

**Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur aktuellen
Anpassung des Freizügigkeitsgesetzes/EU und weiterer
Vorschriften an das Unionsrecht
Stand Regierungsentwurf vom 04.05.2020**

Der Paritätische begrüßt die Absicht der Bundesregierung, die unionsrechtlichen Verpflichtungen zur Erleichterung der Einreise für weiter entfernte Familienangehörige und andere nahestehende Personen nun – 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, zu dem der Paritätische bereits eine Stellungnahme vorgelegt hatte, 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 Lebensgefähr*innen und für Pflegekinder erleichtert sowie Möglichkeiten zur Aufenthaltsverfestigung eingeräumt werden.

Allerdings bleiben nach unserer Überzeugung die konkreten Ausgestaltungen sehr restriktiv. Zudem werden an anderer Stelle neue Verschärfungen eingeführt. Hier besteht weiterer Überarbeitungsbedarf. Dies gilt aus unserer Sicht vor allem für folgende Punkte:

- Die Voraussetzungen und die konkrete Ausgestaltung der **Einreise- und Aufenthaltsmöglichkeiten anderer Verwandter gem. § 3a FreizügG-E stellen sich als derart restriktiv dar**, dass auch aus Sicht der Bundesregierung nur sehr wenige Betroffene diese erfüllen werden und der Neuregelung ihre praktische Wirksamkeit 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.

- Der **Ausschluss der „fiktiven Prüfung“ eines Aufenthaltsrechts nach dem Aufenthaltsgesetz** im geplanten § 11 Abs. 14 S. 2 FreizügG-E wird dazu führen, dass viele Personen, die einen objektiven Aufenthaltsgrund erfüllen, , dennoch von existenzsichernden Sozialleistungen ausgeschlossen werden sollen, wenn sie keinen materiellen Freizügigkeitsgrund nach dem FreizügG erfüllen und keine Aufenthaltserlaubnis nach dem AufenthG besitzen,. Dies gilt insbesondere für unverheiratete Eltern mit gemeinsamen Kindern, Schwangere vor der Geburt des Kindes oder Personen mit schweren Erkrankungen sowie andere Härtefälle. Der Paritätische hält diese zusätzlichen Leistungsausschlüsse aus sozialpolitischen Gründen nicht für vertretbar. Wir schließen uns daher der Bewertung des Bundesrats (Bundesratsdrucksache 263/1/20) an und fordern eine Streichung von § 11 Abs. 14 S. 2 FreizügG-E.

Zu den Änderungsvorschlägen im Einzelnen:

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

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 nach dem Recht des Herkunftslandes 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_Herkunftslandern.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“

2. Art. 1 Nr. 2b: Gebührenpflicht für nahestehende Personen (§ 2 Abs. 6 S. 2 und 3 FreizügG-E)

In § 2 Abs. 6 Satz 2 und 3 FreizügG-E soll festgestellt werden, dass für „nahestehende Personen“ von Unionsbürger*innen – anders als für Familienangehörige – die üblichen Visumgebühren nach der Aufenthaltsverordnung erhoben werden sollen. Dies halten wir für nicht nachvollziehbar. Denn auch bei einem „erleichterten“ Nachzug nahestehender Personen handelt es sich um ein Recht, das nach dem Unionsrecht ausdrücklich vorgesehen ist und im Kern ausschließlich dazu dient, den Unionsbürger*innen die Inanspruchnahme der unionsrechtlich garantierten Grundfreiheiten zu ermöglichen. Die Erleichterungen der Einreise und des Aufenthalts der „nahestehenden Personen“ sind gleichsam Annex des Konzepts der Unionsbürgerschaft und nicht Selbstzweck. Dann aber sollten auch auf nahestehende Personen die für Unionsbürger*innen und ihre Familienangehörigen geltenden formalen Regelungen angewandt und auf Gebühren verzichtet werden.

Wir schlagen daher eine Streichung von § 2 Abs. 6 Satz 2 und 3 FreizügG-E vor.

3. Art. 1 Nr. 3: Fortbestehendes Freizügigkeitsrecht nach Scheidung, Tod oder Wegzug der*des Unionsbürger*in klarstellen (§ 3 FreizügG-E)

Im geplanten § 3 FreizügG sollen in erster Linie redaktionelle bzw. systematische Änderungen vorgenommen werden. Allerdings regen wir darüber hinaus eine inhaltliche Ergänzung an: Bislang fehlt es im FreizügG an einer Umsetzung der Vorgaben aus Art. 12 Abs. 1 und Art 13. Abs. 1 UnionsRL. Danach bleibt Familienangehörigen, die selbst Unionsbürger*innen sind, das Freizügigkeitsrecht erhalten, wenn die*der unionsangehörige „Stammberechtigter“ verstirbt, wegzieht oder die Ehe geschieden wird. Das Freizügigkeitsrecht bleibt nach der UnionsRL unabhängig von Voraufenthalts- oder Ehebestandszeiten und auch dann erhalten, wenn die „hinterbliebene“ Person kein eigenes anderes Freizügigkeitsrecht erfüllt. Erst für den Übergang in ein Daueraufenthaltsrecht müssen eigene und andere Freizügigkeitsgründe materiell erfüllt werden (Art. 12 Abs. 1 Satz 2 bzw. Art. 13 Abs. 1 Satz 2 UnionsRL).

Diese unionsrechtliche Vorgabe ist bislang im FreizügG nicht umgesetzt. Wichtig ist eine entsprechende Klarstellung im FreizügG unter anderem für die unionsrechtskonforme Umsetzung von Leistungsansprüchen nach SGB II oder XII für die hinterbliebenen Familienangehörigen.

Daher regen wir an, in § 3 FreizügG diese fortbestehenden familiären Freizügigkeitsrechte nach Scheidung, Tod oder Wegzug des Stammberechtigten zwecks unionsrechtskonformer Umsetzung des FreizügG einzufügen.

4. Art. 1 Nr. 4: Aufenthaltsrechte für nahestehende Personen als Regelanspruch statt Ermessen ausgestalten (§ 3a FreizügG-E)

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 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 (...)“.

5. Art. 1 Nr. 4: Voraussetzungen für „nahestehende Personen“ erleichtern (§ 3a Abs. 1 FreizügG-E)

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 für Pflegebedürftigkeit) 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.

6. Art. 1 Nr. 4: Eigenständiges Aufenthaltsrecht für nahestehende Personen für weitere Fälle regeln (§ 3 Abs. 3 FreizügG-E)

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 „stammberechtigten“ Unionsbürger*in versterben sollte.

Diese Ergänzung begrüßt der Paritätische.

Allerdings fehlen entsprechende Regelungen zu einem eigenständigen Aufenthaltsrecht für andere Konstellationen: 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.

7. Art. 1 Nr. 7b): notwendige Nachweise für nahestehende Personen (§ 5a Abs. 3 FreizügG-E)

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.

8. Art. 1 Nr. 11: Ausnahmen von der Lebensunterhaltssicherung für die nahestehenden Personen ermöglichen (§ 11 Abs. 5 FreizügG-E)

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. 46 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.

Auch materiell ist diese Voraussetzung hochproblematisch:

Denn in der Praxis bedeutet dies, dass in der Regel der Lebensunterhalt für den gesamten Aufenthalt in Deutschland vollständig gesichert sein muss. Dies werden jedoch nur sehr wenige Betroffene auf unabsehbare Zeit gewährleisten können. Insbesondere, wenn die Verwandten aufgrund einer Pflegebedürftigkeit einreisen, kann die Lebensunterhaltssicherung kaum erfüllt werden. Erschwerend kommt hinzu, dass die Betroffenen aus gesundheitlichen Gründen dann auch keiner eigenen Erwerbstätigkeit nachgehen können. Auch in den Fällen des Nachzugs von Pflegekindern kann diese Voraussetzung kaum verlangt werden: Das Aufenthaltsrecht für Pflegekinder muss nach der EuGH-Rechtsprechung insbesondere aufgrund der überragenden Bedeutung des Kindeswohls und des Schutzes des Privat- und Familienlebens ermöglicht werden. Das vermeintliche nationale Interesse am „Schutz der Sozialsysteme“ wird hierdurch regelmäßig in den Hintergrund treten müssen.

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. Denn wenn das Aufenthaltsrecht „die Existenz eines Krankenversicherungsschutzes voraussetzt, bleibt für eine freiwillige Mitgliedschaft innerhalb der GKV kein Raum“ – so jedenfalls die Rechtsauffassung des GKV-Spitzenverbandes in einem Rundschreiben „Rechtsslage zum Krankenversicherungsschutz von Bürgern aus EU-/EWR-Staaten oder der Schweiz in Deutschland“ aus Juli 2014. 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 klargestellt, 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.

9. Art. 1 Nr. 11: Keine Streichung des „fiktiven Aufenthaltsrechts“ nach AufenthG (§ 11 Abs. 14 S. 2 FreizügG-E)

Der geplante § 11 Abs. 14 S. 2 FreizügG-E sieht vor, dass „Rechtsfolgen nach anderen Gesetzen“ nur dann eintreten, wenn ein Aufenthaltstitel nach dem nachrangig anwendbaren Aufenthaltsgesetz tatsächlich erteilt worden ist und nicht, wenn er erteilt werden *müsste* oder *könnte*. Ziel dieser Änderung ist laut der Gesetzesbegründung der Ausschluss von Sozialleistungen für Unionsbürger*innen, wenn sie materiell keinen Freizügigkeitsgrund nach dem Freizügigkeitsgesetz erfüllen und ihnen auch keine Aufenthaltserlaubnis nach dem AufenthG erteilt worden ist – obwohl sie objektiv zweifellos einen nachvollziehbaren Aufenthaltsgrund haben.

Bislang bewilligen das Bundessozialgericht und viele Sozialgerichte in bestimmten Fällen SGB-II-Leistungen für Unionsbürger*innen, wenn ein *fiktiver* Anspruch oder zumindest die Möglichkeit auf Ausstellung einer Aufenthaltserlaubnis nach dem Aufenthaltsgesetz besteht – auch wenn diese tatsächlich nicht ausgestellt wird.

Denn auch mit diesem fiktiven Anspruch besteht nach Auffassung der Sozialgerichtsbarkeit ein *anderes Aufenthaltsrecht* als das der Arbeitssuche. Die Folge: Die Leistungsausschlüsse nach § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II bzw. § 23 Abs. 3 S. 1 SGB XII sind in diesen Fällen nicht anwendbar, es besteht ein Anspruch auf Leistungen nach SGB II / XII.

Prominentestes Beispiel für diese Rechtsprechung der Sozialgerichte ist ein Urteil des BSG vom 30. Januar 2013 (B 4 AS 54/12 R), in dem es einer bulgarischen Frau,

die schwanger von einem griechischen Mann mit Daueraufenthaltsrecht war, bereits vor der Geburt des Kindes Leistungen nach SGB II zugesprochen hatte. 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. Das BSG urteilte jedoch, dass die Schwangerschaft bereits zu einer Vorwirkung des Schutzes der Familie führe und deshalb jedenfalls *fiktiv* ein Anspruch auf eine Aufenthaltserlaubnis (hier nach § 7 Abs. 1 Satz 2 AufenthG) bestehe. Dies reiche aus, um einen *anderen* Aufenthaltsgrund als den der Arbeitsuche zu erfüllen und somit *nicht* vom Leistungsausschluss betroffen zu sein.

Viele andere Sozialgerichte haben ähnlich entschieden, etwa im Fall von unverheirateten Eltern mit gemeinsamen Kindern (fiktives Aufenthaltsrecht nach § 28 AufenthG) oder in Härtefällen (fiktives Aufenthaltsrecht aus humanitären Gründen). Grundlage dieser Entscheidungen ist stets, dass das Aufenthaltsgesetz ausnahmsweise auch auf Unionsbürger*innen angewandt werden muss, wenn es eine bessere Rechtstellung vorsieht als das FreizügG. Die Sozialbehörden haben diese Voraussetzungen in eigener Verantwortung zu prüfen.

Der geplante § 11 Abs. 14 S. 2 FreizügG hätte zur Folge, dass die 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 vorliegt. 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 traumatisierte ehemalige Zwangsprostituierte im Frauenhaus (LSG NRW; L 7 AS 2380/17 B ER & L 7 AS 2381/17 B),
- die Pflegekinder einer alleinstehenden Arbeitnehmerin (SG Berlin; S 150 AS 9734/18 ER),
- die Mutter eines einjährigen Kindes, die mit dem erwerbstätigen Kindsvater unverheiratet zusammen lebt (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).

Die Ausländerbehörden werden erfahrungsgemäß die Ausstellung einer Aufenthaltserlaubnis in den meisten dieser Fälle verweigern – auch, weil sie gar nicht deren Notwendigkeit erkennen. Das Argument der Ausländerbehörden ist ganz

häufig, dass eine Aufenthaltserlaubnis gar nicht erforderlich sei, da keine Feststellung über den Verlust des Freizügigkeitsrechts beabsichtigt sei. Die sozialrechtliche Folge des Leistungsausschlusses wird von der Ausländerbehörde dabei nicht überblickt.

In den oben genannten Fällen dürfte unstrittig sein, dass ein Aufenthaltsgrund besteht und daher auch ein Anspruch auf existenzsichernde Leistungen gegeben sein muss. Das Bundesverfassungsgericht hat in zwei stattgebenden Entscheidungen über Verfassungsbeschwerden mittlerweile festgestellt, dass die Frage einer analogen und fiktiven Anwendung des AufenthG bei Unionsbürger*innen durchaus geboten sein kann. Denn es handelt sich um eine

„ungeklärte und schwierige Rechtsfrage, in welcher auch die Wertungen der Art. 6 GG und Art. 8 EMRK zu berücksichtigen sind“. (BVerfG, Beschluss vom 8. Juli 2020; 1 BvR 1094/20 und BVerfG, Beschluss vom 4. Oktober 2019; 1 BvR 1710/18).

Die Frage der fiktiven Anwendung des AufenthG kann also auch nach Überzeugung des BVerfG grundrechtsrelevant sein – insbesondere in familiären Konstellationen. In der Folge muss der Schutzauftrag aus Art. 6 GG und Art. 8 EMRK wie auch das Menschenrecht auf ein menschenwürdiges Existenzminimum aus Art. 1 und Art. 20 GG auch bei der geplanten Änderung des FreizügG berücksichtigt werden. Dass bei der geplanten Gesetzesänderung eine derartige Berücksichtigung stattgefunden hat, ist nicht erkennbar.

Ein möglicher Verweis auf die Überbrückungs- und Härtefalleistungen gem. § 23 Abs. 3 S. 3 und 6 SGB XII trägt dabei nicht: Denn bei diesen handelt es sich schon vom Ansatz her um Leistungen, die nur für eine kurze Zeit „bis zur Ausreise“ erbracht werden dürfen. Bei den hier dargestellten Konstellationen handelt es sich jedoch weder um zeitlich befristete Bedarfslagen, noch steht eine Ausreise im Raum.

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.

Berlin, 28. August 2020

Kontakt

Harald Löhlein (almik@paritaet.org), Natalia Bugaj-Wolfram (migsoz@paritaet.org)

