



Beratung von Unionsbürger*innen:
Die Freizügigkeitsrechte in
familiären Konstellationen

Impressum

Herausgeber:

Der Paritätische Gesamtverband
Oranienburger Straße 13-14
D-10178 Berlin

Telefon: +49 (0) 30/2 46 36-0
Telefax: +49 (0) 30/2 46 36-110

www.paritaet.org
info@paritaet.org

Verantwortlich im Sinne des Presserechts:
Dr. Ulrich Schneider

Autor:

Claudius Voigt, GGUA Münster

Redaktion:

Natalia Bugaj-Wolfram, Der Paritätische Gesamtverband

Gestaltung:

Christine Maier, Der Paritätische Gesamtverband

Titelbild:

© Savvapanf Photo– Adobe.Stock

1. Auflage, Juli 2021

Vorwort

Das Freizügigkeitsgesetz sieht weitreichende Regelungen für den Aufenthalt der Familienangehörigen von Unionsbürger*innen vor. Die Lebenswirklichkeit ist jedoch häufig noch komplexer als das Gesetz. Menschen trennen sich, leben in Patchwork-Familien zusammen, Ehepartner*innen ziehen aus Deutschland weg oder versterben. Dennoch den Durchblick durch die rechtlichen Rahmenbedingungen für den Aufenthalt zu finden und diese auf die realen Fallkonstellationen zu übertragen, ist eine große Herausforderung – sowohl für die Fachkräfte der Migrationsfachdienste und anderer Beratungsstellen der Freien Wohlfahrtspflege, als auch für die Sachbearbeiter*innen der Ausländerbehörden oder Jobcentern. Denn es reicht nicht allein die Kenntnis der gesetzlichen Grundlagen, vielmehr hat es durch die Rechtsprechung – gerade auch in der jüngsten Vergangenheit – wichtige Klarstellungen bzw Ergänzungen gegeben.

Haben drittstaatsangehörige Ehepartner*innen ein Bleiberecht, wenn die Unionsbürger*in sich scheiden lässt? Welches Aufenthaltsrecht hat der drittstaatsangehörige Elternteil, wenn ein unverheiratetes Paar ein gemeinsames Kind hat? Gibt es eine Möglichkeit, dass die Großmutter oder der*die nicht eingetragene Lebenspartner*in nach Deutschland kommen kann? Besteht ein Anspruch auf Sozialleistungen, wenn die Eltern ihre Arbeit verlieren, aber das Kind die Schule besucht? Das sind nur einige Frage, die sich in der Beratungspraxis mit Unionsbürger*innen immer wieder stellen.

Die vorliegende Arbeitshilfe soll dabei helfen, auf diese und andere Fragen die richtige Antwort zu finden. Zugleich soll sie die Berater*innen dabei unterstützen, für die Klient*innen ihre Rechte gegenüber den Behörden durchsetzen zu können.

Inhalt

Familienangehörige	2
Die Aufrechterhaltung des Freizügigkeitsrechts als Familienangehörige	8
Spezialfälle des Aufenthaltsrechts als Familienangehörige	10
Aufenthaltsrecht nach Art. 10 der EU-Verordnung 492/2011 wegen des Schulbesuchs der Kinder	14
Nahestehende Personen	15

Familienangehörige

Die Familienangehörigen von freizügigkeitsberechtigten Unionsbürger*innen verfügen über ein abgeleitetes Freizügigkeitsrecht – unabhängig davon, ob sie selbst Unionsbürger*innen oder Drittstaatsangehörige sind (§ 2 Abs. 2 Nr. 6 FreizügG). Für Drittstaatsangehörige ist allerdings ein Freizügigkeitsrecht als Familienangehörige oft die notwendige Voraussetzung für ein Aufenthaltsrecht in Deutschland. Für Familienangehörige, die selbst Unionsbürger*in sind, gilt das nicht: Sie haben grundsätzlich auch unabhängig davon ein Freizügigkeitsrecht als Unionsbürger*in. Für einen Anspruch auf Leistungen nach SGB II, XII oder auch Kindergeld kann aber der Status als Familienangehörige*r auch für Unionsbürger*innen entscheidend sein.

Beim Familiennachzug zu Unionsbürger*innen gibt es – anders als beim Familiennachzug nach dem Aufenthaltsgesetz – keine Mindestvoraussetzungen für bestimmte Deutschkenntnisse. Der Familiennachzug im Sinne des Freizügigkeitsgesetzes beinhaltet sowohl den tatsächlichen Nachzug (d. h. die Unionsbürger*in lebt bereits in Deutschland), als auch die gleichzeitige Einreise oder das Kennenlernen in Deutschland. Es spielt dabei keine Rolle, ob die familiäre Lebensgemeinschaft erst in Deutschland begründet wird, oder bereits vor der Einreise bestanden hat. Eine dauerhafte gemeinsame Wohnung der Familienangehörigen ist keine Voraussetzung, sondern es kommt vielmehr darauf an, dass die Familienangehörigen im selben EU-Staat leben wollen und eine schutzwürdige, tatsächliche Beziehung zueinander haben. Freizügigkeitsberechtigte Familienangehörige haben immer einen freien Zugang zum Arbeitsmarkt (Art. 23 UnionsRL).

Entscheidend für das Freizügigkeitsrecht der Familienangehörigen ist, dass die „stamm berechnete“ Person – also die Unionsbürger*in, von der das familiäre Recht abgeleitet werden soll – über ein materielles Freizügigkeitsrecht verfügt (z. B. als Arbeitnehmer*in, als Selbstständige, bei Fortgeltung des Erwerbstatigenstatus' oder als Nicht-Erwerbstatige mit ausreichenden Existenzmitteln). In umgekehrter Richtung funktioniert das jedoch nicht: So ist es z. B. nicht ausreichend, wenn die drittstaatsangehörige Ehepartnerin einen Minijob ausübt, der unionsangehörige Ehemann aber keinen Freizügigkeitsgrund

erfüllt. Ausgangspunkt des Freizügigkeitsrechts auch für die Familienangehörigen ist also stets die Unionsbürger*in.

Praxistipp: Die Aufenthaltskarte für drittstaatsangehörige Familienangehörige:

Drittstaatsangehörigen Familienangehörigen wird eine so genannte „Aufenthaltskarte“ ausgestellt. Diese ist rein „deklaratorisch“, d. h. das Aufenthaltsrecht besteht auch ohne Vorliegen dieser Bescheinigung. Die Aufenthaltskarte wird in Form einer elektronischen Chipkarte ausgestellt. Für die Aufenthaltskarte gelten folgende Regelungen:

- Die Aufenthaltskarte ist innerhalb von sechs Monaten, nachdem der Familienangehörige die entsprechenden Angaben gemacht hat, auszustellen. Eine Bescheinigung hierüber ist unverzüglich auszustellen. Auf Antrag ist zur Überbrückung eine Fiktionsbescheinigung nach § 81 Abs. 5 AufenthG auszustellen (§ 11 Abs. 4 FreizügG).
- Für die Ausstellung der Aufenthaltskarte dürfen nur die ausdrücklich in § 5a Abs. 2 FreizügG aufgeführten Nachweise verlangt werden. Dies sind: Der Pass, der Nachweis über das Verwandtschaftsverhältnis und eine Meldebestätigung der Unionsbürger*in selbst. Weitere Nachweise, wie etwa Sprachnachweise oder ähnliches dürfen nicht verlangt werden. Sie ist von Amts wegen (d.h. ohne Antrag) auszustellen.
- Sie ist regelmäßig mit einer Gültigkeitsdauer von fünf Jahren auszustellen.
- Sie ist unabhängig von einem eventuellen Visumsverstoß auszustellen. Zwar unterliegen drittstaatsangehörige Familienangehörige grundsätzlich der Visumpflicht. Aber der EuGH hat entschieden, dass die Verweigerung der Aufenthaltskarte wegen eines Visumverstoßes normalerweise unverhältnismäßig und damit

rechtswidrig wäre (EuGH, Urteil vom 25. Juli 2002, Rs. C459/99 – MRAX). So sehen es auch die Allgemeinen Verwaltungsvorschriften zum FreizügG: „Unter diesen Umständen kann ihm auch nicht allein aufgrund einer unerlaubten Einreise oder eines abgelaufenen Visums im Inland die Ausstellung einer Aufenthaltskarte verweigert werden.“ (AVwV FreizügG, 2.4.2.2).

- Sie kostet normalerweise 37 Euro und für Menschen unter 24 Jahre 22,80 Euro (§ 47 Abs. 3 AufenthV).
- Der Aufenthalt eines drittstaatsangehörigen Familienangehörigen ist unabhängig vom Vorliegen einer Aufenthaltskarte rechtmäßig, solange die Ausländerbehörde nicht durch einen Verwaltungsakt den Verlust der Freizügigkeit festgestellt hat („Freizügigkeitsvermutung“).
- Die Eintragung von Bedingungen und Auflagen (z. B. „Erlischt bei Antrag auf Sozialleistungen“) ist unzulässig, da weder das FreizügG noch Unionsrecht dies erlauben.
- Das Jobcenter oder Sozialamt müssen selbstständig prüfen, ob die Voraussetzungen als Familienangehörige erfüllt sind, auch wenn die Aufenthaltskarte nicht ausgestellt worden sein sollte.

Die Aufenthaltskarte für drittstaatsangehörige Familienangehörige:



Der Begriff der Familienangehörigen wird in § 1 Abs. 2 Nr. 2 und 3, in § 3 FreizügG sowie in Art. 2 Nr. 2 UnionsRL näher definiert.

Danach besteht ein Freizügigkeitsrecht für

- die **Ehegatt*in** (auch wenn sie dauernd getrennt leben),
- die **eingetragene gleichgeschlechtliche Lebenspartner*in** (auch wenn sie dauernd getrennt leben). Gemeint sind Lebenspartnerschaften nach dem Lebenspartnerschaftsgesetz oder nach entsprechenden EU-Gesetzen. Nicht erfasst sind davon eheähnliche Gemeinschaften,
- die **Verwandten in gerader absteigender Linie** der freizügigkeitsberechtigten Unionsbürger*in (also Kinder, Enkel usw.) oder ihrer Ehegatt*in (also Stiefkinder, Stiefenkel usw.) **bis zu einem Alter von einschließlich 20 Jahren**,
- die **Verwandten in gerader absteigender Linie** der freizügigkeitsberechtigten Unionsbürger*in (also Kinder, Enkel usw.) oder ihrer Ehegatt*in (also Stiefkinder, Stiefenkel usw.) **ab einem Alter von 21 Jahren** – in diesem Fall unter der Voraussetzung, dass ihnen durch die Unionsbürger*in oder deren Ehepartner*in ein Teil des Unterhalts gewährt wird,
- **Verwandte in gerader aufsteigender Linie** der Unionsbürger*in (also Eltern, Großeltern usw.) oder ihrer Ehegatt*in (also Schwiegereltern usw.) – in diesem Fall ebenfalls unter der Voraussetzung, dass ihnen durch die Unionsbürger*in oder deren Ehepartner*in ein Teil des Unterhalts gewährt wird.

Praxistipp: Welche Anforderungen muss die Unterhaltsleistung erfüllen?

Der Unterhalt für die beiden letztgenannten Gruppen muss einen **Teil des Bedarfs** abdecken und **muss nicht vollständig existenzsichernd sein**. Mit der Unterhaltsleistung wird vielmehr ein tatsächliches Abhängigkeitsverhältnis zum Ausdruck gebracht. Auch Naturalunterhalt (Betreuung, Pflege, kostenloses Wohnrecht usw.) muss daher als Unterhaltsleistung gewertet werden. Der Nachweis über den Unterhaltsbedarf und die Unterhaltsleistung kann „mit jedem geeigneten Mittel geführt werden“, wobei eine bloße Verpflichtungserklärung aber nicht ausreichend sein muss (EuGH, Urteil vom 9. Januar 2007, Rechtssache C1/05). Es empfiehlt sich, die Zahlung von Unterhalt bereits in das Herkunftsland zu dokumentieren. Die erforderliche Höhe des Unterhaltsbedarfs orientiert sich dabei am Bedarf im Herkunftsland. Der Unterhaltsbedarf muss zu dem Zeitpunkt entstehen, wenn der Antrag auf Familiennachzug gestellt wird (EuGH, Urteil vom 9. Januar 2007, Rechtssache C1/05) und auch nach der Einreise als fortgesetzte und regelmäßige Unterstützung in einem Umfang erfolgen, der es ermöglicht, zumindest einen Teil des Lebensunterhalts regelmäßig zu decken. Es gibt aber auch Gerichtsentscheidungen, die es als ausreichend ansehen, wenn die Unterhaltsleistung erst ab der Einreise nach Deutschland erbracht wird (z. B. LSG NRW; Urteil vom 22. März 2018; L 7 AS 1512/1):

„Der Wortlaut von § 3 Abs. 2 Nr. 2 FreizügG/EU enthält keine Anhaltspunkte dafür, dass die Anwendung auf die Fälle beschränkt bleiben soll, in denen der Unterhaltsbedarf bereits im Herkunftsland bestanden hat. Auch teleologisch ist eine entsprechende Auslegung nicht geboten. Vielmehr lässt die mit der Vorschrift bezweckte Erleichterung der Ausübung des Freizügigkeitsrechts und die Herstellung der Familieneinheit gerade keinen Raum für eine solche Einschränkung. Für den Familienangehörigen, der den Unionsbürger begleitet oder ihm nachzieht, macht es keinen Unterschied, ob eine Unterhaltsgewährung bereits im Herkunfts-

land bestanden hat oder erst nach dem Nachzug entsteht. Entscheidend ist ein (ggfs. partielles) Abhängigkeitsverhältnis des Familienangehörigen von dem freizügigkeitsberechtigten Unionsbürger in der Zeit des Aufenthalts in Deutschland. (...) Daher ist jedenfalls bei Unionsbürgern der Nachweis einer Unterhaltsgewährung nach der Einreise für die Annahme eines Aufenthaltsrechts als Familienangehöriger nach § 2 Abs. 2 Nr. 6 FreizügG/EU iVm § 3 Abs. 2 Nr. 2 FreizügG/EU ausreichend. (...) Nach diesen Maßgaben ist vorliegend von einer Unterhaltsgewährung auszugehen, indem die Zeugin die Klägerin bei ihr kostenfrei hat wohnen lassen.“

Ergänzend zum Unterhalt kann ein Anspruch auf Sozialhilfeleistungen bestehen. Die Tatsache eines ergänzenden Anspruchs auf Leistungen führt nicht dazu, dass der Status als Familienangehörige*r entfallen würde (EuGH, Urteil vom 18. Juni 1987; Rechtssache 316/85).

Wieviel Unterhalt mindestens erbracht werden muss, ist dabei unklar. Das Landessozialgericht NRW hat etwa in einer Reihe von Fällen entschieden, dass auch eine Unterhaltszahlung in Höhe von **100 Euro ausreichen kann**, um die Eigenschaft als Familienangehöriger geltend machen zu können und damit einen ergänzenden Sozialleistungsanspruch zu haben (LSG NRW; Beschluss vom 28.5.2015; L 7 AS 372/15 B ER und L 7 AS 373/15 B).; vergleiche auch: LSG NRW; Beschluss vom 15.4.2015; (L 7 AS 428/15 B ER). Auch wenn der eigene Lebensunterhalt nicht vollständig gedeckt ist, kann Unterhalt geleistet werden. Dies ergibt sich daraus, dass ein Freibetrag bei Erwerbstätigkeit nicht vom Jobcenter angerechnet wird. Damit kann auch eine Unterhaltsleistung erbracht werden (LSG Bayern, Beschluss vom 19. November 2018; L 11 AS 912/18 B ER). Auch reiner Naturalunterhalt ist von Gerichten als ausreichend angesehen worden (u. a. LSG NRW; Beschluss vom 30. Januar 2019; L 7 AS 2006/18 B ER sowie LSG Bayern; Beschluss vom 6. August 2019; L 16 AS 450/19 B ER).

Der Status als Familienangehörige ist nicht auf eine bestimmte Altersspanne beschränkt; also *nicht* etwa auf Kinder bis zum 25. Geburtstag: Jemand kann im Sinne des Freizügigkeitsrechts Familienangehörige sein, obwohl er*sie nach den Regelungen des SGB II nicht mehr Teil der Bedarfsgemeinschaft ist. Der Status als Familienangehörige*r entfällt auch nicht dadurch, dass im Laufe der Zeit keine Unterhaltsleistung mehr erbracht wird, weil die Familienangehörige durch Arbeitsaufnahme selbst ihren Lebensunterhalt bestreiten kann (EuGH, Urteil vom 16.1.2014, Rechtssache C-432712).

Beispiel 1:

Frau J. ist serbische Staatsangehörige und in Deutschland verheiratet mit einem niederländischen Staatsbürger. Beide arbeiten und verdienen nicht schlecht. Frau J. fragt, ob es möglich wäre, ihre Eltern aus Serbien nach Deutschland zu holen. Sie könnten bei ihnen wohnen und würden auch mit versorgt, aber das Einkommen würde nicht ausreichen, um auch noch die Krankenversicherung zu bezahlen. Wäre Frau J. nicht mit einem Niederländer verheiratet, wäre ein Elternnachzug faktisch unmöglich. Dieser würde sich nach § 36 Abs. 2 AufenthG richten. Voraussetzung wäre das Vorliegen einer „außergewöhnlichen Härte“ und in der Regel die vollständige Lebensunterhaltssicherung.

Nach dem Freizügigkeitsgesetz kann aber Herr J., der niederländische Staatsbürger, seine Schwiegereltern zu sich holen. Diese haben ein Freizügigkeitsrecht, wenn ihnen ein Teil des Unterhalts gewährt wird, auch wenn dieser nicht vollständig existenzsichernd ist. Dies ist hier der Fall und der Familiennachzug ist somit möglich. Es besteht für die Schwiegereltern Anspruch auf ergänzende Leistungen nach dem SGB II oder XII.

Beispiel 2:

Die 22-jährige E. ist mit ihrem einjährigen Sohn aus Griechenland zu ihren Eltern nach Deutschland gezogen. Der Vater hat eine Teilzeitstelle, die Mutter arbeitet nicht, sondern kümmert sich um den Enkel. Die Eltern lassen Tochter und Enkel kostenfrei bei sich wohnen und leisten Unterhalt im Rahmen von Betreuung und Pflege. Tochter und Enkel haben ein Freizügigkeitsrecht als Familienangehörige und einen Anspruch auf Leistungen nach dem SGB II. (LSG NRW; Beschluss vom 30. Januar 2019; L 7 AS 2006/18 B ER).

Lediglich für die Familienangehörigen von nicht-erwerbstätigen Unionsbürger*innen ohne ein anderes Freizügigkeitsrecht besteht die Voraussetzung, dass ausreichende Existenzmittel einschließlich eines Krankenversicherungsschutzes vorhanden sind. Im Falle des Familiennachzugs zu Arbeitnehmer*innen, Selbstständigen oder Arbeitsuchenden besteht das Freizügigkeitsrecht als Familienangehörige unabhängig von der Sicherung des Lebensunterhalts.

Zusammenfassung:

- Für Familienangehörige von Arbeitnehmer*innen, Selbstständigen, Daueraufenthaltsberechtigten und Arbeitsuchenden besteht das Freizügigkeitsrecht unabhängig vom Vorhandensein ausreichender Existenzmittel.
- Für Familienangehörige in aufsteigender Linie (Eltern, Schwiegereltern, Großeltern) sowie für über 20-jährige Familienangehörige in absteigender Linie (Kinder, Stiefkinder, Enkel ab 21 Jahre) wird jedoch vorausgesetzt, dass ein Teil des Unterhalts geleistet wird. Eine Verlustfeststellung allein aufgrund des Sozialhilfebezugs ist nicht zulässig.
- Nur für die Familienangehörigen von Nicht-Erwerbstätigen ohne anderes Aufenthaltsrecht besteht für ein Freizügigkeitsrecht die Voraussetzung ausreichender Existenzmittel.
- Für Familienangehörige von Arbeitnehmer*innen sowie Selbstständigen und Daueraufenthaltsberechtigten besteht Anspruch auf Leistungen nach dem SGB II sowie ggf. sämtliche Leistungen des SGB XII (z. B. Hilfe zum Lebensunterhalt, Grundsicherung, Hilfe zur Pflege, Hilfe nach § 67ff).

Unionsbürger*in („Stamm-berechtigte*r“) hat Freizügigkeitsrecht als	Ehepartner*in	Verwandte in abstei-gender Linie unter 21	Verwandte in abstei-gender Linie ab 21	Verwandte in aufstei-gender Linie
Arbeitnehmer*in oder Selbstständige*r (auch bei Fortgeltung des Erwerbstätigen-status nach unfrei-willigem Verlust der Arbeit)	Freizügigkeitsrecht ohne weitere Voraussetzung	Freizügigkeitsrecht ohne weitere Voraussetzung	Voraussetzung: Ein Teil des Unter-halts muss geleistet werden	Voraussetzung: Ein Teil des Unter-halts muss geleistet werden
	SGB II-/XII-Anspruch ja	SGB II-/XII-Anspruch ja	Ergänzender SGB II-/XII-Anspruch ja	Ergänzender SGB II-/XII-Anspruch ja
Arbeitsuchende*r (Zweck der Arbeit-suche besteht mind. für sechs Monate)	Freizügigkeitsrecht ohne weitere Voraussetzung	Freizügigkeitsrecht ohne weitere Voraussetzung	Voraussetzung: Ein Teil des Unter-halts muss geleistet werden	Voraussetzung: Ein Teil des Unter-halts muss geleistet werden
	SGB II-/XII-Anspruch nein	SGB II-/XII-Anspruch nein	SGB II-/XII-Anspruch nein	SGB II-/XII-Anspruch nein
Daueraufenthalts-recht (i. d. R. nach fünf Jah-ren materiell recht-mäßigem Aufenthalt)	Freizügigkeitsrecht ohne weitere Voraussetzung	Freizügigkeitsrecht ohne weitere Voraussetzung	Voraussetzung: Ein Teil des Unter-halts muss geleistet werden	Voraussetzung: Ein Teil des Unter-halts muss geleistet werden
	SGB II-/XII-Anspruch ja	SGB II-/XII-Anspruch ja	Ergänzender SGB II-/XII-Anspruch ja	Ergänzender SGB II-/XII-Anspruch ja
Nicht-Erwerbstätige (wenn kein anderer Freizügigkeitsgrund erfüllt ist)	Ausreichende Existenzmittel	Ausreichende Existenzmittel	Ausreichende Existenzmittel	Ausreichende Existenzmittel
	SGB II-/XII-Anspruch nein	SGB II-/XII-Anspruch nein	SGB II-/XII-Anspruch nein	SGB II-/XII-Anspruch nein

Die Aufrechterhaltung des Freizügigkeitsrechts als Familienangehörige

Die Familienangehörigen behalten auch nach dem Tod oder Wegzug der Unionsbürger*in oder bei einer Scheidung unter bestimmten Voraussetzungen ein eigenständiges Aufenthaltsrecht:

- Bei **Scheidung**, bei **Tod** oder beim **Wegzug** der Unionsbürger*in aus dem Bundesgebiet behalten **Familienangehörige, die selbst Unionsbürger*in sind**, ein eigenständiges Recht auf Aufenthalt aus familiären Gründen unabhängig von einer Voraufenthaltszeit und unabhängig davon, ob sie in eigener Person ein anderes Freizügigkeitsrecht erfüllen (Art. 12 Abs. 1 sowie Art. 13 Abs. 1 der Unionsbürgerrichtlinie, UnionsRL). Damit bleibt auch der Sozialleistungsanspruch erhalten.

Achtung:

Diese oben genannten „Verbleiberechte“ für Familienangehörige, die selbst Unionsbürger*in sind, sind im FreizügG nicht in deutsches Recht umgesetzt worden. Da die Unionsbürgerrichtlinie als unionsrechtliche Norm jedoch höherrangig ist und die Art. 12 Abs. 1 und Art. 13 Abs. 1 zudem sehr konkrete Regelungen beinhalten, sind diese vorrangig und unmittelbar anwendbar. Man kann sich direkt darauf berufen, wenn die Ausländerbehörde oder das Jobcenter diese nicht beachten sollten.

- Wenn die **verstorbene Unionsbürger*in** ein Freizügigkeitsrecht als Arbeitnehmer*in, Selbständige*r oder Arbeitssuchende*r zum Zeitpunkt ihres Todes hatte und mindestens zwei Jahre im Bundesgebiet gelebt hatte, haben die drittstaatsangehörigen Familienangehörigen sogar ein Daueraufenthaltsrecht. Wenn der Tod der Unionsbürger*in aufgrund eines Arbeitsunfalls oder einer Berufskrankheit eingetreten ist, besteht für die drittstaatsangehörigen Familienangehörigen ein Daueraufenthaltsrecht sogar unabhängig von der Voraufenthaltszeit (§ 4a Abs. 3 FreizügG).
- Bei **Scheidung** behalten **drittstaatsangehörige Familienangehörige** ein Freizügigkeitsrecht als Familienangehörige, wenn die Ehe mindestens drei Jahre bestanden hatte, davon mindestens ein Jahr im Bundesgebiet. Es kommt hierbei nicht auf den Zeitpunkt der Trennung an, sondern auf den Zeitpunkt der „Einleitung des gerichtlichen Scheidungsverfahrens“. Hierfür ist es für Drittstaatsangehörige allerdings zudem erforderlich, dass sie in eigener Person eine der Freizügigkeitsvoraussetzungen aus § 2 Abs. 2 Nr. 1 bis 3 oder 5 FreizügG erfüllen (also z. B. Arbeitnehmer*in, Selbstständige oder Arbeitssuchende sind bzw. als Nicht-Erwerbstätige über ausreichende Existenzmittel verfügen (§ 3 Abs. 4 FreizügG; Art. 13 Abs. 2 UnionsRL)).
- Im Fall einer „**besonderen Härte**“, etwa wegen Gewalt, körperlichen oder psychischen Missbrauchs oder aus anderen Gründen, aufgrund derer eine*r drittstaatsangehörigen Ehegatt*in das Festhalten an der Ehe oder der Lebenspartnerschaft nicht zugemutet werden konnte, gilt die Mindestbestandszeit nicht als Voraussetzung für das Fortbestehen des Freizügigkeitsrechts als Familienangehörige (§ 3 Abs. 4 Nr. 3 FreizügG; Art. 13 Abs. 2 UnionsRL).
- Ebenfalls unabhängig von der Ehe-Mindestbestandszeit bleibt für drittstaatsangehörige Familienangehörige ein Freizügigkeitsrecht als Familienangehörige bestehen, wenn „*durch Vereinbarung der Ehegatten oder der Lebenspartner oder durch gerichtliche Entscheidung das Recht zum persönlichen Umgang mit dem minder-*

jährigen Kind nur im Bundesgebiet eingeräumt wurde“ (§ 3 Abs. 4 Nr. 4 FreizügG, Art. 13 Abs. 2 UnionsRL).

- Die minderjährigen **Kinder in Schul- oder Berufsausbildung und ihr Elternteil** behalten (unabhängig von ihrer Staatsangehörigkeit) ein familiäres Aufenthaltsrecht, wenn ein unionsangehöriger Elternteil verstirbt oder wegzieht. Die Kinder von Unionsbürger*innen und der Elternteil, der die elterliche Sorge tatsächlich ausübt, haben somit immer und uneingeschränkt ein Aufenthaltsrecht und auch einen Anspruch auf sozialrechtliche Gleichbehandlung, wenn sie sich in einer Ausbildung befinden (Grundschule bis Berufsausbildung bzw. Studium) *und* wenn ein EU-angehöriger Elternteil verstirbt oder wegzieht. (§ 3 Abs. 3 FreizügG; Art. 12 Abs. 3 UnionsRL).
- Wenn sich die Familienangehörige Person fünf Jahre zusammen mit der Unionsbürger*in im Bundesgebiet aufgehalten haben und die Unionsbürger*in fünf Jahre durchgehend einen materiellen Freizügigkeitsgrund erfüllt hatte (z. B. als Arbeitnehmer*in bei fortgeltendem Arbeitnehmer*innenstatus, Arbeitsuchende usw.), haben auch die Familienangehörigen automatisch ein **eigenständiges Daueraufenthaltsrecht (§ 4a Abs. 1 S. 2 FreizügG)**. In bestimmten Fällen entsteht das Daueraufenthaltsrecht schon nach weniger als fünf Jahren, wenn die Unionsbürger*in das Rentenalter erreicht hat oder wegen einer Erwerbsunfähigkeit in Rente geht (§ 4a Abs. 4 FreizügG).

Beispiel:

Ein slowakischer Mann, der zuvor als Arbeitnehmer in Deutschland tätig war, trennt sich von seiner Familie und kehrt dauerhaft in die Slowakei zurück. Seine Frau und seine Kinder bleiben in Deutschland. Die Mutter ist nicht erwerbstätig, die Kinder besuchen die Schule.

Die Kinder und die Mutter haben eine Freizügigkeitsrecht nach § 3 Abs. 3 FreizügG und damit auch einen Anspruch auf SGB II-Leistungen (LSG NRW; Beschluss vom 16. August 2017; L 19 AS 1429/17 B ER / L 19 AS 1430/17 B ER).

In einem anderen Fall hat das LSG NRW bestätigt, dass in einem solchen Fall sowohl das Freizügigkeitsrecht (unabhängig von der Lebensunterhaltssicherung) fortbesteht, als auch ein Anspruch auf Leistungen nach dem SGB II oder SGB XII besteht. (LSG NRW; Beschluss vom 27. Dezember 2016 (L 7 AS 2148/16 B ER))

Praxistipp: Kurzübersicht zu Verbleiberechten von Familienangehörigen

Bernd Eckhardt, der regelmäßig die sehr informative Veröffentlichung <http://www.sozialrechtjustament.de/> herausgibt, hat eine hilfreiche Kurzzusammenfassung der Bleiberechte von Familienangehörigen von Unionsbürger*innen veröffentlicht. Diese gibt es zum Download hier: <https://t1p.de/95lr>

Zusammenfassung:

- Für Familienangehörige, deren Status als Familienangehörige fortgilt, besteht das Freizügigkeitsrecht unabhängig von der Lebensunterhaltssicherung. Eine Verlustfeststellung aufgrund des Sozialhilfebezugs ist nicht zulässig.
- Für Familienangehörige, deren Status fortgilt, besteht Anspruch auf Leistungen nach dem SGB II sowie ggf. sämtliche Leistungen des SGB XII (z. B. Hilfe zur Pflege, Hilfe nach § 67ff).

Spezialfälle des Aufenthaltsrechts als Familienangehörige

Manche familiären Konstellationen – insbesondere bei nicht verheirateten Elternteilen mit gemeinsamen Kindern – sind im Freizügigkeitsgesetz nicht ausdrücklich geregelt. Dennoch besteht für diese Fälle nach EU-Recht oder nach nationalem Recht aufgrund des Schutzes der Familie ein familiäres Aufenthaltsrecht. Dies gilt zum Beispiel für die folgenden Konstellationen:

→ Freizügigkeitsrecht nach Art. 21 AEUV

Es kann auch dann ein familiäres Freizügigkeitsrecht bestehen, wenn nicht die EU-Bürger*in ihrem Verwandten den Unterhalt gewährt, sondern es sich umgekehrt verhält. Dies ist dann der Fall, wenn es sich bei der **EU-Bürger*in um eine*n Minderjährige*n handelt, die in eigener Person ein materielles Freizügigkeitsrecht erfüllt** (weil sie als nicht-erwerbstätige Person über ausreichende Existenzmittel verfügt, z. B. wegen ausreichender Unterhaltsleistungen der Eltern) und der drittstaatsangehörige Elternteil dem Kind Unterhalt leistet. In diesem Fall besteht ein abgeleitetes Freizügigkeitsrecht nach Art. 21 Abs. 1 AEUV (Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union), das zwar im Freizügigkeitsgesetz nicht ausdrücklich vorgesehen ist, sich aber unmittelbar aus dem EU-Recht ergibt (BVerwG, Urteil vom 23. September 2020; 1 C 27.19). Dieses familiäre Freizügigkeitsrecht besteht sogar dann, wenn der Lebensunterhalt des Kindes aktuell zwar nicht gesichert ist – aber nur deshalb, weil die Ausländerbehörde dem drittstaatsangehörigen Elternteil rechtswidrig eine Arbeitserlaubnis verweigert hat. **Es besteht in diesen Fällen Anspruch auf Ausstellung einer Aufenthaltskarte** nach dem Freizügigkeitsgesetz. Die Aufenthaltskarte ist dabei nur deklaratorisch, auch ohne diese Bescheinigung besteht das Aufenthaltsrecht, wenn die Voraussetzungen erfüllt sind.

Beispiel:

Ein kosovarischer Mann hat ein Kind mit einer ungarischen Frau. Sie leben unverheiratet zusammen und üben gemeinsames Sorgerecht aus. Der Vater sorgte für den Lebensunterhalt des Kindes, bis die Ausländerbehörde ihm (rechtswidrig) eine Duldung mit Arbeitsverbot erteilte. Die ungarische Mutter übte danach einen Minijob aus und erhielt für sich und das Kind aufstockende SGB-II-Leistungen.

Das Bundesverwaltungsgericht hat entschieden, dass der Vater zwar nicht als Familienangehöriger eine*r Unionsbürger*in nach dem Wortlaut des Freizügigkeitsgesetzes gelte, weil er ja vom Kind logischerweise keinen Unterhalt erhalten habe. Er besitze aber ein Freizügigkeitsrecht nach Art. 21 Abs. 1 AEUV, weil ansonsten das Recht auf ein normales Familienleben für die Unionsbürger*innen (das Kind und die Mutter) nicht erfüllt werden könne. Voraussetzung sei hierfür aber, dass das Kind ein eigenständiges Freizügigkeitsrecht erfüllt (weil es als Nicht-Erwerbstätige*r über ausreichende Existenzmittel verfügt) und nicht nur ein von der Mutter abgeleitetes Freizügigkeitsrecht hat. Außerdem muss der Vater für das Kind tatsächlich sorgen.

Die ausreichenden Existenzmittel für das Kind stehen auch dann zur Verfügung, wenn sie von dem drittstaatsangehörigen Elternteil stammen. Im konkreten Fall hat das Bundesverwaltungsgericht entschieden, dass diese Voraussetzung auch dann erfüllt ist, wenn der Vater nur wegen eines rechtswidrigen Arbeitsverbots nicht genug für das Kind verdienen kann. Wenn der Vater für das Kind genug verdienen würde, nicht aber für sich selbst, hätte er in diesem Fall einen Anspruch auf Leistungen vom Jobcenter. Denn das Kind hätte dann ausreichende Existenzmittel und wäre damit in eigener Person freizügigkeitsberechtigt als nicht erwerbstätige Person (§ 4 FreizügG). Abgeleitet vom Kind hätte der Vater dann ein Freizügigkeitsrecht gem. Art. 21 AEUV. Dies ist ein anderes Freizügigkeitsrecht als das der Arbeitsuche und der Vater wäre daher nicht ausgeschlossen von den SGB-II-Leistungen.

→ Freizügigkeitsrecht nach Art. 20 AEUV „sui generis“

Das Freizügigkeitsrecht nach Art. 20 AEUV („sui generis“ meint dabei „von eigener Art“ im Sinne von „eigenständig“) ist in ganz ähnlichen Fällen erfüllt, wie das oben genannte nach Art. 21 AEUV – mit einem wichtigen Unterschied: Die Voraussetzungen des Art. 20 sind auch dann erfüllt, wenn die Unionsbürger*in (also in der Regel das Kind) kein Freizügigkeitsrecht in eigener Person erfüllt, sondern ein vom anderen Elternteil abgeleitetes Aufenthaltsrecht hat. Dies gilt insbesondere dann, wenn das EU-angehörige Kind nicht über ausreichende Existenzmittel verfügt. Dennoch kann für den drittstaatsangehörigen Elternteil ein abgeleitetes Freizügigkeitsrecht bestehen, weil ansonsten der andere, freizügigkeitsberechtigte Elternteil gezwungen wäre, gemeinsam mit dem Kind Deutschland zu verlassen, um seine familiäre Gemeinschaft weiterhin zu wahren. Dieser Zwang jedoch würde dem Prinzip der Freizügigkeit ihre praktische Wirksamkeit nehmen und ist daher unzulässig.

Für das Freizügigkeitsrecht nach Art. 20 AEUV wird jedoch ein „besonderes Abhängigkeitsverhältnis“ zwischen dem drittstaatsangehörigen Elternteil und dem EU-Kind vorausgesetzt: Dies kann sich aus der rechtlichen Abhängigkeit (Ausübung der Personensorge), aus der affektiven Abhängigkeit (emotionale Bindung) oder einer wirtschaftlichen Abhängigkeit ergeben.

Das Bundesinnenministerium hat zu diesem Aufenthaltsrecht im April 2020 ein ausführliches Rundschreiben veröffentlicht: <https://t1p.de/n65x>. Das Bundesverwaltungsgericht hat dazu eine wichtige Entscheidung getroffen: BVerwG, Urteil vom 12. Juli 2018; 1 C 16.17.

Es besteht in diesem Fall Anspruch auf Ausstellung einer Aufenthaltserlaubnis mit dem Vermerk „Art. 20 AEUV“. Die Aufenthaltserlaubnis ist dabei nur deklaratorisch, auch ohne diese Bescheinigung besteht das Aufenthaltsrecht, wenn die Voraussetzungen erfüllt sind.

Beispiel:

Herr L. ist russischer Staatsangehöriger. Er hat ein gemeinsames Kind mit Frau K., einer kroatischen Staatsangehörigen. Sie haben gemeinsames Sorgerecht, wohnen aber nicht zusammen und sind nicht miteinander verheiratet. Herr L. hat einen engen Kontakt zu seinem Kind, sie treffen sich alle drei Tage. Frau K ist Arbeitnehmerin und arbeitet in Deutschland. Das Einkommen reicht aber nicht ganz für die Lebensunterhaltssicherung, es gibt aufstockende Leistungen vom Jobcenter. Herr L. sucht zur Zeit Arbeit.

Herr L. erfüllt nicht die Voraussetzungen für ein Freizügigkeitsrecht als Familienangehöriger seines Kindes. Zugleich erfüllt er auch nicht die Voraussetzungen für ein Freizügigkeitsrecht nach Art. 21 AEUV, da das Kind nicht über ausreichende Existenzmittel verfügt und daher kein Freizügigkeitsrecht in eigener Person erfüllt (sondern nur ein von der erwerbstätigen Mutter abgeleitetes). Er hat aber ein Freizügigkeitsrecht nach Art. 20 AEUV, da er ein enges affektives und rechtliches Abhängigkeitsverhältnis zu seinem Kind hat. Wenn er kein Aufenthaltsrecht in Deutschland hätte, müsste (für die Wahrung des Familienlebens) das Kind und die freizügigkeitsberechtigte Mutter mit ausreisen. Dies kann nicht verlangt werden.

Er hat Anspruch auf Ausstellung einer Aufenthaltserlaubnis nach Art. 20 AEUV. Er hat zudem Anspruch auf Leistungen nach dem SGB II, da er nicht nur zum Zweck der Arbeitsuche aufenthaltsberechtigt ist.

→ (Fiktives) Aufenthaltsrecht nach dem AufenthG

Das Aufenthaltsgesetz ist ausnahmsweise auch auf Unionsbürger*innen und ihre Familienangehörigen anwendbar, wenn es einen besseren Status zur Folge hat, als ihn das FreizügG vorsieht (§ 11 Abs. 14 FreizügG). Dies kommt insbesondere dann in Frage, wenn das FreizügG die entsprechende Konstellation gar nicht vorsieht und gleichzeitig aufgrund des Schutzes der Familie ein Aufenthaltsrecht erteilt werden muss. Für den Sozialleistungsanspruch ist wichtig, dass es nach der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts (BSG, Urteil vom 30. Januar 2013; B 4 AS 54/12 R) dabei nicht darauf ankommt, dass die Aufenthaltserlaubnis *tatsächlich* ausgestellt worden ist, sondern auch die *Möglichkeit* ihrer Erteilung zu einem anderen Aufenthaltsrecht als dem der Arbeitsuche und damit zu Sozialleistungsansprüchen führt. Das Bundesverfassungsgericht hat mittlerweile bestätigt, dass diese Pflicht zur fiktiven Prüfung durch die Sozialbehörde nicht von vornherein verweigert werden darf (BVerfG, Beschluss vom 8. Juli 2020; 1 BvR 1094/20), da bei diesen Entscheidungen stets das Grundrecht auf Schutz der Familie aus Art. 6 GG und Art. 8 EMRK berücksichtigt werden müssen.

Anwendung finden muss dies insbesondere bei Konstellationen von unverheirateten Elternteilen (einer hat ein materielles Freizügigkeitsrecht, der andere nicht) mit gemeinsamen Kindern – unabhängig davon, ob der andere Elternteil Unionsbürger*in ist oder Drittstaatsangehörige*r. So haben die Sozialgerichte in mehreren Beschlüssen entschieden, dass in diesem Fall der andere, nicht erwerbstätige Elternteil einen *fiktiven* Anspruch auf eine Aufenthaltserlaubnis nach § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 AufenthG (Elternteil eines deutschen Kindes, obwohl gar kein deutsches Kind existiert) hat. Die Regelung muss dennoch analog angewandt werden, da Unionsbürger*innen nicht schlechter gestellt werden dürfen als Deutsche. So sehen es auch die Allgemeinen Verwaltungsvorschriften zum FreizügG:

„Unter Umständen kommt in diesen Fallkonstellationen auch eine Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis auf der Grundlage von § 28 Absatz 1 Satz 1 Nummer 3 AufenthG in Betracht, sofern dies dem Betroffenen eine *günstigere Rechtsstellung vermittelt, als die Anwendung von Freizügigkeitsrecht (§ 11 Absatz 1 Satz 11).*“ (AVV FreizügG; 3.2.2.2)

In Frage kommen neben der Aufenthaltserlaubnis nach § 28 AufenthG insbesondere die Aufenthaltserlaubnisse

- nach § 36 Abs. 2 AufenthG (sonstige Familienangehörige),
- § 25 Abs. 5, § 25 Abs. 4 S. 2 AufenthG (humanitäre Gründe, wenn eine Ausreise nicht möglich oder eine außergewöhnliche Härte bedeuten würde) sowie
- nach § 7 Abs. 1 S. 3 AufenthG (sonstige, nirgendwo anders geregelte Gründe).

Praxistipp: Rechtsprechungsübersicht

Die erwähnten Entscheidungen finden Sie in der Rechtsprechungsübersicht, ab S. 31: <https://t1p.de/3p13>.

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 und welches Aufenthaltsrecht die werdende Mutter hat.

Das Bundessozialgericht hat entschieden: Sie hat neben dem Freizügigkeitsrecht zum Zweck der Arbeitsuche auch Anspruch auf eine Aufenthaltserlaubnis nach dem Aufenthaltsgesetz (hier: § 7 Abs. 1 AufenthG). Auch wenn die Aufenthaltserlaubnis tatsächlich nicht ausgestellt worden sein sollte, muss die Sozialbehörde prüfen, ob dieses anderes Aufenthaltsrecht fiktiv besteht – ob die Aufenthaltserlaubnis also erteilt werden *könnte* oder *müsste*. Dann besteht auch ein Anspruch auf existenzsichernde Leistungen. (BSG, Urteil vom 30. Januar 2013; B 4 AS 54/12 R)

Beispiel 2:

Eine polnische Frau und ein polnischer Mann sind nicht miteinander verheiratet und haben ein gemeinsames Kind. Der Vater ist erwerbstätig, die Mutter nicht. Der Vater verfügt über ein Freizügigkeitsrecht als Arbeitnehmer, das Kind verfügt damit über ein Freizügigkeitsrecht als Familienangehöriger.

Die Mutter hat in diesem Fall wegen des Schlechterstellungsverbots einen (fiktiven) Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 28 AufenthG in analoger Anwendung, obwohl es sich nicht um ein deutsches Kind handelt. Damit hat sie ein Aufenthaltsrecht, mit dem sie auch Anspruch auf SGB-II-Leistungen hat (LSG NRW; Beschluss vom 1. August 2017 (L 19 AS 1131/17 B ER)). Die gilt auch, wenn die Ausländerbehörde die Aufenthaltserlaubnis nicht ausgestellt haben sollte.

Zusammenfassung:

→ In diesen Fällen besteht ein Anspruch auf reguläre Leistungen nach dem SGB II / XII sowie auf sämtliche Zusatzleistungen des SGB XII (z. B. Hilfe zur Pflege, Hilfe nach § 67ff). Falls das Jobcenter bzw. Sozialamt die Leistungen mit Verweis auf einen Leistungsausschluss ablehnen sollte, sollten Rechtsmittel eingelegt werden (Widerspruch und danach Klage beim Sozialgericht, parallel dazu ein Eilantrag beim Sozialgericht).

Aufenthaltsrecht nach Art. 10 der EU-Verordnung 492/2011 wegen des Schulbesuchs der Kinder

Minderjährige (Stief-)Kinder von Unionsbürger*innen sowie ihre (Stief-)Eltern, die die elterliche Sorge tatsächlich ausüben, haben ein eigenständiges europarechtliches Aufenthaltsrecht, wenn sie sich in einer Ausbildung befinden (Grundschule bis Berufsausbildung bzw. Studium) und wenn eines ihrer unionsangehörigen Elternteile früher als Arbeitnehmer*in in Deutschland gearbeitet hat oder aktuell arbeitet. Dieses Aufenthaltsrecht ergibt sich nicht aus der Unionsbürgerrichtlinie oder dem Freizügigkeitsgesetz, sondern direkt aus Art. 10 der EU-Verordnung 492/2011).

Hierbei spielt es keine Rolle, ob die Arbeit selbstverschuldet verloren ging, wie lange die Beschäftigung ausgeübt worden war und wie lange dies bereits her ist. Es ist auch nicht Voraussetzung, dass der Elternteil zu dem Zeitpunkt gearbeitet hat, als sich das Kind schon in (Schul-)Ausbildung befand (EuGH, Urteil vom 23. Februar 2010; C480/08; Rechtssache „Teixeira“). Es spielt auch keine Rolle, ob das Kind und der andere Elternteil Unionsbürger*in oder Drittstaatsangehörige*r ist. Das Freizügigkeitsrecht besteht auch, wenn der Lebensunterhalt der Familie nicht gesichert ist.

Hintergrund ist, dass nach Art. 10 der VO 492/2011 den Kindern eines früheren „Wanderarbeiters“ das Recht zusteht, *„unter den gleichen Bedingungen wie die Staatsangehörigen dieses Mitgliedstaats am allgemeinen Unterricht sowie an der Lehrlings- und Berufsausbildung teil(zu)nehmen“*.

Nach der Rechtsprechung des EuGH ergibt sich daraus ein eigenständiges und unabhängig von der Unionsbürgerrichtlinie oder dem Freizügigkeitsgesetz bestehendes Recht auf Aufenthalt sowohl für das Kind, als auch für den oder die Elternteile, die die elterliche Sorge tatsächlich ausüben (EuGH, Urteil vom 23. Februar 2010; C480/08; Rechtssache „Teixeira“; sowie: EuGH, Urteil vom 23. Februar 2010, C 310/08; Rechtssache „Ibrahim“). In beiden genannten Urteilen ging es zwar um Art. 12 der Vorgängerverordnung VO 1612/68, dieser entspricht jedoch wörtlich dem Artikel 10 der nun geltenden Verordnung 492/2011. Das Bundesverwaltungsgericht hat dieses eigenständige Freizügigkeitsrecht bestätigt (BVerwG; 1 C 48.18; Urteil vom 11. September 2019).

Mittlerweile ist geklärt, dass mit einem Aufenthaltsrecht nach Art. 10 VO 492/2011 sowohl für das Kind, als auch für den bzw. die Elternteil(e), die die elterliche Sorge ausüben, ein Anspruch auf Leistungen nach dem SGB II und SGB XII besteht. Die früheren Leistungsausschlüsse sind zum 1. Januar 2021 in § 7 SGB II und § 23 SGB XII gestrichen worden, nachdem der EuGH die Leistungsausschlüsse für europarechtswidrig erklärt hatte (EuGH, Urteil vom 6. Oktober 2020; Rechtssache C181/19; „J.D. gegen Jobcenter Krefeld“).

Beispiel:

Frau K. ist belgische Staatsangehörige und hat früher in Deutschland fünf Monate lang gearbeitet. Sie lebt zusammen mit Herrn G., einem marokkanischen Staatsangehörigen, der schon länger arbeitslos ist. Beide sind nicht verheiratet und haben gemeinsame Kinder, von denen einige schulpflichtig sind. Das Jobcenter hat Leistungen für die Familie abgelehnt, da die Eltern nicht arbeiten würden und die Ausländerbehörde hat angekündigt, der Familie das Freizügigkeitsrecht zu entziehen.

Beide behördlichen Entscheidungen sind rechtswidrig: Wegen des Schulbesuchs der Kinder und der Tatsache, dass Frau K. früher Arbeitnehmerin war, haben sowohl die Kinder als auch die Eltern ein Aufenthaltsrecht nach Art. 10 VO 492/2011. Damit haben sie auch einen Anspruch auf Leistungen nach dem SGB II.

Praxistipp:

Zum Freizügigkeitsrecht nach Art. 10 VO 492/2011 gibt es eine ausführliche Arbeitshilfe des Paritätischen Gesamtverbandes: <https://t1p.de/b1mh>

Zusammenfassung:

- **Das Aufenthaltsrecht der Kinder und ihrer Eltern nach Art. 10 VO 492/2011 besteht unabhängig von der Sicherung des Lebensunterhalts (vgl.: EuGH, Urteil vom 23. Februar 2010, C 310/08; Rechtsache „Ibrahim“). Eine Verlustfeststellung wegen des Sozialhilfebezugs ist nicht möglich.**
- **Während des Aufenthaltsrechts nach Art. 10 VO 492/2011 besteht ein Anspruch auf reguläre Leistungen nach SGB II und SGB XII.**

Nahestehende Personen

Im November 2020 ist in § 1 Abs. 2 Nr. 4 FreizügG und in § 3a FreizügG ein neues Aufenthaltsrecht für drittstaatsangehörige „nahestehende Personen“ von Unionsbürger*innen eingeführt worden, sofern für sie nicht die Regelungen für Familienangehörige gelten sollten. Dabei handelt es sich um folgende Gruppen, für die der EuGH und die Europäische Kommission entgegen der deutschen Rechtslage schon vor vielen Jahren eine Erleichterung von Einreise und Aufenthalt eingefordert hatten:

- **Verwandte in der Seitenlinie** (Geschwister, Tanten, Nichten, Cousins usw.) der Unionsbürger*in oder der Ehegatt*in. Voraussetzung ist in diesem Fall, dass
 - die Unionsbürger*in diesen seit mindestens **zwei Jahren Unterhalt** gewährt hat. Die Unterhaltsgewährung muss auch noch zum Zeitpunkt der Antragstellung stattfinden. Eine frühere Unterhaltsgewährung allein genügt nicht. Die Höhe des Unterhalts ist nicht festgelegt. *Oder*
 - zuvor für mindestens **zwei Jahren eine häusliche Gemeinschaft** im Ausland bestanden hat *oder*
 - nicht nur vorübergehend „schwerwiegende gesundheitliche Gründe (...) die **persönliche Pflege** von ihr durch den Unionsbürger zwingend erforderlich machen“. (§ 1 Abs. 2 Nr. 4a i. V. m. § 3a Abs. 1 Nr. 1 FreizügG)

- minderjährige, ledige **Pflegekinder** oder Kinder, für die die Unionsbürger*in die **Vormundschaft** hat; auch, wenn diese nach dem Recht des Herkunftslandes eingerichtet worden ist, z. B. nach der algerischen Kafala. Voraussetzung ist in diesem Fall, dass die Unionsbürger*in mit dem Kind im Bundesgebiet für längere Zeit in familiärer Gemeinschaft zusammenleben wird und das Kind von der Unionsbürger*in „abhängig ist“ (§ 1 Abs. 2 Nr. 4b i. V. m. § 3a Abs. 1 Nr. 2 FreizügG).

- **nicht eingetragene Lebensgefährt*innen**, wenn eine „glaubhaft dargelegte, auf Dauer angelegte Gemeinschaft“ mit der Unionsbürger*in besteht und die Unionsbürger*in „mit ihr im Bundesgebiet nicht nur vorübergehend zusammenleben wird“; gemeint sind damit eheähnliche Partner*innen (§ 1 Abs. 2 Nr. 4c i. V. m. § 3a Abs. 1 Nr. 3 FreizügG).

Die Hürden, ein solches Aufenthaltsrecht geltend machen zu können, sind für die „nahestehenden Personen“ hoch: Denn das Aufenthaltsrecht entsteht – anders als bei den zuvor beschriebenen Familienangehörigen – nicht per Gesetz, sondern das Recht muss durch die Ausländerbehörde aktiv verliehen werden. Die Ausstellung einer Aufenthaltskarte für nahestehende Personen ist somit „konstitutiv“ für das Aufenthaltsrecht und nicht „deklaratorisch“.

Die Verleihung des Aufenthaltsrechts ist dabei eine **Ermessensentscheidung**, bei der die Ausländerbehörde „nach einer eingehenden Untersuchung der

persönlichen Umstände maßgeblich zu berücksichtigen (hat), ob der Aufenthalt der nahestehenden Person unter Berücksichtigung ihrer Beziehung zum Unionsbürger sowie von anderen Gesichtspunkten, wie dem Grad der finanziellen oder physischen Abhängigkeit oder dem Grad der Verwandtschaft zwischen ihr und dem Unionsbürger, im Hinblick auf einen in Absatz 1 genannten Anlass des Aufenthalts erforderlich ist.“ (§ 3a Abs. 2 FreizügG)

Voraussetzung für diese Aufenthaltsrechte ist die Erfüllung der allgemeinen Erteilungsvoraussetzungen nach § 5 AufenthG. Danach muss insbesondere **in der Regel der Lebensunterhalt gesichert** sein. In besonderen Fällen können oder müssen davon Ausnahmen gemacht werden. In der Regel muss zudem die **Passpflicht** erfüllt sein und die „nahestehenden Personen“ müssen normalerweise mit dem richtigen **Visum** eingereist sein. Davon kann aber abgesehen werden, wenn aufgrund besonderer Umstände des Einzelfalls nicht zumutbar ist, das Visumverfahren nachzuholen.

Die „nahestehenden Personen“ erhalten bei Verleihung des Aufenthaltsrechts eine „Aufenthaltskarte nach § 3a FreizügG (nahestehende Personen von EU-Bürgern). Damit besteht die Berechtigung zur Erwerbstätigkeit und der Erwerb des **Daueraufenthaltsrechts** nach § 4a FreizügG ist möglich. In einigen Konstellationen ist **kein eigenständiges Aufenthaltsrecht** für die „nahestehenden Personen“ vorgesehen – etwa, wenn die Pflegekinder volljährig werden oder die nicht-eingetragene Lebenspartnerschaft zerbricht. Wenn die „stamm-berechtigte Person“ versterben sollte, haben die nahestehenden Personen ein eigenständiges Aufenthaltsrecht entsprechend § 3 Abs. 2 FreizügG, wenn sie sich zuvor ein Jahr mit der Unionsbürger*in in Deutschland aufgehalten hat.

Die Hürden für die verlangten **Nachweise** der „nahestehenden Personen“ sind zum Teil sehr hoch: So wird in vielen Fällen ein durch die „zuständige Behörde des Ursprungs- oder Herkunftslands ausgestelltes Dokument“ (z. B. über die Unterhaltszahlung oder das frühere Zusammenleben) verlangt, das nur sehr schwer beizubringen sein dürften (§ 5a Abs. 3 FreizügG).

Ebenso schwierig dürfte es für Lebensgefährt*innen in solchen Konstellationen sein, das Bestehen einer „auf Dauer angelegten Gemeinschaft“ glaubhaft darzulegen. Das Bestehen einer auf Dauer angelegten, eheähnlichen Verbindung müsse zwar nicht durch eine amtliche oder behördliche Bescheinigung nachgewiesen, sondern könne auf andere Weise glaubhaft dargelegt werden: „Der Umstand, dass sich die Partner aber gerade nicht in einer Ehe oder eingetragenen Lebenspartnerschaft befinden müssen und daher für ihre Beziehung keine entsprechende besondere Urkunde existiert, wird durch die gewählte Formulierung besser zum Ausdruck gebracht. (Drucksache 19/23186)

Es reiche aber andererseits „keinesfalls lediglich ein Auszug aus dem Melderegister, aus dem ein Zusammenleben unter einer gemeinsamen Adresse hervorgeht, der nämlich auch bei bloßen Wohngemeinschaften vorgelegt werden könnte. (...) Indizien für eine ausreichend enge Beziehung sind etwa das gemeinsame Eigentum an der Wohnung oder dem Haus, in dem sich der tatsächliche Lebensmittelpunkt befindet, gemeinsame Kinder mit gemeinsamer elterlicher Sorge sowie die wirtschaftliche Verflechtung und das Entstehen füreinander auch in finanzieller Hinsicht, wenn etwa der Partner, der hauptsächlich einer Erwerbstätigkeit nachgeht, den Partner unterhält, der die Kinder betreut. (...) Der Nachweis einer dauerhaften Beziehung, die, wie oben ausgeführt, dadurch gekennzeichnet ist, dass eine Lebens- und Wirtschaftsgemeinschaft besteht, in der man füreinander einsteht, kann also durch Belege über ein längerfristiges Zusammenleben, gemeinsame Kinder, gemeinsame Vermögenswerte wie Konten oder Immobilien und Unterhaltsleistungen geführt werden.“ (Drucksache 19/21750)

Beispiel:

Frau J. ist syrische Staatsangehörige; sie ist verheiratet mit einem finnischen Staatsangehörigen und lebt mit ihm zusammen in Deutschland. Ihr Bruder hat die syrische Staatsbürgerschaft und lebt in Syrien. Seit mehreren Jahren überweist Frau J. gemeinsam mit ihrem Mann dem Bruder monatlich Geld zum Leben, da er seinen Lebensunterhalt in Syrien nur schwer selbst sicherstellen kann. Frau J. fragt, ob ihr Bruder in Deutschland ein Aufenthaltsrecht erhalten kann. Er könne bei Frau J. und ihrem Mann leben und sie würden auch eine Verpflichtungserklärung unterzeichnen.

Frau J.s Bruder ist gem. § 1 Abs. 2 Nr. 4a FreizügG eine „nahestehende Person“ des finnischen Mannes. Aufgrund der mehrjährigen Unterhaltszahlungen sind die Voraussetzungen des § 3a Abs. 1 Nr. 1a FreizügG erfüllt. Die Schwierigkeit wird sein, ein *„durch die zuständige Behörde des Ursprungs- oder Herkunftslands ausgestelltes Dokument“* zu erhalten, aus dem diese Unterhaltszahlung hervorgeht. Welche Behörde soll dafür zuständig sein zu bescheinigen, dass ein rein freiwilliger und privater Unterhalt geleistet wird? Dafür ist keine Behörde zuständig, auch in Deutschland gäbe es keine. Hier hat die Gesetzgeberin eine in der Praxis kaum zu erfüllende Voraussetzung formuliert.

Falls diese Hürde überwunden werden kann, ist weitere Voraussetzung, dass die allgemeinen Erteilungsvoraussetzungen des § 5 Abs. 1 und 2 AufenthG erfüllt werden – die Sicherung des Lebensunterhalts (dies dürfte aufgrund der Verpflichtungserklärung erfüllt sein), die Erfüllung der Passpflicht und die Einreise mit einem Visum zum Zweck der Familienzusammenführung zu einem Unionsbürger. Wenn alle Voraussetzungen erfüllt sein sollten, hat die Ausländerbehörde dennoch Ermessen, ob sie gem. § 3a Abs. 2 FreizügG die Aufenthaltskarte ausstellt.

Es ist also sehr schwierig, aber nicht ausgeschlossen. In einigen wenigen Fällen kann der neu geregelte Aufenthalt für „nahestehende Personen“ einen gangbaren Weg darstellen.



Oranienburger Str. 13-14
10178 Berlin
Tel. 030 24636-0
Fax 030 24636-110

www.paritaet.org
info@paritaet.org