

Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht – Extra

In Zusammenarbeit mit der Neuen Juristischen Wochenschrift

Gegründet von Rechtsanwalt Prof. Dr. Hermann Weber, Schriftleiter von 1982–2001

Herausgegeben von Prof. Dr. Martin Burgi, München – Prof. Dr. Christian Calliess, Berlin – Dr. Josef Christ, Richter des BVerfG, Karlsruhe – Prof. Dr. Klaus-Peter Dolde, Rechtsanwalt, Stuttgart – Dr. Frank Fellenberg, Rechtsanwalt, Berlin – Prof. Dr. Andreas Heusch, Präsident des VG, Düsseldorf – Prof. Dr. Thomas Mayen, Rechtsanwalt, Bonn – Prof. Dr. Hubert Meyer, Geschäftsf. Vorstandsmitglied des Niedersächsischen Landkreistages, Hannover – Prof. Dr. Janbernd Oebbecke, Münster – Prof. Dr. Joachim Scherer, Rechtsanwalt, LL.M., Frankfurt a. M. – Dr. Heribert Schmitz, Ministerialrat a. D., Berlin – Prof. Dr. Friedrich Schoch, Freiburg – Dr. Thomas Schröer, Rechtsanwalt, Frankfurt a. M. – Prof. Dr. Rudolf Streinz, München

Schriftleitung: Rechtsanwalt Prof. Dr. Achim Schunder und Rechtsanwältin Dr. Christiane Prause, Beethovenstraße 7 b, 60325 Frankfurt a. M.

1-2 2021

Seite 1–16

40. Jahrgang

15. Januar 2021

Apl. Professor Dr. Andreas Dietz*

Die Novelle des Freizügigkeitsgesetzes im Überblick

Die Bundesrepublik Deutschland novelliert mit dem „Gesetz zur aktuellen Anpassung des Freizügigkeitsgesetzes/EU und weiterer Vorschriften an das Unionsrecht“ sein noch aus dem Jahr 2004 stammendes Gesetz über die allgemeine Freizügigkeit von Unionsbürgern tiefgreifend und erweitert seinen Anwendungsbereich erheblich. Zentrale inhaltliche Punkte sind die Anpassung an die Vorgaben des Art. 3 II der RL 2004/38/EG (Freizügigkeitsrichtlinie) zur Erleichterung von Einreise und Aufenthalt für nahestehende Personen von Unionsbürgern als erste Personengruppe und die Vorbereitung auf den Austritt des Vereinigten Königreichs Großbritannien und Nordirland aus der Europäischen Union („Brexit“) mit Besitzstandswahrungen für britische Staatsangehörige als zweite Personengruppe. Schließlich wird in der Novelle – außerhalb des Freizügigkeitsgesetzes und daher auch in diesem Beitrag nicht vertieft – eine Ausbildungsförderung für schon zuvor im Vereinigten Königreich aufgenommene Ausbildungsaufenthalte geregelt, um die Auswirkungen des „Brexit“ für Studierende, Schülerinnen und Schüler, die eine Ausbildungsstätte im Vereinigten Königreich besuchen und dabei nach dem Bundesausbildungsförderungsgesetz (BAföG) gefördert werden, abzufedern und Brüche in ihrer Bildungsbiographie zu ersparen, die andernfalls aus Finanznot drohen könnten. Sie sollen übergangsweise noch bis zum Abschluss des bereits begonnenen Ausbildungsabschnitts im Vereinigten Königreich weiter gefördert werden können.

I. Die Ziele der Novelle des Freizügigkeitsgesetzes

Die Novelle des Freizügigkeitsgesetzes lässt sich im Wesentlichen auf zwei Kernpunkte reduzieren: Erstens sollten als mittlerweile unzureichend umgesetzt angesehene materielle und formelle Regelungen der RL 2004/38/EG (Freizügigkeitsrichtlinie) unionsrechtskonform umgesetzt werden, insbesondere durch Anpassung an die Vorgaben des Art. 3 II RL 2004/38/EG¹ zur Erleichterung von Einreise und Aufenthalt für sonstige Angehörige von Unionsbürgern. Zweitens trifft die Novelle Vorkehrungen für den Austritt des Vereinigten Königreichs Großbritannien und Nordirland aus

der Europäischen Union („Brexit“) und regelt Besitzstandswahrungen für bis dahin noch freizügigkeitsberechtigte britische Staatsangehörige. Bei der Gelegenheit nutzte der Gesetzgeber die Novelle zu einer Rundum-Renovierung des Freizügigkeitsgesetzes, indem zB in § 1 II FreizügG/EU² präzisere Definitionen eingefügt und sperrige Regelungen wie § 11 FreizügG/EU aF entrümpelt und neu gegliedert wurden.

II. Die Erweiterung des Anwendungsbereichs des Freizügigkeitsgesetzes

§ 1 I FreizügG/EU enthält die Regelung des sachlichen und personellen Anwendungsbereichs und greift textlich wie inhaltlich weit über die Vorgängerregelung des § 1 FreizügG/EU aF hinaus; § 1 II FreizügG/EU liefert bisher nicht vorhandene Definitionen der verwendeten Begriffe:

1. Der sachliche und personelle Anwendungsbereich in § 1 I FreizügG/EU

Anders als § 1 FreizügG/EU aF, der den Anwendungsbereich des Gesetzes auf die Einreise und den Aufenthalt von Staatsangehörigen anderer Mitgliedstaaten der Europäischen Union (Unionsbürger) und ihrer Familienangehörigen begrenzte, beansprucht das novellierte Freizügigkeitsgesetz ausdrücklich, darüber hinaus nicht nur die Einreise und den Aufenthalt von Staatsangehörigen der EWR-Staaten, die nicht Unionsbürger sind, sondern auch neu von nahestehenden Personen sowie von Staatsangehörigen des Vereinigten Königreichs Großbritannien und Nordirland nach dessen Austritt

* Der Verf. ist Vorsitzender Richter am VG Augsburg und außerplanmäßiger Professor an der Universität Augsburg. Der Beitrag gibt seine private Meinung wieder.

1 RL 2004/38/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 29.4.2004 über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten ua, ABl. 2004 L 229, 35, ABl. 2005 L 197, 34 (Freizügigkeitsrichtlinie).
2 Freizügigkeitsgesetz/EU – FreizügG/EU v. 30.7.2004 idF v. 12.11.2020, BGBl. I 2020, 2416. Der Beitrag legt diese Neufassung zugrunde; Verweise auf die frühere Fassung des Freizügigkeitsgesetzes v. 30.7.2004 – BGBl. I 2004, 1950/1986, idF v. 20.7.2017, BGBl. I 2017, 2780, sind kenntlich gemacht.

aus der Europäischen Union und schließlich von Angehörigen Deutscher, die von ihrem Recht auf Freizügigkeit nach Art. 21 AEUV³ nachhaltiger Gebrauch gemacht haben, zu regeln. Der sachliche Anwendungsbereich (Einreise und Aufenthalt einschließlich der Verlustfeststellung usw.) ist also derselbe geblieben; der personelle Anwendungsbereich hingegen deutlich erweitert worden.

2. Die Begriffsdefinitionen in § 1 II FreizügG/EU

Anders als die Vorgängerregelung, welche zahlreiche verwendete Begriffe nicht eigenständig definierte, also dem Rückgriff auf die Freizügigkeitsrichtlinie überließ, enthält § 1 II FreizügG/EU nun zahlreiche Definitionen insbesondere von Personengruppen, an welche sich die Regelungen richten, um die praktische Anwendung des Gesetzes zu erleichtern. Die Definitionen gelten kraft der einleitenden Formulierung „im Sinne dieses Gesetzes“ nur für die Anwendung des Freizügigkeitsgesetzes, nicht für die Verwendung des Begriffs in anderen Gesetzen.⁴

a) *Die Unionsbürger in § 1 I Nr. 1, II Nr. 1 FreizügG/EU.* Unionsbürger sind nach § 1 I Nr. 1, II Nr. 1 FreizügG/EU Staatsangehörige anderer Mitgliedstaaten der Europäischen Union, die nicht Deutsche sind. Damit wird der bisher verwendete Begriff von „Staatsangehörigen anderer Mitgliedstaaten der Europäischen Union (Unionsbürger)“ um Doppelstaater mit (auch) deutscher Staatsangehörigkeit reduziert. Bei wörtlicher Auslegung wären sonst die Familiennachzugsregelungen des Freizügigkeitsgesetzes in diesen Fällen doppelter Staatsangehörigkeit vorrangig und verdrängten die Regelungen der §§ 27 ff. AufenthG zum Familiennachzug zu Deutschen,⁵ selbst wenn der Deutsche von seiner Freizügigkeit gar keinen Gebrauch gemacht hätte. Da die Freizügigkeitsrichtlinie aber auf den Familiennachzug zu Unionsbürgern nicht unmittelbar anwendbar sei,⁶ werde der Anwendungsbereich in Ausübung der nationalen Umsetzungskompetenz für das Unionsrecht entsprechend reduziert und der Status ihrer Familienangehörigen und sonstigen nahestehenden Personen, soweit das Unionsrecht auf sie entsprechend anwendbar ist, nun gesondert in § 1 I Nr. 4, 5 und 6, II Nr. 3, 4 FreizügG/EU erfasst. Diese Änderung des personellen Anwendungsbereichs ist als Präzisierung zu begrüßen, da sie den Status der Familienangehörigen und weiteren Angehörigen Deutscher nun gesondert regelt.

b) *Die Lebenspartner in § 1 II Nr. 2 FreizügG/EU.* Die neu geschaffene Definition der Lebenspartner in § 1 II Nr. 2 FreizügG/EU erfasst – verkürzt formuliert – rechtliche und nicht lediglich tatsächliche Lebenspartner; letztere werden stattdessen als „Lebensgefährten“ von § 1 II Nr. 4 Buchst. c FreizügG/EU erfasst. Rechtliche Lebenspartner sind von einem formellen Band nach dem deutschen Lebenspartnerschaftsgesetz⁷ oder einem in einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union vorgesehenen vergleichbaren Rechtsverhältnis untereinander besonders verbundene Personen gleichen Geschlechts, die – mangels Erwähnung in der Freizügigkeitsrichtlinie und mangels einheitlicher Rechtsstradition der Mitgliedstaaten⁸ – hier in nationaler Umsetzung den Familienangehörigen von Unionsbürgern nach § 1 II Nr. 3 Buchst. b FreizügG/EU gleichgestellt werden. So sollen Hindernisse für die Freizügigkeit von in einer eingetragenen Partnerschaft lebenden Personen beseitigt werden. Auch diese Definition gilt nur für die Anwendung des Freizügigkeitsgesetzes, wo die Unterscheidung zwischen rechtlichen Lebenspartnern⁹ und tatsächlichen Lebensgefährten sinnvoll ist.

c) *Die Familienangehörigen in § 1 I Nr. 4, 6, II Nr. 3 FreizügG/EU.* Familienangehörige sind zunächst nach § 1 II Nr. 3 Buchst. a FreizügG/EU der Ehegatte und der förmliche Lebenspartner nach § 1 II Nr. 3 Buchst. b FreizügG/EU. Ebenfalls zu den Familienangehörigen zählen nach § 1 II Nr. 3 Buchst. a FreizügG/EU die Verwandten¹⁰ in gerader absteigender Linie der Person oder des Ehegatten oder des Lebenspartners, die das 21. Lebensjahr noch nicht vollendet haben oder denen von diesen Unterhalt gewährt wird, und nach § 1 II Nr. 3 Buchst. d FreizügG/EU die Verwandten in gerader aufsteigender Linie der Person oder des Ehegatten oder des Lebenspartners, denen von diesen Unterhalt gewährt wird.¹¹ Diese von § 3 II FreizügG/EU aF abweichende Definition orientiert sich näher am Wortlaut des Art. 2 Nr. 2 RL 2004/38/EG, um eine höchstmögliche Übereinstimmung mit der Freizügigkeitsrichtlinie zu gewährleisten. Nicht hiervon erfasst sind Angehörige, die dem Unionsbürger Unterhalt leisten, statt solchen von ihm zu erhalten,¹² und für welche der *EuGH* deswegen im Einzelfall aus einer auf die Unionsbürgerschaft des Stammberechtigten nach Art. 20 oder Art. 21 AEUV gestützten Ableitung einen Aufenthaltsanspruch zugestanden hat.¹³ Ihr Status findet teilweise in § 1 II Nr. 4 FreizügG/EU eine eigene neue Regelung als nahestehende Personen.

d) *Die nahestehenden Personen in § 1 I Nr. 5, II Nr. 4 FreizügG/EU.* Ein zentrales Ziel der Novelle des Freizügigkeitsgesetzes findet sich in der Regelung des Status bestimmter nahestehender Personen. Ihr Status ist in der Freizügigkeitsrichtlinie nicht geregelt, aber nach Erwägungsgrund Nr. 6 iVm Art. 3 II RL 2004/38/EG sind die Mitgliedstaaten verpflichtet, nach Maßgabe ihrer innerstaatlichen Rechtsvorschriften die Einreise und den Aufenthalt des nicht unter die Definition des Art. 2 Nr. 2 RL 2004/38/EG fallenden Familienangehörigen, dem der primär aufenthaltsberechtigten Unionsbürger im Herkunftsland Unterhalt gewährt oder der mit ihm im Herkunftsland in häuslicher Gemeinschaft gelebt hat, oder wenn schwerwiegende gesundheitliche Gründe die persönliche Pflege des Familienangehörigen durch den Unionsbürger zwingend erforderlich machen, zu erleichtern. Damit soll die Einheit der Familie im weiteren Sinne gewahrt werden. Da die Bundesrepublik Deutschland dieser Verpflichtung nicht ausreichend nachgekommen sei und die hierzu ergangene Rechtsprechung des *EuGH*¹⁴ nicht hinreichend berücksichtigt habe, leitete die Europäische Kommis-

3 Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union idF der Bek. v. 9.5.2008, ABl. 2008, C 115 S. 47.

4 BT-Drs. 19/21750 v. 19.8.2020, 37.

5 BT-Drs. 19/21750 v. 19.8.2020, 36 f.

6 *EuGH*, C-165/16, ECLI:EU:C:2017:862 = NVwZ 2018, 137 (138) Rn. 37 – Lounes.

7 Da keine neuen Lebenspartnerschaften nach deutschem Recht mehr begründet werden können, handelt es sich nur noch um „Altfälle“, so BT-Drs. 19/21750, 37; heute sind sie Ehegatten.

8 Vgl. *EuGH*, C-673/16, ECLI:EU:C:2018:385 = NVwZ 2018, 1545 (1547) Rn. 33 ff. – Coman ua.

9 BT-Drs. 19/21750, 37.

10 Als verwandt werden unionsrechtlich nur voneinander biologisch oder rechtlich abstammende Personen angesehen, dh leibliche oder adoptierte Kinder bzw. umgekehrt deren leibliche oder Adoptiveltern, so *EuGH*, C-129/18, ECLI:EU:C:2019:248 = ZAR 2019, 337 = NVwZ-RR 2019, 572 Ls. = BeckRS 2019, 4156 Rn. 54 – SM (unter algerische Kafala gestelltes Kind).

11 Vgl. *EuGH*, C-200/02, ECLI:EU:C:2004:639 = EuR 2005, 659 (666) Rn. 43 – Zhu und Chen.

12 Vgl. *EuGH*, C-200/02, ECLI:EU:C:2004:639 = EuR 2005, 659 (666) Rn. 44 – Zhu und Chen.

13 Vgl. nur *EuGH*, C-200/02, ECLI:EU:C:2004:639 = EuR 2005, 659 – Zhu und Chen; *EuGH*, C-82/16, ECLI:EU:C:2018:308 = NVwZ 2018, 1859 – K.A. ua („Familienzusammenführung in Belgien“).

14 *EuGH*, C-83/11, ECLI:EU:C:2012:519 = NVwZ 2012, 1532 – Rahman ua.

sion Vertragsverletzungsverfahren ein. Der bisherige Verweis der Bundesregierung auf die Möglichkeit des Nachzugs nach § 36 II AufenthG wurde als nicht ausreichend angesehen.¹⁵

Die neue Definition der „nahestehenden Person“ wurde bewusst gewählt, um Verwechslungen mit dem Begriff des „Familienangehörigen“ zu vermeiden und um klarzustellen, dass die für Familienangehörige geltenden Vorschriften nur bei ausdrücklichem Verweis auf nahestehende Personen anwendbar sind,¹⁶ im Übrigen aber nicht. Auf diese Weise entspricht er dem schon zwischen beiden Personengruppen differenzierenden unionsrechtlichen Regelungssystem und wahrt quasi ein Abstandsgebot, indem er nahestehende Personen nicht uneingeschränkt Familienangehörigen gleichstellt. Insbesondere erlangen sie anders als Familienangehörige kein originäres Recht auf Einreise und Aufenthalt durch bloße Erfüllung der formellen und materiellen Anforderungen, sondern erhalten lediglich wie andere Drittstaatsangehörige nach dem allgemeinen Ausländerrecht durch konstitutiv wirkende behördliche Verleihung nach § 3 a I und II FreizügG/EU ein Recht auf Einreise und Aufenthalt.

Die erste Gruppe der nahestehenden Personen nach § 1 II Nr. 4 Buchst. a FreizügG/EU sind Verwandte iSd § 1589 BGB,¹⁷ also Personen, die voneinander oder von einer gemeinsamen dritten Person abstammen, sowie Verschwägerter mit der eigenen und über § 1590 S. 1 BGB hinausreichenden Definition von Verwandten des Ehegatten oder des Lebenspartners, die nicht Familienangehörige der Person iSd § 1 II Nr. 3 FreizügG/EU sind. Die Verschwägerten wurden aufgenommen, um der Pflicht zur Erleichterung ihrer Einreise und ihres Aufenthalts nachzukommen. Auf eine Begrenzung des Personenkreises nach dem Grad der Verwandtschaft oder Schwägerschaft wurde verzichtet, um eine unionsrechtssichere Richtlinienumsetzung zu gewährleisten. Der Grad sei vielmehr bei der in § 3 a II FreizügG/EU gebotenen Einzelfallabwägung des Nachzugsinteresses zu berücksichtigen.¹⁸

Die zweite Gruppe der nahestehenden Personen nach § 1 II Nr. 4 Buchst. b FreizügG/EU bilden ledige und – mangels Vollendung des 18. Lebensjahres nach § 2 BGB damit nach deutschem Recht¹⁹ noch minderjährige – Kinder, die zum Stamberechtigten in einem Vormundschafts- oder Pflegschaftsverhältnis stehen.²⁰ Die Aufnahme dieser Personen folgt neuerer Rechtsprechung des *EuGH* und setzt eine Lebensgemeinschaft des Kindes mit seinem Vormund bzw. seinen Pflegeeltern und eine emotionale und tatsächliche, von Alter, Entwicklungsstand und rechtlicher und wirtschaftlicher Einflussnahme des Unionsbürgers geprägte Abhängigkeit des Kindes von ihm voraus.²¹

Zur dritten Gruppe der nahestehenden Personen gehören nach § 1 II Nr. 4 Buchst. c FreizügG/EU eine Lebensgefährtin oder ein Lebensgefährte, mit der oder dem der Stamberechtigte eine glaubhaft dargelegte,²² auf Dauer angelegte tatsächliche Lebensgemeinschaft eingegangen ist, die nicht unter § 1 II Nr. 2 FreizügG/EU fällt und keine weitere Lebensgemeinschaft gleicher Art zulässt, wenn die Personen beide nicht verheiratet sind. In Abgrenzung zum og förmlichen Lebenspartner nach § 1 II Nr. 3 Buchst. b FreizügG/EU handelt es sich bei den in § 1 II Nr. 4 Buchst. c FreizügG/EU genannten Lebensgefährten um nur tatsächliche Lebenspartner. Anders als in der Ehe oder förmlichen Lebenspartnerschaft, die schon durch ihre rechtlichen Charakteristika auf eine qualitative Dauerhaftigkeit zwischen und persönliche Exklusivität unter den Lebenspartnern angelegt ist, gilt diese gesetzliche Annahme für bloße tatsächliche Lebensgefährten

nicht, so dass die ausdrückliche Abgrenzung hierzu für die Definition ebenso erforderlich ist wie auch die bewusst unterschiedliche Begriffsverwendung von „Lebensgefährte“ ggü. „Lebenspartner“.²³ Ehegatten oder förmliche Lebenspartner sind eben miteinander eine besondere rechtliche Verbundenheit eingegangen, welche die Vermutung des dauerhaften füreinander Einstehenwollens zulässt, wie sie aber für rein tatsächliche Lebensgefährten fehlt. Damit trifft tatsächliche Lebensgefährten eine gegenüber Ehegatten und rechtlichen Lebenspartnern erhöhte Darlegungs- und Nachweislast für die Dauerhaftigkeit und Exklusivität ihrer Beziehung zueinander, wie auch § 3 a I Nr. 1 Buchst. b, § 5 a III Nr. 4 FreizügG/EU verdeutlichen. Das Kriterium der persönlichen Exklusivität schließt bewusst weitere Beteiligte an Mehrfachbeziehungen oder offen ausgestalteten Partnerschaften aus,²⁴ da andererseits auch Mehrfachehen nach deutschem ordnung public keine Anerkennung finden können und hier eine Gleichbehandlung zwischen Ehegatten und Lebenspartnern bzw. Lebensgefährten erreicht werden soll.²⁵

Tatsächlichen Lebensgefährten steht es selbstverständlich frei, eine rechtliche Verbundenheit untereinander einzugehen und so ebenfalls von der Privilegierung zu profitieren, oder auch nicht. Sollte es im bisherigen Aufenthaltsstaat keine Möglichkeit einer rechtlichen Verfestigung ihrer Beziehung zueinander geben, weil dies dort nicht vorgesehen ist, können sie dies ja vor der Ersteinreise in die Bundesrepublik hier in die Wege leiten und – vergleichbar einem Familiennachzug Verlobter zur Eheschließung im Bundesgebiet – die Einreisevoraussetzungen hierher als künftige rechtliche Lebenspartner schaffen.

e) *Die britischen Staatsangehörigen in § 1 II Nr. 5 und 6 FreizügG/EU.* Mit Blick auf das weitere Anliegen der Novelle des Freizügigkeitsgesetzes, den künftigen Status derzeit noch freizügigkeitsberechtigter britischer Staatsangehöriger und ihrer Familienangehörigen nach Ablauf des bis zum 31.12.2020 reichenden Übergangszeitraums zu regeln, da sie danach nicht mehr als Unionsbürger behandelt werden dürfen, definiert § 1 II Nr. 5 und 6 FreizügG/EU ihre Personen- und das Austrittsabkommen.

15 BT-Drs. 19/21750 v. 19.8.2020, 1 f., 18 f.; zuvor schon BR-Drs. 263/20 v. 22.5.2020, 1.

16 BT-Drs. 19/21750 v. 19.8.2020, 37.

17 BGB i d F der Bek. v. 2.1.2002, BGBl. I 2002, 42, i d F v. 12.06.2020, BGBl. I 2020, 1245.

18 BT-Drs. 19/21750 v. 19.8.2020, 37.

19 Auf das Recht des Heimatstaats für die Annahme der Volljährigkeit soll es nicht ankommen. Dies ist insofern sachgerecht, als nur Minderjährige eines gesteigerten Beistands durch Einreise und Aufenthalt hier bedürfen und diese Vermutung nach in Deutschland geltendem ordnung public einheitlich für hier lebende Personen nur bis zur Vollendung des 18. Lebensjahrs greift.

20 Dies ergibt sich aus der Auslegung durch *EuGH*, C-129/18, ECLI:EU:C:2019:248 = ZAR 2019, 337 = NVwZ-RR 2019, 572 Ls. = BeckRS 2019, 4156 Rn. 45, 57, 66 zur Vormundschaft nach algerischem Recht („Kafala“).

21 Vgl. *EuGH*, C-129/18, ECLI:EU:C:2019:248 = ZAR 2019, 337 = NVwZ-RR 2019, 572 Ls. = BeckRS 2019, 4156 Rn. 68 f. – SM (unter algerische Kafala gestelltes Kind).

22 Die zunächst verwendete Formulierung „ordnungsgemäß bescheinigte“ Lebensgemeinschaft wurde auf Vorschlag des Ausschusses für Inneres und Heimat, BT-Drs. 19/23186 v. 7.10.2020, 5, 9, fallen gelassen, weil die rein tatsächliche Lebenspartnerschaft gerade keine nachweisbare formelle Grundlage hat.

23 BT-Drs. 19/21750 v. 19.8.2020, 38.

24 BT-Drs. 19/21750 v. 19.8.2020, 39.

25 Die Formulierung wurde auf Vorschlag des Bundesrats, Anl. 3 zur BT-Drs. 19/21750 v. 19.8.2020, 61, diesen befürwortend Gegenäußerung der Bundesregierung BT-Drs. 19/21750 v. 19.8.2020, 62, und des Ausschusses für Inneres und Heimat, BT-Drs. 19/23186 v. 7.10.2020, 5, 9, enger gefasst, um Mehrfachnachzüge zu Unionsbürgern aus parallel geführten förmlichen und tatsächlichen Lebenspartnerschaften ausschließen.

III. Das Recht auf Einreise und Aufenthalt der nahestehenden Personen von Unionsbürgern in § 3 a FreizügG/EU im Vergleich zu bisher Berechtigten

Aus der in § 1 FreizügG/EU bereits angesprochenen Erweiterung des personellen Anwendungsbereichs auf nahestehende Personen von Unionsbürgern folgt neben geringen Anpassungen in § 2 und § 3 FreizügG/EU für Unionsbürger und ihre Familienangehörigen vor allem eine Neuregelung für ihnen nahestehende Personen in § 3 a FreizügG/EU:

1. Das Recht der Unionsbürger auf Einreise und Aufenthalt in § 2 FreizügG/EU

Für die Einreise und Aufenthalt von Unionsbürgern bleibt es auf Grund ihrer unionsrechtlichen Freizügigkeit als einem originären Recht und unter Erfüllung von dessen spezifischen Voraussetzungen bei der bisherigen Rechtslage. Eine textlich geringfügige, gleichwohl relevante Änderung bedeutet die Neufassung des Verlusttatbestands in § 6 I 3 und S. 4 FreizügG/EU, wonach bisher eine Verlustfeststellung bei Krankheiten mit epidemischem Potential (Corona!) möglich war, wenn die Krankheit erstmals innerhalb von drei Monaten seit der Einreise aufgetreten war. Die Streichung dieser Klausel und die Neuformulierung, dass Krankheiten, die nach Ablauf einer Frist von drei Monaten ab dem Zeitpunkt der Einreise auftreten, keinen Grund für eine solche Feststellung darstellen, lehnt sich enger an den Wortlaut von Art. 29 I und II RL 2004/38/EG an, um behördliche Einreiseverbote für Unionsbürger und ihre Familienangehörigen auch zu ermöglichen, wenn die Krankheit bei ihnen nicht nachgewiesen ist. Umgekehrt behalten sie ihr Aufenthaltsrecht, wenn die Krankheit erst nach mehr als drei Monaten Aufenthaltszeit auftritt²⁶ und sich ihr Aufenthalt bereits etwas verfestigt hat.

2. Das Recht der Familienangehörigen von Unionsbürgern auf Einreise und Aufenthalt in § 3 FreizügG/EU

Auch die Rechtsposition von Familienangehörigen von Unionsbürgern nach § 3 FreizügG/EU bleibt unangetastet, so dass die Novelle lediglich die bisher in § 3 II FreizügG/EU aF enthaltene Definition dieses Personenkreises dort entfallen lässt, nun zu § 1 II Nr. 3 FreizügG/EU verschiebt und daher die folgenden Absätze des § 3 FreizügG/EU neu nummeriert. Die Anpassung in § 6 I 3 und S. 4 FreizügG/EU für die Verlustfeststellung in Zeiten einer Pandemie gilt für Familienangehörige wie für ihren stammberechtigten Unionsbürger.²⁷

3. Das Recht der nahestehenden Personen von Unionsbürgern auf Einreise und Aufenthalt in § 3 a FreizügG/EU

Als ein zentrales Motiv der Novelle findet das Recht der drittstaatsangehörigen nahestehenden Personen von Unionsbürgern auf Einreise und Aufenthalt nun im neuen § 3 a FreizügG/EU seine Regelung. Die Bundesrepublik will damit der eingangs erläuterten Pflicht zur Erleichterung der Einreise und des Aufenthalts von Personen entsprechen, die keine Familienangehörigen nach Art. 2 Nr. 2 iVm Art. 7 II RL 2004/38/EG sind. Für sie hatte der *EuGH* ein mittelbares Aufenthaltsrecht aus dem Status des jeweiligen Unionsbürgers als Stammberechtigtem abgeleitet und – soweit dieser von seiner Freizügigkeit Gebrauch gemacht hatte – auf Art. 21 AEUV und im Übrigen auf Art. 20 AEUV gestützt, da sonst die Ausübung seiner Freizügigkeit unzumutbar erschwert bzw. in den Kernbereich seiner Unionsbürgerschaft

eingegriffen würde, weil sonst der Unionsbürger zwecks tatsächlicher Aufrechterhaltung der Nähebeziehung zum Drittstaatsangehörigen das Unionsgebiet verlassen müsste.²⁸ Der Bundesgesetzgeber hat für sie nun in § 3 a I FreizügG/EU eine konstitutive Verleihung des Rechts auf Einreise und Aufenthalt auf Antrag²⁹ vorgesehen, aber keine bloß deklaratorische Bestätigung eines originären Rechts wie zB für Unionsbürger nach § 2 I FreizügG/EU.

a) *Die Stellung der nahestehenden Personen im Regulationssystem.* Das Regelungsproblem der Erweiterung des personellen Anwendungsbereichs auf nahestehende Personen liegt in der tatsächlichen Vielgestaltigkeit der denkbaren familiären bzw. sonstigen Beziehungsformen und damit in seiner sinnvollen und unionsrechtskonformen Begrenzung. Dies rechtfertigt sich erstens daraus, dass auch der *EuGH* das von ihm entwickelte Rechtsinstitut auf Fälle spezifischer Abhängigkeiten in der Lebensführung zwischen stammberechtigtem Unionsbürger und nahestehender Person begrenzt³⁰ und die Annahme eines Abhängigkeitsverhältnis jedenfalls unter Erwachsenen auf außergewöhnliche Fälle beschränkt hat.³¹ Diese Beschränkung entspricht zweitens auch der horizontalen Gewaltenteilung in der Europäischen Union und dem Vorrang der Legislative gegenüber der Judikative für die Regelung der Rechtsmaterien: Die Freizügigkeitsrichtlinie enthält auch nur eine Verpflichtung der Mitgliedstaaten zu einer Erleichterung für nahestehende Personen, aber keinen Rechtsanspruch für sie von der Qualität, wie er für Familienangehörige besteht. Ansonsten würde die legislative Differenzierung zwischen Familienangehörigen und anderen nahestehenden Personen unterlaufen – contra legem!

Der Bundesgesetzgeber ist diesem Gestaltungs- und Regelungsauftrag nun detailliert nachgekommen und hat drei Personengruppen abschließend identifiziert, die als nahestehende Personen gegenüber anderen Drittstaatsangehörigen begünstigt, aber nicht den Familienangehörigen als privilegiierterer Personengruppe gleichgestellt werden. Daraus ergibt sich für die nahestehenden Personen im Regulationssystem eine neue Zwischenstufe im Grad ihrer Privilegierung: Am stärksten privilegiert sind Unionsbürger, von ihnen als Stammberechtigten abgeleitet nächst privilegiert sind drittstaatsangehörige Familienangehörige, weniger aber immer noch privilegiert sind drittstaatsangehörige nahestehende Personen und schließlich nicht mehr privilegiert, sondern auf das allgemeine Ausländerrecht verwiesen sind sonstige drittstaatsangehörige Personen mangels eines unionsrechtlichen Bezugs zu einem stammberechtigten Unionsbürger.

Die in die Einzelheiten gehenden materiellen Voraussetzungen der Personengruppen gehen Hand in Hand mit den spezifischen formellen Nachweispflichten für ihr Vorliegen, so dass diese ebenfalls an dieser Stelle behandelt werden:

b) *Die konstitutive Verleihung und Entziehung des Rechts auf Einreise und Aufenthalt an nahestehende Personen.* § 3 a I FreizügG/EU verweist erstens tatbestandlich auf die in § 1

26 BT-Drs. 19/21750 v. 19.8.2020, 43.

27 BT-Drs. 19/21750 v. 19.8.2020, 43.

28 Vgl. nur *EuGH*, C-82/16, ECLI:EU:C:2018:308 = NVwZ 2018, 1859 – K.A. ua („Familienzusammenführung in Belgien“).

29 Diese Klarstellung wurde auf Vorschlag des Ausschusses für Inneres und Heimat, BT-Drs. 19/23186 v. 7.10.2020, 5, 10, unter Bezugnahme auf das bereits in § 11 IV 2 FreizügG/EU iVm § 81 AufenthG angelegte Antragsverfahren aufgenommen.

30 *EuGH*, C-83/11, ECLI:EU:C:2012:519 = NVwZ 2012, 1532 (1533) Rn. 23 – Rahman ua.

31 Vgl. *EuGH*, C-82/16, ECLI:EU:C:2018:308 = NVwZ 2018, 1859 Rn. 76, 105 – K.A. ua („Familienzusammenführung in Belgien“); *BVerwGE* 162, 349 = NVwZ 2019, 486 Rn. 35.

II Nr. 4 FreizügG/EU vorangestellte jeweilige Definition der nahestehenden Person, die nicht schon selbst als Unionsbürger, als Familienangehöriger nach § 3 FreizügG/EU oder § 4 FreizügG/EU freizügigkeitsberechtigt ist. Diese Einschränkung des Kreises der potenziell Berechtigten zeigt, dass für die vom Freizügigkeitsgesetz Begünstigten die soeben erläuterte Abstufung gilt und § 3 a I FreizügG/EU nur nachrangig gilt gegenüber den vorrangigen Anspruchsgrundlagen der §§ 2, 3 und 4 FreizügG/EU. Als nahestehende Person kann also nur berechtigt sein, wer nicht schon aus anderen Gründen vorrangig berechtigt ist.

Zweitens muss die nahestehende Person tatbestandlich neben den gruppenbezogenen Voraussetzungen des § 1 II Nr. 4 FreizügG/EU auch die einzelfall- und personenbezogenen Voraussetzungen des § 3 a I FreizügG/EU erfüllen. Hierzu muss die Ausländerbehörde die in § 5 a II und III FreizügG/EU genannten formellen Nachweise verlangen.

Drittens muss die nahestehende Person nach § 11 V FreizügG/EU auch die allgemeinen Erteilungsvoraussetzungen nach § 5 I, II und IV AufenthG erfüllen, also die für alle Drittstaatsangehörigen geltenden Anforderungen an eine Zuwanderung wie die Sicherung des Lebensunterhalts, die Klärung der Identität und Staatsangehörigkeit, das Fehlen eines Ausweisungsinteresses oder sonstiger Beeinträchtigungen von Interessen der Bundesrepublik Deutschland und der Erfüllung der Passpflicht nach § 3 AufenthG sowie der Erfüllung der Visumpflicht³² – und zwar ohne die Möglichkeit, hiervon nach § 5 III AufenthG abzusehen. Dies rechtfertigt sich sachlich aus der Stellung der nahestehenden Personen, deren Aufenthalt unionsrechtlich nur erleichtert werden soll im Vergleich zu anderen Drittstaatsangehörigen, was durch § 3 a FreizügG/EU ua bereits erfolgt, aber nicht zu einer Zuwanderung in die Sozialsysteme oder ohne Identitätsklärung führen soll.

Auf der Grundlage der vorgelegten Nachweise über die und einer eingehenden Untersuchung der persönlichen Umstände³³ nach den Vorgaben des § 3 a II FreizügG/EU hat die Ausländerbehörde schließlich auf der Rechtsfolgenseite eine originäre Ermessensentscheidung über die Verleihung des Einreise- und Aufenthaltsrechts zu treffen. Bejahendenfalls hat sie nach § 5 VII FreizügG/EU eine für fünf Jahre gültige Aufenthaltskarte auszustellen. Nahestehende Personen sind nach § 8 I und Ia FreizügG/EU wie Unionsbürger und deren Familienangehörige zum Passbesitz, zur Passvorlage und zur Vorlage der Aufenthaltskarte zwecks Überprüfung ihrer Identität und Berechtigung verpflichtet.³⁴

Der Verlust des Aufenthaltsrechts wird – anders als für Unionsbürger und ihre Familienangehörigen – nicht behördlich nach § 6 FreizügG/EU festgestellt und die Ausreisepflicht auch nicht nach § 7 FreizügG/EU erst begründet, weil beide Regelungen systematisch richtig nach § 11 VIII 1 Nr. 3 FreizügG/EU unanwendbar sind, sondern für ihr Aufenthaltsrecht ist nach § 11 VIII 2 FreizügG/EU das Aufenthaltsgesetz anzuwenden mit der Folge, dass sie nach den für drittstaatsangehörige Ausländer geltenden §§ 53 ff. AufenthG ausgewiesen werden können und ihre Ausreisepflicht sich aus § 50 I 1 AufenthG ergibt.³⁵ Dies entspricht den unionsrechtlichen Vorgaben, die für drittstaatsangehörige nahestehende Personen eine Erleichterung von Einreise und Aufenthalt verlangen, aber nicht den Verzicht auf die Aufenthaltsbeendigung durch Ausweisung. Bei einem Nichtbestehen der Voraussetzungen für ein Aufenthaltsrecht von Anfang an kann die Ausländerbehörde die Verleihung des Aufenthaltsrechts nach § 51 I Nr. 3 AufenthG iVm § 11 VIII 2 Frei-

zügG/EU ex tunc zurücknehmen oder bei einem späteren Wegfall die Geltungsdauer des Aufenthaltsrechts nach § 7 II 2 AufenthG iVm § 11 V FreizügG/EU ex nunc der ab dem Wegfallzeitpunkt verkürzen und die Aufenthaltskarte nach § 52 VwVfG oder der entsprechenden landesrechtlichen Bestimmung einziehen.³⁶

Für den Fall des Todes der stammberechtigten Person behalten nahestehende Personen über den Verweis aus § 3 a III FreizügG/EU auf § 3 II FreizügG/EU ihr Aufenthaltsrecht. Zudem sind die Regelungen über Erwerb und Behalt eines Daueraufenthaltsrechts nach § 4 a I, III bis V FreizügG/EU auch auf nahestehende Personen anzuwenden, die insoweit Familienangehörigen gleichgestellt werden.

Als Zwischenergebnis müssen nahestehende Personen wegen des weitaus größeren Kreises potenzieller Begünstigter höhere tatbestandliche materielle und formelle Anforderungen erfüllen als Unionsbürger und deren Familienangehörigen und haben auch keinen originären Anspruch auf Einreise und Aufenthalt.³⁷ Insbesondere erlangen sie anders als Familienangehörige kein originäres Recht auf Einreise und Aufenthalt durch bloße Erfüllung der formellen und materiellen Anforderungen, sondern erhalten lediglich wie andere Drittstaatsangehörige nach dem allgemeinen Ausländerrecht durch konstitutiv wirkende behördliche Verleihung nach § 3 a I und II FreizügG/EU ein Recht auf Einreise und Aufenthalt zugesprochen. Erst danach werden sie nach dem nationalen Regelungssystem für ihren weiteren Aufenthalt den privilegierteren Familienangehörigen teilweise gleichgestellt, für den Verlust ihres Aufenthaltsrechts aber nicht.

c) *Die Verwandten des Unionsbürgers, seines Ehegatten oder Lebenspartners nach § 1 II Nr. 4 Buchst. a FreizügG/EU.* Die erste Gruppe der nahestehenden Personen sind nach § 1 II Nr. 4 Buchst. a FreizügG/EU voneinander oder von einer gemeinsamen dritten Person abstammende Verwandte des stammberechtigten Unionsbürgers sowie des Ehegatten oder des Lebenspartners, die nicht Familienangehörige der Person iSd § 1 II Nr. 3 FreizügG/EU sind, also Verwandte und Verschwägerter ungeachtet des Grades der Verwandtschaft. Neben diesen personenbezogenen Voraussetzungen müssen sie sachliche Voraussetzungen hinsichtlich einer etwaigen Abhängigkeit vom Unionsbürger erfüllen, die § 3 a I Nr. 1 FreizügG/EU in drei Alternativen je nach behauptetem Abhängigkeitsverhältnis im Sinne von nach Erwägungsgrund Nr. 6 iVm Art. 3 II Buchst. a RL 2004/38/EG näher konkretisiert:

Die erste der drei Varianten ist nach § 3 a I Nr. 1 Buchst. a FreizügG/EU ein wirtschaftliches Abhängigkeitsverhältnis, weil der Unionsbürger der nahestehenden Person im Herkunftsstaat³⁸ Unterhalt iSv Art. 3 II Buchst. a Alt. 1 RL 2004/38/EG gewährt. Hierzu wird gefordert, dass der Uni-

32 BT-Drs. 19/21750 v. 19.8.2020, 43. Eine Visumfreiheit besteht nicht, da ein Recht zur Einreise konstitutiv verliehen wird und kein originärer Erwerb durch Freizügigkeit eintritt.

33 Die Klarstellung, dass nicht die tatsächliche Beziehung selbst, sondern die sie prägenden Umstände als Tatsachen nachzuweisen sind, wurde auf Vorschlag des Ausschusses für Inneres und Heimat, BT-Drs. 19/23186 v. 7.10.2020, 5, 10, aufgenommen.

34 BT-Drs. 19/21750 v. 19.8.2020, 43.

35 BT-Drs. 19/21750 v. 19.8.2020, 44.

36 BT-Drs. 19/21750 v. 19.8.2020, 44.

37 *EuGH*, C-83/11, ECLI:EU:C:2012:519 = NVwZ 2012, 1532 (1533) Rn. 21 – Rahman ua.

38 Das ist der Herkunftsstaat der nahestehenden Person im Zeitpunkt ihrer Antragstellung, nicht notwendig der frühere Aufenthaltsstaat oder der Herkunftsstaat des stammberechtigten Unionsbürgers, so *EuGH*, C-83/11, ECLI:EU:C:2012:519 = NVwZ 2012, 1532 (1534) Rn. 31, 33 – Rahman ua.

onsbürger ihr zum Zeitpunkt der erstmaligen Antragstellung seit mindestens zwei Jahren und nicht nur vorübergehend Unterhalt gewährt.³⁹ Das Tatbestandsmerkmal der dauerhaften, dh seit mindestens zwei Jahren und nicht nur vorübergehenden Unterhaltsgewährung ergibt sich zwar nicht aus der unionsrechtlichen Vorgabe, aber aus dem unionsrechtlich eingeräumten weiten Regelungsspielraum der Mitgliedstaaten, den diese auch hinsichtlich der materiellen Voraussetzungen des schutzbedürftigen Abhängigkeitsverhältnisses ausfüllen dürfen.⁴⁰ Das sachgerechte Erfordernis der mindestens zweijährigen und noch im Antragszeitpunkt andauernden Unterhaltsgewährung soll einer missbräuchlichen Herbeiführung eines Unterhaltsverhältnisses zur Erlangung eines Aufenthaltsrechts entgegenwirken⁴¹ und folgt aus dem Erfordernis einer engen und stabilen familiären Beziehung auf Grund einer besonderen finanziellen Abhängigkeit.⁴²

Als Nachweis hierfür wird neben dem Nachweis der Verwandtschaft nach § 5 a II FreizügG/EU spezifisch für diese Variante des Abhängigkeitsverhältnisses – in Angleichung an die Anforderungen an unterhaltsbegünstigte Familienangehörige in Art. 10 II Buchst. e RL 2004/38/EG⁴³ – nach § 5 a III FreizügG/EU zusätzlich ein durch die Behörde des og Herkunftsstaats ausgestellter Nachweis über die sachlichen und zeitlichen Umstände der Unterhaltsgewährung verlangt. Dieser Nachweis ist wesentlich, aber nicht allein entscheidend für die behördliche Prüfung nach § 3 a II FreizügG/EU, ob und weshalb die bisherige Unterhaltsgewährung im Herkunftsstaat nicht mehr ausreichen und stattdessen eine Einreise zwecks Aufenthalts in räumlicher Nähe zum stammberechtigten Unionsbürger in Deutschland erforderlich sein soll.

Soweit es um eine lediglich finanzielle Unterhaltsgewährung geht, dürfte diese sowohl hier wie auch dort möglich sein und eine Einreise nicht rechtfertigen, erst recht, wenn das Lebenshaltungs- und Preisniveau im Herkunftsstaat deutlich niedriger ist als im Bundesgebiet und daher die Unterhaltsgewährung im Herkunftsstaat der nahestehenden Person für den Unionsbürger finanziell wesentlich günstiger und leichter zu finanzieren ist. Umgekehrt muss vor einer Einreise der nahestehenden Person das Risiko minimiert sein, dass der Unionsbürger nach der Einreise die Unterhaltszahlungen einstellt oder diese den Lebensunterhaltsbedarf der nahestehenden Person im Bundesgebiet nicht decken, sie also auf Sozialhilfe angewiesen sein wird, so dass es letztlich eine Einreise in die Sozialsysteme wäre. Eine nach § 68 AufenthG sonst vor der Einreise Drittstaatsangehöriger gebotene Verpflichtungserklärung des Stammberechtigten dürfte mangels Verweises und im Umkehrschluss aus § 11 V FreizügG/EU nicht anwendbar sein. Eher zugeschnitten dürfte die Norm auf Fälle der nicht finanziellen, sondern tatsächlichen Unterhaltsleistung sein, wenn die bisher im Herkunftsstaat der nahestehenden Person gegebene Möglichkeit hierzu ersatzlos entfallen ist und nur durch eine tatsächliche Unterhaltsleistung durch den Unionsbürger im Bundesgebiet ausgeglichen werden kann, wozu der nahestehenden Person ein Aufenthalt in der Nähe ermöglicht werden soll. Die Erforderlichkeit hierfür hat aber die nahestehende Person darzulegen; die Unerweislichkeit geht zu ihren Lasten („non liquet“). Etwaigen Zweifeln an der Aussagekraft oder Herkunft des Nachweises kann durch Nachforschungen der zuständigen deutschen Botschaft vor Ort – je nach Fragestellung zB durch direkte Nachfragen bei Behörden des Aufenthaltsstaats oder durch indirekte Nachforschungen mittels Vertrauensanwälten oder Vertrauensärzten – nachgegangen werden.

Die zweite der drei Varianten ist nach § 3 a I Nr. 1 Buchst. b FreizügG/EU ein in zuvor häuslicher Gemeinschaft gelebtes persönliches Abhängigkeitsverhältnis, weil der Unionsbürger mit der nahestehenden Person in dem Staat, in dem sie vor der (beabsichtigten) Verlegung des Wohnsitzes in das Bundesgebiet gelebt hat oder lebt, mindestens zwei Jahre in häuslicher Gemeinschaft iSv Art. 3 II Buchst. a Alt. 2 RL 2004/38/EG gelebt hat. Als Nachweis hierfür wird neben dem Nachweis der Verwandtschaft nach § 5 a II FreizügG/EU spezifisch für diese Variante des Abhängigkeitsverhältnisses – in Angleichung an die Anforderungen an unterhaltsbegünstigte Familienangehörige in Art. 10 II Buchst. e RL 2004/38/EG⁴⁴ – nach § 5 a III FreizügG/EU zusätzlich ein durch die Behörde des Aufenthaltsstaats der nahestehenden Person ausgestellter Nachweis über die sachlichen und zeitlichen Umstände der gemeinsamen häuslichen Gemeinschaft⁴⁵ mit dem Unionsbürger verlangt. Dazu reicht eine bloße Bescheinigung einer gemeinsamen Meldeanschrift nicht aus, die auch an Mitbewohner bloßer Wohngemeinschaften ausgegeben würde. Das Zusammenwohnen unter einer Anschrift und das Führen eines gemeinsamen Haushaltes sind jedoch Merkmale, die neben anderen für das Vorliegen einer dauerhaften Beziehung sprechen können.⁴⁶ Gefordert wird also eine qualifizierte Bescheinigung. Diese Anforderungen sind aus dem og Ermessensspielraum der Mitgliedstaaten gerechtfertigt, wie er sich auch in der in der Gesetzesbegründung wiedergegebenen unterschiedlichen Anwendungspraxis der Mitgliedstaaten zu Art. 3 II Buchst. a Alt. 2 RL 2004/38/EG zeigt: Die geforderte Dauer des Zusammenlebens des Unionsbürgers mit der nahestehenden Person reicht von sechs Monaten über ein oder zwei Jahre bis hin zu fünf Jahren; der geforderte Nachweis über Meldebestätigungen hin zu Kontoauszügen eines gemeinsamen Kontos, dem Nachweis gemeinsamen Grundeigentums oder gemeinsamer Mietverträge und Erklärungen von Banken oder Anwälten.⁴⁷ Etwaigen Zweifeln an der Aussagekraft oder Herkunft des Nachweises kann – wie bereits ausgeführt – mit Unterstützung deutscher Auslandsvertretungen nachgegangen werden. Mit Blick auf die unionsrechtlichen Grenzen des mitgliedstaatlichen Gestaltungsspielraums, der Norm des Art. 3 II RL 2004/38/EG nicht die praktische Wirksamkeit zu nehmen,⁴⁸ ist der vom Bundesgesetzgeber gewählte Mittelweg materieller Anforderungen und formeller Nachweise angemessen.

Sie müssen einfließen in die auch hier nach § 3 a II FreizügG/EU erforderliche Einzelfallbetrachtung zu Grund und Dauerhaftigkeit der Beziehung. Wurde die häusliche Gemeinschaft im zuvor gemeinsamen Aufenthaltsstaat freiwillig vom Unionsbürger oder der nahestehenden Person aufgegeben, sind

39 Der bisher allenfalls über Art. 20 AEUV gelöste Fall der umgekehrten Unterhaltsleistung des Drittstaatsangehörigen an den Unionsbürger wird hiervon weiterhin nicht erfasst.

40 *EuGH*, C-83/11, ECLI:EU:C:2012:519 = NVwZ 2012, 1532 (1533) Rn. 24 – Rahman ua.

41 BT-Drs. 19/21750 v. 19.8.2020, 40 unter Verweis auf *EuGH*, C-83/11, ECLI:EU:C:2012:519 = NVwZ 2012, 1532 – Rahman ua.

42 *EuGH*, C-83/11, ECLI:EU:C:2012:519 = NVwZ 2012, 1532 Rn. 32 – Rahman ua.

43 *EuGH*, C-83/11, ECLI:EU:C:2012:519 = NVwZ 2012, 1532 (1534) Rn. 30 – Rahman ua.

44 *EuGH*, C-83/11, ECLI:EU:C:2012:519 = NVwZ 2012, 1532 (1534) Rn. 30 – Rahman ua.

45 Anders als bei Familienangehörigen genügt nicht bloß der Aufenthalt in demselben Staat. Zu diesen vgl. *EuGH*, C-218/14, ECLI:EU:C:2015:476 = NVwZ 2015, 1431 (1432) Rn. 54 ff. – Singh ua.

46 BT-Drs. 19/21750 v. 19.8.2020, 38 f.

47 Ein detaillierter Überblick in BT-Drs. 19/21750 v. 19.8.2020, 38 f.

48 *EuGH*, C-83/11, ECLI:EU:C:2012:519 = NVwZ 2012, 1532 (1535) Rn. 39 f. – Rahman ua.

beide grundsätzlich an ihrer autonomen Entscheidung festzuhalten und haben deren Folgen zu tragen. Erfolgte die Trennung hingegen erzwungenermaßen oder äußeren Umständen folgend, die für die beiden Personen nachvollziehbar unausweichlich waren, und soll der Nachzug der nahestehenden Person einer Wiedervereinigung in häuslicher Gemeinschaft dienen, spricht dies eher für eine Erforderlichkeit des Aufenthalts. Als Beispiel könnte ein Stiefkind in Betracht kommen, mit dem und dessen Mutter der Unionsbürger während eines längeren Auslandsaufenthalts zusammengelebt hat und nach Ende seines Beschäftigungsverhältnisses dort wieder in die Europäische Union zurückgekehrt ist, wobei er Stiefkind und Kindesmutter in deren Aufenthaltsstaat zurückgelassen hat. An dieser autonomen Entscheidung muss er sich zunächst festhalten lassen. Stirbt nun die Kindesmutter und ist kein Verwandter des Kindes zur Betreuung in dessen Aufenthaltsstaat in der Lage, kann dieser äußere Umstand im Einzelfall zusammen mit weiteren Faktoren insbesondere der emotionalen Verbundenheit für eine nun gelenklaufige Betrachtung sprechen.

Die dritte der drei Varianten ist nach § 3 a I Nr. 1 Buchst. c FreizügG/EU ein aus zwischenzeitlich eingetretener dauerhafter Pflegebedürftigkeit der nahestehenden Person entstandenes tatsächliches Abhängigkeitsverhältnis, weil ihre persönliche Pflege durch den Unionsbürger zwingend erforderlich ist iSv Art. 3 II Buchst. a Alt. 3 RL 2004/38/EG. Als Nachweis hierfür wird neben dem Nachweis der Verwandtschaft nach § 5 a II FreizügG/EU spezifisch für diese Variante des Abhängigkeitsverhältnisses – in Angleichung an die Anforderungen an unterhaltsbegünstigte Familienangehörige in Art. 10 II Buchst. e RL 2004/38/EG⁴⁹ – nach § 5 a III Nr. 2 FreizügG/EU zusätzlich der Nachweis schwerwiegender und nicht nur vorübergehender⁵⁰ gesundheitlicher Gründe gefordert, die die persönliche Pflege der nahestehenden Person durch den Unionsbürger zwingend erforderlich machen. Dazu wird ein qualifiziertes Attest eines Arztes aus dem Aufenthaltsstaat der nahestehenden Person benötigt, wozu mit Blick auf eine Gleichbehandlung mit anderen Drittstaatsangehörigen auf die Anforderungen des § 60 a II c AufenthG zurückgegriffen werden muss, die über § 60 VII AufenthG mittlerweile die Bedeutung eines aufenthaltsrechtlichen Standards erlangt haben. Der Regelungsauftrag zur Erleichterung der Einreise und des Aufenthalts nahestehender Personen verwehrt dem Bundesgesetzgeber nicht, sie anderen Drittstaatsangehörigen in den Anforderungen an Form und Inhalt der Nachweise gleichzustellen. Etwaigen Zweifeln an der Aussagekraft oder Herkunft des Nachweises kann – wie bereits ausgeführt – mit Unterstützung deutscher Auslandsvertretungen nachgegangen werden.

d) *Die ledigen minderjährigen Mündel oder Pflegekinder des Unionsbürgers nach § 1 II Nr. 4 Buchst. b FreizügG/EU.* Die zweite Gruppe der nahestehenden Personen sind nach § 1 II Nr. 4 Buchst. b FreizügG/EU unter Vormundschaft oder Pflegschaft des stammberechtigten Unionsbürgers stehende ledige minderjährige Kinder, die nicht Familienangehörige der Person iSd § 1 II Nr. 3 Buchst. c FreizügG/EU sind, also nicht in gerader absteigender Linie mit ihm oder seinem Ehegatten oder Lebenspartner verwandt sind. Die Person muss mit dem Unionsbürger perspektivisch für längere Zeit in familiärer Gemeinschaft im Bundesgebiet leben und von ihm abhängig sein. Damit erfasst der Bundesgesetzgeber jene Kinder, für welche der *EuGH* ebenfalls eine Begünstigung nach Art. 3 II 1 Buchst. a RL 2004/38/EG angenommen hat, da sie auf Grund eines Vormundschafts- oder Pflegekinderverhältnisses in einer besonderen Nähebeziehung

zum Unionsbürger stehen⁵¹ und hinsichtlich des Anwendungsbereichs der Vorschrift diesen gleichzustellen sind.⁵²

Für die besondere Abhängigkeit im Sinne eines Angewiesenseins auf ein Zusammenleben mit dem Unionsbürger in der europäischen Union ist das Bestehen einer rechtlichen Vormundschaft oder Pflegschaft des Unionsbürgers gegenüber dem minderjährigen Kind eine zentrale, aber nicht die einzige Voraussetzung. Gerade weil auf das für eine Abhängigkeit sonst Indizwirkung beanspruchende Kriterium des vorherigen Zusammenlebens im Aufenthaltsstaat des Kindes oder einer vorherigen Unterhaltsleistung bewusst verzichtet wird,⁵³ bedarf es ergänzender Kriterien zur umfassenden Feststellung des Nähe- und Abhängigkeitsverhältnisses nach § 3 a II FreizügG/EU: An die Begründung eines Vormundschafts- oder Pflegekinderverhältnisses im Herkunftsstaat des Minderjährigen werden nicht die im Bundesgebiet maßgeblichen Kriterien (*ordre public*) angelegt, dh je nach Rechtssystem kann es im Herkunftsstaat weit einfacher begründet werden. Um keine unnötigen Erschwernisse zu schaffen, wird die dortige gerichtliche oder behördliche Entscheidung⁵⁴ aber als Tatsache ohne nähere Überprüfung der Rechtmäßigkeit ihrer Begründung zugrunde gelegt.⁵⁵ Um dennoch Missbrauch vorzubeugen, bedarf es jedenfalls der Prüfung der Aufenthaltsperspektive und der Abhängigkeit: Die Aufenthaltsperspektive besteht, wenn der Minderjährige noch so jung ist, dass er eine längere Zeit mit dem Unionsbürger zusammenleben wird.⁵⁶ Eine längere Zeit dürfte ab einem Jahr anzunehmen sein, auch wenn die Gesetzesbegründung hierzu keine näheren Anhaltspunkte liefert, weil dann auch noch mit einer effektiven Nachbeschulung oder Ausbildung des Kindes im Rahmen seiner Minderjährigkeit im Bundesgebiet zu rechnen ist; bei einer kürzeren Aufenthaltsperspektive unter der Kuratel des Unionsbürgers wird seine Verselbstständigung auf Grund zeitnaher Erlangung der Volljährigkeit im Rechtssystem der Bundesrepublik aufenthaltsprägend sein. In je kürzerer Restzeit der Drittstaatsangehörige volljährig werden und die Pflegschaft oder Vormundschaft enden wird, desto selbstständiger ist er bereits im Herkunftsstaat geworden und umso weniger mag noch die emotionale und auch tatsächliche Abhängigkeit vom Unionsbürger⁵⁷ dauern und wiegen. Weiter bedarf es zur Annahme der Abhängigkeit vom Unionsbürger der Exklusivität seiner Rechtsstellung gegenüber dem Minderjährigen: Sind ein Vormund oder ein Pflegeberechtigter im Herkunftsstaat des Minderjährigen vorhanden, bedarf es besonderer Gründe, weshalb das Kind ausgerechnet auf die Ausübung der Vormundschaft oder Pflegschaft durch den Unionsbürger in Deutschland unter Inkaufnahme der Entfremdung und Entwurzelung des Kindes in seinem Herkunftsstaat angewie-

49 *EuGH*, C-83/11, ECLI:EU:C:2012:519 = NVwZ 2012, 1532 (1534) Rn. 30 – Rahman ua.

50 BT-Drs. 19/21750 v. 19.8.2020, 40.

51 Zu den Kriterien näher *EuGH*, C-129/18, ECLI:EU:C:2019:248 = ZAR 2019, 337 = NVwZ-RR 2019, 572 Ls. = BeckRS 2019, 4156 Rn. 68 f. – SM (unter algerische Kafala gestelltes Kind).

52 BT-Drs. 19/21750 v. 19.8.2020, 38.

53 BT-Drs. 19/21750 v. 19.8.2020, 40.

54 BT-Drs. 19/21750 v. 19.8.2020, 40.

55 Nur bei offensichtlichen Anhaltspunkten für eine Rechtswidrigkeit auch nach dem Recht des Herkunftsstaats dürfte eine Überprüfung unter Einschaltung der deutschen Auslandsvertretung geboten sein.

56 Auf das Alter stellt auch *EuGH*, C-129/18, ECLI:EU:C:2019:248 = ZAR 2019, 337 = NVwZ-RR 2019, 572 Ls. = BeckRS 2019, 4156 Rn. 68 f. – SM (unter algerische Kafala gestelltes Kind), als ein Kriterium ab.

57 *EuGH*, C-129/18, ECLI:EU:C:2019:248 = ZAR 2019, 337 = NVwZ-RR 2019, 572 Ls. = BeckRS 2019, 4156 Rn. 68 f. – SM (unter algerische Kafala gestelltes Kind).

sen sein soll. Ein Beispiel hierfür wäre der ersatzlose Ausfall der dort bisher die Vormundschaft oder Pflegschaft ausübenden Person. Dann sind das Kind und sein Vormund oder seine Pflegeeltern noch dazu berufen, ein tatsächliches Familienleben im Aufenthaltsstaat des Unionsbürgers zu führen.⁵⁸

Als Nachweis hierfür wird neben dem urkundlichen Nachweis⁵⁹ der Vormundschaft oder Pflegschaft nach § 5 a II FreizügG/EU spezifisch für diese Variante des Abhängigkeitsverhältnisses nach § 5 a III Nr. 3 FreizügG/EU zusätzlich der Nachweis der Abhängigkeit des Minderjährigen vom Unionsbürger verlangt, also zB dass der Unionsbürger die einzige zur Ausübung der Vormundschaft oder Pflegschaft berechnigte Person ist. Etwaigen Zweifeln an der Aussagekraft oder Herkunft des Nachweises kann – wie bereits ausgeführt – mit Unterstützung deutscher Auslandsvertretungen nachgegangen werden.

e) *Der/die tatsächliche Lebensgefährtin des Unionsbürgers nach § 1 II Nr. 4 Buchst. c FreizügG/EU.* Die dritte Gruppe der nahestehenden Personen sind nach § 1 II Nr. 4 Buchst. c FreizügG/EU eine Lebensgefährtin oder ein Lebensgefährte, mit der oder dem die Person eine ordnungsgemäß bescheinigte, auf Dauer angelegte Gemeinschaft eingegangen ist, die nicht unter § 1 II Nr. 2 FreizügG/EU fällt und keine weitere Lebensgemeinschaft gleicher Art zulässt, wenn die Personen beide nicht verheiratet sind. Diese Personengruppe umfasst die in Art. 3 II 1 Buchst. b RL 2004/38/EG vorgesehenen rein tatsächlichen, aber rechtlich nicht verfestigten und damit weder unter den Begriff der Ehe noch der förmlichen Lebenspartnerschaft fallende tatsächliche Lebensgemeinschaft⁶⁰ des Unionsbürgers mit einer Person gleichen oder anderen Geschlechts.

Das unterscheidet erstens den förmlichen Lebenspartner iSv Art. 2 Nr. 2 Buchst. b RL 2004/38/EG vom hier – in bewusster Abweichung von der deutschen Fassung der Freizügigkeitsrichtlinie nach Art. 3 II 1 Buchst. b RL 2004/38/EG – gewählten Begriff des nur tatsächlichen „Lebensgefährten.“⁶¹ Der Begriff der Lebenspartnerschaft ist bereits durch die Verwendung im deutschen Lebenspartnerschaftsgesetz vorbelegt, so dass der Begriff „Lebensgefährte“/„Lebensgefährtin“ eine bessere Differenzierung zulässt. Ein Lebensgefährte ist also eine Person, zu der keine formelle Paarbeziehung nach dem Lebenspartnerschaftsgesetz oder sonst besteht, die rechtlich vorrangig wäre.⁶² Für das Unionsrecht ist die gleiche Begriffsverwendung unschädlich, da es auch nicht-förmliche Lebenspartnerschaften aufenthaltsrechtlich begünstigt unabhängig davon, ob im für den Aufenthalt gewünschten Mitgliedstaat ein solches Rechtsinstitut besteht oder nicht.⁶³

Als zweites Kriterium ist eine bereits dauerhafte Beziehung erforderlich, die auch nachgewiesen werden muss. Da für Lebensgefährten anders als für förmliche Lebenspartner das Fehlen eines rechtsförmlichen Bandes zwischen den beiden Personen gerade charakteristisch ist, erschwert dies den geforderten Nachweis erheblich. Materielles Kriterium und formeller Nachweis gehen hier Hand in Hand: Die Gesetzesbegründung nennt hier bedauerlicherweise für die Anwendungspraxis in Behörden und Verwaltungsgerichten keinen festen Mindestzeitraum und verweist ausweichend auf die Anwendungspraxis der anderen Mitgliedstaaten, die für die Dauerhaftigkeit ein bereits mehrmonatiges bis mehrjähriges Zusammenleben verlangen und auf weitere Anhaltspunkte für die Dauerperspektive des künftigen Zusammenlebens wie das Vorhandensein eines gemeinsamen Kin-

des oder gemeinsamen Eigentums verweisen.⁶⁴ Statt dessen nennt die Gesetzesbegründung bloß qualitative statt auch quantitative Kriterien, wenn sie eine „auf Dauer angelegte Gemeinschaft“ annimmt zwischen einem Mann und einer Frau oder zwei Personen gleichen Geschlechts, die als Lebensgemeinschaft keine weitere Lebensgemeinschaft gleicher Art zulässt, sich durch innere Bindungen auszeichnet und ein gegenseitiges Einstehen der Partner in den Not- und Wechselfällen des Lebens füreinander begründet, wofür eine Wohn- und Wirtschaftsgemeinschaft ein wichtiges Indiz sein soll.⁶⁵ Das ist sachlich sicher richtig, lässt aber offen, wie lange dieses Zusammenleben schon andauern soll, um daraus für die Zukunft prognostisch auf eine auch ohne rechtliches Band der Lebensgefährten untereinander auf Dauer angelegte Gemeinschaft schließen zu können. Da das bloße Einstehen füreinander in der Vergangenheit nicht automatisch auch ein füreinander Einstehenwollen in der Zukunft bedeutet und ohne rechtliche Verbundenheit auch kein füreinander Einstehenmüssen in der Zukunft gesichert ist, schließlich eine rein tatsächliche Lebensgemeinschaft ohne den mit einer rechtlichen Beendigung einer förmlichen Lebenspartnerschaft oder Ehe einhergehenden Aufwand beendet werden kann, sollte wenigstens ein Regel-Zeitraum genannt sein. Nur so dürfte es verwaltungspraktikabel möglich sein, ein bloß aufenthaltsrechtliches tatsächliches Zusammenleben im bisherigen Aufenthaltsstaat mit hinreichender Sicherheit ausschließen zu können. Praktikabel wäre ein Mindestzeitraum von einem Jahr des Zusammenlebens,⁶⁶ ab dem von einer nicht nur vorübergehenden sondern dauerhaft angelegten Beziehung zueinander auszugehen ist, wenn die Lebensgefährten in dieser Zeit auch tatsächlich in einer Wohnung zusammengelebt und zusammen gewirtschaftet haben, zB sich die Kosten der Lebensführung geteilt oder in unterschiedlicher Weise finanziell oder tatsächlich zum Lebensunterhalt beigetragen haben. Ein hinreichendes Zusammenleben der Lebensgefährten wird nicht dadurch ausgeschlossen, dass – wie auch in einer Ehe oder Lebenspartnerschaft – in einzelnen Bereichen getrennt gewirtschaftet wird,⁶⁷ solange beide Lebensgefährten finanziell oder in anderer Weise materiell⁶⁸ wesentlich zur Gestaltung des gemeinsamen Zusammenlebens beigetragen haben.

Ohne ein quantitatives Kriterium setzen sich diese materiellen Unsicherheiten bei den formellen Nachweisen fort: Als Nachweis wird neben dem urkundlichen Nachweis nach § 5 a II FreizügG/EU spezifisch für diese Variante des Näheverhältnisses nach § 5 a III Nr. 4 FreizügG/EU ein Nachweis der dauerhaften Beziehung gefordert, der nicht schon durch einen Auszug aus dem Melderegister, aus dem ein Zusammenleben unter einer gemeinsamen Adresse hervorgeht, erbracht wird, weil bloße Wohngemeinschaften eine gemein-

58 *EuGH*, C-129/18, ECLI:EU:C:2019:248 = ZAR 2019, 337 = NVwZ-RR 2019, 572 Ls. = BeckRS 2019, 4156 Rn. 71 – SM (unter algerische Kafala gestelltes Kind).

59 Dieser wurde auch von *EuGH*, C-129/18, ECLI:EU:C:2019:248 = ZAR 2019, 337 = NVwZ-RR 2019, 572 Ls. = BeckRS 2019, 4156 Rn. 27 – SM (unter algerische Kafala gestelltes Kind), vorausgesetzt.

60 BT-Drs. 19/21750 v. 19.8.2020, 38.

61 BT-Drs. 19/21750 v. 19.8.2020, 38.

62 BT-Drs. 19/21750 v. 19.8.2020, 39.

63 Vgl. nur die Fallkonstellation in *EuGH*, C-673/16, ECLI:EU:C:2018:385 = NVwZ 2018, 1545 (1547) Rn. 33 ff. – Coman ua.

64 BT-Drs. 19/21750 v. 19.8.2020, 38.

65 BT-Drs. 19/21750 v. 19.8.2020, 39.

66 Auf diesen Zeitraum stellt der Gesetzgeber auch für den Erwerb des Aufenthaltsrechts beim Tod des Unionsbürgers nach § 3 a III iVm § 3 II FreizügG/EU ab.

67 BT-Drs. 19/21750 v. 19.8.2020, 39.

68 ZB durch tatsächliche Beiträge zur Lebensgestaltung.

same Adresse haben können.⁶⁹ Sie sollen aber auch keiner amtlichen Bescheinigung bedürfen, sondern einer ausreichenden Dokumentation über das Bestehen der Lebensgemeinschaft und der für sie sprechenden Indizien, wie gemeinsamen Eigentums an der als Lebensmittelpunkt dienenden Wohnung oder dem Haus, wie gemeinsamer Kinder mit geteilter elterlicher Sorge sowie wirtschaftlicher Verflechtung und des Einstehens füreinander auch in finanzieller Hinsicht, wenn etwa ein Lebensgefährte hauptsächlich einer Erwerbstätigkeit nachgeht und der andere Lebensgefährte die Kinder betreut.⁷⁰ Bezeichnenderweise stellt die Gesetzesbegründung für den Nachweis einer dauerhaften Beziehung ua auf Belege über ein „längerfristiges“ Zusammenleben⁷¹ und damit doch auf ein quantitatives Kriterium ab, ohne dieses jedoch – wie bereits angemerkt – zu konkretisieren. Unterlässt der Gesetzgeber bewusst die Definition eines wesentlichen Tatbestandsmerkmals seines Gesetzesbefehls, schafft er leider Rechtsunsicherheit und damit auch Anwendungsungleichheit. Das bleibt für die Normanwender misslich, denn es bedarf nach § 3 a II FreizügG/EU ohnehin einer Gesamtwürdigung, die eine schematische Anwendung ausschließt, aber durch konkretere Maßstäbe für Indizien leichter zu bewerkstelligen wäre.

f) *Der Statusschutz der nahestehenden Person nach § 3 a III iVm § 3 II FreizügG/EU und § 4 a FreizügG/EU.* Durch den Verweis auf § 3 II FreizügG/EU nF behalten drittstaatsangehörige nahestehende Personen beim Tod des Unionsbürgers entsprechend ein Aufenthaltsrecht, wenn sie die o.g. Voraussetzungen erfüllen und sich vor dem Tod des Unionsbürgers mindestens ein Jahr als nahestehende Person im Bundesgebiet aufgehalten haben. Zudem gilt für sie der Statusschutz durch ein Daueraufenthaltsrecht nach § 4 a III bis V FreizügG/EU.

Für andere Fälle der Beendigung der Lebensgemeinschaft, insbesondere die einseitige oder einvernehmliche Aufhebung der tatsächlichen Beziehung, so dass bei nahestehenden Personen die Eigenschaft einer Lebensgefährtin oder eines Lebensgefährten entfällt, ist kein eigenständiges Aufenthaltsrecht vorgesehen.⁷² Weitere Fälle des Entfalls der Nähebeziehung, insbesondere des Wegfalls einer Vormundschaft nach § 1 II Nr. 4 Buchst. b FreizügG/EU durch Eintritt der Volljährigkeit des Mündels, bleiben hiervon formell zunächst unberührt, da die nahestehende Person nach § 5 VII 1 FreizügG/EU eine Aufenthaltskarte für fünf Jahre ausgestellt erhalten hat. Gleichwohl kann die Behörde nachträglich den Verlust des materiellen Aufenthaltsrechts überprüfen und den Wegfall der Voraussetzungen des Aufenthaltsrechts feststellen oder eine Fristverkürzung nach § 7 II 2 AufenthG iVm § 11 V FreizügG/EU nF (notfalls ex tunc) vornehmen.⁷³ Die Neuregelung soll zum für nahestehende Personen gebotenen Antragsverfahren (statt eines originären Rechtsenerwerbs) besser passen und nimmt daher Bezug auch auf § 82 I 1 und S. 2 AufenthG.⁷⁴

Umgekehrt erlangt die nahestehende Person wie ein Familienangehöriger nach fünf Jahren Aufenthalt nach § 4 a I 2 FreizügG/EU ein Daueraufenthaltsrecht; unter den Voraussetzungen des § 4 a III bis V FreizügG/EU auch entsprechend früher. Sie wird den Familienangehörigen zur Abwendung von unionsrechtlichen Vertragsverletzungsverfahren insoweit gleichgestellt.⁷⁵

g) *Die Ausstellung der Aufenthaltskarte der nahestehenden Person nach § 5 VII FreizügG/EU.* Anders als Unionsbürger und Familienangehörige, die ihr Aufenthaltsrecht allein durch die Erfüllung der formellen und materiellen Voraus-

setzungen originär erlangen und daher auch nur deklaratorisch nach § 5 I 1 FreizügG/EU durch Erteilung zunächst einer Bescheinigung und dann einer fünf Jahre gültigen Aufenthaltskarte bestätigt erhalten, erhalten nahestehende Personen das Aufenthaltsrecht erst durch eine konstitutive behördliche Verleihung nach § 3 a I iVm § 5 VII 1 FreizügG/EU. Die ausgestellte Aufenthaltskarte bestätigt das Vorliegen ihrer Erteilungsvoraussetzungen,⁷⁶ entbindet sie von der Visumspflicht nach § 2 IV 2 FreizügG/EU und sie dürfen erwerbstätig sein. Für sie ist entsprechend nach fünf Jahren auch die Ausstellung einer Daueraufenthaltskarte nach § 5 V 2 iVm § 5 VII 3 FreizügG/EU vorgesehen. Für die Ausstellung eines Visums besteht nach § 2 VI 2 und S. 3 FreizügG/EU Gebührenpflicht im Umfang und in der Höhe wie für sonstige drittstaatsangehörige Ausländer, da eine Gebührenbefreiung für nahestehende Personen unionsrechtlich nicht verlangt wird.⁷⁷ Nach § 46 II Nr. 1 AufenthV beträgt die Visumgebühr für das entsprechende nationale Visum derzeit 75 Euro.⁷⁸ Die Aufenthaltskarte wird nach § 47 III AufenthV zu denselben Gebührensätzen wie Aufenthaltskarten nach § 5 I FreizügG/EU für drittstaatsangehörige Familienangehörige von Unionsbürgern erteilt, so dass sie auch insoweit Familienangehörigen gleichgestellt werden.⁷⁹

4. Die weiteren Änderungen in § 11 FreizügG/EU

§ 11 FreizügG/EU regelt wie bisher die Anwendbarkeit des Aufenthaltsgesetzes auf den vom Freizügigkeitsgesetz erfassten Personenkreis. Das Regelungssystem bleibt dem Grunde nach dasselbe, dh für die nach § 1 I FreizügG/EU vom Freizügigkeitsgesetz als *lex specialis* erfassten Personen gilt nach § 1 II Nr. 1 AufenthG das Aufenthaltsgesetz grundsätzlich nicht, soweit sie unionsrechtlich privilegiert und durch das Freizügigkeitsgesetz auch formell oder materiell günstiger gestellt sind. Umgekehrt ist das allgemeinere Aufenthaltsgesetz anwendbar, soweit die genannten Personen unionsrechtlich nicht privilegiert oder durch das Freizügigkeitsgesetz formell oder materiell ungünstiger gestellt sind, wie § 11 XIV FreizügG/EU verdeutlicht. Erfreulicherweise hat der Gesetzgeber die Novelle zum Anlass genommen, die sperrige Regelung des § 11 I FreizügG/EU aF durch Aufteilung des Regelungsgehalts auf mehrere Absätze leserlicher zu machen:

a) *Die subsidiäre Anwendungsklausel des § 11 I FreizügG/EU.* § 11 I FreizügG/EU entspricht textlich und inhaltlich der Vorgängervorschrift des § 11 I 1 FreizügG/EU aF bis auf die Neuformulierung des personellen Anwendungsbereichs und die Streichung des Verweises auf § 36 AufenthG, der für nahestehende Personen nun wegen der speziellen Norm in § 3 a FreizügG/EU überflüssig wurde. Anders als zuvor wird der personelle Anwendungsbereich nicht mehr durch Nennung der begünstigten Personengruppen, sondern durch Verweis auf deren Aufzählung in § 1 I FreizügG/EU festgelegt,

69 BT-Drs. 19/21750 v. 19.8.2020, 42.

70 BT-Drs. 19/21750 v. 19.8.2020, 42.

71 BT-Drs. 19/21750 v. 19.8.2020, 42.

72 BT-Drs. 19/21750 v. 19.8.2020, 41.

73 BT-Drs. 19/21750 v. 19.8.2020, 41 unter Verweis auf § 11 V FreizügG/EU.

74 BT-Drs. 19/21750 v. 19.8.2020, 42.

75 BT-Drs. 19/21750 v. 19.8.2020, 41.

76 Dies gilt auch für die Daueraufenthaltskarte, so *EuGH*, C-754/18, ECLI:EU:C:2020:478 = *InfAuslR* 2020, 329 = *BeckRS* 2020, 12792 Rn. 29, 32, 52 ff. – *Ryanair*.

77 BT-Drs. 19/21750 v. 19.8.2020, 39.

78 BT-Drs. 19/21750 v. 19.8.2020, 39.

79 Die Gleichstellung ist Teil der Novelle der Aufenthaltsverordnung v. 25.11.2004 idF v. 12.11.2020, BGBl. I 2020, 2420 f., dazu BT-Drs. 19/21750, 50f. Die Gebührenhöhe ist identisch mit jener der Ausstellung von Personalausweisen an Deutsche und sieht ebenso Ermäßigungen für Personen unter 24 Jahren vor.

der – wie oben dargestellt – ohnehin neu gefasst wurde. Durch die sachliche Anpassung und Erwähnung von Einreisen und Aufhalten wird ua die Anwendung im Hinblick auf §§ 3 II, 11 VIII und 13 sowie § 14 II AufenthG klar gestellt.⁸⁰

b) *Die Beteiligungserfordernisse nach § 11 II FreizügG/EU.* § 11 II FreizügG/EU entspricht in seinem ersten Halbsatz § 11 I 2 FreizügG/EU aF mit den Beteiligungserfordernissen unter Behörden nach § 73 AufenthG für Verlustfeststellungen gegenüber Unionsbürgern und ihren Familienangehörigen, wie sie bisher schon im Visumverfahren galten.⁸¹ Damit ist die erforderliche Beteiligung von Sicherheitsbehörden auch für jene Fälle normiert, die direkt über das allgemeine Aufenthaltsgesetz behandelt werden. § 11 II Hs. 2 FreizügG/EU enthält eine durch die Erweiterung des personellen Regelungsbereichs des Freizügigkeitsgesetzes notwendig gewordene Rückausnahme für Familienangehörige von Familienangehörigen oder Unionsbürgern sowie nahestehende Personen in § 11 VIII 1 FreizügG/EU und britische Staatsbürger für einen nach dem Übergangszeitraum eingetretenen Verlustgrund in § 11 XII 2 FreizügG/EU. In ihrem Fall ist die Beteiligung von Sicherheitsbehörden über das Visumverfahren hinaus umfassend vorgesehen.

c) *Die einheitliche Verwendung von Dokumenten mit elektronischem Speicher- und Verarbeitungsmedium nach § 11 III FreizügG/EU.* § 11 III FreizügG/EU weicht textlich notwendigerweise von der Vorgängerregelung des § 11 I 3 bis S. 7 FreizügG/EU aF in der Aufzählung der relevanten Dokumente ab, da nun weitere Dokumente insbesondere für britische Staatsangehörige vorgesehen sind als bisher, regelt aber inhaltlich wie zuvor die Anforderungen an die Maschinenlesbarkeit der ausgestellten Dokumente über einen Verweis auf § 78 AufenthG und auf die ohnehin nach dem Recht der Europäischen Union vorgegebenen Bezeichnungen im nationalen Recht aus der Aufenthaltsverordnung.⁸² Aus Gründen der Dokumentensicherheit sollen an Drittstaatsangehörige Aufenthaltsdokumente nach dem Freizügigkeitsgesetz/EU stets in Kartenform ausgestellt werden,⁸³ ebenso entfallen bisherige Dokumente in Papierform. Nur zur Überbrückung der Bearbeitungszeit zwischen der Beantragung oder Anzeige des Aufenthalts und der Aushändigung der erst hergestellten maschinenlesbaren Karte kann nach § 11 IV FreizügG/EU auf die bewährte Fiktionsbescheinigung zurückgegriffen werden, die nur in Verbindung mit einem gültigen und anerkannten Pass oder Passersatz des Herkunftsstaates verwendbar ist.⁸⁴

d) *Die Fiktionsbescheinigung als Behelfsnachweis nach § 11 IV FreizügG/EU.* § 11 IV 1 FreizügG/EU stellt eine Neuregelung dar und sieht die Möglichkeit der vorläufigen Ausstellung von ausländerrechtlichen Fiktionsbescheinigungen vor, um die Zeit zwischen der Beantragung oder Aufenthaltsanzeige einerseits und der Aushändigung der (zentral bei der Bundesdruckerei) noch herzustellenden maschinenlesbaren Karte andererseits zu überbrücken.⁸⁵ Sie wird – in Folge einer gesonderten Änderung der Aufenthaltsverordnung – vorläufig bescheinigen, dass die Voraussetzungen eines Aufenthaltsrechts nach dem Freizügigkeitsgesetz/EU vorliegen, aber zur Entlastung der Ausländerbehörden nur auf Antrag ohne Ermessen ausgestellt, soweit ein Bedürfnis zum Nachweis zB für geplante Grenzübertritte geltend gemacht wird.⁸⁶ Für nur auf Antrag zu verleihe Aufenthaltsrechte wie an nahestehende Personen wird nach § 11 IV 2 FreizügG/EU durch den Verweis auf § 81 AufenthG klar gestellt, dass solche Aufenthaltsrechte nur auf persönlichen Antrag des Ausländers (und nicht etwa des Arbeitgebers

oder eines Familienangehörigen) erteilt und bis zur Übergabe des ein Aufenthaltsrecht bescheinigenden Dokuments eine Fiktionsbescheinigung nach § 81 V AufenthG ausgestellt wird.⁸⁷ Auch in diesen formellen Aspekten zeigt sich, dass die Erweiterung des personellen Anwendungsbereichs des Freizügigkeitsgesetzes die nahestehenden Personen nicht Unionsbürgern und ihren Familienangehörigen gleichstellt, sondern sie nur hinsichtlich ihres materiellen Aufenthaltsrechts gegenüber anderen Drittstaatsangehörigen nach § 3 a AufenthG begrenzt privilegiert.

e) *Die Anwendbarkeit des allgemeinen Ausländerrechts auf nahestehende Personen nach § 11 V FreizügG/EU.* § 11 V 1 FreizügG/EU enthält zwangsläufig eine neue Regelung für den bisher vom Freizügigkeitsgesetz nicht erfassten Personenkreis der nahestehenden Personen. Systematisch belegt die Anwendungsklausel die bereits beschriebene teilprivilegierte Stellung nahestehender Personen, deren Rechtsstellung zwar wegen ihrer Nähe zu Unionsbürgern und dem unionsrechtlichen Regelungsauftrag im Freizügigkeitsgesetz geregelt wird, die aber nicht freizügigkeitsberechtigt sind und daher im Übrigen dem allgemeinen Ausländerrecht unterfallen. Nur soweit für sie Regelungen im Freizügigkeitsgesetz wie in § 3 a FreizügG/EU vorliegen, sind diese als *lex specialis* vorrangig und verdrängen die sonst für Ausländer geltenden Normen:

Für die Einreise und den Aufenthalt nahestehender Personen erklärt § 11 V FreizügG/EU zunächst § 5 I, II und IV AufenthG für anwendbar, also die für alle Drittstaatsangehörigen geltenden allgemeinen Anforderungen an die Zuwanderung wie die Sicherung des Lebensunterhalts, die Klärung der Identität und Staatsangehörigkeit, das Fehlen eines Ausweisungsinteresses oder sonstiger Beeinträchtigungen von Interessen der Bundesrepublik Deutschland und der Erfüllung der Passpflicht nach § 3 AufenthG sowie der Erfüllung der Visumpflicht⁸⁸ – und zwar ohne die Möglichkeit, hiervon nach § 5 III AufenthG abzusehen. Die materielle Anwendbarkeit des § 5 AufenthG ist sachlich gerechtfertigt aus der Stellung der nahestehenden Personen, deren Aufenthalt unionsrechtlich nur erleichtert werden soll im Vergleich zu anderen Drittstaatsangehörigen, was durch § 3 a FreizügG/EU ua bereits erfolgt, aber nicht zu einer Zuwanderung in die Sozialsysteme oder ohne Identitätsklärung führen soll. Über den Verweis auf § 6 III 2 und S. 3 AufenthG werden – wie hier – für nur auf Antrag verliehene Aufenthaltsrechte die entsprechenden Regelungen in Bezug genommen. Für das Antragsverfahren wird die nahestehende Person über den Verweis ua auf § 82 I und II AufenthG auch formell zur Mitwirkung am ausländerrechtlichen Verfahren verpflichtet, insbesondere zur unverzüglichen Geltendmachung und zum

80 BT-Drs. 19/21750 v. 19.8.2020, 44.

81 BT-Drs. 19/21750 v. 19.8.2020, 44.

82 BT-Drs. 19/21750 v. 19.8.2020, 44.

83 Die Ermächtigung des Bundesministeriums des Innern, für Bau und Heimat in § 11 a FreizügG/EU wurde neu gefasst zwecks umfassender Ermächtigung zum Verordnungserlass für alle in Kartenform vorgesehenen Aufenthaltsdokumente, vgl. den Vorschlag des Ausschusses für Inneres und Heimat, BT-Drs. 19/23186 v. 7.10.2020, 5, 10.

84 BT-Drs. 19/21750 v. 19.8.2020, 44.

85 Zwar wird in diesem Fall auf ein maschinenlesbares Dokument verzichtet, dafür gilt die Fiktionsbescheinigung nur in Verbindung mit einem maschinenlesbaren Identitätsdokument (zB Personalausweis oder Reisepass), vgl. BT-Drs. 19/21750 v. 19.8.2020, 44.

86 BT-Drs. 19/21750 v. 19.8.2020, 45.

87 BT-Drs. 19/21750 v. 19.8.2020, 45.

88 BT-Drs. 19/21750 v. 19.8.2020, 45. Eine Visumfreiheit besteht nicht, da ein Recht zur Einreise konstitutiv verliehen wird und ein originärer Erwerb durch Freizügigkeit, wie er der Entscheidung des EuGH, C-459/99, ECLI:EU:C:2002:461 = EuZW 2002, 595 (600, 601 f.) Rn. 74, 89 ff. – MRAX, zugrunde lag, gerade nicht eintritt.

unverzöglichen Nachweis für sie günstiger Umstände, soweit sie nicht offenkundig oder bekannt sind.

Systematisch ebenso gerechtfertigt aus der Stellung der nahestehenden Personen ist der Verweis auf § 7 II 2 AufenthG mit der behördlichen Befugnis, nachträglich die Geltungsdauer des erteilten Rechts auf Einreise und Aufenthalt mit jener der Aufenthaltskarte (ggf. ex tunc auf Null) zu verkürzen, wenn die Voraussetzungen der Erteilung nicht oder nicht mehr vorliegen.⁸⁹ Diese Berichtigungsbefugnis ist zum Ausgleich für die nach § 5 VII FreizügG/EU von vornherein auf fünf Jahre auszustellende Aufenthaltskarte unverzichtbar und stellt nahestehende Personen auf eine Stufe mit anderen Drittstaatsangehörigen.

f) *Die tatsächliche Aufenthaltsbeendigung nach allgemeinem Ausländerrecht nach § 11 VI FreizügG/EU.* Hat ein vermeintlich oder vormalig freizügigkeitsberechtigter Unionsbürger oder Familienangehöriger diese privilegierte Rechtsstellung durch rechtliche Aufenthaltsbeendigung (behördliche Verlustfeststellung) verloren, ist er nicht mehr unionsrechtlich privilegiert. Für seine tatsächliche Aufenthaltsbeendigung erklärt § 11 XIV 2 FreizügG/EU daher die allgemeinen Vorschriften der tatsächlichen Aufenthaltsbeendigung durch Abschiebung für anwendbar. § 11 VI FreizügG/EU trifft die parallele Regelung durch Verweis auf die Regelung des § 82 IV AufenthG über die behördliche Befugnis, den Ausländer zur Duldung der Untersuchung seiner Reisefähigkeit, zur Vorsprache bei der Botschaft seines vermutlichen Herkunftsstaats bis hin zur Vorführung dort zu verpflichten, für die in § 11 VIII 1 FreizügG/EU genannten Personen, dh für Personen, die ihren stammberechtigten Unionsbürger bzw. die rechtliche Bindung an ihn verloren haben, sowie auch für nahestehende Personen nach § 3 a FreizügG/EU und über § 11 XII 2 FreizügG/EU auch für Staatsangehörige des Vereinigten Königreichs. Es soll sich um eine Klarstellung für das Regime der tatsächlichen Aufenthaltsbeendigung im Hinblick auf die Generalklausel des § 11 VIII 2 FreizügG/EU handeln (dazu sogleich).⁹⁰

g) *Die Mitteilungspflichten nach § 11 VII FreizügG/EU.* Die Regelungen im neuen § 11 VII 1 FreizügG/EU entsprechen dem bisherigen § 11 I 9 FreizügG/EU aF; für die Fälle, in denen das Recht der Aufenthaltsbeendigung des Aufenthaltsgesetzes uneingeschränkt Anwendung findet, wird durch § 11 VII 2 FreizügG/EU auch die uneingeschränkte Geltung der Mitteilungspflichten anderer Behörden angeordnet.⁹¹

h) *Die Anwendbarkeit des allgemeinen Aufenthaltsbeendigungsrechts nach § 11 VIII FreizügG/EU.* § 11 VIII FreizügG/EU gliedert sich in drei Teilregelungen: Zunächst schließt § 11 VIII 1 FreizügG/EU für den dort enumerativ genannten Personenkreis,⁹² dh für Personen, die ihren stammberechtigten Unionsbürger bzw. die rechtliche Bindung an ihn verloren haben, sowie auch für nahestehende Personen nach § 3 a FreizügG/EU, die Geltung der § 6 und § 7 FreizügG/EU und damit der für Unionsbürger und ihre Familienangehörigen privilegierten rechtlichen Aufenthaltsbeendigung aus. Dies stellt die genannten Personen auf eine Stufe mit sonstigen Drittstaatsangehörigen, findet seine Bestätigung in der Anwendbarkeit des Aufenthaltsgesetzes über § 11 VIII 2 FreizügG/EU, entspricht dem systematischen Verhältnis von Freizügigkeitsgesetz und allgemeinem Ausländerrecht und soll die bislang im Freizügigkeitsgesetz verstreuten Regelungen ohne eine materiell-rechtliche Änderung zusammenfassen.⁹³

Speziell für die nahestehenden Personen nach § 3 a FreizügG/EU richtet sich daher ihre rechtliche und tatsächliche

Aufenthaltsbeendigung nach dem Aufenthaltsgesetz. Lagen die Voraussetzungen eines Rechts auf Einreise und Aufenthalt bei seiner Erteilung bereits nicht vor oder fielen sie später weg, kommen im ersten Fall seine Rücknahme nach § 11 V FreizügG/EU iVm § 51 I Nr. 3 AufenthG und im zweiten Fall eine Verkürzung seiner Geltungsdauer (ggf. ex tunc auf Null) nach § 11 V und VIII 2 FreizügG/EU iVm § 7 II 2 AufenthG in Betracht. Für die Einziehung von Aufenthaltskarten in solchen Fällen gilt § 52 VwVfG bzw. die entsprechende landesrechtliche Regelung, da die Aufenthaltskarten für nahestehende Personen ein auf einem Verwaltungsakt beruhendes und nach § 3 a I FreizügG/EU konstitutiv verliehenes Recht bescheinigen.⁹⁴

Um eine Kettenzuwanderung über den unionsrechtlichen Familiennachzug – Nachzug erst nächster Angehöriger des Stammberechtigten zu diesem, sodann Nachzug entfernter Angehöriger zum Angehörigen des Stammberechtigten – auszuschließen, spricht § 11 VIII 3 und S. 4 FreizügG/EU dies entsprechend der bisherigen Rechtslage und neu für nahestehende Personen nach § 3 a FreizügG/EU aus. Insoweit sollen die Regelungen des Nachzugs zu Inhabern von Aufenthaltserlaubnissen aus familiären Gründen nach §§ 27 ff. AufenthG Anwendung finden.⁹⁵

i) *Der Ausschluss des unionsrechtlichen Nachzugs von Familienangehörigen zu Familienangehörigen nach § 11 IX FreizügG/EU.* § 11 IX FreizügG/EU regelt parallel zu der für nahestehende Personen in § 11 VIII 3 und S. 4 FreizügG/EU getroffenen Regelung und entsprechend der bisherigen Rechtslage, dass sich der Nachzug von Familienangehörigen zu unionsrechtlich privilegierten Familienangehörigen nicht auf § 3 I FreizügG/EU stützen kann, da sie hierfür nicht unionsrechtlich nach Art. 1 und Art. 2 Nr. 2 RL 2004/38/EG privilegiert sind. Für sie gilt vielmehr allgemeines Ausländerrecht nach §§ 27 ff. AufenthG.⁹⁶

j) *Die entsprechende Anwendung der Familiennachzugsregelungen für Angehörige von Staatsangehörigen des Vereinigten Königreichs nach § 11 X FreizügG/EU.* Eine Folge des „Brexit“ wird der Verlust der unionsrechtlichen Freizügigkeit bisher freizügigkeitsberechtigter Staatsangehöriger des Vereinigten Königreichs („Alt-Briten“) sein, der in § 16 FreizügG/EU seine Regelung findet. Ihnen wird eine Weitergeltung des bisher erworbenen Status ermöglicht, aber ein Neuerwerb nach Ablauf des Übergangszeitraums versagt (dazu sogleich). Hierzu bedarf es auch einer Regelung für Familienangehörige, die sich nun in § 11 X FreizügG/EU findet:

§ 11 X 1 FreizügG/EU enthält dabei eine allgemeine Aufangklausele, dass sich der neue Familiennachzug von Familienangehörigen zu bislang unionsrechtlich privilegierten Staatsangehörigen des Vereinigten Königreichs („Alt-Briten“) nach allgemeinem Ausländerrecht und damit nach §§ 27 ff. AufenthG richtet, wenn diese Familienangehörigen nicht ebenfalls bis zum Ablauf des Übergangszeitraums ein eigenes Aufenthaltsrecht erworben hatten. Für die tatbestandlichen Voraussetzungen für diesen Familiennachzug

89 BT-Drs. 19/21750 v. 19.8.2020, 41, 43.

90 BT-Drs. 19/21750 v. 19.8.2020, 46.

91 BT-Drs. 19/21750 v. 19.8.2020, 46.

92 Die zunächst noch im Entwurf der Bundesregierung enthaltene Formulierung „von Familienangehörigen“ in § 11 VIII 1 FreizügG/EU wurde auf Vorschlag des Ausschusses für Inneres und Heimat, BT-Drs. 19/23186 v. 7.10.2020, 5, 10, gestrichen, da Regelungsadressat die Person selbst sein soll, nicht ihr Familienangehöriger.

93 BT-Drs. 19/21750 v. 19.8.2020, 46.

94 BT-Drs. 19/21750 v. 19.8.2020, 46.

95 BT-Drs. 19/21750 v. 19.8.2020, 46.

96 BT-Drs. 19/21750 v. 19.8.2020, 46.

werden die „Alt-Briten“ nach § 16 FreizügG/EU und ihre nach dem Austrittsabkommen zukommenden Aufenthaltsrechte durch Analogien den ausländerrechtlichen Aufenthaltstiteln zugeordnet. Dabei entspricht in systematischer Anlehnung an den neuen § 11 X 2 FreizügG/EU (entsprechend § 4 a I 3 FreizügG/EU aF) ein Daueraufenthaltsrecht der Inhaberschaft einer Erlaubnis zum Daueraufenthalt EU, das Aufenthaltsrecht eines britischen Staatsangehörigen, der ein anderes Aufenthaltsrecht nach dem Austrittsabkommen besitzt, der Inhaberschaft einer Blauen Karte EU und – entsprechend der Systematik des neuen § 11 VIII 4 FreizügG/EU – die Inhaberschaft eines anderen Aufenthaltsrechts eines Drittstaatsangehörigen, das sich nach dem Austrittsabkommen richtet, der Inhaberschaft einer Aufenthaltserlaubnis aus familiären Gründen.⁹⁷

k) *Der Familiennachzug nahestehender Personen zu bisher freizügigkeitsberechtigten Staatsangehörigen des Vereinigten Königreichs („Alt-Briten“) nach § 11 XI FreizügG/EU.* § 11 XI FreizügG/EU erklärt für den Familiennachzug nahestehender Personen zu bisher freizügigkeitsberechtigten Staatsangehörigen des Vereinigten Königreichs („Alt-Briten“) die Regelung des § 3 a FreizügG/EU sowie die weiteren für nahestehende Personen geltenden Regelungen dieses Gesetzes und des allgemeinen Ausländerrechts für anwendbar und stellt sie also den nahestehenden Personen von Unionsbürgern rechtlich gleich.

l) *Die Anwendbarkeit des unionsrechtlichen Aufenthaltsbeendigungsrechts auf bisher freizügigkeitsberechtigte Staatsangehörige des Vereinigten Königreichs („Alt-Briten“) nach § 11 XII FreizügG/EU.* Zum Statusschutz bisher freizügigkeitsberechtigter Staatsangehöriger des Vereinigten Königreichs („Alt-Briten“) ordnet § 11 XII 1 FreizügG/EU die entsprechende Anwendbarkeit des unionsrechtlichen Aufenthaltsbeendigungsrechts nach § 6 und § 7 FreizügG/EU für Verlustgründe an, die vor dem Ablauf des Übergangszeitraums eingetreten sind. Damals war der betroffene „Alt-Brite“ noch unionsrechtlich privilegiert und soll nicht nachträglich schlechter gestellt werden, als wenn die Ausländerbehörde die Folgerungen aus dem zum Verlust führenden Verhalten bereits vor dem Ablauf des Übergangszeitraums gezogen hätte. Für danach entstandene Verlustgründe ordnet § 11 XII 2 FreizügG/EU die Geltung des allgemeinen Aufenthaltsbeendigungsrechts nach §§ 50 ff. AufenthG an. Diese Regelung ist reziprok zur entsprechenden Anwendung des allgemein auf Drittstaatsangehörige Anwendung findenden britischen Aufenthaltsbeendigungsrechts nach Ablauf des Übergangszeitraums.⁹⁸ Die Einziehung einer deklaratorisch ausgestellten Aufenthaltskarte richtet sich dann – mangels konstitutiver Rechtsverleihung nur analog⁹⁹ – nach § 11 XII 3 FreizügG/EU iVm § 52 VwVfG.

m) *Die Datenverarbeitung nach § 11 XIII FreizügG/EU.* Die Regelung zur Datenverarbeitung bei Integrationsmaßnahmen usw. im neuen § 11 XIII FreizügG/EU entspricht § 11 I 10 FreizügG/EU aF.

n) *Die Meistbegünstigungsklausel nach § 11 XIV FreizügG/EU.* § 11 XIV FreizügG/EU enthält mehrere aufeinander aufbauende Regelungsteile:¹⁰⁰ Die Meistbegünstigungsklausel des § 11 XIV 1 FreizügG/EU erklärt wie zuvor § 11 I 11 FreizügG/EU aF als Rückausnahme zu § 1 II Nr. 1 AufenthG das Aufenthaltsgesetz auf den von § 1 I FreizügG/EU erfassten Personenkreis für anwendbar, wenn es eine günstigere Rechtsstellung vermittelt als das Freizügigkeitsgesetz.

§ 11 XIV 2 FreizügG/EU erklärt wie zuvor § 11 II FreizügG/EU aF das Aufenthaltsgesetz auf Unionsbürger und ihre

Familienangehörigen als den von § 2 I FreizügG/EU erfassten Personenkreis für anwendbar, wenn die Ausländerbehörde das Nichtbestehen oder den Verlust ihres unionsrechtlichen Rechts auf Einreise und Aufenthalt festgestellt hat. Insbesondere die Regelungen zur tatsächlichen Aufenthaltsbeendigung durch Abschiebung zwecks Durchsetzung der Ausreisepflicht nach §§ 58 ff. AufenthG gelten subsidiär, soweit nicht das Freizügigkeitsgesetz eine systematisch vorrangige Regelung trifft.

o) *Die Anrechnungsklausel nach § 11 XV FreizügG/EU.* § 11 XV FreizügG/EU regelt die Anrechnung von Aufenthaltszeiten wie zuvor § 11 III FreizügG/EU aF.¹⁰¹

IV. Die Sonderregelungen ua für Staatsangehörige der EWR-Staaten und für deutsche Staatsangehörige

Weitere Änderungen im neuen Freizügigkeitsgesetz betreffen Anpassungen für Staatsangehörige der EWR-Staaten Norwegen, Island und Liechtenstein¹⁰² und so genannte „Rückkehrerfälle“, „Einbürgerungsfälle“ oder „Trennungsfälle“ deutscher Staatsangehöriger mit ihren Familienangehörigen und nahestehenden Personen.

1. Die Anwendbarkeit des Freizügigkeitsgesetzes auf Staatsangehörige der EWR-Staaten nach § 12 FreizügG/EU

Entsprechend der Erstreckung des personellen Geltungsbereichs des Freizügigkeitsgesetzes in § 1 I Nr. 2, Nr. 4 und Nr. 5 FreizügG/EU regelt nun § 12 FreizügG/EU deutlicher als die Vorgängerregelung des § 12 FreizügG/EU aF die Anwendbarkeit der für Unionsbürger geltenden Bestimmungen auf sie, ihre Familienangehörigen und nahestehenden Personen und damit auch den sachlichen Geltungsbereich des Freizügigkeitsgesetzes.¹⁰³

2. Die Sonderregelung für „Rückkehrerfälle“, „Einbürgerungsfälle“ und „Trennungsfälle“ nach § 12 a FreizügG/EU

Eine Besonderheit stellen Fälle dar, wenn Deutsche sich in einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union mit ihrem drittstaatsangehörigen Familienangehörigen niedergelassen hatten und nun in die Bundesrepublik zurückkehren („Rückkehrerfälle“), da durch den längeren Auslandsaufenthalt mit Erwerbstätigkeit ein grenzüberschreitender Bezug – auch zugunsten des Familienangehörigen – hergestellt ist. Als Deutscher genießt der Stammberechtigte nach Art. 11 I und Art. 116 I GG bereits volle nationale Freizügigkeit im Bundesgebiet, kann also jederzeit einreisen und sich darin aufhalten. Einer unionsrechtlichen Freizügigkeit bedarf er also nicht.¹⁰⁴ Ein späterer Familiennachzug zu ihm ins Bundesgebiet würde rein nationalrechtlich über §§ 28 ff. AufenthG geregelt.¹⁰⁵ Für einen gleichzeitigen und unionsrecht-

97 BT-Drs. 19/21750 v. 19.8.2020, 46 f.

98 BT-Drs. 19/21750 v. 19.8.2020, 47.

99 BT-Drs. 19/21750 v. 19.8.2020, 47.

100 Eine im Entwurf der Bundesregierung BT-Drs. 19/21750 v. 19.8.2020, 47, in § 11 XIV 2 FreizügG/EU-E enthaltene Ausschlussklausel für Sozialhilfeansprüche ohne erteilten Aufenthaltstitel wurde auf Vorschlag des Bundesrats, Anl. 3 zur BT-Drs. 19/21750 v. 19.8.2020, 61, und des Ausschusses für Inneres und Heimat, BT-Drs. 19/23186 v. 7.10.2020, 5, 10, gestrichen, weil sie letztlich als sozialhilferechtliche Norm ein systematischer Fremdkörper im Freizügigkeitsgesetz wäre.

101 BT-Drs. 19/21750 v. 19.8.2020, 47.

102 Für Staatsangehörige der Schweiz gilt das Freizügigkeitsabkommen EU-Schweiz.

103 BT-Drs. 19/21750 v. 19.8.2020, 48.

104 EuGH, C-165/16, ECLI:EU:C:2017:862 = NVwZ 2018, 137 (138) Rn. 37 – Lounes.

105 BT-Drs. 19/21750 v. 19.8.2020, 35 f., 48.

lich privilegierten Familiennachzug aber passt das Unionsrecht nicht. Vergleichbar unregelmäßig waren Fälle, wenn der stammrechtlich Deutsche erst im Bundesgebiet die deutsche Staatsangehörigkeit durch Einbürgerung erlangt hat, seine vorherige Einreise mit längerem Aufenthalt hier aber als freizügigkeitsberechtigter Unionsbürger mit anderer Staatsangehörigkeit erfolgte („Einbürgerungsfälle“). Schließlich waren unregelmäßig Fälle, in denen ein Kind neben der Staatsangehörigkeit eines anderen Mitgliedstaates besitzt, ohne bisher von seiner Freizügigkeit Gebrauch gemacht zu haben, aber auf den Verbleib eines drittstaatsangehörigen Familienangehörigen in seinem Aufenthaltsstaat angewiesen ist („Trennungsfälle“).¹⁰⁶

Für die „Rückkehrerfälle“ blieb eine Regelungslücke hinsichtlich des Status der den zurückkehrenden Deutschen begleitenden oder ihm nachziehenden Familienangehörigen, mit denen er bereits auswärts im Gebiet der Europäischen Union eine familiäre Lebensgemeinschaft gelebt und von seinem Recht auf Freizügigkeit dort Gebrauch gemacht hatte,¹⁰⁷ da für sie weder die Freizügigkeitsrichtlinie RL 2004/38/EG noch das diese umsetzende Freizügigkeitsgesetz unmittelbar anwendbar sind, weil sich der stammrechtlich gegenüber seinem Herkunftsstaat nicht auf eine unionsrechtliche sondern nur auf die nationale Freizügigkeit berufen kann.¹⁰⁸ Diesen Familienangehörigen hat der *EuGH* eine Berufung auf die von ihrem stammrechtlich Deutschen im europäischen Ausland erworbene Freizügigkeit als eine Art Rechtsreflex zu ihren Gunsten nach Art. 21 AEUV eröffnet,¹⁰⁹ um ihre in einem anderen Mitgliedstaat gelebte familiäre Lebensgemeinschaft davor zu schützen, auseinander gerissen zu werden, indem zwar der Deutsche wieder zurückkehren könnte in seinen Herkunftsstaat, aber ohne den Familienangehörigen bzw. dieser nur unter den schwierigeren Anforderungen des nationalen Ausländerrechts. Auf diese Weise würde der Deutsche unionsrechtswidrig an der vollen Ausübung des Freizügigkeitsrechts durch seinen Herkunftsstaat gehindert. Daher dürfen die Aufenthaltsbedingungen für die Familienangehörigen im Heimatstaat des Unionsbürgers nicht schlechter ausgestaltet sein als nach RL 2004/38/EG beim Aufenthalt in einem anderen Mitgliedstaat.¹¹⁰

Umgekehrt gilt ein solcher Reflex auch für die einen nicht-deutschen Unionsbürger als stammrechtlich bei dessen Niederlassung im Bundesgebiet begleitenden oder ihm nachziehenden Familienangehörigen, wenn er anschließend durch Einbürgerung die deutsche Staatsangehörigkeit und damit die nationale Freizügigkeit nach Art. 11 I und Art. 116 I GG erwirbt, aber unionsrechtlich als stammrechtlich entfiele („Einbürgerungsfälle“). Auf eine solche bereits im Gebiet der Europäischen Union gelebte familiäre Lebensgemeinschaft passen weder die Freizügigkeitsrichtlinie RL 2004/38/EG noch das diese umsetzende Freizügigkeitsgesetz unmittelbar. Auch hier hat der *EuGH* den Familienangehörigen ermöglicht, sich auf die von ihrem stammrechtlich vor seiner Einbürgerung erworbene Freizügigkeit über den Zeitpunkt seiner Einbürgerung hinaus als Rechtsreflex zu ihren Gunsten nach Art. 21 AEUV zu berufen.¹¹¹

Schließlich gilt Entsprechendes auch für die dritte Fallgruppe der „Trennungsfälle“, wenn dem zwar freizügigkeitsberechtigten, aber vom drittstaatsangehörigen Familienangehörigen abhängigen Unionsbürger sonst die Ausübung seiner Freizügigkeit gegenüber dem Mitgliedstaat, dessen Staatsbürger beide nicht sind, dadurch unzumutbar erschwert würde, dass mit dem Familienangehörigen auch er selbst

zum Verlassen des Gebiets der Europäischen Union gezwungen würde, um weiter mit dem Drittstaatsangehörigen zusammenleben zu können.¹¹² Dieses Abhängigkeitsverhältnis bedarf einer umfassenden Prüfung der rechtlichen und tatsächlichen Lebenssituation des Drittstaatsangehörigen und des Unionsbürgers unter deren verfahrensgemäßer Mitwirkung und ist jedenfalls unter Erwachsenen auf außergewöhnliche Fälle beschränkt.¹¹³ Da dieser Anspruch aus Art. 21 AEUV abgeleitet wird, handelt es sich um ein Freizügigkeitsrecht unabhängig davon, ob der Aufenthalt des Drittstaatsangehörigen auf Grund einer anderen Rechtsposition, zB eines nationalen Aufenthaltstitels nach § 4 I AufenthG, bereits gesichert ist, der Angehörige also nicht den Mitgliedstaat (und damit erst recht nicht das gesamte Unionsgebiet) verlassen müsste.¹¹⁴ Die ersten beiden Fallgruppen sollen nun von § 12 a FreizügG/EU erfasst werden, wobei die entsprechende Anwendung des Freizügigkeitsgesetzes nach Maßgabe der einzelnen Regelungen erfolgt, wie sie zB in § 11 FreizügG/EU getroffen sind.¹¹⁵ Die dritte Fallgruppe wird von § 12 a FreizügG/EU nur erfasst, soweit der abhängige Unionsbürger zugleich Deutscher und freizügigkeitsberechtigt ist, z.B. durch Rechtsvermittlung eines in Deutschland freizügigkeitsberechtigten Unionsbürgerelternteils.

3. Die nicht geregelten Anwendungsfälle eines unionsrechtlichen Aufenthaltsrechts sui generis aus Art. 20 AEUV

Bewusst nicht unter § 12 a FreizügG/EU fallen jene Lebenssachverhalte,¹¹⁶ in denen das Freizügigkeitsrecht vom stammrechtlich gar nicht ausgeübt wurde, also kein Fall einer Freizügigkeit des Unionsbürgers nach Art. 21 AEUV vorliegt, sondern einem Drittstaatsangehörigen nach der Rechtsprechung des *EuGH* vielmehr ein aus Art. 20 AEUV abgeleitetes unionsrechtliches Aufenthaltsrecht sui generis zusteht,¹¹⁷ weil er sonst gezwungen wäre, das Gebiet der Europäischen Union und den Unionsbürger zu verlassen, der seinerseits sich entscheiden müsste, ob er entweder ohne den Drittstaatsangehörigen in seinem europäischen Herkunftsstaat oder mit dem Drittstaatsangehörigen in dessen außereuropäischen Herkunftsstaat zusammenleben will. Im letzten Fall würde er mittelbar ebenfalls zum Verlassen des Gebiets der Europäischen Union gezwungen, was den Kernbestand seiner Unionsbürgerschaft nach Art. 20 AEUV verletzte, so dass dem Drittstaatsangehörigen ein eigenes Aufenthaltsrecht sui generis zukommt.

106 Vgl. *EuGH*, C-200/02, ECLI:EU:C:2004:639 = EuR 2005, 659 – Zhu und Chen.

107 Die Niederlassung dort muss mehr als drei Monate gedauert haben und über einen Kurzaufenthalt hinausgegangen sein („nachhaltig“). Es genügt der Aufenthalt in demselben Mitgliedstaat, vgl. *EuGH*, C-218/14, ECLI:EU:C:2015:476 = NVwZ 2015, 1431 (1432) Rn. 54 ff. – Singh ua; *BVerwGE* 165, 128 = NJW 2019, 2042 = InfAuslR 2019, 277.

108 Vgl. *EuGH*, C-456/12, ECLI:EU:C:2014:135 = NVwZ-RR 2014, 401 Rn. 42 f. – O.; BT-Drs. 19/21750 v. 19.8.2020, 35 f., 48.

109 Vgl. *EuGH*, C-456/12, ECLI:EU:C:2014:135 = NVwZ-RR 2014, 401 Rn. 36, 46 – O.

110 Vgl. *EuGH*, C-456/12, ECLI:EU:C:2014:135 = NVwZ-RR 2014, 401 Rn. 50 – O.

111 Vgl. *EuGH*, C-165/16, ECLI:EU:C:2017:862 = NVwZ 2018, 137 (138 ff.) Rn. 48, 58 ff. – Lounes; BT-Drs. 19/21750 v. 19.8.2020, 35 f., 48.

112 Vgl. *EuGH*, C-200/02, ECLI:EU:C:2004:639 = EuR 2005, 659 – Zhu und Chen.

113 Vgl. *EuGH*, C-82/16, ECLI:EU:C:2018:308 = NVwZ 2018, 1859 Rn. 76, 105 – K.A. ua („Familienzusammenführung in Belgien“).

114 Vgl. *BVerwG*, Urt. v. 23.9.2020 – 1 C 27/19, BeckRS 2020, 33433 Rn. 14, 16 ff.

115 BT-Drs. 19/21750 v. 19.8.2020, 35 f., 48.

116 BT-Drs. 19/21750 v. 19.8.2020, 36, 48.

117 Vgl. nur *EuGH*, C-82/16, ECLI:EU:C:2018:308 = NVwZ 2018, 1859 Rn. 40, 51 – K.A. ua („Familienzusammenführung in Belgien“).

V. Die Rechtsstellung der Staatsangehörigen des Vereinigten Königreichs nach seinem Austritt aus der Europäischen Union („Brexit“)

Ein zentrales Anliegen der Novelle des Freizügigkeitsgesetzes ist die Vorbereitung auf den „Brexit“, also den im Abkommen über den Austritt des Vereinigten Königreichs Großbritannien und Nordirland aus der Europäischen Union und der Europäischen Atomgemeinschaft (Austrittsabkommen – EU-GB-Abk)¹¹⁸ geregelten Austritt des Vereinigten Königreichs aus der Europäischen Union. Da die britischen Staatsangehörigen nach dem Ende des Übergangszeitraums (also nach dem 31.12.2020) ihren Status als Unionsbürger nach Art. 20 AEUV verlieren werden, bedarf es einer Regelung ihres künftigen Status, die im Austrittsabkommen und in dessen Umsetzung in § 16 FreizügG/EU vorgenommen wird.

1. Die zentralen Regelungen im Austrittsabkommen

Das Austrittsabkommen enthält in Teil II und dort in Art. 9 ff. EU-GB-Abk Regelungen für Einreise und Aufenthalt von Unionsbürgern in das Vereinigte Königreich und umgekehrt von britischen Staatsangehörigen in die Europäische Union, die nach Art. 4 I und II EU-GB-Abk unmittelbar geltendes Recht in beiden Hoheitsgebieten darstellen und für Bürger subjektive Rechte begründen.

Art. 9 und Art. 10 I EU-GB-Abk enthalten im Zusammenspiel mit Art. 2 EU-GB-Abk Definitionen der nachfolgend verwendeten Begriffe, ua für „Unionsbürger“, „britische Staatsangehörige“ und „Familienangehörige“ über den in Art. 2 Nr. 2 RL 2004/38/EG genannten Personenkreis hinaus sowie in Art. 10 II–V EU-GB-Abk für nahestehende Personen. Art. 11 EU-GB-Abk beinhaltet eine Besitzstandsklausel, dass erworbene Aufenthaltsrechte nicht durch bestimmte Abwesenheiten verloren gehen und Art. 17 EU-GB-Abk, dass sie auch nicht durch eine Statusänderung zB vom Selbständigen zum Arbeitnehmer verloren gehen.

Art. 13 I EU-GB-Abk gewährt Unionsbürgern und britischen Staatsangehörigen der Freizügigkeitsrichtlinie entsprechende originäre Aufenthaltsrechte; Art. 13 II EU-GB-Abk gewährt ihren Familienangehörigen gleicher Staatsangehörigkeit ebenfalls solche originären Aufenthaltsrechte; Art. 13 III EU-GB-Abk gewährt ihren drittstaatsangehörigen Familienangehörigen solche Rechte und Art. 13 IV EU-GB-Abk begrenzt Bedingungen und Beschränkungen für einen Rechts-erwerb oder Rechtsverlust auf die im Austrittsabkommen vorgesehenen Maßgaben und determiniert jede Ermessensausübung zugunsten der betroffenen Person. Art. 14 EU-GB-Abk regelt das Recht der vorgenannten Personen auf Einreise und Ausreise, sieht den Besitz eines Personalausweises bzw. Reisepasses für die Ausübung vor und entbindet Inhaber dieser Rechte von der Visumpflicht. Art. 15 EU-GB-Abk regelt das nach fünf Jahren rechtmäßigen Aufenthalts erworbene¹¹⁹ Daueraufenthaltsrecht und dessen Verlust nur nach einer Abwesenheit von über fünf Jahren.

Art. 20 EU-GB-Abk regelt die Beschränkung und den Verlust des Rechts auf Einreise und Aufenthalt in Anlehnung an die Freizügigkeitsrichtlinie, dh insbesondere bei einem vor Ende des Übergangszeitraums relevanten personenbezogenen Verhalten dessen Berücksichtigung nach dem bisher geltenden Unionsrecht, ebenso die Verweigerung oder nachträgliche Beseitigung der Rechte wegen Missbrauchs oder Betrugs.

Art. 18 iVm Art. 19 EU-GB-Abk regeln die Formalitäten des Rechtserwerbs dahin, dass der Aufenthaltsstaat von bereits Berechtigten die Beantragung eines neuen Aufenthaltsdoku-

ments verlangen oder hierauf auch verzichten kann, wobei er die Ausgabe eines neuen, auf das Austrittsabkommen bezugnehmenden Aufenthaltsnachweisdokuments vorsieht.

2. Die Regelungsziele in der Umsetzung des Austrittsabkommens

Ausgehend von diesem Regelungssystem gewährleistet Art. 10 I iVm Art. 13 I bis III EU-GB-Abk sich bereits rechtmäßig im Gebiet der Europäischen Union aufhaltenden britischen Staatsangehörigen und ihren britischen oder drittstaatsangehörigen Familienangehörigen den Fortbestand ihrer Rechte auf Einreise und Aufenthalt (sog „Alt-Briten“) in anderer Form. Für sie soll sich möglichst wenig ändern, um auf der britischen Seite ebenfalls eine möglichst großzügige Handhabung zugunsten dort lebender Unionsbürger zu erreichen. Ein Familiennachzug Drittstaatsangehöriger zu diesen „Alt-Briten“ wird für die Zeit ab Januar 2021 in Art. 10 I Buchst. c mit Unterbuchst. ii und iii EU-GB-Abk ermöglicht, sofern die familiäre Beziehung bereits in der Übergangszeit bestand oder es sich um nach dem Ende der Übergangszeit neugeborene oder neu adoptierte Kinder handelt. Auch hier geht es um eine näherungsweise Wahrung bisheriger Freiheiten in anderer Form. Für sonst nach dem Ende der Übergangszeit neu in das Gebiet der Europäischen Union einwandernde Briten und deren Familienangehörige („Neu-Briten“) enthält das Austrittsabkommen hingegen keine Regelungen, so dass auf sie allgemeines Ausländerrecht nach dem Aufenthaltsgesetz anwendbar sein wird.¹²⁰ Auch dies entspricht der reziproken Handhabung durch das Vereinigte Königreich, zu dessen Hauptmotiven für den „Brexit“ die Begrenzung des künftigen Zuzugs aus der Europäischen Union gehört.

3. Der künftige materielle Status für „Alt-Briten“ nach § 16 I FreizügG/EU

§ 16 I FreizügG/EU enthält die zentrale Regelung des künftigen Status vormals freizügigkeitsberechtigter Staatsangehöriger des Vereinigten Königreichs und ihrer sie begleitenden oder erst nach dem Ende des Übergangszeitraums nachziehenden Familienangehörigen¹²¹ – nahestehende Personen iSd § 1 II Nr. 4 FreizügG/EU sind nicht erwähnt und nur von der Besitzstandswahrung nach Art. 10 II EU-GB-Abk erfasst – als so genannte „Alt-Briten“. Sie dürfen das ihnen aus der bisherigen Rechtsstellung zukommende und in Art. 13 ff. EU-GB-Abk übergeleitete originäre Recht auf Einreise und Aufenthalt im Bundesgebiet antragsfrei als ein Aufenthaltsrecht iSd Art. 18 IV EU-GB-Abk ausüben. Es wird wegen des originären unionsrechtlichen Erwerbstatbestands in § 16 I FreizügG/EU als bestehend vorausgesetzt¹²² und daher werden nur die Modalitäten seiner Ausübung bundesrechtlich geregelt. Es werden aber über dieses Recht auf Einreise und Aufenthalt hinaus keine weitergehenden Rechte bundesrechtlich eingeräumt, sondern von § 16 I FreizügG/EU nicht erfasste Fälle sollen über das subsidiär anwendbare allgemeine Aufenthaltsgesetz wie zB für Kurzaufenthalte mit häufigen Ein- und Ausreisen über § 7 I 3 AufenthG aufgefangen werden.

118 Abkommen über den Austritt des Vereinigten Königreichs Großbritannien und Nordirland aus der Europäischen Union und der Europäischen Atomgemeinschaft v. 12.11.2019, ABl. C 384 I/1 ff.

119 Art. 16 EU-GB-Abk ermöglicht die Vollendung des Rechtserwerbs auch nach Ende des Übergangszeitraums.

120 Ausf. BT-Drs. 19/21750 v. 19.8.2020, 19.

121 BT-Drs. 19/21750 v. 19.8.2020, 48.

122 BT-Drs. 19/21750 v. 19.8.2020, 48. Diese Regelungsvariante wurde der Antragsvariante zur Vermeidung etwaiger Rechtsverluste bei unterlassenen oder verspäteten Anträgen vorgezogen.

Subsidiär gilt für den neuen Status der „Alt-Briten“ die Auf-fangklausel des § 16 V FreizügG/EU, wonach das Recht auf Einreise und Aufenthalt iSv § 16 I und II FreizügG/EU für „Alt-Briten“ und ihre Familienangehörigen sowie für Famili-angehörige im Sinne des Freizügigkeitsrechts, die derart berechtigten Briten noch danach nachziehen, für die Anwen-dung anderer Gesetze als des Aufenthaltsgesetzes und des Freizügigkeitsgesetzes einem Freizügigkeitsrecht nach § 2 FreizügG/EU gleichsteht, sofern im Austrittsabkommen oder durch Gesetz nichts Abweichendes bestimmt ist. Auf diese Weise werden diese privilegiert Berechtigten zur Vermeidung umfassender Folgeänderungen im Normenbestand und ins-besondere zur Vermeidung etwaiger Diskriminierungen nach Art. 24 I und Art. 30 ff. EU-GB Abk den Inhabern eines Freizügigkeitsrechts außerhalb des Aufenthaltsrechts gleich-gestellt. Sonderregelungen, die im Austrittsabkommen oder im Bundesrecht als Fachrecht vorgesehen sind, gehen aber vor.¹²³

a) *Die Prüfung der Voraussetzungen der Freizügigkeit bei „Alt-Briten“.* Sollte die zuständige Behörde begründete Zweifel am Vorliegen der Voraussetzungen der früheren Freizügigkeit bzw. – nach Ende des Übergangszeitraums – des neuen Status als „Alt-Briten“ hegen, darf die Behörde entsprechend der für materielle Anträge vorgesehenen Ver-fahren eine Prüfung nach § 16 II 3 FreizügG/EU iVm Art. 18 I EU-GB-Abk durchführen. Die Intensität dieser Prüfung wird gesetzlich bewusst nicht geregelt, sondern dem Verfah-rensermessen der zuständigen Behörde überlassen. Einerseits sollen die Behörden bekannte Sachverhalte wegen rein for-maler Anforderungen nicht aufwändig überprüfen müssen. Andererseits sollen sie die Befugnis behalten, aus gegebenem Anlass die Voraussetzungen nach dem Austrittsabkommen genauer zu überprüfen und gegebenenfalls erforderliche Nachweise hierfür zu verlangen, zB zur Prüfung der Identität des Betroffenen die Vorlage seines Passes und eine persön-liche Vorsprache bei der zuständigen Behörde.¹²⁴

b) *Die Feststellung des Verlusts der Freizügigkeit bei „Alt-Briten“.* Die spätere Feststellung des Verlusts der Freizügig-keit der britischen Staatsangehörigen richtet sich für vor dem Ende des Übergangszeitraums eingetretene Sachverhalte noch nach Art. 20 I EU-GB-Abk wie für Unionsbürger. Für danach eingetretene Sachverhalte richtet sie sich nach Art. 20 II EU-GB-Abk und damit nach allgemeinem Ausländerrecht ent-sprechend der reziproken Handhabung durch das Vereinigte Königreich für dort lebende freizügigkeitsberechtigte Unions-bürger. Insoweit bleiben § 2 VII, § 6 und § 7 FreizügG/EU für „Alt-Briten“ maßgeblich, soweit sie noch bis zum 31.12.2020 die vermeintliche Freizügigkeit durch Täuschung erlangt oder bis dahin einen Verlusttatbestand wie zB Straftaten erfüllt haben. Für danach begangene Täuschungen oder Straftaten gelten für sie § 7 II und §§ 53 ff. AufenthG. Im Einzelfall einer über das Ende des Übergangszeitraums hinaus reichenden Straffälligkeit müssen also nebeneinander Freizügigkeits-gesetz und Aufenthaltsgesetz chronologisch getrennt nach den jeweiligen Zeiträumen angewandt werden und in der Verhältnismäßigkeitsprüfung einer additiven¹²⁵ Gesamt-betrachtung unterzogen werden. Für „Neu-Briten“ gilt ohnehin nur das Ausländerrecht mit den üblichen Maßstäben der § 7 II und §§ 53 ff. AufenthG.

4. Die Ausstellung von Aufenthaltstiteln für „Alt-Briten“ und die Einziehung ihrer bisherigen Aufenthaltskarten nach § 16 II und VI FreizügG/EU

Der Status von unter das Austrittsabkommen fallenden „Alt-Briten“ wird also materiell in Anlehnung an die bisher

bestehende Freizügigkeit geregelt und ihnen wird zum Nachweis ein besonderes Dokument mit Verweis auf das Austrittsabkommen ausgestellt. Die Bundesrepublik nutzt ihren Regelungsspielraum dahin, den vom Austrittsabkom-men vorgesehenen Status der „Alt-Briten“ wegen der Ähn-lichkeit zum Freizügigkeitsrecht noch im Freizügigkeits-gesetz und zwar in § 16 I FreizügG/EU zu regeln. Damit „Alt-Briten“ nicht wegen eines unterlassenen oder verspäte-ten Antrags nach § 50 I AufenthG ausreisepflichtig werden, wird ihr originär von Gesetzes wegen erworbener Status entsprechend dem Austrittsabkommen nach § 16 I Frei-zügG/EU beibehalten und das zwingend vorgeschriebene Aufenthaltstitel von Amts wegen erteilt werden.¹²⁶ Das Aufenthaltstitel-GB wird wie auch das Aufent-haltstitel für Grenzgänger-GB nach § 47 III AufenthV zu denselben Gebührensätzen wie Personalausweise an Deutsche erteilt, womit der Vorgabe des Art. 18 I Buchst. g EU-GB-Abk entsprochen wird.¹²⁷ Die Frist zur Antragstel-lung beträgt nach § 16 II 2 FreizügG/EU sechs Monate nach dem Ende des Übergangszeitraums. Als Bescheinigung für diesen besonderen Status wird auf ein vorhandenes Dokumentenmuster des elektronischen Aufenthaltstitels in modifizierter Form zurückgegriffen, in dem ein Vermerk zum Austrittsabkommen enthalten ist. Im Gegenzug wer-den nach § 16 VI 1 FreizügG/EU Aufenthalts- und Dauer-aufenthaltskarten eingezogen und verlieren spätestens ab dem 1.1.2022 nach § 16 VI 2 FreizügG/EU ihre Gültigkeit. Nicht geregelt ist die Folge einer verspäteten oder unterblie-benen Antragstellung. Da sich Deutschland aber für das bloße Bescheinigungsverfahren entschieden hat, der mate-rielle Status aber originär erworben wurde und in neuer Form erhalten bleibt, kann eine fehlende formelle Beschei-nigung am materiellen Rechtsstatus nichts ändern. Der Alt-Brite vermag lediglich im Bedarfsfall seinen Status nicht nachzuweisen, was insbesondere bei polizeilichen Kontrol-len belastend sein kann; eine Sanktion ist aber nicht vorge-sehen.¹²⁸

Nach dem Ende der Übergangszeit kann dieser Status nur noch durch nachgeborene oder dann adoptierte Kinder briti-scher Staatsangehöriger („Alt-Briten“) neu erworben wer-den. Diese nachgeborenen britischen Kinder erwerben eben-falls ein Aufenthaltsrecht kraft Gesetzes, aber erst auf eine Anzeige des Aufenthalts hin, die auch für die Ausstellung der entsprechenden Dokumente erforderlich ist.¹²⁹ Für sie wer-den gesetzlich Analogien zu im Aufenthaltsgesetz bereits vor-gesehenen Aufenthaltstiteln geschaffen, so dass sich der Fa-miliennachzug zu „Alt-Briten“ nach Ende des Übergangs-zeitraums nach denselben Regeln gestaltet wie der Nachzug zu Inhabern der entsprechenden im Aufenthaltsgesetz vor-gesehenen Aufenthaltstitel.

123 BT-Drs. 19/21750 v. 19.8.2020, 50.

124 BT-Drs. 19/21750 v. 19.8.2020, 49.

125 Insbes. zur Wiederholungsgefahr bei vor und nach dem Stichtag began-genen Täuschungen oder Straftaten!

126 Die Bundesrepublik hat sich statt für das mögliche Antragsverfahren (formeller Antrag + materielle Prüfung und konstitutive Erteilung des Aufenthaltstitels) nach Art. 18 I-III EU-GB-Abk für ein bloßes Bescheinigungsverfahren nach Art. 18 IV EU-GB-Abk entschieden, dh das materielle Aufenthaltsrecht wird vorausgesetzt und das Recht formell nur auf Antrag deklaratorisch bescheinigt.

127 Dazu die Begründung zur Novelle der Aufenthaltsverordnung v. 25.11.2004 iDF v. 12.11.2020, BGBl. I 2020, 2420 f., in BT-Drs. 19/21750, 50 f. Für Daueraufenthaltsberechtigte besteht eine Gebührenbefreiung in Anerkennung ihres bereits vollständig erworbenen Status nach § 47 III 2 AufenthV.

128 BT-Drs. 19/21750 v. 19.8.2020, 49.

129 Ausf. zu Regelungssystem und Gestaltungsspielraum BT-Drs. 19/21750 v. 19.8.2020, 19 f.

Für Grenzgänger gibt es eine gesonderte Bescheinigung als „Aufenthaltsdokument für Grenzgänger-GB“ nach § 16 III FreizügG/EU.¹³⁰

5. Der materielle Status drittstaatsangehöriger Familienangehöriger von „Alt-Briten“ nach § 16 IV FreizügG/EU

Familienangehörige, die entweder Unionsbürger oder britische Staatsangehörige sind, behalten deren jeweiligen Status und besitzen ein Aufenthaltsrecht nach Art. 18 II EU-GB Abk in Fortführung ihrer bisherigen Freizügigkeit bzw. in neuer Form nach § 16 I 2 FreizügG/EU. Sie haben daher den dortigen privilegierten Status inne.

Ziehen hingegen nicht von ihrer Staatsangehörigkeit her privilegierte drittstaatsangehörige Familienangehörige einem „Alt-Briten“ nach, folgen sie einem bis zum Ende des Übergangszeitraums noch freizügigkeitsberechtigten Unionsbürger als Stammberechtigten, so dass für einen Familiennachzug bis zum 31.12.2020 die Regelungen für einen Familiennachzug zu Unionsbürgern nach Art. 13 III EU-GB Abk anzuwenden sind. Findet der Familiennachzug aber erst nach diesem Stichtag zu „Alt-Briten“ statt, die dann keine Unionsbürger mehr sind, sondern den besonderen Status nach § 16 I 2 FreizügG/EU innehaben, wird auch hierfür zur weitgehenden Gewährleistung bisheriger Nachzugsmöglichkeiten bisheriges Freizügigkeitsrecht über den Verweis nach § 16 IV FreizügG/EU für anwendbar erklärt. Das bedeutet, dass drittstaatsangehörige Familienangehörige nach § 16 IV iVm § 2 IV 2 FreizügG/EU wie bisher formell eines unionsrechtsspezifischen Visums für die Einreise bedürfen und materiell ihre Rechtsstellung nach § 16 IV iVm § 2 VII FreizügG/EU überprüft und nach § 5 III und IV FreizügG/EU auch das Nichtvorliegen der

Voraussetzungen bzw. der Rechtsverlust festgestellt werden kann. Die entsprechende Anwendung dieser Regelungen wird im Interesse der Normenklarheit ausdrücklich geregelt.¹³¹

Begleiten hingegen drittstaatsangehörige Familienangehörige einen „Neu-Briten“ nach Ende des Übergangszeitraums oder ziehen ihm nach, findet nur noch allgemeines Ausländerrecht nach §§ 30 ff. AufenthG Anwendung.

VI. Zusammenfassung

Insgesamt ist die Novelle des Freizügigkeitsgesetzes gelungen. Die teilweise Neugliederung der Regelungsinhalte in § 1 und § 2 sowie § 11 FreizügG/EU macht die einzelnen Normen leichter verständlich und einfacher anwendbar. Die Begünstigung der nahestehenden Personen in § 3 a FreizügG/EU war unionsrechtlich geboten, wenn auch nicht sachlich zwingend in diesem Gesetz. Ebenso gut hätte ihre Privilegierung in einer Ergänzung des Aufenthaltsgesetzes ihren Platz finden können. Um aber gegenüber Brüssel den ernststen Umsetzungswillen für die Vorgaben aus Art. 3 RL 2004/38/EU sichtbar zu machen, bot sich eine gesonderte Regelung im Freizügigkeitsgesetz an. Diese überzeugt rechtstechnisch, lehnt sie sich doch soweit möglich an unionsrechtliche und nationalrechtliche Rechtsinstitute an und betritt nur behutsam normatives Neuland. Gleiches gilt auch für die Regelungen für britische Staatsangehörige nach dem Brexit, die freilich in ihrer Anwendung ungleich komplexer werden durch die unvermeidliche direkte Bezugnahme auf das unmittelbar geltende Austrittsabkommen. ■

130 BT-Drs. 19/21750 v. 19.8.2020, 50.

131 BT-Drs. 19/21750 v. 19.8.2020, 50.