



caritas

„Aufenthaltsrecht trifft Sozialrecht“

Onlineseminar
19.1.2021

19.01.2021 Dr. Elke Tießler-Marenda 1 caritas

Gesetzestexte: <http://www.gesetze-im-internet.de/index.html>

Allgemeine Verwaltungsvorschrift zum FreizügG von 2016, http://www.verwaltungsvorschriften-im-internet.de/bsvwvbund_03022016_MI12100972.htm

Informationen zu den Folgen des Brexit:

Für britische Staatsangehörige:

Das BMI hat Anwendungshinweise (<https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/downloads/DE/veroeffentlichungen/themen/verfassung/anwendungshinweise-brexit.html>), eine ausführliche Broschüre, Fragen und Antworten und weitere Informationen zu den ausländerrechtlichen Folgen des Brexit auf seine Homepage gestellt: <https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/faqs/DE/themen/verfassung/brexit/faqs-brexit.html#doc13119490bodyText2>

Für Deutsche in Großbritannien: <https://uk.diplo.de/uk-de/brexit-infos-deutsch/faq-informationen-brexit>



caritas

**Neues zum Freizügigkeitsrecht:
was ist alt, was ist neu?**

■ Agenda:

- Begriffsbestimmung
- Familiennachzug und nahestehende Personen
- Nachzug zu Deutschen
- Brexit

19.01.2021 Dr. Elke Tießler-Marenda 2 caritas

Das "Gesetz zur aktuellen Anpassung des Freizügigkeitsgesetzes/ EU und weiterer Vorschriften an das Unionsrecht" vom 12.11.2020 ist am 24.11.2020 in Kraft getreten. Es führt zu einigen Klärungen bei den Begriffsbestimmungen und dem Anwendungsbereich. Neu sind die

Regelungen für nahestehende Personen sowie für britische Staatsangehörige und ihre Familienangehörigen nach dem 31.12.2020.

Folie 3

caritas

Begriffsbestimmungen
§ 1 Abs. 2 FreizügG/EU

- Unionsbürger_innen (~ EU-Bürger_innen)
 - Staatsangehörige anderer EU-Staaten
- Freizügigkeitsberechtigte Familienangehörige
 - Gatt_innen
 - **Eingetragene** Lebenspartner_innen
 - Kinder und andere Abkömmlinge
 - ▶ bis 21. Geburtstag
 - ▶ ab 21 Jahre : wenn Unterhaltsleistungen erbracht werden
 - Aufsteigende Linie: wenn Unterhaltsleistungen erbracht werden
- Nahestehende Personen: siehe unten

19.01.2021 Dr. Elke Tießler-Marenda 3 

Unionsbürger_innen

Es wird klargestellt, dass mit dem Begriff „Unionsbürger“ (Synonym: EU-Bürger_innen) im FreizügG/EU nur solche gemeint sind, die nicht Deutsche sind (§ 1 Abs. 2 Nr.1 FreizügG/EU).

Freizügigkeitsberechtigte Familienangehörige

Die Definition, welche Personen vom Recht auf Familienzusammenführung erfasst sind, wird aus § 3 Abs. 2 FreizügG/EU in § 1 Abs. 2 Nr. 3 FreizügG/EU überführt. Wie bisher sind folgende Gruppen erfasst:

- Ehegatt_innen und Lebenspartner_innen
- Abkömmlinge bis zum 21. Geburtstag und
- Abkömmlinge über 21, sofern ihnen Unterhalt gewährt wird, sowie
- Angehörige in gerade aufsteigender Linie, sofern ihnen Unterhalt gewährt wird.

Unterhaltsgewährung beim Anspruch auf **Familienzusammenführung** von Angehörigen in gerade auf- und absteigender Linie:

- Es muss keine Unterhaltspflicht bestehen, aber das Vorliegen eines tatsächlichen Abhängigkeitsverhältnisses (strittig: vor der Einreise?) gegeben sein (EuGH v. 16.1.2014, C-423/12). Zur Höhe des Unterhalts gibt es keine genauen Vorgaben:
 - Es muss eine fortgesetzte, regelmäßige Unterstützung sein, die vom Ansatz her als Mittel zur Bestreitung des Unterhalts angesehen werden kann (BVerwG, 20.10.1993 - 11 C 1/93).
 - Zum Unterhalt zählen auch ein Wohnrecht/Miete und Personensorge bzw. Pflege.
 - Unterhalt in Höhe von 100 Euro kann ausreichen (LSG NRW, 28.5.2015, L 7 AS 372/15 B ER und L 7 AS 373/15 B; LSG NRW, 15.4.2015, L 7 AS 428/15 B ER).
- Bei Angehörigen von wirtschaftlich nicht aktiven EU-Bürger_innen gilt, dass der Lebensunterhalt in Gänze gesichert sein muss (vgl. § 4 FreizügG/EU).
- In der Regel ist davon auszugehen, dass der/die Stammberechtigte über ausreichende eigene Mittel für sich selbst verfügen muss, um die Unterhaltsleistungen erbringen zu können. Es gibt aber auch Entscheidungen, die bei trotz fehlender Lebensunterhaltssicherung des/der Stammberechtigten den Status als Familienangehöriger bejahen (LSG NRW Beschluss - 30.01.2019 - L 7 AS 2006/18 B ER; LSG Bayern, 19.11.2018, L 11 AS 912/18 B ER).

- Ist der/die Angehörige eingereist, besteht Zugang zum Arbeitsmarkt. Das Abhängigkeitsverhältnis kann dann zulässigerweise durch Arbeit beendet werden (EuGH v. 16.1.2014, C-423/12).

Bei den Verwandten in auf- und absteigender Linie sind jeweils die des Stammberechtigten und auch die der Gatt_innen/Lebenspartner_innen erfasst.

Es wird klargestellt, dass mit „**Lebenspartner_innen**“, die als Familienangehörige die gleichen Rechte genießen wie Ehegatt_innen (§ 3 FreizügG/EU) nur Personen gemeint sind, die Lebenspartner_innen im Sinne einer eingetragenen Lebenspartnerschaft sind (§ 1 Abs. 2 Nr. 2 FreizügG/EU). Andere Personen, die umgangssprachlich ebenfalls als Lebenspartner_in bezeichnet werden, sind unter den Begriff „nahestehende Personen“ zu fassen (dazu im Folgenden).

Folie 4

Familiennachzug
(§§ 3 und 4 FreizügG/EU)

- **Stammberechtigigt:**
 - Generell: Unionsbürger_innen mit Freizügigkeitsrecht
 - Studierende: Ehepartner_innen/Lebenspartner_innen und Kinder, denen Unterhalt geleistet wird.
- „Begleiten“ oder „nachziehen“:
 - Verwandtschaftl. Verhältnis muss nicht vor der Einreise bestanden haben
- **Unabhängig von Staatsangehörigkeit der Angehörigen.**
Bei Drittstaatler_innen:
 - Ggf. Visumsverfahren (§ 2 Abs. 4 S. 2 FreizügG/EU)
 - Aufenthaltskarte (§ 5 FreizügG/EU)



19.01.2021
Dr. Elke Tießler-Marenda

4


Das Recht auf Familienzusammenführung haben im Grundsatz alle freizügigkeitsberechtigten EU-Bürger_innen. Es gibt lediglich für wirtschaftlich nicht aktive EU-Bürger_innen, die studieren, eine Beschränkung bei den Nachzugsberechtigten: bei ihnen haben nur Ehepartner_innen/Lebenspartner_innen und die Kinder, denen Unterhalt geleistet wird, ein Nachzugsrecht (§ 4 Satz 2 FreizügG/EU).

Die Formulierung „**begleiten oder nachziehen**“ darf nicht wörtlich genommen werden. Für den Ehegatten“nachzug“ ist es nicht Voraussetzung, dass eine Ehe schon vor der Übersiedlung des EU-Bürgers nach Deutschland bestand und ein „Nachzug“ oder eine „Begleitung“ stattfindet. Ein/e drittstaatsangehörige Ehepartner_in kann sich auch schon vor dem/r stammberechtigten EU-Bürger_in aufgehalten haben, es ist nicht nötig dass dieser Aufenthalt legal war (EuGH, Urteil vom 25.7.2008, Rs. C-127/08 – Metock u.a.; AVV FreizügG/EU Rn. 3.0.3).

Auch **Ehegatten und Angehörige ohne EU-Staatsangehörigkeit** haben die beschriebenen Nachzugsrechte (Art. 7 Abs. 2 Richtlinie 2004/38/EG (~ Freizügigkeits-RL oder Unionsbürgerrichtlinie).

Es darf ein Visum zur Einreise verlangt werden (§ 2 Abs. 4 S. 2 FreizügG/EU). Voraussetzung für dieses ist nur der Nachweis des Freizügigkeitsrechts also letztlich der familiären Verbindung zur/m freizügigkeitsberechtigten, stammberechtigten EU-Bürger_in. Hier ist der Verweis im FreizügG/EU auf die Regelungen des AufenthG missverständlich. Erfolgt die Einreise (trotzdem) ohne Visum, darf nicht verlangt werden, dass das Visumsverfahren nachgeholt wird (EuGH, Urteil vom 25.07.2008, Rs. C-127/08 – Metock u.a.; EuGH, Urteil vom 25. Juli 2002, Rs. C-459/99 – MRAX).

Als Beleg für ihr abgeleitetes Freizügigkeitsrecht erhalten die Familienangehörigen ohne EU-Staatsangehörigkeit eine Aufenthaltskarte (§ 5 FreizügG).

Familiennachzug caritas

- Nachweise (§ 5a Abs. 2 FreizügG/EU)
 - Pass/Passersatz
 - Nachweis über verwandtschaftl. Verhältnis
 - Nachweis über den Aufenthalt des Stambberechtigten
- Pflicht zur Existenzsicherung jeweils wie beim Stambberechtigten
- Soziale „Folgerechte“ jeweils wie beim Stambberechtigten

19.01.2021 Dr. Elke Tießler-Marenda 5 

Bei den Angehörigen muss in der Regel lediglich das Verwandtschaftsverhältnis nachgewiesen werden.

Beim Nachweis von Existenzmitteln orientiert sich diese Pflicht am Stambberechtigten:

- Bei den Angehörigen von wirtschaftlich nicht Aktiven wird die Existenzsicherung vorausgesetzt (§ 3 und § 4 FreizügG/EU).
- Bei Student_innen haben nur Ehepartner_innen/Lebenspartner_innen und die Kinder ein Nachzugsrecht, denen Unterhalt geleistet wird. Das muss ggf. nachgewiesen werden.

Die Rechte beim Zugang zu Sozialleistungen orientieren sich immer am Stambberechtigten.

- Angehörige von Unionsbürger_innen mit Freizügigkeitsrecht zur Arbeitssuche oder als wirtschaftlich nicht aktive, sind wie diese von Leistungen ausgeschlossen, wenn sie kein anderes Freizügigkeitsrecht oder Aufenthaltsrecht haben.
- Angehörige von Unionsbürger_innen mit Erwerbstätigenstatus sind wie diese leistungsbe-rechtigt.

Abgeleitetes Recht der Eltern
minderjähriger Kinder

- § 3 i.V.m. § 1 Abs. 2 Nr. 3 Bst. d) FreizügG/EU
 - Nur wenn das Kind den Eltern Unterhalt gewährt
- § 3 Abs. 4 FreizügG/EU
 - Tod oder Wegzug des Stambberechtigten
 - Kind geht zur Schule/macht eine Ausbildung
- Art. 10 VO 492/2011 (siehe unten)
- Sonstige
 - Dreiecksverhältnis
 - ▶ Voraussetzungen je nach Stambberechtigten
 - Art. 20 AEUV (Aufenthaltsrecht sui generis)
 - ▶ Kind benötigt zur Wahrnehmung seines Freizügigkeitsrecht die Eltern/das Elternteil
 - ▶ Lebensunterhaltssicherung

caritas



19.01.2021
Dr. Elke Tießler-Marenda
6

Das Nachzugsrecht in gerade aufsteigender Linie knüpft daran an, dass der Stamberechtigte entsprechende Unterhaltsleistungen erbringt. Das ist bei stambberechtigten Kindern in der Regel nicht der Fall. Es muss deshalb geprüft werden, ob eines der anderen Rechte in Betracht kommt, bei denen Kinder mit Unionsbürgerschaft den Eltern ein Aufenthaltsrecht vermitteln.

Bei Tod oder Wegzug des stambberechtigten EU-Bürgers haben die Kinder ein eigenständiges Aufenthaltsrecht bis zum Abschluss einer Ausbildung (§ 3 Abs. 4 FreizügG/EU, Art. 12 Abs. 3 Richtlinie 2004/38/EG), das auch den sorgeberechtigten Elternteil umfasst.

Dieses Recht ist nicht identisch mit dem Aufenthaltsrecht nach Art. 10 VO 492/2004 (dazu siehe unten Folie12). Es gilt nicht nur für die Kinder von Arbeitnehmer_innen und greift anders als das Recht nach Art. 10 VO 492/2004 nicht, wenn der stamberechtigte Elternteil (arbeitslos) in Deutschland bleibt.

In der Praxis sehr problematisch sind Fälle im **Dreiecksverhältnis**, insbesondere wenn es um die Frage eines Anspruchs auf Sozialleistungen geht. Es handelt sich hierbei um Fälle mit einem Elternteil mit (anspruchsbegründendem) Freizügigkeits- oder Aufenthaltsrecht, von dem das Kind unbestritten ein Freizügigkeits- oder Aufenthaltsrecht ableitet. Wenn die Eltern nicht verheiratet sind, hat das andere Elternteil kein Recht auf Familiennachzug und es stellt sich die Frage nach dem Freizügigkeits- oder Aufenthaltsrecht.

Ausländerrechtlich ist der Aufenthalt in solchen Fällen bei EU-Bürger_innen in solchen Fällen regelmäßig zumindest dadurch gesichert, dass ein Freizügigkeitsrecht zur Arbeitssuche zu bejahen ist. Allerdings führt das zu einem Leistungsausschluss. Es stellt sich daher auch in solchen Fällen die Frage nach einem (anderen) Aufenthaltsrecht, das sich ggf. vom Kind ableiten ließe. Das ist je nach Konstellation hoch umstritten:

- Nach der Rspr. des BVerwG hängt ein Aufenthaltsrecht des Elternteils davon ab, dass das Kind über ein eigenes, nicht nur über ein abgeleitetes Freizügigkeitsrecht (Aufenthaltsrecht) verfügt (BVerwG, 23.09.2020, 1 C 27.19).
- Für ein Nachzugsrecht des zweiten Elternteils, dass allein an die Unionsbürgerschaft von Minderjährigen anknüpft wird angeführt, dass nach § 28 AufenthG ein Nachzugsrecht zu deutschen Kindern besteht. Da sich EU-Bürger_innen gem. § 11 Abs. 11 FreizügG/EU auf das AufenthG berufen können, wenn dieses eine günstigere Rechtsstellung vermittelt, müsse das auch für minderjährige EU-Bürger_innen gelten unabhängig davon, ob sie ihr Freizügigkeitsrecht „nur“ ableiten. Für diese Argumentation spricht auch, dass das Recht auf familiäres Zusammenleben mit beiden Elternteilen nicht davon abhängig gemacht werden darf, ob es ein originäres oder ein abgeleitetes Freizügigkeitsrecht hat. Eine

Entscheidung des EuGH oder des BVerfG dazu gibt es bisher nicht. Das BVerfG hat aber am 8. Juli 2020 (1 BvR 1094/20) in einem Fall zur Prozesskostenhilfe entschieden, dass es nicht auszuschließen ist, dass nach dem Meistbegünstigungsprinzip ein anspruchsbegründender Status nach dem AufenthG („fiktives“ Aufenthaltsrecht für Elternteile entsprechend § 28 AufenthG) bestehen kann. Bei der Wertung ist der Schutz der Familie aus Art. 5 GG und Art. 8 EMRK und der Schutz der Familie nach Art. 6 GG zu beachten.

Ein eigenes Aufenthaltsrecht des Kindes, das den Eltern(teilen) ein Nachzugsrecht vermittelt, ist auch das Aufenthaltsrecht direkt aus Art. 20 und 21 AEUV (Aufenthaltsrecht sui generis = „eigener Art“). Eltern oder Großeltern können demnach ein Aufenthaltsrecht von einem/r minderjährigen Unionsbürger_in ableiten, um dem/r Minderjährigen die Wahrnehmung des Freizügigkeitsrecht überhaupt erst zu ermöglichen. Nach der Rspr. des EuGH ist hier immer das Kindeswohl als gewichtiges Kriterium zu beachten.

Sofern sich das Kind nicht auf § 3 Abs. 4 FreizügG/EU oder Art. 10 VO 492/2004 berufen kann sondern „nur“ auf das Freizügigkeitsrecht nach Art. 21 AEUV, muss der Lebensunterhaltssicherung des Kindes z.B. durch den unterhaltspflichtigen Elternteil gesichert werden (Rn. 3.2.2.2 AVV FreizügG/EU). Allerdings muss dies dem Elternteil auch durch eine Arbeitserlaubnis ermöglicht werden (BVerwG, 23.09.2020, 1 C 27.19).

Folie 7

caritas

Nahestehende Personen

- Verwandte in der Seitenlinie nach § 1589 BGB.
 - mindestens zwei Jahren Unterhalt oder
 - mindestens zwei Jahren häusliche Gemeinschaft im Ausland oder
 - schwerwiegende gesundheitliche Gründe, die persönliche Pflege zwingend erforderlich machen
- Minderjährige, ledige Pflegekinder oder Kinder, für die die/der Stamberechtigte die Vormundschaft hat.
 - Abhängigkeitsverhältnis besteht und längeres Zusammenleben in Deutschland
- Nicht eingetragene „Lebensgefährt_innen“,
 - glaubhaft dargelegte, auf Dauer angelegte Gemeinschaft
 - Nicht nur vorübergehendes Zusammenleben in Deutschland

19.01.2021 Dr. Elke Tießler-Marenda 7 

Neu eingeführt werden mit § 3a FreizügG/EU Regelungen, die den Aufenthalt für sogenannte "nahestehende Personen". Damit soll die in Art. 3 Abs. 2 RL 2004/38/EG vorgesehene Erleichterung des Nachzugs dieser Personen umgesetzt werden.

Definiert werden die nahestehende Personen in § 1 Abs. 1 Nr. 4 FreizügG/EU. Es handelt sich dabei um Personen,

- die nicht selbst die Unionsbürgerschaft haben und
- die nicht im Familiennachzug nach § 2 Abs. 2 Nr. 6 FreizügG/EU anspruchsberechtigt sind (§ 3a Abs. 1 S. 1 FreizügG/EU).

Erfasst sind folgende Gruppen:

- § 1 Abs. 1 Nr. 4 Bst. a) FreizügG/EU: Verwandte in der Seitenlinie nach § 1589 BGB. Das sind Geschwister der Eltern, eigene Geschwister und jeweils deren Nachkommen.

Voraussetzung § 3a Abs. 1 Nr. 1 FreizügG/EU:

- die/der Stamberechtigte gewährt diesem Angehörigen seit mindestens zwei Jahren Unterhalt gewährt hat oder
- es bestand für mindestens zwei Jahren eine häusliche Gemeinschaft im Ausland oder

- schwerwiegende gesundheitliche Gründe machen die persönliche Pflege durch den Unionsbürger zwingend erforderlich.
- § 1 Abs. 1 Nr. 4 Bst. b) FreizügG/EU: Minderjährige, ledige Pflegekinder oder Kinder, für die die/der Stamberechtigte die Vormundschaft hat (auch, wenn diese nach dem Recht des Herkunftslandes eingerichtet worden ist).
Voraussetzung ist, dass ein Abhängigkeitsverhältnis besteht und ein (geplantes) längeres Zusammenleben in Deutschland (§ 3a Abs. 1 Nr. 2 FreizügG/EU).
- § 1 Abs. 1 Nr. 4 Bst.c) FreizügG/EU: Nicht eingetragene „Lebensgefährt_innen“, die in einer glaubhaft dargelegten, auf Dauer angelegten Gemeinschaft leben und nicht verheiratet sind.
Voraussetzung ist gem. § 3a Abs. 1 Nr. 3 FreizügG/EU Voraussetzung, dass beide nicht nur vorübergehend in Deutschland zusammenleben (wollen).

Über die Verleihung dieses Aufenthaltsrechts entscheidet die Ausländerbehörde „nach einer eingehenden Untersuchung der persönlichen Umstände“ sowie unter Berücksichtigung weiterer Aspekte wie dem „Grad der finanziellen oder physischen Abhängigkeit oder dem Grad der Verwandtschaft“ nach Ermessen (§ 3a Abs. 2 FreizügG/EU).

Voraussetzung für diese Aufenthaltsrechte ist die Erfüllung der allgemeinen Erteilungsvoraussetzungen nach § 5 AufenthG. Daher muss insbesondere in der Regel der Lebensunterhalt gesichert sein. Für die Einreise ist in der Regel ein Visum nötig, für das eine Gebühr erhoben wird, die denen für ein Visum nach dem AufenthG entsprechen (§ 2 Abs. 6 Satz 2 FreizügG/EU). Für das entsprechende nationale Visum liegt die Gebühr derzeit bei 75.- Euro, für Minderjährige bei 37,50 Euro. Die Privilegierung nach § 41 AufenthV (Staatsangehörigen der benannten Staaten dürfen ohne Visum einreisen und die Aufenthaltskarte danach beantragen) und die anderen in der AufenthV vorgesehenen Ausnahmen finden laut Gesetzesbegründung Anwendung (vgl. Drucksache 19/21750, S. 43). Da es sich nicht um einen Anspruch handelt, ist im Übrigen bei Personen, die für Kurzaufenthalte erlaubt visumsfrei einreisen dürfen, eine Beantragung der Aufenthaltskarte ohne vorgeschaltetes Visumverfahren nur in Härtefällen möglich (§ 39 S. 1 Nr. 3 AufenthV, § 5 Abs. 2 S. 2 2. Alternative AufenthG).

Die „nahestehenden Personen“ erhalten gem. § 5 Abs. 7 FreizügG/EU eine „Aufenthaltskarte nach § 3a FreizügG (nahestehende Personen von EU-Bürgern)“. Gem. § 5a Abs. 3 FreizügG/EU werden von Ihnen neben „üblichen“ je nach Fallkonstellation folgende Dokumente verlangt: Nachweise über Unterhalt, Nachweis über die Gründe, die Pflege notwendig machen, Urkunden über ein Vormundschaft oder Pflegekind-Verhältnis oder Nachweis von Umständen, die das Vorliegen einer dauerhaften Beziehung belegen.

Mit der Aufenthaltskarte besteht die Berechtigung zur Erwerbstätigkeit und der Erwerb des Daueraufenthaltsrechts ist gem § 4a Abs. 1 FreizügG wie bei Familienangehörigen möglich.

Die nahestehenden Personen bleiben, wenn der/ Stamberechtigte stirbt, unter den gleichen Umständen aufenthaltsberechtigt wie Familienangehörige, die nicht Unionsbürger_innen sind (§ 3a Abs. 3 i.V.M. § 3 Abs. 2 FreizügG/EU).

Familiennachzug zu Deutschen



- Rückkehrer_innen (neu: § 1 Abs. 1 Nr. 6 FreizügG/EU)
 - Nachhaltiger Gebrauch des Freizügigkeitsrechts
 - Familienleben in anderem EU-Staat gelebt
- Sui generis:
 - Kein Recht nach § 28 AufenthG
 - Passives Freizügigkeitsrecht muss vom Angehörigen abhängen
 - Bei Ehegatt_innen regelmäßig zu verneinen
 - Bei Minderjährigen regelmäßig zu bejahen, Kindeswohl erfordert regelmäßig den Aufenthalt beider Elternteile
 - Aufenthaltsrecht eigener Art, das vergleichbar § 4 Abs. 5 AufenthG bescheinigt wird.

19.01.2021

Dr. Elke Tießler-Marenda

8


Für den **Familiennachzug zu Deutschen** gelten im Grundsatz die Regelungen des AufenthG. Dazu gibt es folgende Ausnahmen:

Rückkehrfälle

Mit der Änderung des FreizügG/EU wurde klargestellt, dass der Anwendungsbereich des Gesetzes auch die Angehörigen von Deutschen umfasst, wenn letztere nachhaltig von ihrem Freizügigkeitsrecht Gebrauch gemacht haben (§ 1 Abs. 1 Nr. 6 FreizügG/EU). Damit wird die Rechtsprechung des EuGH (EuGH v. 12.3.2014, C-456/12) zu den sogenannten Rückkehrerfällen umgesetzt. Es ist nun ausdrücklich geregelt, dass die Angehörigen von Deutschen, die von ihrem Recht auf Freizügigkeit nachhaltig Gebrauch gemacht haben, erfasst sind. Nachhaltig ist die Inanspruchnahme des Freizügigkeitsrechts nach der Rechtsprechung des EuGH unter den Voraussetzungen von Art. 7 der Richtlinie 2004/38/EG.

Wer also über 3 Monate unter Erfüllung dieser Voraussetzungen in einem anderen Mitgliedstaat gelebt hat und dort eine familiäre Bindung entwickelt hat, kann bei einer Rückkehr nach Deutschland die Angehörigen gem. § 12a FreizügG/EU unter den weniger eng gefassten Bedingungen des FreizügG/EU „mitbringen“ und ist nicht auf den Familiennachzug nach AufenthG verweisen.

Aufenthaltsrecht sui generis (eigener Art)

Nach wie vor ohne gesetzliche Klarstellung ist das **Freizügigkeitsrecht nach Art. 20 und 21 AEUV als passives Freizügigkeitsrecht** und das daraus abgeleitete Aufenthaltsrecht von Angehörigen. Das Freizügigkeitsrecht als Kernbestand der Unionsbürgerschaft umfasst auch das Recht, im Land seiner Herkunft zu leben. Der EuGH geht deshalb davon aus, dass ein abgeleitetes Aufenthaltsrecht für Angehörige besteht, wenn das passive Freizügigkeitsrecht deswegen nicht gelebt werden könnte, weil die Ausreise des Angehörigen das unmöglich machen würde.

Für **Ehepaare** ergibt sich daraus regelmäßig kein Recht, das über die nationalen Regeln zum Ehegattennachzug hinaus geht. Erwachsenen ist es zumutbar eine Zeitlang getrennt zu leben, um die Voraussetzungen des Ehegattennachzug zu erfüllen. Selbst, wenn diese dauerhaft nicht erfüllt werden, ist das in der Regel kein unzulässiger Eingriff in das passive Freizügigkeitsrecht. Als Erwachsene können die Betroffenen frei entscheiden, ob sie trotzdem im Heimatland bleiben oder ggf. die Ehe im Ausland leben.

Minderjährige Deutsche wären regelmäßig gezwungen, Deutschland zu verlassen, wenn den sorgeberechtigten Eltern der Aufenthalt verweigert wird. Wenn die drittstaatsangehörigen Eltern tatsächlich die Personensorge ausüben und es dem minderjährigen Deutschen damit erst ermöglichen, von seinem Freizügigkeits- und Aufenthaltsrecht Gebrauch zu machen, können die Eltern(teile) ein Aufenthaltsrecht unmittelbar aus EU-Recht ableiten (EuGH, Urteil v. 8.3.2011 (Zambrano), C 34/09; EuGH, Urteil v. 10.5.2017, Rs. C-133/15).

Hat nur ein Elternteil einen unsicheren Status und ist der andere Elternteil deutscher Staatsangehöriger oder Ausländer/in mit einem Aufenthaltsrecht, würde der weitere Aufenthalt des deutschen minderjährigen Kindes durch die Ausreise des erstgenannten Elternteils nicht unbedingt in Frage gestellt. Nach der Rspr. des EuGH kann aber auch dann, wenn das Kind mit einem Elternteil im Bundesgebiet verbleiben könnte, die Trennung von dem anderen Elternteil ein Eingriff in den Kernbestand der Unionsbürgerrechte bedeuten.

Abzustellen ist darauf,

- ob der fragliche Elternteil die tatsächliche Sorge wahrnimmt und das Kind davon abhängig ist. Ist der andere Elternteil zur Wahrnehmung der Sorge nicht willens oder in der Lage, besteht ein Abhängigkeitsverhältnis zum erstgenannten Elternteil und dieser hat ein abgeleitetes Aufenthaltsrecht.
- Wenn auch der Elternteil mit sicherem Aufenthaltsrecht willens und in der Lage ist, die tatsächliche Sorge wahrzunehmen, kann dem (drittstaatsangehörigen) anderen Elternteil trotzdem ein abgeleitetes Aufenthaltsrecht zustehen. Es muss insbesondere das durch Art. 24 Grundrechtscharta geschützte Kindeswohl einschließlich Umgangsrecht berücksichtigt werden. Gibt es eine starke affektive Bindung und birgt die Trennung vom drittstaatsangehörigen Elternteil ein Risiko für das „innere Gleichgewicht“ des Kindes, ist von einem Aufenthaltsrecht des Elternteils auszugehen.

Auch das Vorliegen von Ausweisungsgründen führt nicht unbedingt dazu, dass dem drittstaatsangehörigen Elternteil das Aufenthaltsrecht verwehrt werden darf. Maßstab ist der erhöhte Ausweisungsschutz für Angehörige von EU-Bürger_innen (EuGH, Urteil v. 13.9.2016, C-304/14; EuGH, Urteil v. 10.5.2017, C-133/15)

Die Elternteile haben ein unionsrechtliches Aufenthaltsrecht eigener Art nach Art. 20 AEUV, das nach der Rspr. des BVerwG bei Drittstaatsangehörigen zu bescheinigen ist, wie dies in § 4 Abs. 5 AufenthG für das Bestehen eines assoziationsrechtlichen Aufenthaltsrechts vorgesehen ist (BVerwG, 12. Juli 2018 - BVerwG 1 C 16.17)

Folie 9

Britische Staatsangehörige und ihre Familienangehörigen: § 16 FreizügG/EU 

- Vor dem 1.1.2021 nicht in Deutschland wohnhaft: AufenthG
- Bis 31.12.2020 in Deutschland wohnhaft: Rechte des Austrittsabkommen wirken weiter:
 - Fortbestehendes Aufenthaltsrecht, wenn vorher
 - ▶ Freizügigkeitsrecht nach Art. 20 AEUV
 - ▶ Arbeitnehmerfreizügigkeit
 - ▶ Niederlassungsfreiheit
 - ▶ Daueraufenthaltsrecht

19.01.2021 Dr. Elke Tießler-Marenda 

Vor dem 1.1.2021 nicht in Deutschland wohnhaft:

Britische Staatsangehörige und ihre Familienangehörigen, die zu diesem Zeitpunkt nicht bereits freizügigkeitsberechtigt in Deutschland wohnten, werden seither wie andere Drittstaater_innen behandelt. Für die Einreise wird demnach ein Pass benötigt. Ein Kurzaufenthalt bis zu 90 Tage ist visumsfrei. Für einen längeren Aufenthalt wird ein Aufenthaltstitel nach dem AufenthG benötigt und für die Einreise ein entsprechendes nationales Visum. Auch für den Familiennachzug und den Zugang zum Arbeitsmarkt gilt das AufenthG.

Es gelten derzeit coronabedingte Einschränkungen bei der Einreise. Britische Staatsangehörige können derzeit also nur nach Deutschland einreisen, wenn sie eine wichtige Funktion ausüben oder ihre Reise zwingend notwendig ist oder wenn sie vor dem 31.12.2020 in Deutschland gewohnt haben.

Personen, die sich auf die Dienstleistungsfreizügigkeit berufen (einschließlich Entsandte), wohnen regelmäßig nicht in Deutschland. Sie können bis zum 31. März 2021 in Deutschland bleiben und auch weiterhin die bisherige Tätigkeit ausüben. Danach müssen sie im Besitz eines Aufenthaltstitels sein, wenn sie sich weiter in Deutschland aufhalten wollen. Der Aufenthaltstitel muss rechtzeitig beantragt werden, dies kann ohne vorige Ausreise erfolgen.

Am 31.12.2020 in Deutschland wohnhaft:

Fortbestehendes Aufenthaltsrecht

Nach dem neuen **§ 16 FreizügG/EU** behalten britische Staatsangehörige und ihre Familienangehörigen, die am 31. Dezember 2020 freizügigkeitsberechtigt wohnen in Deutschland, in der Regel ihr Aufenthaltsrecht auch nach dem 1. Januar 2021.

Wohnen meint in diesem Zusammenhang, dass der Lebensschwerpunkt in Deutschland ist. Es kommt nicht auf eine Anmeldung oder auf die Anmietung einer Wohnung an. Wer sich zum Stichtag am 31. Dezember 2020 nur vorübergehend in Deutschland aufgehalten hatte (z.B. Tourist_innen, Familienbesuche), ist nicht erfasst. Es gibt keine Mindestaufenthaltszeit vor dem Stichtag.

§ 16 Abs. 1 FreizügG/EU verweist auf Teil Zwei Titel II Kapitel 1 (Art. 13 ff.) des Austrittsabkommens.

- Nicht erfasst ist damit die Dienstleistungsfreizügigkeit und insbesondere von einem britischen Unternehmen Entsandte. Künftig werden Dienstleistungserbringer_innen aus Großbritannien einen Aufenthaltstitel nach AufenthG benötigen, auch wenn sie sich zum Stichtag bereits in Deutschland aufgehalten haben (s.o.).
- Erfasst ist neben der Arbeitnehmerfreizügigkeit und Niederlassungsfreiheit das allgemeine Freizügigkeitsrecht nach Art. 21 AEUV unter den entsprechenden Bedingungen. Ein Daueraufenthaltsrecht nach § 4a FreizügG/EU wirkt als eines nach Art. 15 des Austrittsabkommens fort.
- Auch wer zum Stichtag als freizügigkeitsberechtigter Familienangehöriger in Deutschland lebte, behält das Aufenthaltsrecht. Das gilt auch für drittstaatsangehörige Personen, die für einen unterhaltsberechtigten britischen Staatsangehörigen sorgen, sofern dieser vor dem Stichtag freizügigkeitsberechtigt war (also der Lebensunterhaltssicherung gesichert ist).
- Auch Personen mit Aufenthaltsrecht nach Art. 10 VO 492/2004 behalten das Aufenthaltsrecht.
- Britische Staatsangehörige, die als Angehörige von Deutschen in einem Rückkehrerfall nach Deutschland gekommen sind, verlieren nach Ansicht des BMI dieses Recht nicht, wenn die Rückkehr vor dem Stichtag lag. Danach handelt es sich nicht mehr um eine Rückkehr, auf die EU-Recht anzuwenden ist.
- Grenzgänger_innen können weiter in Deutschland arbeiten (vgl. Art. 24 und 25 des Austrittsabkommens). Wenn sie ihren Wohnsitz nach Deutschland verlegen wollen, benötigen sie eine Aufenthaltserlaubnis nach AufenthG.

Britische Staatsangehörige und ihre Familienangehörigen: § 16 FreizügG/EU 

- Wohnen
 - ▶ Keine Voraufenthaltsfrist
 - ▶ Lebensmittelpunkt in Deutschland
- Aufenthaltsanzeige
 - ▶ Bis 30. Juni 2021
- Deklaratorische Aufenthaltsdokumente
 - ▶ Elektronisches Aufenthaltsdokument-GB
 - Ggf. Zusatz Daueraufenthalt
 - Ggf. Zusatz Grenzgänger
- Keine Freizügigkeit in der EU
- Freier Arbeitsmarktzugang

19.01.2021 Dr. Elke Tießler-Marenda 10 

Wohnen meint in diesem Zusammenhang, dass der Lebensschwerpunkt in Deutschland ist. Es kommt nicht auf eine Anmeldung oder auf die Anmietung einer Wohnung an. Wer sich zum Stichtag am 31. Dezember 2020 nur vorübergehend in Deutschland aufgehalten hatte (z.B. Tourist_innen, Familienbesuche), ist nicht erfasst. Es gibt keine Mindestaufenthaltszeit vor dem Stichtag.

Aufenthaltsanzeige und Aufenthaltsdokumente

Britische Staatsangehörige und ihre Familienangehörigen müssen ihren EU-rechtlich legitimized Aufenthalt bis spätestens 30. Juni 2021 bei der Ausländerbehörde anzeigen. Für die Angehörigen gilt das nicht, wenn sie im Besitz einer Aufenthaltskarte oder Daueraufenthaltskarte sind, da das den Ausländerbehörden bekannt ist. Der Besitz einer Bescheinigung über das Dauer-aufenthaltsrecht befreit nicht von der Anzeigepflicht.

Es wird eine Bestätigung der Anzeige (Art. 18 Absatz 4 des Abkommen) und in der Folge ein deklaratorisch wirkendes **Aufenthaltsdokument-GB** ausgestellt (§ 16 Abs. 2 FreizügG/EU). Grenzgänger erhalten das spezielle Aufenthaltsdokument für Grenzgänger-GB. Liegt ein Recht zum Daueraufenthalt vor, wird dieses entsprechend vermerkt.

Bis zur Ausstellung des Dokuments kann gem. § 11 Abs. 4 FreizügG/EU auf Antrag auch eine Fiktionsbescheinigung ausgestellt werden.

Das Aufenthaltsdokument-GB ist ein Dokument im "Scheckkartenformat", das mindestens fünf Jahre und höchstens zehn Jahre lang gültig ist. Es kostet 37,00 Euro für Personen, die älter sind als 24 Jahre, und 22,80 Euro für Jüngere. Der „Umtausch“ von bestehenden Daueraufenthaltskarten, der spätestens erfolgen muss, wenn das Dokument eingezogen wird oder zum 31.12.2022 seine Gültigkeit verliert (§ 16 Abs. 6 FreizügG/EU), ist kostenlos.

Freizügigkeit in der EU

Das Aufenthaltsrecht gilt nur für Deutschland und gibt kein Recht auf Aufenthalt in anderen EU-Staaten, das über die Rechte von anderen Drittstaatler_innen (z.B. Kurzaufenthalte innerhalb des Schengen-Raums) hinausgeht. Das gleiche gilt reziprok für britische Staatsangehörige und ihre Familienangehörigen, die in einem anderen EU-Staat weiter aufenthaltsberechtigt sind.

Arbeitsmarktzugang

Bestehende Rechte beim Zugang zum Arbeitsmarkt bleiben erhalten, die Weiterbeschäftigung kann ohne entsprechende Dokumente erfolgen.

Neues beim Zugang zu SGB II und SGB XII caritas

- Mit fiktivem Aufenthaltsrecht nach AufenthG
 - Keine Änderung
- Für Aufenthaltsberechtigte nach Art 10 VO (EU) 492/2011
 - Seit 2016: Leistungsausschlüsse im SGB II und SGB XII
 - EuGH, 6.10.2020 - C 181/19: EU-rechtswidrig
 - Seit 1.1.2021: gestrichen



19.01.2021 Dr. Elke Tießler-Marenda 11

Mit der Änderung des FreizügG/EU kam es nicht zu der ursprünglich vorgeschlagenen Ergänzung des § 11 FreizügG/EU, dass die Rechtsfolgen eines fiktiv bestehenden Aufenthaltsrechts nach dem AufenthG nur eintreten, wenn dieses Recht durch den Besitz des entsprechenden Aufenthaltstitels dokumentiert ist.

Es bleibt also dabei, dass sich Unionsbürger_innen insbesondere gegenüber Jobcentern und Sozialbehörden auf das fiktive Vorliegen eines entsprechenden Aufenthaltsrechts berufen können. Es bleibt aber auch dabei, dass dies in der Praxis den ausländerrechtlich kaum geschulten Mitarbeiter_innen der Behörden nicht immer bekannt bzw. einfach zu erläutern ist.

Der EuGH hat im am 6.10.2020 (C 181/19) entschieden, dass der Leistungsausschluss für Aufenthaltsrechtsberechtigte nach Art. 10 492/2011 europarechtswidrig ist. Dieser Personenkreis kann sich demnach auf das Gleichbehandlungsgebot der VO 883/2004 berufen. Da es sich um ein Freizügigkeitsrecht eigener Art handelt, greift die Erlaubnis zum Ausschluss von Grundsicherung nach Art. 24 der RL 2004/38/EG nicht. Würde den Betroffenen kein Zugang zu diesen Leistungen gewährt, wäre ihr Aufenthaltsrecht entwertet. Da das Europarecht vorrangig ist, sind die Leistungsausschlüsse seit der Entscheidung unanwendbar

Betroffen sind die Leistungsausschlüsse, die seit 2016 in § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 Buchstabe c SGB II und in § 23 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 2. Alternative SGB XII zu finden sind.

Der Gesetzgeber hat auf die Entscheidung des EuGH reagiert und mit dem *Gesetz zur Ermittlung von Regelbedarfen und zur Änderung des Zwölften Buches Sozialgesetzbuch sowie des Asylbewerberleistungsgesetzes* diese Anspruchsausschlüsse aus dem SGB II und XII gestrichen. Weiter wurde die entsprechende Pflicht, Anträge auf oder den Bezug dieser Leistungen an die Ausländerbehörden zu melden, gestrichen. Das Gesetz vom 8. Dezember tritt zum 1.1.2021 in Kraft (Gesetzestext siehe Anlage).

Da EU-Recht vorrangig ist, waren die Leistungsausschlüsse schon jetzt unabhängig vom Inkraft-Treten der Gesetzesänderung nicht anzuwenden. Es mussten auch gegen den Wortlaut des Gesetzes Leistungen bewilligen werden. Die BA informierte darüber wie folgt: „Der Leistungsausschluss ist nicht mehr anwendbar und es besteht bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen der Zugang zu Leistungen der Grundsicherung für Arbeitsuchende.“ (<https://www.arbeitsagentur.de/wissensdatenbank-sgbii/7-leistungsberechtigte>, WDB-Beitrag Nr.: 070095).

Das bedeutet:

Anträge, über die noch nicht entschieden wurden, müssen positiv beschieden werden, wenn die sonstigen Voraussetzungen gegeben sind.

In Fällen, in denen ein Leistungsanspruch bereits allein wegen des genannten Leistungsausschlusses abgelehnt wurde und das Verfahren noch nicht rechtskräftig abgeschlossen wurde, ist wie folgt zu verfahren:

- Läuft ein Widerspruchsverfahren, sind die Fälle von Amts wegen zu überprüfen und der angefochtene Bescheid – sofern die sonstigen Voraussetzungen vorliegen – aufzuheben und abzuhefen.
- Läuft ein Klageverfahren, ist der angefochtene Bescheid – sofern die sonstigen Voraussetzungen vorliegen – aufzuheben, um den Kläger klaglos zu stellen (Erledigung). Alternativ kommt auch die Abgabe eines Anerkenntnisses in Betracht.
- In Fällen, in denen ein Leistungsanspruch allein wegen der genannten Leistungsausschlüsse abgelehnt wurde und bereits eine rechtskräftige Entscheidung ergangen ist, sollte ein Überprüfungsantrag gestellt werden. Der Bescheid ist dann - bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen - ab 06. Oktober 2020 gemäß § 40 Absatz 3 Satz 1 Nr. 2 SGB II i.V.m. § 44 Absatz 1 Satz 1 SGB X aufzuheben und es sind Leistungen zu gewähren.

Im Rahmen des SGB XII gilt (auch ohne entsprechende Weisung) im Grundsatz das Gleiche.

Folie 12

caritas

Art. 10 VO 492/2011

- Aufenthaltsrecht nach Art. 10 VO 492/2011
 - Kinder, die die Schule besuchen oder in Ausbildung sind,
 - und die mit (ehemaligen) Arbeitnehmer_innen in Deutschland gelebt haben
 - Elternteile, die die Sorge für das Kind wahrnehmen
- Folgen:
 - Kinder: Eigenständiges Aufenthaltsrecht ohne Existenzsicherung
 - Eltern(teile): abgeleitetes Aufenthaltsrecht ohne Existenzsicherung
 - Grundlage für Daueraufenthalt: nein, da kein Freizügigkeitsrecht nach der Unionsbürgerrichtlinie

19.01.2021 Dr. Elke Tieföler-Marenda 12 

Ausländer_innen mit Aufenthaltsrecht nach Art. 10 der Verordnung (VO) 492/2011:

Minderjährige Kinder, die die Schule besuchen oder eine Ausbildung machen, haben auf der Basis von Art. 10 VO 492/2011 ein eigenständiges, Aufenthaltsrecht, wenn wenigstens ein Elternteil mit EU-Staatsangehörigkeit als Arbeitnehmer/in tätig ist oder war, und sie mit diesem eine Zeitlang zusammen in Deutschland gelebt haben.

Sorgeberechtigte, nicht (mehr) erwerbstätige Elternteile können daraus unabhängig von der Staatsangehörigkeit ein Aufenthaltsrecht ableiten.

Das Aufenthaltsrecht ist sowohl beim Kind wie auch bei den Eltern(teilen) unabhängig von der Existenzsicherung. Entsprechend hat das BVerwG jüngst entschieden, dass bei diesem Personenkreis keine Verlustfeststellung erfolgen kann, wenn die Existenzmittel fehlen (*BVerwG v. 11.9.2019 – 1 C 48.18*). *Damit korrespondiert aber kein Leistungsanspruch nach SGB II oder SGB XII. Dieses Aufenthaltsrecht ist vielmehr i.d.R. von Leistungen ausgeschlossen (§ 7 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 Bst. c) SGB II, § 23 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 SGB XII)*

Bei dem Freizügigkeitsrecht nach Art. 10 VO 492/2011 handelt es sich nicht um eines der Freizügigkeitsrechte, die in der Unionsbürgerrichtlinie (Richtlinie 2004/38/EG) beschrieben sind, sondern um ein Freizügigkeitsrecht eigener Art.

Es ist strittig, ob auch das Freizügigkeitsrecht nach Art. 10 VO 492/2011 zu den Rechten zählt, die zum Daueraufenthaltsrecht führen. Das BVerwG lehnt dies ab, da das Daueraufenthaltsrecht nur durch das Vorliegen eines Freizügigkeitsrechts i. S. d. Unionsbürgerrichtlinie

erworben wird (*BVerwG v. 11.9.2019 – 1 C 48.18*). Dabei verweist das BVerwG auf eine Entscheidung des EuGH, die sich allerdings auf eine spezielle Regelung für Angehörige bezog, die selbst keine Staatsangehörigen eines EU-Mitgliedsstaates sind (EuGH v. 8. Mai 2013 - C-529/11 Rn. 48). Dazu, ob das dort Gesagte auch auf den Erwerb des Daueraufenthaltsrechts durch einen Unionsbürger zutrifft, äußert sich der EuGH nicht dezidiert, es ist aber wahrscheinlich.

Bei dem freizügigkeitsberechtigten Kind besteht dieses Freizügigkeitsrecht bis zum Abschluss der Schule bzw. der Ausbildung. Danach muss geprüft werden, ob das Kind den weiteren Aufenthalt durch ein anderes Aufenthaltsrecht absichern kann. Welches in Betracht kommt richtet sich je nach Staatsangehörigkeit nach AufenthG oder FreizügG/EU. Wenn es sich um eine/n EU-Bürger_in handelt, die eine duale Ausbildung macht, kann sich das Kind schon während der Ausbildung auf die Arbeitnehmerfreizügigkeit berufen. In Betracht kommen je nach persönlicher Situation auch das Daueraufenthaltsrecht oder das Freizügigkeitsrecht zu Arbeitssuche.

Für die Elternteile besteht das Recht i.d.R. bis zur Volljährigkeit des Kindes. Danach ist zu prüfen, ob je nach Staatsangehörigkeit ein Aufenthaltsrecht nach AufenthG (insbes. § 31 AufenthG) oder FreizügG/EU (Vgl. insbes. § 3 Abs. 5 FreizügG/EU, Art. 12 und Art. 13 Unionsbürgerrichtlinie) in Betracht kommt. Je nach Staatsangehörigkeit und konkretem Status kann das Aufenthaltsrecht des/r Eltern(teile) enden, wenn sie keiner Erwerbstätigkeit nachgehen und den Lebensunterhalt selbst sichern.