



Prof. Dr. Daniel Thym, LL.M.

Fachbereich Rechtswissenschaft
Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Europa- und Völkerrecht
Forschungszentrum Ausländer- und Asylrecht
Forschungsinstitut Gesellschaftlicher Zusammenhalt - Standort Konstanz
Fach 116, Universitätsstraße 10
D-78467 Konstanz
daniel.thym@uni-konstanz.de

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 Konstellationen 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- tens* 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 Verhandlung 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.