

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 Härtefalleistungen“) 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.