedingtes Zuzugsrecht, soweit ein „Sponsor“ freizügigkeitsberechtigt ist, etwa als Arbeitskraft.⁹ Nicht erforderlich sind zum Beispiel ein gesicherter Lebensunterhalt für die Gesamtfamilie oder einfache deutsche Sprachkenntnisse beim Ehegattennachzug, die das deutsche und europäische Recht gegenüber Drittstaatsangehörigen im Normalfall vorsehen.¹⁰ Diese Regeln erfassen die Kernfamilie ebenso wie einige weitere Personen, insbesondere in Fällen der Unterhaltsgewährung (Art. 1 Nr. 2, Art. 5 ff. Freizügigkeitsrichtlinie 2004/38/EG; § 1 Abs. 1 Nr. 3, § 3 FreizügG/EU-E).

Diese großzügigen Regeln für die Kernfamilie sowie einige weitere in der Freizügigkeitsrichtlinie definierten Personengruppen kombiniert der EU-Gesetzgeber mit einer **Förderpflicht für sonstige Familienmitglieder ohne generelles Zugangsrecht**. Der Zugang sonstiger Familienmitglieder soll, so sie nicht selbst freizügigkeitsberechtigt sind, ausweislich Art. 3 Abs. 2 der Freizügigkeitsrichtlinie 2004/38/EG „nach Maßgabe (der) innerstaatlichen Rechtsvorschriften ... erleichtert“ werden. Im *Rahman*-Urteil von 2012 bekräftigte der EuGH, dass die Mitgliedstaaten „nicht dazu. ... verpflichtet“ sind, den Aufenthalt immer zu erlauben, wohl aber im Verhältnis zu anderen Drittstaatsangehörigen „in gewisser Weise bevorzugt zu behandeln.“¹¹ **Dieser Vorgabe entspricht § 36 Abs. 2 AufenthG nicht**, weil das aktuelle deutsche

⁸ Zu den drei Gründen für die zunehmende Komplexität ausführlicher *Daniel Thym*, Stellungnahme für die Öffentliche Anhörung des Innenausschusses des Deutschen Bundestags am 3. Juni 2019 über den Entwurf eines Gesetzes über Duldung bei Ausbildung und Beschäftigung, [Ausschuss-Drs. 19\(4\)287 E](#), S. 12 f.

⁹ Im Überblick *Daniel Thym*, [Family as Link. Explaining the Judicial Change of Direction on Residence Rights of Family Members from Third States](#), in: Herwig Verschueren (Hrsg.): *Residence, Employment and Social Rights of Mobile Persons. On How EU Law Defines Where They Belong* (Intersentia, 2016), S. 11 (11-23).

¹⁰ Für die EU-Ebene siehe die Familienzusammenführungsrichtlinie 2003/86/EG.

¹¹ EuGH, *Rahman u.a.*, C-83/11, [EU:C:2012:519](#), Rn. 21.

Recht *zum einen* die sonstigen Familienmitglieder von Unionsbürgern gegenüber Drittstaatsangehörigen nicht besserstellt und *zum anderen* die Norm mit ihrem Verweis nur auf „außergewöhnliche Härten“ inhaltlich wohl zu streng ausgestaltet war.

Der genaue Inhalt der zweiten Beurteilung steht nicht abschließend fest, weil der EuGH festlegte, dass die Mitgliedstaaten, auf deren nationales Recht die Richtlinie explizit verweist, **„hinsichtlich der Wahl der zu berücksichtigenden Faktoren einen großen Ermessensspielraum haben.“**¹² Der Bundesgesetzgeber hätte insofern eine inhaltlich großzügigere, aber gleichwohl generalklauselartige Formulierung in Anlehnung an § 36 Abs. 2 AufenthG erwägen können, die in der Folge freilich der Verwaltung mehr Spielraum gelassen hätte.¹³ Der Gesetzgeber entscheidet sich im Interesse einer gleichförmigen Gesetzesanwendung dagegen und gewährt denjenigen drei Personengruppen, die in Art. 3 Abs. 2 UAbs. 1 der Richtlinie 2004/38/EG enumerativ aufgeführt sind, eine privilegierte Nachzugsoption (§ 1 Abs. 1 Nr. 4 Buchst. a-c FreizügG/EU-E), die jeweils an näher definierte Bedingungen geknüpft wird (§ 3a Abs. 1 Nr. 1-3 FreizügG/EU-E). Die dort genannten Kriterien halten sich vergleichsweise eindeutig innerhalb des europarechtlichen Handlungsspielraums.

Für das Verständnis der deutschen Neuregelung wichtig ist der **gestufte Regelungscharakter**, aufgrund dessen fünf Aspekte zu prüfen sind. *Erstens* erfasst § 3a nur den **privilegierten Personenkreis** (§ 1 Abs. 1 Nr. 4 Buchst. a-c) und verlangt bei Lebensgefährten etwa eine „ordnungsgemäß bescheinigte dauerhafte Beziehung“ (§ 3a Abs. 1 Nr. 3). Diese Einschränkung entspricht den Formulierungen der Freizügigkeitsrichtlinie, hinsichtlich derer sich der Gesetzentwurf überzeugend für eine einzelfallbezogene Gesamtbetrachtung entscheidet, anstatt – wie dies teilweise in anderen Mitgliedstaaten der Fall ist – feste Kriterien zu normieren, wann von einer ordnungsgemäßen Bescheinigung auszugehen ist. Dies gibt Antragstellenden eine Flexibilität, je nach den Umständen des Einzelfalls eigene Anhaltspunkte vorzubringen, um gegenüber den Behörden darzulegen, dass eine „durable relationship, duly attested“ besteht (Art. 3 Abs. 2 UAbs. 1 Buchst. b Richtlinie 2004/38/EG). Hierbei dürfen die Behörden im Lichte des Persönlichkeitsschutzes typischerweise keine intime Fragen stellen, zumal für die Gesamtbetrachtung externe Dokumenten von Dritten ohnehin eine größere Glaubwürdigkeit besitzen als persönliche Informationen wie Fotos. *Zweitens* müssen für eine Aufenthaltserlaubnis die **konkretisierenden Tatbestandsvoraussetzungen** erfüllt sein, also etwa minderjährige ledige Kinder in Pflegschaft oder Vormundschaft für längere Zeit in Deutschland mit dem Unionsbürger in häuslicher Gemeinschaft leben (§ 3a Abs. 1 Nr. 2) oder sonstige Verwandte vor dem Zuzug bereits seit 2 Jahren Unterhalt erhalten oder in einer häuslichen Gemeinschaft gelebt haben (§ 3a Abs. 1 Nr. 1 Buchst. a, b).

Drittens besteht **im Einklang mit der EuGH-Judikatur ein Entscheidungsermessen („kann“)**, sodass kein Einreiseanspruch besteht. *Viertens* erfordert § 3a Abs. 2 FreizügG/EU-

¹² EuGH (Fn. 11), Rn. 24.

¹³ Zu den diesbezüglichen EuGH-Vorgaben bereits in Fn. 7.

Eine **umfassende Einzelfallbetrachtung**, die ihrerseits in Art. 3 Abs. 2 UAbs. 2 der Freizügigkeitsrichtlinie 2004/38/EG vorgegeben wird und von der EuGH-Judikatur bestätigt wurde: Bei der „Untersuchung der persönlichen Umstände des Antragstellers hat die zuständige Behörde ... verschiedene Faktoren zu berücksichtigen, die je nach Fall maßgeblich sein können, z.B. den Grad der finanziellen oder physischen Abhängigkeit und den Grad der Verwandtschaft zwischen dem Familienangehörigen und dem Unionsbürger, den der Familienangehörige begleiten oder dem er nachziehen möchte.“¹⁴ *Fünftens* gelten die **allgemeinen Erteilungsvoraussetzungen**, etwa zur Lebensunterhaltssicherung, gemäß § 5 Abs. 1 f., 4 AufenthG sowie einiger sonstiger Normen (§ 11 Abs. 5 FreizügG/EU-E).

In der vorgeschlagenen Fassung ist das **Verhältnis des Entscheidungsermessens und der notwendigen Güterabwägung nicht leicht nachvollziehbar** – und möglicherweise ein Grund für spätere Anwendungsschwierigkeiten. Dies liegt daran, dass die notwendige Einzelfallbetrachtung an eine Güterabwägung erinnert, deren Ausgang keinen Raum für ergänzende Ermessenserwägungen lassen könnte. Dies entspricht nicht dem Willen des Gesetzgebers und wird auch durch die EuGH-Judikatur nicht vorgegeben. Insoweit könnte man **erwägen, zur Klarstellung in § 3a Abs. 2 FreizügG/EU-E die Worte „bei der Entscheidung“ durch die Formulierung „bei der Ermessensentscheidung“ zu ersetzen**. Dies bekräftigte, dass die individuellen Gründe nur ein Aspekt unter anderen sind.

2. Britische Staatsangehörige (Art. 1 Nr. 9-11, 11, 13, 16, Art. 2 Nr. 1; insb. §§ 8f., § 11, § 12a, § 16 FreizügG/EU-E, § 47 AufenthV)

Mit dem Ablauf der Übergangsfrist gemäß dem Austrittsabkommen, nach der derzeitigen Planung am Ende dieses Jahres, sind britische Staatsangehörige ab dem 1. Januar 2021 nicht nur formal „Drittstaatsangehörige“, sondern können sich auch materiell nicht mehr auf das Freizügigkeitsrecht berufen. **Ab 1. Januar 2021 gelten für Briten die „normalen“ Regeln des deutschen und europäischen Aufenthaltsrechts**, für den Familiennachzug also etwa die Familienzusammenführungsrichtlinie 2003/86/EG sowie §§ 27 ff. AufenthG. Allerdings enthält das Austrittsabkommen detaillierte Vorgaben, damit diejenigen Bürgerinnen und Bürger, die zum Jahresende von ihrem Freizügigkeitsrecht bereits Gebrauch gemacht hatten, einen gewissen Bestandsschutz genießen. Hierauf hatte insbesondere die EU in den Verhandlungen über den Austrittsvertrag bestanden, während umgekehrt das Vereinigte Königreich lange Zeit viele Ausnahmen gefordert hatte.¹⁵

¹⁴ EuGH (Fn. 11), Rn. 23; siehe auch EuGH, *Banger*, C-89/17, [EU:C:2018:570](#), Rn. 36-41.

¹⁵ Zu den Verhandlungen siehe *Daniel Thym/Mattias Wendel*, *Immigration after Brexit. Ironies and Challenges*, in: Ingolf Pernice/Ana Maria Guerra Martins (Hrsg.): *Brexit and the Future of EU Politics. A Constitutional Law Perspective* ([Nomos, 2019](#)), S. 185-197.

Das Ergebnis ist ein ausgefeiltes Regime mit auch kleinteiligen Vorgaben, etwa zu den Nachweismodalitäten, die auf die Sorge reagieren, dass die britische Regierung (ebenso wie bisher) ihre Verpflichtungen administrativ unterlaufen könnte.¹⁶ Hiernach sind in den kommenden Jahren **verschiedene Konstellationen zu unterscheiden**: Einerseits der Rechtsstatus von „Alt-Briten“ (in der Terminologie der Gesetzesbegründung), die beim Ende der Übergangsfrist bereits in einem anderen Mitgliedstaat lebten. Andererseits die künftige Zuwanderung von „Neu-Briten“, die künftig nach Deutschland umziehen werden.

a. Rechtsstatus von „Alt-Briten“

Die Regeln für „Alt-Briten“ finden sich im Austrittsabkommen,¹⁷ das als völkerrechtlicher Vertrag der Europäischen Union innerstaatlich auch in Deutschland rechtsverbindlich ist und dem FreizügG/EU bzw. AufenthG im Zweifel vorgeht.¹⁸ Die Regeln des Austrittsabkommens für „Alt-Briten“ lehnen sich an das Freizügigkeitsrecht an, weshalb es zweckmäßig ist, diese innerstaatlich im FreizügG/EU (und nicht im AufenthG) zu regeln. Zugleich bestehen **vereinzelte Unterschiede zum Normalfall des Freizügigkeitsrechts**, wenn etwa das Aufenthaltsrecht als solches nach dem Ende der Übergangszeit nach dem Freizügigkeitsrecht richtet, nicht jedoch eventuelle Beschränkungen, etwa infolge von Straftaten, für die künftig das reguläre Aufenthaltsrecht gelten wird¹⁹ – und für das der Bundesgesetzgeber auf das AufenthG verweist (§ 11 Abs. 12 FreizügG/EU-E). Aufgrund dieser Unterschiede war es nicht möglich, ebenso wie hinsichtlich des Europäischen Wirtschaftsraums (EWR) in § 12 FreizügG/EU für „Alt-Briten“ einfach letzteres entsprechend anzuwenden. Das Europarecht in Form des Austrittsabkommens zwingt zur Komplexität (siehe I.2.).

Zu den komplizierten Vorgaben für Formalia gehört eine Wahlfreiheit der Mitgliedstaaten, ob sie ein Antragsverfahren vorsehen oder ein Aufenthaltsdokument von Amts wegen ausstellen.²⁰ Es bestünde, selbst wenn man wollte, also nicht länger die Option, künftig „Alt-Briten“ ebenso wie EU-Bürger heute gänzlich vom Genehmigungsverfahren auszunehmen. Dies bewirkt **zwangsläufig administrativen Mehraufwand für die Ausländerbehörden, den der Bundesgesetzgeber pragmatisch ausgestalten will** (Gesetzesbegründung, S. 24-30, 48 f.). Er entscheidet sich für die „einfachere“ Variante einer Tätigkeit von Amts wegen, verbunden mit einer Anzeigepflicht (§ 16 Abs. 2 FreizügG/EU-E) sowie einer Gewährungsfiktion, die verhindern soll, dass „Alt-Briten“ aus Verzögerungen ein Nachteil erwächst (§ 11 Abs. 4 FreizügG/EU-E). Ähnliches gilt für Grenzgänger (§ 16 Abs. 3 FreizügG/EU-E). Gebühren in

¹⁶ Zu ähnlichen Problemen der vergangenen Jahre siehe *Jo Shaw/Nina Miller*, When Legal Worlds Collide: An Exploration of What Happens when EU Free Movement Law Meets UK Immigration Law, *European Law Review* 38 (2013), 137-166.

¹⁷ Art. 9-38 des Abkommens über den Austritt des Vereinigten Königreichs Großbritannien und Nordirland aus der Europäischen Union und der Europäischen Atomgemeinschaft v. 24.1.2020 ([ABl. 2020 L 29/7](#)), in Kraft seit 1.2.2020 ([ABl. 2020 L 29/189](#)).

¹⁸ Siehe Art. 4 des Austrittsabkommens (Fn. 17); zum Hintergrund *Daniel Thym*, Auswärtige Gewalt, in: Armin von Bogdandy/Jürgen Bast (Hrsg.): *Europäisches Verfassungsrecht*, 2. Aufl. ([Springer, 2009](#)), S. 441 (456-460).

¹⁹ Vgl. Art. 20 des Austrittsabkommens (Fn. 17).

²⁰ Vgl. Art. 18 Abs. 1, 4 des Austrittsabkommens (Fn. 17).

Höhe der Kosten für deutsche Personalausweise (§ 47 Abs. 3 AufenthV-E; Art. 18 Abs. 1 Buchst. g des Austrittsabkommens) sollen die Unkosten decken helfen.

Die Vorschrift ist hinsichtlich der materiellen Voraussetzungen **redaktionell schlank gehalten**, was dadurch gelingt, dass § 16 Abs. 5 FreizügG/EU-E auf das Austrittsabkommen verweist. Dies muss also gleichsam mitgelesen werden. Rechtsdogmatisch ist dies einwandfrei, weil das Austrittsabkommen hinsichtlich der Bürgerrechte unmittelbar anwendbar und somit Teil des in Deutschland geltenden Rechts ist.²¹ Eine vergleichbare Regelungstechnik besteht für türkische Staatsangehörige gemäß § 4 Abs. 1 f., § 50 Abs. 1, § 53 Abs. 3 AufenthG mit Blick auf die Regeln des Assoziierungsabkommens.

b. Künftige Regelung für „Neu-Briten“

Nach dem Ablauf der Übergangsfrist, voraussichtlich am 31. Dezember 2020, gilt für „Neu-Briten“, die nicht den Bestandsschutzregeln des Austrittsabkommens unterfallen, das „normale“ europäische und nationale Ausländerrecht. Das gilt auch für den künftigen Familiennachzug zu „Alt-Briten“, der sich ab voraussichtlich 2021 nach der Familienzusammenführungsrichtlinie 2003/86/EG sowie § 27 ff. AufenthG richtet. Eine Sonderregelung enthält das Austrittsabkommen nur für später geborene Kinder.²² Spezielle Regelungen könnten freilich in einem **künftigen Partnerschaft- bzw. Assoziierungsabkommen** enthalten sein, über das derzeit kontrovers verhandelt wird. Doch selbst wenn eine Verständigung noch gelingt, dürfte der Vertrag nur rudimentäre Vorgaben zum Migrationsrecht enthalten.

Der Grund hierfür ist das Insistieren der britischen Regierung, dass infolge des Brexit vor allem die Personenfreizügigkeit beendet werden müsse. Ein „norwegisches“ Modell einer umfassenden Teilnahme am Binnenmarkt, die auch die wichtigsten Aspekte der Personenfreizügigkeit umfasst,²³ lehnt die britische Regierung ab. Die aktuellen Vorhaben für das künftige britische Migrationsrecht unterwerfen Unionsbürger ganz bewusst den allgemeinen und restriktiven Regeln.²⁴ Es bestehen **politische Vorbehalte der britischen Regierung, völkerrechtlich eine großzügige Mobilität zu vereinbaren**. Demgemäß enthält auch die politische Erklärung über die künftigen Beziehungen, die eine abstrakte Blaupause für einen künftigen Vertrag bereitstellt, nur abstrakte Aussagen zur Migration; jenseits von Sonderfällen wie dem

²¹ Hierzu bereits Fn. 18.

²² Siehe Art. 10 Abs. 2 Buchst. e (iii) des Austrittsabkommens (Fn. 17).

²³ Zu Grenzfällen, was als Ausfluss der Unionsbürgerschaft und mangels direkten Binnenmarktbezugs nicht auf den EWR übertragen werden kann, siehe *Halvard Haukeland Frederiksen/Christian N.K. Franklin, Of Pragmatism and Principles. The EEA Agreement 20 Years On*, *Common Market Law Review* 52 (2015), 629-684.

²⁴ Siehe insb. UK Government, *The UK's points-based immigration system: policy statement*, Policy Paper, [19.2.2020](#).

visumsfreien Reisen sowie einer „Prüfung“ der erleichterten Einreise zum Zweck der Forschung oder des Studiums finden sich keine Aussagen zu Mobilität.²⁵ Hieran orientiert sich auch ein erster Vertragsentwurf der EU-Kommission.²⁶

Die Verhandlungen zu den begrenzten Mobilitätsrechten sind politisch hochsensibel. Nicht zuletzt einige EU-Mitglieder in Ost- und Südosteuropa besitzen ein großes Interesse, dass die britische Regierung jedenfalls gewisse Zugeständnisse macht. Insofern kann es für die diplomatischen Verhandlungen ein hilfreiches Zeichen sein, wenn die Bundesrepublik nicht einseitig ein liberales Einreiseregime für „Neu-Briten“ etabliert, das deutlich über den Normalfall des Aufenthaltsgesetzes hinausgeht. Dies hatte der Sachverständigenrat deutscher Stiftungen für Integration und Migration, dessen stellvertretender Vorsitzender ich bin, in seinen Stellungnahmen zu früheren Referentenentwürfen betont.²⁷ Ganz in diesem Sinn kann es die internationalen Verhandlungen fördern, wenn die Bundesregierung in der aktuellen Gesetzesbegründung die notwendige **Reziprozität künftiger liberaler Zugangsregelungen angesichts der harten Verhandlungen** betont.²⁸

3. BAföG für deutsche Studierende im Vereinigten Königreich (Art. 4; § 8 Abs. 1 Nr. 3, § 66b BAföG)

Es ist rechtspolitisch gut nachvollziehbar, dass die Bundesregierung verhindern möchte, dass deutsche Studierende im Vereinigten Königreich infolge des Brexit finanziellen Nachteile erleiden, wenn ein laufendes Studium unter Umständen nicht weiter gefördert werden könnte. Die ausdrücklich genannten bildungspolitischen Gründe wiegen schwer. Wenn zudem teilweise vom Vertrauensschutz gesprochen wird (Begründung, S. 1, 21), sollte dies in erster Linie als politische Äußerung verstanden werden. Ein **rechtlicher Vertrauensschutz besteht grundsätzlich nicht**. Spätestens seit dem Brexit-Referendum musste damit gerechnet werden, dass früher oder später für das Vereinigte Königreich nicht mehr die Regeln für EU-Mitgliedstaaten gelten würden, sodass ein rechtlich relevanter Vertrauenstatbestand ab diesem Zeitpunkt wohl nicht mehr begründet werden konnte.²⁹ Das schließt nicht aus, dass die Interessen der deutschen Studierenden im Ausland im Rahmen der Verhältnismäßigkeit berücksichtigt werden, die bei jeder „unechten Rückwirkung“ durchzuführen ist.³⁰ Rechtlich zwingend dürfte die Regelung also nicht sein, was freilich einer politischen Zweckmäßigkeit aus bildungspolitischen Gründen nicht im Wege steht.

²⁵ Siehe Nr. 48-57 (überarbeitete) Politische Erklärung zur Festlegung des Rahmens für die künftigen Beziehungen zwischen der Europäischen Union und dem Vereinigten Königreich ([ABl. 2019 C 384/178](#)).

²⁶ Siehe Art. MOBI.1-6 des Draft Text of the Agreement on the New Partnership with the United Kingdom, [UKTF \(2020\) 14](#) of 18.3.2020.

²⁷ Siehe Sachverständigenrat deutscher Stiftungen für Integration und Migration (SVR), Stellungnahme zum Referentenentwurf eines Brexit-Aufenthalts-Überleitungsgesetz, [Juli 2019](#); und SVR, Stellungnahme zum Referentenentwurf des Bundesministeriums des Innern, für Bau und Heimat eines Gesetzes zur aktuellen Anpassung des Freizügigkeitsgesetzes/EU und weiterer Vorschriften an das Unionsrecht, [April 2020](#).

²⁸ So insb. die Gesetzesbegründung, S. 20, 48.

²⁹ Vgl. sinngemäß BVerfG-K, Beschl. v. 8.12.2006, [2 BvR 1339/06](#), Rn. 29.

³⁰ Hierzu allgemein BVerfG-K (Fn. 29), Rn. 24.

4. Gesundheitsgefahren (Art. 1 Nr. 8; § 6 Abs. 1 FreizügG/EU-E)

Vor der aktuellen Pandemie waren Gesundheitsgefahren im Freizügigkeitsrecht in rechtlicher und praktischer Hinsicht ein Randaspekt. Dies änderte sich im März diesen Jahres schlagartig, sodass plötzlich Normen intensiv diskutiert wurden, die zuvor kaum beachtet worden waren. Dies galt auf EU-Ebene für den **Rechtfertigungsgrund der öffentlichen Gesundheit nach Art. 29 der Freizügigkeitsrichtlinie 2004/38/EG**, der so offen formuliert ist, dass er vergleichsweise problemlos staatliche Maßnahmen umfassen kann, die gegenüber Personen getroffen werden, die nur eine abstrakte Gesundheitsgefahr darstellen, weil nicht feststeht, ob sie sich infizierten.³¹ Es lässt sich nicht rekonstruieren, ob dieses Ergebnis vom EU-Gesetzgeber in dieser Form beabsichtigt wurde oder im Wege der Auslegung nachträglich der abstrakt formulierten Norm entnommen werden kann.

§ 6 Abs. 1 S. 3 FreizügG/EU unterscheidet sich dem Wortlaut nach von den EU-Vorgaben. Insbesondere die abschließende Passage „und wenn die Krankheit innerhalb der ersten drei Monate nach Einreise auftritt“ kann grammatikalisch so gelesen werden, dass eine Krankheit tatsächlich ausgebrochen sein muss oder jedenfalls ernsthafte Anhaltspunkte vorliegen, dass eine greifbare Gefahr besteht.³² Rein **abstrakte Gefahren ohne individualisierte Anhaltspunkte wären hiernach von der Norm nicht umfasst**; die umfassenden Reiseverbote zu Beginn des Jahres wären hiernach bereits tatbestandlich kraft nationalen Rechts nicht zulässig gewesen. Zwingend ist dieses Ergebnis freilich nicht. Aufgrund historischer und teleologischer Erwägungen kann man ebenso eine großzügigere Deutung jedenfalls bei schweren Pandemien vertreten: Der Gesetzgeber wollte sich immer an den EU-Vorgaben orientieren und diese nicht einschränken; auch das Ziel einer wirkungsvollen Bekämpfung der ausdrücklich genannten „Krankheiten mit epidemischem Potenzial“ kann jedenfalls bei einer bereits ausgebrochenen Pandemie allgemeine Maßnahmen erfordern.

Durch die Neuregelung erübrigen sich derartige Auslegungsschwierigkeiten. **§ 6 Abs. 1 S. 3 FreizügG/EU-E orientiert sich nun umfassend an der EU-Vorgabe** und übernimmt damit auch deren inhaltliche Flexibilität. Der neue S. 4 beschränkt den Zeitraum im Einklang mit Art. 29 Abs. 2 der Freizügigkeitsrichtlinie 2004/38/EG, kann aber im Lichte der Entstehungsgeschichte nicht so gelesen werden, dass die dort verwendete Formulierung „auftritt“ zugleich definiert, welcher Art die Gesundheitsgefahr zuvor sein muss.

³¹ Ausführlicher mit Blick auf die historisch einmaligen Reiseverbote innerhalb der EU, die über Grenzkontrollen hinausgingen und in Teilen nach einigen Wochen wohl auch gegen das Kohärenzgebot des Unionsrechts verstießen, *Daniel Thym*, Travel Bans in Europe: A Legal Appraisal, [Verfassungsblog am 19. März 2020](#), Abschnitt 3; sowie *ders.*, Expertise zu den europarechtlichen Vorgaben für Binnengrenzkontrollen und Freizügigkeitsbeschränkungen, aufgrund einer Anfrage von Andreas Jung, stellvertretender Fraktionsvorsitzender der CDU/CSU-Fraktion im Deutschen Bundestag, 7. Mai 2020, S. 6-8.

³² Im letzteren Sinn für Krankheitsverdächtige und Ansteckungsverdächtige aufgrund ernsthafte Anhaltspunkte siehe Abschnitt 6.1.1.3.3 der Allgemeinen Verwaltungsvorschrift zum Freizügigkeitsgesetz/EU vom 3.3.2016 ([GMBL 2016, 86](#)); und *Klaus Dienelt*, in: Jan Bergmann/*ders.* (Hrsg.): Ausländerrecht. Kommentar, 13. Auflage (C.H. Beck, 2020), § 6 FreizügG/EU Rn. 47; ich danke Jonas Bornemann von der Universität Konstanz für hilfreiche Hinweise zur richtigen Deutung der zu Grunde liegenden Problemlage.

5. Übereinstimmung von Aufenthalts- und Sozialrecht (Art. 1 Nr. 11; § 11 Abs. 14 S. 2 FreizügG/EU-E)

Im Ausländerrecht für Drittstaatsangehörige besteht nach § 4 Abs. 1 AufenthG ein Genehmigungsvorbehalt: Ohne vorherige Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis gilt der Aufenthalt als rechtswidrig. Bei Unionsbürgern ist dies prinzipiell anders, weil der EuGH in ständiger Rechtsprechung davon ausgeht, dass das **Freizügigkeitsrecht automatisch entsteht und endet, sodass behördliche Bescheinigung deklaratorische Akte** sind, die eine bloße „Formalität“³³ darstellen. Daher war es nur konsequent, dass der Bundesgesetzgeber im Jahr 2013 die frühere Freizügigkeitsbescheinigung abschaffte.³⁴ Seither wird die Freizügigkeitsberechtigung von EU-Bürgerinnen und Bürger in Deutschland von den Ausländerbehörden nicht mehr systematisch geprüft, was jedoch nicht heißt, dass sie sich immer rechtmäßig aufhalten. Der EuGH stellte in seiner Rechtsprechung klar, dass der deklaratorische Charakter zugunsten und zulasten von Unionsbürgern wirkt. **Ob der Aufenthalt rechtmäßig ist, richtet sich unabhängig von behördlichen Entscheidungen danach, ob die materiellen Freizügigkeitsvoraussetzungen im Einzelfall vorliegen oder nicht.**³⁵

Vor diesem Hintergrund ist es **im Grundsatz richtig, wenn die Sozialbehörden und in der Folge auch die Sozialgerichte bei der Frage des Leistungszugangs prüfen, ob eine materielle Freizügigkeitsberechtigung besteht oder nicht.** Die teilweise angenommene Behauptung, bis zur Verlustfeststellung sei von einer „Freizügigkeitsvermutung“ in dem Sinn auszugehen, dass gleichsam automatisch Sozialleistungen wegen der Annahme eines rechtmäßigen Aufenthalts gewährt werden müssen,³⁶ widerspricht nach meiner festen Überzeugung der Rechtsprechung des EuGH und ist auch nicht von der Entstehungsgeschichte des Freizügigkeitsgesetzes nicht gedeckt.³⁷ Dass die Sozialgerichte insoweit ausländerrechtliche Sachverhalte inzident prüfen, ist die notwendige Folge eines abgeschafften Genehmigungsvorbehalts für das Freizügigkeitsrecht.

Davon zu unterscheiden ist jedoch die Frage, ob diese materielle Prüfung der Freizügigkeitsvoraussetzungen auch für das sonstige Aufenthaltsrecht gilt, das ausweislich § 4 Abs. 1 AufenthG gerade *nicht* der Logik einer rein deklaratorischen Behördentätigkeit folgt. **Im sonstigen Aufenthaltsrecht sind Aufenthaltserlaubnisse konstitutiv;** ohne behördliche Erlaubnis gilt der Aufenthalt als rechtswidrig. In den Fällen eines behördlichen Ermessens ist dies intuitiv überzeugend, gilt jedoch auch dann, wenn kraft Gesetzes ein einklagbarer

³³ Klassisch EuGH, *Royer*, C-48/75, [EU:C:1976:57](#), Rn. 38/40.

³⁴ Durch Streichung des § 5 Abs. 1 FreizügG/EU a.F. aufgrund Art. 1 Nr. 5 des G. v. 21.1.2013 ([BGBl. 2013 I 83](#)).

³⁵ Näher *Daniel Thym*, Unionsbürgerfreiheit und Aufenthaltsrecht, *Zeitschrift für Ausländerrecht* 2014, 220 (221 f.), hinsichtlich der fehlenden Freizügigkeitsvoraussetzungen insb. mit Blick auf EuGH, *Dias*, C-325/09, [EU:C:2011:498](#), Rn. 48-55.

³⁶ So mit Blick auf das Eltern- und Kindergeld BSG, Urt. v. 27.3.2020, [B 10 EG 5/18 R](#), Rn. 20 ff.; und BFH, Urt. v. 15.3.2017, [III R 32/15](#), Rn. 14 f.; anders für die Grundsicherung unter Annahme einer Freizügigkeitsvermutung, die sodann jedoch keinen automatischen Zugang gewährt BSG, Urt. v. 9.8.2018, [B 14 AS 32/17 R](#), Rn. 20; im Anschluss an BSG, Urt. v. 30.1.2013, [B 4 AS 54/12 R](#), Rn. 23 f.

³⁷ Ausführlicher *Thym* (Fn. 35), S. 222-225.

Anspruch auf die Erteilung eines Aufenthaltstitels besteht. Dieser konstitutive Charakter der behördlichen Genehmigung wurde für die EU-Harmonisierungsrichtlinien gegenüber Drittstaatsangehörigen zwischenzeitlich vom EuGH bestätigt.³⁸

Vor diesem Hintergrund ist es **aus einer ausländerrechtlichen Perspektive schwer nachvollziehbar, wenn das Bundessozialgericht nicht nur die materielle Freizügigkeitsberechtigung (zu Recht) inzident prüft, sondern zusätzlich eine „fiktive“ Prüfung vornimmt, ob die Ausländerbehörden einen Titel erteilen würden oder nicht** – unter Einschluss einer typisierten Ermessensbetätigung, die gerade noch nicht vorlag.³⁹ Eben dieser Rechtsprechung möchte § 11 Abs. 14 S. 2 FreizügG/EU-E, nach der Gesetzesbegründung „klarstell(end)“ (S. 47), entgegentreten. Es gibt sehr gute Argumente, dass es sich hierbei aus Sicht des Gesetzgebers um eine bekräftigende Klarstellung handelt, doch selbst wenn man von einer Korrektur der Rechtsprechung ausgehen sollte, ist dies im gewaltenteiligen Verfassungsstaat legitim. Die Gerichte sind an Recht und Gesetz gebunden (Art. 20 Abs. 3 GG) und es ist das Vorrecht des Bundestages, über den Inhalt der Gesetze zu entscheiden und diesen ggfls. klarstellend oder ändernd zu konkretisieren.

Regelungssystematisch handelt es sich freilich um keine Frage des Freizügigkeitsrechts, hinsichtlich dessen die Inzidentprüfung gerade überzeugt (und vom Gesetzgeber bei Gelegenheit gegenüber der anderslautenden Urteile zum Eltern- und Kindergeld klargestellt werden könnte). **Regelungstechnisch wären das AufenthG bzw. das Sozialrecht und nicht das FreizügG/EU der passendere Ort für eine Klarstellung.** Darüber hinaus steht es dem Gesetzgeber naturgemäß frei, aufgrund politischer Erwägungen von einer Klarstellung bzw. Änderung abzusehen, gerade weil die Sozialrechtsjudikatur zur aufenthaltsrechtlichen Ergänzung des Freizügigkeitsrechts im Wege der Inzidentprüfung vor allem vulnerable Gruppen betrifft, bei denen Mitgefühl angezeigt ist. Der im Änderungsantrag von Die Linke genannte Beschluss des BVerfG betrifft im Übrigen ein anderes Thema und trägt materiellrechtlich nicht zu der vorstehend ausgeführten Thematik bei.⁴⁰

Der dogmatisch sauberere Weg bestünde darin, die betroffenen Personen an die Aufenthaltsbehörden zu verweisen, damit diese – ggfls. aufgrund eines richterlichen Hinweises im Rahmen des Sozialgerichtsprozesses – eine Aufenthaltserlaubnis erteilen und hierbei auch diejenigen Gesichtspunkte einspeisen können, die den Sozialgerichten eventuell gar nicht bekannt sind. Ein solcher Verweis auf die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis entspricht der Systematik des § 4 Abs. 1 AufenthG und erfordert *keine* Tätigkeit des Gesetzgebers.

³⁸ Siehe EuGH, Y.Z. *et al.*, C-557/17, [EU:C:2019:203](#), Rn. 59.

³⁹ Grundlegend BSG, Urte. v. 30.1.2013, [B 4 AS 54/12 R](#), Rn. 27 ff.

⁴⁰ BVerfG, Beschl. v. 8.7.2020, [1 BvR 1094/20](#) rügte eine Verletzung von Art. 19 Abs. 4 GG, weil das Sozialgericht sich nicht hinreichend mit den verschiedenen Meinungen zur Freizügigkeitsberechtigung von Elternteilen beschäftigt hatte, die materiell nicht selbst freizügigkeitsberechtigt sind, sich jedoch auf ein abgeleitetes Sorgerecht für die Pflege eines Kindes berufen, das wiederum ein abgeleitetes Freizügigkeitsrecht von einem anderen Elternteil besitzt; die Frage wurde kürzlich durch BVerwG, Urte. v. 23.9.2020, [1 C 27.19](#) restriktiv entscheiden, d.h. künftig hätte die Klägerin im Ausgangsverfahren wohl keinen Erfolg.

Wenn die Annahme der Sozialgerichte stimmt, dass diese ohnehin nur prüfen, was die Ausländerbehörden typischerweise im Fall eines Antrags entscheiden, macht es im Ergebnis keinen Unterschied, wenn tatsächlich letztere entschieden. Die **Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis durch die Ausländerbehörden hat weitere Vorteile**, weil nicht nur die gesetzlich vorgesehenen Sozialleistungen dann unproblematisch gezahlt werden, sondern die betroffenen Personen auch aufenthaltsrechtlich Rechtssicherheit besitzen.

6. Sonderkonstellationen deutscher Staatsangehöriger (Art. 1 Nr. 1, 13; § 1 Abs. 1 Nr. 6, § 12a FreizügG/EU-E)

In den vergangenen Jahrzehnten entwickelten sich in der Rechtspraxis und in der EuGH-Judikatur verschiedene Sonderkonstellationen, die auf den ersten Blick schwer zu verstehen sind. Ein klassischer Fall sind sogenannte „Rückkehrfälle“, **wenn deutsche Staatsangehörige aufgrund des Freizügigkeitsrechts ins Ausland zogen, dort eine Familie gründeten und nun mit dieser nach Deutschland zurückkehren**. In diesen Fällen greift nach der EuGH-Rechtsprechung nicht die Freizügigkeitsrichtlinie, wohl jedoch muss eine materiell vergleichbare Rechtsstellung gewährt werden.⁴¹ Hierbei geht es, wie die Gesetzesbegründung mit europarechtlicher Detailkenntnis ausführt (S. 35 f.), sowohl um Deutsche, die ins Ausland zogen und dann zurückkehren, als auch um frühere „Nicht-Deutsche“ (etwa: Italiener), die aufgrund ihres Freizügigkeitsrechts nach Deutschland zogen und dort später eingebürgert wurden. Dass § 12a FreizügG/EU-E für diese Personengruppen eine erfreulich kurze Spezialregelung einführt, fördert die Rechtssicherheit.

Es entspricht der Judikatur sowohl des EuGH als auch des BVerwG, wenn § 12a FreizügG/EU-E einen „**nachhaltig(en) Gebrauch**“ des Freizügigkeitsrechts vorsieht. Dies bekräftigt im Einklang mit der Judikatur, dass Kurzaufenthalte von ggfls. wenigen Tagen kein abgeleitetes Aufenthaltsrecht der Ehegatten begründen können. Vor einem Jahrzehnt hatte es hierzu juristische Debatten gegeben, weil findige Anbieter eine Eheschließung in Dänemark an einem verlängerten Wochenende vermitteln, um sodann als vermeintliche „Rückkehrer“ einen privilegierten Familiennachzug ohne Lebensunterhaltssicherung oder einfache deutsche Sprachkenntnisse geltend zu machen. Diese überaus innovationsfreudige Nutzung des Freizügigkeitsrechts unterband das BVerwG und wurde in seiner Position einige Zeit später durch den EuGH in einem Urteil bekräftigt.⁴²

Nicht umfasst von der neuen Norm ist eine dritte Kategorie von deutschen Staatsangehörigen, die ihr Freizügigkeitsrecht *nicht* gebrauchten, allerdings unter Verweis auf eine umstrittene Rechtsprechungslinie des EuGH **im Anschluss an das Ruiz Zambrano-Urteil ein Aufenthaltsrecht für Familienangehörige aus Drittstaaten** geltend machen, weil sie andernfalls

⁴¹ Zum Hintergrund Thym (Fn. 9), S. 23-25; Zur früheren deutschen Rechtslage siehe Kay Hailbronner, Die Freizügigkeit von Unionsbürgern in der neueren Rechtsprechung, Juristenzeitung 2010, 398 (399).

⁴² Vgl. BVerwGE 138, 353 = Urt. v. 11.1.2011, [1 C 23.09](#); und EuGH, O & B, C-456/12, [EU:C:2014:135](#), Rn. 45-54.

faktisch gezwungen wären, aus dem Unionsgebiet auszureisen.⁴³ Die Entscheidung des Gesetzentwurfs, diese Sonderkategorie nicht in § 12a FreizügG/EU-E aufzunehmen, überzeugt insofern, als die zwischenzeitliche EuGH-Judikatur eine restriktive Linie verfolgt und mehrfach betonte, dass derartige Aufenthaltsberechtigungen nur in „außergewöhnlichen Umständen“ zu gewähren sind und damit höheren Hürden unterliegen als der Normalfall des Freizügigkeitsregimes.⁴⁴ Soweit diese Voraussetzungen im Einzelfall vorliegen, ist **im Einklang mit der BVerwG-Judikatur weiterhin eine Aufenthaltserlaubnis „sui generis“** zu erteilen, die an strengere Voraussetzungen gebunden ist.⁴⁵

Konstanz, den 1. Oktober 2020



⁴³ Zum Hintergrund *Thym* (Fn. 9), S. 25-28.

⁴⁴ Exemplarisch EuGH, *K.A. et al.*, C-82/16, [EU:C:2018:308](#), Rn. 65 ff.

⁴⁵ Vgl. BVerwGE 162, 349 = Urt. v. 12.7.2018, [1 C 16.17](#), Rn. 34 f.

MARTIN-LUTHER-UNIVERSITÄT HALLE-WITTENBERG

Lehrstuhl für Öffentliches Recht

Prof. Dr. Winfried Kluth

Richter am Landesverfassungsgericht

Deutscher Bundestag
- Innenausschuss -
Platz der Republik 1
11011 Berlin



Deutscher Bundestag
Ausschuss für Inneres und Heimat

Ausschussdrucksache
19(4)585 F

Halle, den 02. Oktober 2020

Schriftliche Stellungnahme
zur Öffentlichen Anhörung des Ausschusses für Inneres und Heimat
am 05.10.2020 zum

Entwurf eines Gesetzes zur aktuellen Anpassung des Freizügigkeitsgesetzes/EU
und weiterer Vorschriften an das Unionsrecht

BT-Drucksache 19/21750

Sehr geehrte Frau Lindholz,

ich bedanke mich für die Einladung zur öffentlichen Anhörung und übersende ich Ihnen meine schriftliche Stellungnahme.

I. Anlass und Gegenstände des Gesetzentwurfs der Bundesregierung

Der Gesetzentwurf dient einerseits der Umsetzung der Rechtsprechung des EuGH zu den sog. Rückkehrer-Fällen und sowie der Vorgaben der Freizügigkeitsrichtlinie 2004/38/EG zur Rechtsstellung sog. nahestehender Personen, in Bezug auf die ein Vertragsverletzungsverfahren läuft. Andererseits werden die Folgen des Brexit sowie des dazu ratifizierten Austrittsabkommens umgesetzt. Damit besteht für den Großteil der Regelungen eine unionsrechtliche Veranlassung (Umsetzungsgesetzgebung). Das hat zur Folge, dass die Regelungen nur sehr begrenzt an verfassungsrechtlichen Maßstäben zu messen sind.

Insgesamt begegnen die vorgeschlagenen Regelungen nach meiner Einschätzung keinen unions- und verfassungsrechtlichen Bedenken. Die Stellungnahme konzentriert sich deshalb auf die Regelungen, zu denen kritische Anmerkungen sinnvoll und geboten erscheinen.

Unabhängig davon wird zu Bedenken gegeben, ob die Übergangsregelungen für Alt-Briten sowie die Regelungen, die in der Sache mit der Erteilung von Aufenthaltstiteln verbunden sind (§ 3a neu) nicht besser im Aufenthaltsgesetz zu verankern sind, weil sie sich nicht auf Unionsbürger beziehen und aus der Systematik des FreizügG/EU ausbrechen.

II. Würdigung ausgewählter Regelungen

1. Neufassung des § 1 FreizügG/EU

Die mit der Neuregelung verfolgte Ansicht, die Rechtsklarheit zu verbessern, ist zu begrüßen und das Ziel wird auch erreicht.

Insbesondere ist zu begrüßen, dass der Begriff des Unionsbürgers klarstellend für die Zwecke des Gesetzes definiert wird.

Die neue Regelung zu Lebensgefährten wurde unter Berücksichtigung der Gesetzgebung in anderen Mitgliedstaaten ausgewogen konkretisiert. Sie stellt keine zu hohen Anforderungen und lässt einen ausreichenden Abstand zu den Fällen von Ehe und Lebenspartnerschaften erkennen.

2. Neuer § 3a FreizügG/EU

Die Neuregelung gehört m.E. aus systematischen Gründen in das AufenthG, auch wenn sie ihren Ursprung in einer unionsrechtlichen Vorgabe findet. Im AufenthG sind aber auch an anderen Stellen unionsrechtliche Vorgaben umgesetzt worden. Mit scheint es systematisch vorzugswürdig, das FreizügG/EU auf Aufenthalte zu beschränken, für die kein Aufenthaltstitel erforderlich ist.

Die Beibehaltung des Visumsverfahrens ist mit der Rechtsprechung des EuGH vereinbar und in der Sache angemessen.

In der Sache werden aus meiner Sicht die Vorgaben aus der Freizügigkeitsrichtlinie, wie sie auch die EU Kommission interpretiert, zutreffend umgesetzt. Eine weitergehende

Regelung ist nicht geboten. Das gilt insbes. für die Verselbständigung des Aufenthaltsrechts im Fall der Beendigung einer Beziehung zum Lebensgefährten.

Da es sich um eine Ermessensregelung handelt und die tatbestandlichen Voraussetzungen in Absatz 1 vorwiegend als Mindestanforderungen formuliert sind, ist es verständlich, dass das Ermessen durch Absatz 2 genauer dirigiert wird. Es ist schon jetzt absehbar, dass die einheitliche Anwendung der Regelung sehr schwierig sein wird, weshalb eine zeitnahe verwaltungsinterne Steuerung wünschenswert ist.

3. Regelung zur Rückkehrer-Fällen in § 12a FreizügG/EU

Die Regelung dient der Umsetzung von Vorgaben, die aus der Rechtsprechung des EuGH abzuleiten sind, der für diese Fälle eine entsprechende Anwendung der Freizügigkeitsrichtlinie angeordnet hat (siehe S. 35 f. des Gesetzentwurfs).

Methodisch ist insoweit darauf hinzuweisen, dass die analoge Anwendung von Richtlinien – die durch den EuGH nicht selten praktiziert wird – vor dem Hintergrund des Prinzips der begrenzten Einzelermächtigung im Unionsrechts grundsätzlich kritischer zu beurteilen ist als im staatlichen Recht.

Die in der Regelung verwendeten Kriterien stellen eine durchaus angemessene Konkretisierung des vom EuGH formulierten Kriteriums des „nachhaltigen Gebrauchmachens vom Freizügigkeitsrecht“ dar und sind hinreichend weit gefasst, um den Vorgaben zu genügen.

4. Regelung für Alt-Briten in § 16 FreizügG/EU

Die Übergangsregelung setzt die Vorgaben aus dem Austrittsabkommen um und macht von den dort eröffneten Gestaltungsmöglichkeiten Gebrauch. Der Verzicht des Bundesgesetzgebers auf die Beantragung eines Aufenthaltstitels und die damit verbundene Entscheidung für die Variante eines automatisch entstehenden Aufenthaltsrecht unter den genannten Voraussetzungen begegnet keinen rechtlichen und praktischen Bedenken. Das gilt auch für die Überantwortung der Überprüfung der Voraussetzungen in das Verfahrensermessen der Ausländerbehörden. Aus hiesiger Sicht besteht kein Anlass, strengere Vorgaben zu erlassen.

Besondere Aufmerksamkeit verlangt in diesen Fällen die Anwendung des Günstigkeitsvorbehalts. Dieser ist nach der Rechtsprechung nicht so zu verstehen, dass sich der Drittstaatsangehörige für eine Variante entscheiden muss, sondern dass er Zugang zu

beiden Formen der Aufenthaltssicherung haben muss (VGH Kassel, BeckRS 2016, 110643, Rn. 31).

III. Zusammenfassung

Der Gesetzentwurf ist in den meisten Punkten durch Vorgaben des Unionsrechts (Austrittsabkommen und Freizügigkeitsrichtlinie) bzw. der dazu ergangenen Rechtsprechung des EuGH determiniert. Der Entwurf setzt diese Vorgaben weitgehend rechtsklar und innerhalb der bestehenden Gestaltungsspielräume um.

Aus systematischen Gründen hätte der Unterzeichner eine Verortung sowohl der Regelung des neuen § 3a FreizügG/EU als auch der Regelungen zu den Alt-Briten in § 16 FreizügG/EU im AufenthG bevorzugt. Inhaltliche Monita sind damit aber nicht verbunden.



Prof. Dr. Winfried Kluth