



Deutscher**Anwalt**Verein  
Arbeitsgemeinschaft  
Ausländer- und Asylrecht

Fortbildungsveranstaltung am 26.09.2014 in Luxembourg

## **Grundlagen des EU-Freizügigkeitsrechts**

Referenten:

Florian Geyer, Assistent der Generaldirektorin der Generaldirektion Justiz der  
Europäischen Kommission, Brüssel  
Rechtsanwalt Thomas Oberhäuser, Ulm

Florian Geyer Generaldirektion Justiz Europäische Kommission 1049 Brüssel  florian.geyer@ec.europa.eu	Thomas Oberhäuser Rechtsanwalt Münsterplatz 13 89073 Ulm  to@KanzleiAmMuenster.de
--	--

## „Grundlagen des EU-Freizügigkeitsrechts“

27. September 2014  
 Novotel Luxembourg  
 Kirchberg, 6 Rue du Fort Niedergrünwald, 2015 Luxembourg

### Inhaltsverzeichnis

FreizügG/EU	Seite
§§ 1 und 2 .....	1
§ 3 .....	17
§ 4 .....	28
§ 4a .....	31
§ 5 .....	37
§ 11 .....	45

## Unionsbürger- und Freizügigkeitsrechte

### Das FreizügG/EU und seine Auslegung:

#### **§ 1 Anwendungsbereich<sup>1</sup>**

*Dieses Gesetz regelt die Einreise und den Aufenthalt von Staatsangehörigen anderer Mitgliedstaaten der Europäischen Union (Unionsbürger) und ihrer Familienangehörigen.*

#### **§ 2 Recht auf Einreise und Aufenthalt**

*(1) Freizügigkeitsberechtigte Unionsbürger und ihre Familienangehörigen haben das Recht auf Einreise und Aufenthalt nach Maßgabe dieses Gesetzes.*

*(2) Unionsrechtlich freizügigkeitsberechtigt sind:*

- 1. Unionsbürger, die sich als Arbeitnehmer, zur Arbeitssuche oder zur Berufsausbildung aufhalten wollen,*
- 2. Unionsbürger, wenn sie zur Ausübung einer selbständigen Erwerbstätigkeit berechtigt sind (niedergelassene selbständige Erwerbstätige),*
- 3. Unionsbürger, die, ohne sich niederzulassen, als selbständige Erwerbstätige Dienstleistungen im Sinne des Artikels 57 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union erbringen wollen (Erbringer von Dienstleistungen), wenn sie zur Erbringung der Dienstleistung berechtigt sind,*
- 4. Unionsbürger als Empfänger von Dienstleistungen,*
- 5. nicht erwerbstätige Unionsbürger unter den Voraussetzungen des § 4,*
- 6. Familienangehörige unter den Voraussetzungen der §§ 3 und 4,*
- 7. Unionsbürger und ihre Familienangehörigen, die ein Daueraufenthaltsrecht erworben haben.*

*(3) Das Recht nach Absatz 1 bleibt für Arbeitnehmer und selbständig Erwerbstätige unberührt bei*

- 1. vorübergehender Erwerbsminderung infolge Krankheit oder Unfall,*
- 2. unfreiwilliger durch die zuständige Agentur für Arbeit bestätigter Arbeitslosigkeit oder Einstellung einer selbständigen Tätigkeit infolge von Umständen, auf die der Selbständige keinen Einfluss hatte, nach mehr als einem Jahr Tätigkeit,*
- 3. Aufnahme einer Berufsausbildung, wenn zwischen der Ausbildung und der früheren Erwerbstätigkeit ein Zusammenhang besteht; der Zusammenhang ist nicht erforderlich, wenn der Unionsbürger seinen Arbeitsplatz unfreiwillig verloren hat.*

*Bei unfreiwilliger durch die zuständige Agentur für Arbeit bestätigter Arbeitslosigkeit nach weniger als einem Jahr Beschäftigung bleibt das Recht aus Absatz 1 während der Dauer von sechs Monaten unberührt.*

*(4) Unionsbürger bedürfen für die Einreise keines Visums und für den Aufenthalt keines Aufenthaltstitels. Familienangehörige, die nicht Unionsbürger sind, bedürfen für die Einreise eines Visums nach den Bestimmungen für Ausländer, für die das Aufenthaltsgesetz gilt. Der Besitz einer gültigen Aufenthaltskarte, auch der eines anderen Mitgliedstaates der Europäischen Union, entbindet nach Artikel 5 Abs. 2 der Richtlinie 2004/38/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten und zur Änderung der Verordnung (EWG) Nr. 1612/68 und zur Aufhebung der Richtlinien 64/221/EWG, 68/360/EWG, 73/148/EWG, 75/34/EWG, 75/35/EWG, 90/364/EWG, 90/365/EWG und 93/96/EWG (ABl. EU Nr. L 229 S. 35) von der Visumpflicht.*

*(5) Für einen Aufenthalt von Unionsbürgern von bis zu drei Monaten ist der Besitz eines gültigen Personalausweises oder Reisepasses ausreichend. Familienangehörige, die nicht Unionsbürger sind, haben das gleiche Recht, wenn sie im Besitz eines anerkannten oder sonst zugelassenen Passes oder Passersatzes sind und sie den Unionsbürger begleiten oder ihm nachziehen.*

*(6) Für die Ausstellung des Visums werden keine Gebühren erhoben.*

*(7) Das Nichtbestehen des Rechts nach Absatz 1 kann festgestellt werden, wenn feststeht, dass die betreffende Person das Vorliegen einer Voraussetzung für dieses Recht durch die Verwendung von gefälschten oder verfälschten Dokumenten oder durch Vorspiegelung falscher Tatsachen vorgetäuscht hat. Das Nichtbestehen des Rechts nach Absatz 1 kann bei einem Familienangehörigen, der nicht Unionsbürger ist, außerdem festgestellt werden, wenn feststeht, dass er dem Unionsbürger nicht zur Herstellung oder Wahrung der familiären Lebensgemeinschaft nachzieht oder ihn nicht zu diesem Zweck begleitet. Einem Familienangehörigen, der nicht Unionsbürger ist, kann in diesen Fällen die Erteilung der Aufenthaltskarte oder des Visums versagt werden oder seine Aufenthaltskarte kann eingezogen werden. Entscheidungen nach den Sätzen 1 bis 3 bedürfen der Schriftform.*

---

<sup>1</sup> §§ ohne Angabe des Gesetzes sind solche des FreizügG/EU

## **1. Inhalt des europarechtlichen Freizügigkeitsrechts (Abs. 1 und Art. 21 AEUV)**

§ 2 Abs. 1 gibt den wesentlichen Inhalt des Freizügigkeitsrechts wieder, das Unionsbürger und ihre Familienangehörigen – unabhängig von deren Staatsangehörigkeit – besitzen: Liegen die Voraussetzungen von § 2 Abs. 1 vor, gewährt das Unionsrecht jedem Unionsbürger und seinen Familienangehörigen unmittelbar das Recht auf Einreise und Aufenthalt. Dies schließt das Recht ein, einen Arbeitsplatz frei von nationalen Behinderungen zu suchen und sich an einem frei gewählten Ort niederzulassen.<sup>2</sup> Dieses Freizügigkeitsrecht hat der EuGH wie folgt definiert:<sup>3</sup>

„Zunächst ist daran zu erinnern, dass der Unionsbürgerstatus dazu bestimmt ist, der grundlegende Status der Angehörigen der Mitgliedstaaten zu sein. Nach Art. 18 Abs. 1 EG<sup>4</sup> hat jeder Unionsbürger das Recht, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten. Einem Angehörigen eines Mitgliedstaats, der im Aufnahmemitglied nicht kraft anderer Bestimmungen des EG-Vertrags oder seiner Durchführungsvorschriften ein Aufenthaltsrecht besitzt, kann dort bereits aufgrund seiner Unionsbürgerschaft in unmittelbarer Anwendung dieses Artikels ein Aufenthaltsrecht zustehen. Dieses Recht ist allerdings nicht uneingeschränkt. Art. 18 Abs. 1 EG bestimmt, dass es nur vorbehaltlich der im Vertrag und in den Durchführungsvorschriften vorgesehenen Beschränkungen und Bedingungen besteht.“<sup>5</sup>

Folglich darf das Freizügigkeitsrecht, wie sich aus Art. 20 Abs. 2 S. 3, 21 Abs. 1 AEUV unmittelbar ergibt, zwar mittels „sekundärrechtlicher“ Durchführungsvorschriften beschränkt werden.<sup>6</sup> Für alle Arten von Beschränkungen des Freizügigkeitsrechts sind jedoch die allgemeinen Grundsätze des Unionsrechts, insbesondere der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu beachten<sup>7</sup> und solche daher nur in engen Ausnahmen zulässig,<sup>8</sup> s.a. Art. 45, 52 GRC.<sup>9</sup>

Die wirtschaftlichen Freizügigkeitsrechte werden im AEUV in den Art. 45 (Freizügigkeit der Arbeitnehmer), Art. 49 (Niederlassungsfreiheit für die Aufnahme und Ausübung selbständiger Erwerbstätigkeiten sowie die Gründung und Leitung von Unternehmen) und Art. 56 (freier Dienstleistungsverkehr) umschrieben sowie in der Freizügigkeits-RL konkretisiert, die bei der Auslegung von § 2 Abs. 2 vorrangig zu berücksichtigen sind. Unionsbürger und ihre Familienangehörige genießen das einmal erworbene Recht auf Freizügigkeit, solange nicht gem. § 6 der Verlust dieses Rechts festgestellt wurde.

Da Freizügigkeit auch ohne Gebrauchmachen der wirtschaftlichen Freizügigkeitsrechte für zumindest 3 Monate besteht (s. Rn 5), ist es grundsätzlich unabhängig von etwaigen Nachweisen. Für alle Unionsbürger und ihre Familienangehörigen gilt die Freizügigkeitsvermutung.<sup>10</sup> Im Streitfall obliegt den Unionsbürgern allerdings die Nachweispflicht dafür, dass sie – nach Ablauf der ersten 3 Monate – die entsprechenden Bedingungen des einschlägigen Unionsrechts erfüllen.<sup>11</sup> Will der Mitgliedstaat in das zunächst weitgehend bedingungslose Aufenthaltsrecht eingreifen, darf er die Vorlage von ggf. erforderlichen Belegen für das Bestehen des Freizügigkeitsrechts verlangen. Werden solche nicht

---

2 Nr. 2.1 AVwV-FreizügG/EU.

3 St. Rspr des EuGH, vgl nur Urt. v. 7.6.2007, Rs. C-50/06 (Kommission/Niederlande), InfAuslR 2007, 266.

4 Jetzt Art. 21 Abs. 1 AEUV.

5 EuGH, Urt. v. 7.6.2007, Rs. C-50/06 (Kommission/Niederlande), Rn 32 f, InfAuslR 2007, 266; EuGH, Urt. v. 18.7.2006, Rs. C-406/04 (De Cuyper), NVwZ 2006, 1037.

6 EuGH, Urt. v. 19.10.2004, Rs. C-200/02 (Chen), InfAuslR 2004, 413; EuGH, Urt. v. 17.9.2002, Rs. C-413/99 (Baumbast), Rn 52-63, InfAuslR 2002, 463; EuGH, Urt. v. 7.9.2004, Rs. C-456/02 (Trojani), Rn 32, InfAuslR 2004, 417.

7 EuGH, Urt. v. 7.9.2004, Rs. C-456/02 (Trojani), InfAuslR 2004, 417, Rn 34; EuGH, Urt. v. 17.9.2002, Rs. C-413/99 (Baumbast), Rn 91, InfAuslR 2002, 463.

8 St. Rspr des EuGH seit 1974: Rs. 41/74 (van Duyn), Slg 1974, 1337; Rs. 36/75 (Rutili), Slg 1975, 1219 = DÖV 1976, 129; Rs. 30/77 (Bouchereau), Slg 1977, 1999 = NJW 1978, 479; Rs. C-482/01 und C-493/01 (Orfanopoulos und Oliveri), InfAuslR 2004, 268.

9 Maximowitz in: OK-MNet-FreizügG/EU (15.11.2010) § 2 FreizügG/EU III.1.

10 BT-Drucks. 15/420, 106; Reimann, Das Freizügigkeitsrecht der Unionsbürger, Asylmagazin 7/2012, 186, 187 mwN.

11 EuGH, Urt. v. 23.3.2006, Rs. C-408/03 (Kommission/Belgien), NVwZ 2006, 918; vgl auch Schlussantrag des Generalanwalts Mengozzi vom 5.7.2007 in Rs. C 291/05 (Eind), Rn 123.

vorgelegt, besteht die Möglichkeit von Beschränkungen durch das sekundäre Unionsrecht und einzelstaatliche Durchführungsvorschriften, die ihrerseits allerdings mit Blick auf Art. 21 AEUV verhältnismäßig sein müssen.<sup>12</sup> Eine zeitliche Beschränkung für die Vorlage der Nachweise besteht allerdings nicht.<sup>13</sup>

Das Recht auf Aufenthalt bis zu drei Monaten im Gebiet eines anderen Mitgliedstaats als dem Heimatstaat des Unionsbürgers, hängt lediglich vom Besitz eines gültigen Personalausweises oder Reisepasses ab,<sup>14</sup> für drittstaatsangehörige Familienangehörige außerdem vom Nachweis, Familienangehöriger des Unionsbürgers zu sein, Art. 6 Freizügigkeits-RL, § 2 Abs. 5. Können Identität und Staatsangehörigkeit anderweitig glaubhaft gemacht werden, besteht das Einreise- und Aufenthaltsrecht auch dann, wenn kein Reisepass vorgelegt werden kann.<sup>15</sup> An weitere Bedingungen oder Formalitäten ist es nicht geknüpft. Das Recht besteht insb. auch dann, wenn schon bei der Einreise ein längerer als drei Monate dauernder Aufenthalt geplant ist. Auf eventuelle Absichten kommt es nicht an, wie sich schon im Umkehrschluss aus § 2 Abs. 2 Nr. 1 ergibt, wonach die Absicht, eine Arbeit aufzunehmen, zur spezifischen Arbeitnehmerfreizügigkeit führt.<sup>16</sup> Der Unionsbürger ist folglich nicht gehindert, einzureisen, sich drei Monate lang „umzuschauen“ und dann bspw. von seinen wirtschaftlichen Freizügigkeitsrechten Gebrauch zu machen oder weiterzureisen. Die Grenze dieses Rechts ist erst erreicht, wenn der Unionsbürger rechtsmissbräuchlich handelt, was allerdings nur in zwei Fallgruppen denkbar ist: Zum einen, wenn der Unionsbürger ausschließlich deshalb seine Grundfreiheiten nutzt, um sich dem nationalen Recht zu entziehen, zum anderen, wenn er damit an sozialen Sicherungssystemen teilhaben will, die ihm sonst nicht offen stünden.<sup>17</sup>

Für einen Aufenthalt von mehr als drei Monaten besteht ein unionsrechtliches Aufenthaltsrecht zum einen, wenn einer der Anknüpfungspunkte von Art. 7 Abs. 1a bis c Freizügigkeits-RL vorliegt, der Unionsbürger also entweder Arbeitnehmer oder Selbständiger ist oder über ausreichende Existenzmittel und Krankenversicherungsschutz verfügt oder bei einer Ausbildungseinrichtung eingeschrieben ist. Besteht für den Unionsbürger ein solches Aufenthaltsrecht, besteht es auch für seinen Familienangehörigen, Art. 7 Abs. 1d Freizügigkeits-RL. In Rückkehrfällen besteht das Aufenthaltsrecht des Familienangehörigen unabhängig von einer Erwerbstätigkeit des zurückgekehrten Deutschen oder sonstiger Freizügigkeitsvoraussetzungen. Dies hat der EuGH ausdrücklich klargestellt.<sup>18</sup> Liegen die Voraussetzungen des Aufenthaltsrechts des Unionsbürgers oder seines Familienangehörigen nicht vor, kann zwar der Verlust gem. §§ 5 Abs. 4 oder 2 Abs. 7 festgestellt werden. Bis dahin kann sich der Unionsbürger für seinen Aufenthalt aber weiterhin auf Art. 20 Abs. 2a, 21 Abs. 1 AEUV und sein Grundrecht auf Aufenthalt gem. Art. 45 Abs. 1 GRC berufen,<sup>19</sup> der Familienangehörige auf ein vom Unionsbürger abgeleitetes Aufenthaltsrecht. Nach § 1 gilt das Freizügigkeitsrecht für alle Unionsbürger und ihre Familienangehörigen, unabhängig davon, ob sie die Voraussetzung der §§ 2 bis 4 FreizügG/EU erfüllen<sup>20</sup> und geht damit über die

---

<sup>12</sup> So auch Hailbronner, AusLR (10/2007), D 1 § 2 Rn 4 („Rechtstechnisch wird ein Grundrecht der Unionsbürgerfreizügigkeit aus Art. 18 abgeleitet, das seinerseits als Prüfungsmaßstab für das konkretisierende Gemeinschaftsrecht dient“).

<sup>13</sup> S. § 5 Rn 4; EuGH, Urt. v. 23.3.2006, Rs. C-408/03 (Kommission/Belgien), NVwZ 2006, 918.

<sup>14</sup> So im Ergebnis bereits BVerwG, Urt. v. 10.11.1999, 6 C 30.98, Rn 43 der Entscheidung.

<sup>15</sup> EuGH, Urt. v. 17.2.2005, Rs. C-215/03 (Oulane), InfAusLR 2005, 126; OVG Bremen, Beschl. v. 31.7.2009, 1 B 169/09, BeckRS 2009, 41391; OVG Bremen, Urt. v. 28.9.2010, OVG 1 A 116/09, BeckRS 2010, 55134.

<sup>16</sup> EuGH, Urt. v. 23.3.1982, Rs. 53/81 (Levin), InfAusLR 1983, 102; OVG Hmb, Beschl. v. 5.1.2012, 3 Bs 179/11, BeckRS 2012, 46983.

<sup>17</sup> VG Karlsruhe, Urt. v. 27.3.2008, 5 K 1015/06, BeckRS 2008, 35313 mwN auf die Rspr des EuGH; zu objektiven und subjektiven Bedingungen für die Annahme eines Missbrauchs: EuGH, Urt. v. 12.3.2014, C-456/12 (O u. B), InfAusLR 2014, 171.

<sup>18</sup> EuGH, Urt. v. 12.3.2014, C-456/12 (O u. B), InfAusLR 2014, 171; EuGH, Urt. v. 11.12.2007, Rs. C-291/05 (Eind), InfAusLR 2008, 114; OVG Bremen, Beschl. v. 17.8.2010, 1 B 166/10, BeckRS 2010, 52709; aA: OVG NRW, Beschl. v. 24.4.2012, 18 B 1572/11, juris, wonach eine entsprechende Anwendung von §§ 3 Abs. 1 S. 2, 4 S. 1 FreizügG/EU geboten sei.

<sup>19</sup> So iE auch Maximowitz in: OK-MNet-FreizügG/EU (15.11.2010) § 2 FreizügG/EU III.1. mwN und unter zutreffendem Hinweis auf eine für grundrechtliche Beschränkungen erforderliche „Schrankenprüfung“.

<sup>20</sup> OVG Bremen, Beschl. v. 21.1.2011, 1 B 242/10, BeckRS 2011, 46289 mwN; OVG Hmb, Beschl. v. 6.3.2008, 3 Bs 281/07, BeckRS 2008, 33599; einschränkend: VG Freiburg, Beschl. v. 19.7.2010, 5 K 762/10, BeckRS 2010, 51864; Freizügigkeitsvermutung nur, wenn zumindest früher freizügigkeitsberechtigt; aA, aber ohne jede Begründung: BayVGH, Urt. v. 21.12.2011, 10 B 11.182, Rn 29 des juris-Abdrucks.

Freizügigkeits-RL hinaus. Diese „Freizügigkeitsvermutung“<sup>21</sup> führt folglich zwar zur Rechtmäßigkeit des Aufenthalts nach nationalem Recht, aber nicht zur Freizügigkeit nach Unionsrecht.

Bei der Auslegung von § 2 ist im Übrigen nicht nur das sekundäre Unionsrecht in Form der Freizügigkeits-RL zu beachten, sondern insb. die oben angesprochenen, vom EuGH konturierten Grundsätze.<sup>22</sup> Das im Unionsrecht und im FreizügG/EU geregelte Recht auf Einreise und Aufenthalt ist nicht von der Erteilung einer Bescheinigung abhängig. Eine solche ist vielmehr deklaratorisch.<sup>23</sup> Sie wirkt zwar zugleich als den Rechtsstatus feststellend, allerdings – jedenfalls hinsichtlich Unionsbürgern – nicht regelnd und daher nicht in Form eines VA, da das Freizügigkeitsrecht ohnehin bis zu einer Verlustfeststellung besteht. Für Familienangehörige, die ebenfalls Staatsangehörige eines Mitgliedstaats sind, gilt dies ebenso, da sie über ein eigenes Freizügigkeitsrecht verfügen. Die Freizügigkeitsrechte drittstaatsangehöriger Familienangehöriger sind akzessorisch zu denjenigen des freizügigkeitsberechtigten Unionsbürgers und bestehen unmittelbar aufgrund Unionsrechts, sofern und solange der Unionsbürger zum Aufenthalt berechtigt, ihm gegenüber also keine Nichtbestehens- oder Verlustfeststellung ergangen ist. Die (nationale) Behördenentscheidung des jeweiligen Aufnahmemitgliedstaates hat nach neuerer Rspr des EuGH unionsrechtlich keinen konstitutiven Charakter, auch nicht insoweit, als mit ihr das Bestehen des Rechts, bspw das dem Recht zugrunde liegende Verhältnis als Familienangehöriger iSv § 3 festgestellt werden würde.<sup>24</sup>

Gemäß Art. 3 Abs. 1 Freizügigkeits-RL gilt die Berechtigung zur Freizügigkeit unmittelbar nur für Unionsbürger, die sich in einen anderen als den Mitgliedstaat, dessen Staatsangehörigkeit sie besitzen, begeben und sich dort aufhalten sowie für ihre Familienangehörigen im Sinne von Art. 2 Nr. 2, die ihn begleiten oder ihm nachziehen. Eine analoge Anwendung der Vorschriften ist jedoch geboten in Rückkehrfällen.

## **2. „Arbeitnehmer“ und „Arbeitsverhältnis“ (Abs. 2 Nr. 1)**

### **a) Inhalt der Arbeitnehmerfreizügigkeit**

Gemäß Art. 45 Abs. 3 AEUV ist Inhalt der Freizügigkeit der Arbeitnehmer – vorbehaltlich der aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit gerechtfertigten Beschränkungen – das Recht,

- sich um tatsächlich angebotene Stellen zu bewerben;
- sich zu diesem Zweck im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen;
- sich in einem Mitgliedstaat aufzuhalten, um dort nach den für die Arbeitnehmer dieses Staates geltenden Rechts- und Verwaltungsvorschriften eine Beschäftigung auszuüben;
- nach Beendigung einer Beschäftigung im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaates unter Bedingungen zu verbleiben, welche in Durchführungsverordnungen festgelegt sind.

### **b) Begriff „Arbeitnehmer“**

Das Unionsrecht definiert nicht unmittelbar, wer als Arbeitnehmer gilt.<sup>25</sup> Nach ständiger Rspr des EuGH wird der Begriff bestimmt durch drei Merkmale:

- Vorliegen eines konkreten Arbeitsverhältnisses (cc),
- Tätigkeit im Wirtschaftsleben (dd),
- Berührung zu einem anderen Mitgliedstaat (ee).

Der EuGH fordert darüber hinaus, dass der Begriff nicht eng ausgelegt werden dürfe.<sup>26</sup> Unter Arbeitnehmern sind Personen zu verstehen, die während einer bestimmten Zeit für einen anderen nach

<sup>21</sup> VG Darmstadt, Urt. v. 3.3.2011, 5 K 11/10.DA, BeckRS 2011, 56066.

<sup>22</sup> Zu Recht weist GK-AufenthG/Epe, XI-§ 2 FreizügG/EU Rn 20 darauf hin, dass im FreizügG/EU die Begrifflichkeiten vorausgesetzt und nicht modifiziert werden (können); s.a. zur Auslegung: Dienelt in: Renner, AuslR, 9. Aufl., Vorb. zum FreizügG/EU Rn 34 ff.

<sup>23</sup> Näher § 5 FreizügG/EU Rn 3 und Dienelt in: Renner, AuslR, 9. Aufl., § 5 FreizügG/EU Rn 5.

<sup>24</sup> Ausführlich: § 5 FreizügG/EU Rn 3.

<sup>25</sup> GK-AufenthG/Epe, IX-2 § 2 Rn 26; EuGH, Urt. v. 6.11.2003, Rs. C-413/01 (Ninni-Orasche zum Begriff „Arbeitnehmertätigkeit“), InfAuslR 2004, 89; EuGH, Urt. v. 22.3.2004, Rs. C-138/02 (Collins), InfAuslR 2004, 375.

<sup>26</sup> St. Rspr des EuGH seit Urt. v. 23.3.1982, Rs. 53/81 (Levin), Rn 11, InfAuslR 1983, 102; zuletzt: EuGH, Urt. v. 19.6.2014, C-507/12 (Saint Prix), ANA-ZAR 2014, 39 (Dok. 2138).

dessen Weisung Leistungen erbringen und hierfür als Gegenleistung eine Vergütung erhalten.<sup>27</sup> Die Benennung des Kriteriums „Weisungsgebundenheit“ und des Bestehens eines „Unterordnungsverhältnisses“ grenzt das Arbeitsverhältnis und damit zugleich die Arbeitnehmerfreizügigkeit zur Niederlassungs- und (aktiven) Dienstleistungsfreiheit ab, die selbständig Erwerbstätigen zusteht. Die Arbeitnehmereigenschaft iSd Abs. 2 hat als Anknüpfungspunkt nur eine tatsächliche Beschäftigung als Arbeiter oder Angestellter. Es kommt nicht darauf an, wo der Arbeitgeber seinen Sitz hat<sup>28</sup> oder in welcher Rechtsform er organisiert ist.<sup>29</sup> Weil der Begriff „Arbeitnehmer“ weit auszulegen ist, bleibt die Eigenschaft als Arbeitnehmer erhalten, wenn eine Tätigkeit bewusst vorübergehend aufgegeben wird, bspw. wegen Schwangerschaft, weil die Tätigkeit zu schwer geworden ist.<sup>30</sup>

Bei der Prüfung, ob die Voraussetzungen von Abs. 2 vorliegen, sind objektive Kriterien und eine Gesamtbetrachtung aller Umstände entscheidend, die die Art der in Rede stehenden Tätigkeiten und des fraglichen Arbeitsverhältnisses betreffen.<sup>31</sup> Unerheblich für die Beurteilung der Arbeitnehmereigenschaft sind die Umstände, die sich auf das Verhalten des Betroffenen vor und nach der Beschäftigungszeit beziehen, also zB, ob er erst einige Jahre nach Einreise in den Aufnahmemitgliedstaat eine Beschäftigung aufgenommen oder sich nach Ende eines Beschäftigungsverhältnisses erneut um Beschäftigung bemüht hat.<sup>32</sup> Die Arbeitnehmereigenschaft besteht auch dann, wenn die Person sich arbeitsvertraglich nicht zu einer Mindeststundenzeit verpflichtet mit der Folge, dass sie nur sehr wenige Tage pro Woche oder Stunden pro Tag arbeitet und der Arbeitgeber zur Entlohnung nur der tatsächlich erbrachten Arbeitsleistung verpflichtet war.<sup>33</sup> Beziehungen persönlicher Art (zB Ehegatten) schließen nicht aus, dass ein Arbeitsverhältnis vorliegt.<sup>34</sup> Zweck oder Motiv dafür, eine wirtschaftliche Betätigung aufzunehmen, sind ohne Bedeutung.<sup>35</sup> Abgelehnt wurde vom EuGH das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses, sofern der Beschäftigung in erster Linie eine therapeutische und soziale Zielsetzung zugrunde liegt.<sup>36</sup> Allerdings kann ein Aufenthaltsrecht als Arbeitnehmer im Sinne von Art. 45 AEUV nur beansprucht werden, wenn es sich bei der ausgeübten unselbständigen Tätigkeit um eine „tatsächliche und echte Tätigkeit handelt“.<sup>37</sup> Das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses erfordert, dass eine nicht völlig untergeordnete, unbedeutende und unwesentliche Tätigkeit vorliegt, sondern es sich um wirkliche und echte Erwerbstätigkeit handelt, die allerdings auch als Teilzeitbeschäftigung ausgeübt werden kann.<sup>38</sup> Die unionsrechtliche Freizügigkeitsgarantie gilt zB auch für die Ausübung von Prostitution, sofern sie nicht aufgrund nationaler Vorschriften verboten ist – unabhängig von der Frage, ob sie möglicherweise nationalstaatlich als „sittenwidrig“ angesehen wird.<sup>39</sup> Die Beschäftigung im

---

27 EuGH, Urt. v. 4.2.2010, Rs. C-14/09 (Genc), Rn 19 mwN, InfAuslR 2010, 225.

28 Hailbronner, AuslR (10/2007), D 1 § 2 Rn 20.

29 GK-AufenthG/Epe, IX-2 § 2 Rn 32 zu Beschäftigungen bei internationalen Organisationen.

30 EuGH, Urt. v. 19.6.2014, C-507/12 (Saint Prix), ANA-ZAR 2014, 39 (Dok. 2138).

31 EuGH, Urt. v. 6.11.2003, Rs. C-413/01 (Ninni-Orasche), InfAuslR 2004, 89. Die Arbeitnehmerin war insgesamt zweieinhalb Monate befristet beschäftigt während einer insgesamt zweieinhalbjährigen Aufenthaltszeit.

32 EuGH, Urt. v. 6.11.2003, Rs. C-413/01 (Ninni-Orasche), InfAuslR 2004, 89.

33 EuGH, Urt. v. 26.2.1992, Rs. C-357/89 (Raulin), NJW 1992, 1493; EuGH, Urt. v. 6.6.1985, Rs. 157/84 (Frascoigna), Slg 1985, 1739, Rn 25 und EuGH, Urt. v. 21.6.1988, Rs. 197/86 (Brown), EZAR 830 Nr. 10; BVerwG, Urt. v. 19.9.2000, 1 C 13.00, InfAuslR 2001, 61.

34 EuGH, Urt. v. 8.6.1999, Rs. C-337/97 (Meeusen), Slg 1999, I-3304, Rn 14 = EZAR 811 Nr. 41.

35 EuGH, Urt. v. 23.2.1982, Rs. 53/81 (Levin), InfAuslR 1983, 102 und Urt. v. 23.5.1996, Rs. C-237/94 (O'Flinn), EZAR 831 Nr. 25.

36 Urt. v. 21.5.1989, Rs. 344/87 (Bettray), Slg 1989, 1621, Rn 17; GK-AufenthG/Epe, IX-2 § 2 Rn 32. Nach VGH Mannheim, Urt. v. 11.10.1995, InfAuslR 1996, 131 nehmen Freigänger, die bei einer außerhalb der Haftanstalt liegenden Firma beschäftigt sind, am Wirtschaftsleben teil und sind deshalb Arbeitnehmer im Sinne des Gemeinschaftsrechts; aA OVG Hmb, Urt. v. 14.12.2005, 3 Bs 79/05: Tätigkeiten, die während der Strafhaft innerhalb der Haftanstalt verrichtet wurden, begründen keine Arbeitnehmerfreizügigkeit.

37 EuGH, Urt. v. 7.9.2004, Rs. C-456/02 (Trojani), Rn 29, InfAuslR 2004, 417. Das Gericht überlässt es dem Tatsachengericht, die tatsächlichen Prüfungen vorzunehmen, deren es zur Beurteilung der Frage bedarf, ob eine ausgeübte unselbständige Tätigkeit eine tatsächliche und echte Tätigkeit in diesem Sinne darstellt.

38 EuGH, Urt. v. 23.3.1982, Rs. 53/81 (Levin), InfAuslR 1983, 102; EuGH, Urt. v. 6.3.1986, Rs. 139/85 (Kempf), Slg 1986, 1741, Rn 14 f: 12 Wochenstunden; zuletzt: EuGH, Urt. v. 4.2.2010, Rs. C-14/09 (Genc), InfAuslR 2010, 225 und BVerwG, Urt. v. 19.4.2012, 1 C 10.11, InfAuslR 2012, 194.

39 VGH Kassel, Urt. v. 26.1.1989, 10 U 479/87, InfAuslR 1989, 148; VGH Mannheim, Urt. v. 19.4.2000, 11 S 1387/99, EZAR 034 Nr. 8 = NVwZ 2000, 1070. AA noch: BVerwG, Urt. v. 15.7.1980, 1 C 45.77, NJW 1981, 1168 zu Rechtslage, bevor der Gesetzgeber mit dem Gesetz zur Verbesserung der rechtlichen und sozialen Situation der Prostituierten (BGBl.

öffentlichen Dienst begründet ein Arbeitsverhältnis, ohne dass es darauf ankäme, ob im konkreten Fall das Rechtsverhältnis öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich gestaltet ist.<sup>40</sup> Selbst wenn ein Beschäftigungsverhältnis von der Ausnahmeklausel des Art. 45 Abs. 4 AEUV (Beschäftigung in öffentlicher Verwaltung) erfasst wird, können die Beschäftigten Arbeitnehmer im Sinne von Abs. 1 sein.<sup>41</sup> Ausgeschlossen werden durch diese eng auszulegende Klausel nur Tätigkeiten, die der Mitgliedstaat ausschließlich eigenen Staatsangehörigen vorbehalten hat.<sup>42</sup>

#### **aa) Erwerbstätigkeit und Existenzminimum**

Für die Frage, ob ein Arbeitsverhältnis vorliegt, ist es grundsätzlich unerheblich, ob das durch die Erwerbstätigkeit erzielte Einkommen als „Existenzminimum“ ausreicht oder ob es zur Sicherung des Lebensunterhalts erforderlich ist, eigenes Vermögen, Beiträge Dritter oder öffentlicher Mittel ergänzend zu beziehen.<sup>43</sup> Die vereinbarte Vergütung muss nicht oder nicht vollständig in Geld, sondern kann auch durch Sachleistungen erbracht werden.<sup>44</sup> Maßgeblich ist eine Gesamtbewertung des Arbeitsverhältnisses, wobei „nicht nur Gesichtspunkte wie die Arbeitszeit und die Höhe der Vergütung zu berücksichtigen (sind), sondern auch solche wie der Anspruch auf bezahlten Urlaub (...), Lohnfortzahlung im Krankheitsfall, die Anwendung des Tarifvertrags (...) auf den Arbeitsvertrag“<sup>45</sup> sowie die Dauer des Arbeitsverhältnisses beim selben Unternehmen – und der Begriff nicht eng ausgelegt werden darf.

#### **bb) Praktikanten, Volontäre und Auszubildende**

(...)

#### **cc) „Konkretes Arbeitsverhältnis“ und Arbeitssuche**

Das unionsrechtliche Freizügigkeitsrecht fordert nicht, dass stets bereits ein konkretes Arbeitsverhältnis vorliegt. Art. 45 Abs. 3a und b AEUV erfasst ausdrücklich auch die Arbeitssuche. Allerdings muss nicht nur die ernsthafte Absicht bestehen, eine Arbeit aufzunehmen, sondern dies auch nach außen objektivierbar zum Ausdruck gebracht werden.<sup>46</sup> Da das Freizügigkeitsrecht in den ersten drei Monaten ohne Weiteres besteht, ist sein Bestehen aufgrund der Arbeitssuche gerade für die weiteren Monate von Bedeutung, insb. weil es unabhängig vom Nachweis von Existenzmitteln ist. Es besteht, solange der Unionsbürger im Aufnahmestaat ernsthaft einen Arbeitsplatz sucht und seine Bemühungen bei objektiver Betrachtungsweise nicht aussichtslos erscheinen.<sup>47</sup> Die in der Praxis festzustellende Grenze von sechs Monaten, bis zu der jedenfalls grundsätzlich keine Aussichtslosigkeit anzunehmen ist, darf nicht als Maximum verstanden werden. Vielmehr dürfen arbeitssuchende Unionsbürger auch danach nicht aus dem Gebiet eines Aufnahmemitgliedstaates entfernt/abgeschoben werden, wenn sie nachweisen können, dass sie ihre Arbeitssuche fortsetzen und

---

2001 I, 3983) klargestellt hat, dass die Ausübung der Prostitution nicht sittenwidrig ist. Entsprechend hat der EuGH entschieden, dass Prostitution als entgeltliche Dienstleistung unter den Begriff Erwerbstätigkeit im Sinne des Europaabkommens mit Polen fällt: EuGH, Urt. v. 20.11.2001, Rs. C-268/99 („Jany u.a.“), Slg 2001, I-8615 = InfAuslR 2002, 57; s.a. GK-AufenthG/Epe, IX-2 § 2 Rn 45 und zu sozialrechtlichen Ansprüchen sog. (selbständiger!) „Straßenprostituiertes“: LSG Bln-Bbg, B. v. 28.1.2013, L 14 AS 3133/12 B ER, Rn 11 des juris-Abdrucks.

40 EuGH, Urt. v. 12.2.1974, Rs. 152/73 (Sotgiu), Slg 1974, 153, Rn 5 f.

41 Ausführlich: GK-AufenthG/Epe, IX-2 § 2 Rn 36 ff.

42 Dienelt in: Renner, AuslR, 9. Aufl., § 2 FreizügG/EU Rn 53.

43 EuGH Urt. v. 23.3.1982, Rs. 53/81 (Levin), InfAuslR 1983, 102; EuGH, Urt. v. 6.3.1986, Rs. 139/85 (Kempf) Slg 1986, 1741; EuGH, Urt. v. 7.9.2004, Rs. C-456/02 (Trojani), InfAuslR 2004, 417; BVerwG, Urt. v. 19.4.2012, 1 C 10.11, InfAuslR 2012, 243.

44 GK-AufenthG/Epe, IX-2 § 2 Rn 35 mwN.

45 EuGH, Urt. v. 4.2.2010, Rs. C-14/09 (Genc), InfAuslR 2010, 225; nach VG Stuttgart, Urt. v. 8.12.2011, 11 K 2142/11, BeckRS 2012, 53036, sollen gesetzliche Urlaubs- und Lohnfortzahlungsansprüche unberücksichtigt bleiben; eine Begründung, weshalb zwar tariflich, nicht aber gesetzlich einer Gruppe zugesprochene Rechte zu berücksichtigen sind, enthält die Entscheidung nicht; eine solche ist auch nicht ersichtlich, die Unterscheidung vielmehr zufällig.

46 GK-AufenthG/Epe, IX-2 § 2 Rn 50 mwN; EuGH, Urt. v. 26.2.1991, Rs. C-292/89 (Antonissen), Slg 1991, I-745 und Urt. v. 23.3.2004, Rs. C-138/02 (Collins), InfAuslR 2004, 375.

47 EuGH, Urt. v. 26.5.1993, Rs. C-171/91 (Tsiotras), InfAuslR 1993, 252.



eine begründete Aussicht besteht, als Arbeitnehmer tätig sein zu können.<sup>48</sup> Nach Art. 7 Abs. 3 Freizügigkeits-RL geht die Arbeitnehmereigenschaft und damit das Freizügigkeitsrecht bei einem Arbeitsplatzverlust nicht verloren, insb. bei unfreiwilliger Arbeitslosigkeit oder vorübergehender Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit oder Unfalls. Aber auch bei freiwilliger Arbeitslosigkeit verliert der Betroffene das unionsrechtliche Freizügigkeitsrecht nicht, sofern er nur ernsthaft und nicht von vornherein aussichtslos um Arbeit nachsucht, selbst wenn die Suche länger als drei Monate dauert.<sup>49</sup>

#### **dd) Tätigkeit im Wirtschaftsleben**

(...)

#### **ee) Berührung mit anderem Mitgliedstaat?**

Freizügigkeit als Arbeitnehmer genießt zwar jeder Unionsbürger. Darauf berufen soll sich aber nach bisher hM nur derjenige dürfen, der in einem „anderen Mitgliedstaat“ iSv § 1 als dem seiner eigenen Staatsangehörigkeit (Heimatstaat) tätig ist oder sein will. Solange die damit verbundene Inländerdiskriminierung Bestand hat, setzt die Anerkennung als freizügigkeitsberechtigter Arbeitnehmer voraus, dass der zu beurteilende Sachverhalt mit irgendeinem wesentlichen Element einen grenzüberschreitenden Bezug hat.<sup>50</sup> Dies ist unstreitig bei Angehörigen anderer Mitgliedstaaten, selbst wenn diese sich stets im Aufnahmemitgliedstaat aufgehalten haben.<sup>51</sup> Aber auch gegenüber dem eigenen Staat kann sich ein Unionsbürger auf sein Freizügigkeitsrecht berufen, jedenfalls dann, wenn er nach einer Tätigkeit in einem anderen Mitgliedstaat in den Staat zurück kehrt, dessen Staatsangehörigkeit er besitzt („**Rückkehrfall**“) und – bezogen auf den Familiennachzug – in diesem anderen Mitgliedstaat mehr als drei Monate mit seinem Familienangehörigen zusammengelebt hat.<sup>52</sup> Nach Ansicht des EuGH hat hingegen derjenige Familienangehörige kein abgeleitetes Freizügigkeitsrecht, dessen Stammberechtigter (nur) als Grenzgänger tätig ist oder war.<sup>53</sup> Allerdings kann sich der Grenzgänger selbst gegenüber seinem Heimatstaat sehr wohl auf das Freizügigkeitsrecht und das mit ihm verbundene Recht auf Inländergleichbehandlung berufen, sogar wenn er aus berufsfremden Gründen seinen Wohnsitz in einen anderen Mitgliedstaat verlegt.<sup>54</sup> Selbst derjenige, der von seinem Heimatstaat aus in anderer, grenzüberschreitender Weise als durch eine Arbeitnehmertätigkeit von einer der Grundfreiheiten des AEUV Gebrauch macht, kann oder muss als Freizügigkeitsberechtigter behandelt werden.<sup>55</sup> Das Kriterium des „grenzüberschreitenden Bezugs“ hat somit Kontur eingeübt, aber nicht in allen Fällen Bedeutung verloren.<sup>56</sup>

Zu diesem relativierenden kommt ein eher paradox anmutender Befund: Unkritisch wird stets vom Art. 18 AEUV entsprechenden, unionsrechtlichen Gebot der Inländerbehandlung, also der „Gleichbehandlung“<sup>57</sup> eines Unionsbürgers aus einem anderen Mitgliedstaat in Deutschland mit einem Deutschen gesprochen. Dies müsste allerdings dazu führen, dass der Unionsbürger nicht als Freizügigkeitsberechtigter behandelt werden darf, da sich der Deutsche gegenüber seinem Heimatstaat gerade nicht per se auf die Freizügigkeitsrechte berufen können soll; man denke nur an Familienangehörige. Richtiger Weise müsste deshalb von einem Mindestniveau gesprochen werden, das der Aufnahmemitgliedstaat bei der Behandlung von Unionsbürgern anderer Mitgliedstaaten nicht

---

48 Hailbronner, ZAR 2004, 259 ff, 262; Dienelt in: Renner, AuslR, 9. Aufl., § 2 FreizügG/EU Rn 56; GK-AufenthG/Epe, IX-2 § 2 Rn 50.

49 EuGH, Urt. v. 12.5.1998, Rs. C-85/96 (Sola), Slg 1998, I-2691, Rn 32; Hailbronner, ZAR 2004, 259 ff, 262; zu Schwangerschaft s. Rn 10.

50 St. Rspr des EuGH bis zum Urt. v. 8.3.2011, Rs. C-34/09 (Ruiz Zambrano), InfAuslR 2011, 179, mit dem dieses Element zugunsten von Kindern aufgegeben, in den Urt. v. 5.5.2011, Rs. C-434/09 (McCarthy), InfAuslR 2011, 268 und v. 15.11.2011, Rs. C-256/11 (Dereci), InfAuslR 2012, 47 aber zu Lasten von Eheleuten wieder hochgehalten wird.

51 EuGH, Urt. v. 27.9.1988, Rs. 235/87 (Matteucci), curia.

52 EuGH, Urt. v. 11.12.2007, Rs. C-291/05 (Eind), InfAuslR 2008, 114; EuGH, Urt. v. 12.03.2014, C-456/12 (O u. B), InfAuslR 2014, 171.

53 EuGH, Urt. v. 12.3.2014, C-457/12 (S u. G), InfAuslR 2014, 169.

54 EuGH, Urt. v. 21.2.2006, Rs. C-152/03 (Ritter-Coulais), NJW 2006, 1045; EuGH, Urt. v. 18.7.2007, Rs. C-212/05 (Hartmann), InfAuslR 2007, 369.

55 EuGH, Urt. v. 11.7.2002, Rs. C-60/00 (Carpenter), InfAuslR 2002, 373.

56 S.a. GA Sharpston, Schlussanträge vom 30.9.2010, Rs. C-34/09 (Ruiz Zambrano), Rn 84 ff, insb. 94 ff, curia..

57 S. nur GK-AufenthG/Epe, IX-2 § 2 Rn 46.

unterschreiten darf. Gleich behandeln muss er sie nicht, vielmehr darf, ggf. muss er sie sogar besser stellen.

#### **ff) Entsandte Arbeitnehmer**

(...)

#### **gg) Schutz durch Art. 45 AEUV für Arbeitgeber**

(...)

### **3. Niedergelassene selbständige Erwerbstätige (Abs. 2 Nr. 2 und Art. 49 AEUV)**

(...)

#### **b) Rechtsfolgen**

##### **aa) Diskriminierungsverbot**

Die Niederlassungsfreiheit bewirkt ein Verbot unterschiedlicher Behandlung oder der Auferlegung von Beschränkungen aus Gründen der Staatsangehörigkeit.<sup>58</sup> Erfasst werden sowohl offene und unmittelbare Diskriminierungen, welche ausdrücklich an die Staatsangehörigkeit anknüpfen, als auch versteckte oder mittelbare.<sup>59</sup> Unter einer mittelbaren Diskriminierung ist zu verstehen, dass sie die Niederlassung nicht ausschließt, den betroffenen Ausländer aber im Zusammenhang mit seiner Niederlassung im Hinblick auf die Begleitumstände schlechterstellt, also zB den Familiennachzug behindert.<sup>60</sup> Versteckte Diskriminierung liegt vor, wenn Bestimmungen über die Niederlassung Voraussetzungen oder Anforderungen schaffen, die Inländer leichter erfüllen können, zB die Dauer eines Voraufenthaltes im Inland oder Sprachkenntnisse.<sup>61</sup> In diesem Zusammenhang sind insbesondere von Bedeutung die Zugangsvoraussetzungen durch Vorlage nationaler Befähigungsnachweise, Diplome o.ä. Art. 53 Abs. 1 AEUV räumt dem Rat die Kompetenz ein, Richtlinien betreffend die gegenseitige Anerkennung von Diplomen, Prüfungszeugnissen und sonstigen Befähigungsnachweisen zu erlassen. Dies ist geschehen durch die RL über die Anerkennung von Berufsqualifikationen<sup>62</sup> und – lange nach Ablauf der Umsetzungsfrist – im nationalen Recht durch das Berufsqualifikationsfeststellungsgesetz.<sup>63</sup> Fehlt eine einschlägige Richtlinie, sind die Mitgliedstaaten verpflichtet, im Einzelfall sorgfältig zu prüfen, ob und inwieweit die durch Befähigungsnachweis und praktische Berufserfahrungen nachgewiesenen Kenntnisse und Fertigkeiten den jeweiligen inländischen Voraussetzungen entsprechen.<sup>64</sup> Zugangshindernisse ohne diskriminierende Auswirkungen sind nur zulässig, sofern sie aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt werden können und geeignet sind, die Verwirklichung des mit ihnen angestrebten Ziels zu gewährleisten und nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung des (jeweiligen) Ziels erforderlich ist.<sup>65</sup>

##### **bb) Aufenthaltsrecht**

Aus dem Niederlassungsrecht folgt ein Recht auf Einreise und Aufenthalt, da das Recht zur Gründung einer Niederlassung nicht effektiv wahrgenommen werden könnte, wenn der Mitgliedstaat für die Einreise oder den Aufenthalt weitere Voraussetzungen als die Absicht der Gründung einer

---

<sup>58</sup> Zu den Einzelheiten der Beschränkungsmöglichkeiten ausführlich: Grabitz-Hilf, Das Recht der EU, Art. 43, Rn 83 ff.

<sup>59</sup> EuGH, Urt. v. 5.12.1989, Rs. C-3/88 (Kommission/Italien), Slg 1989, I-4035, Rn 8 f.

<sup>60</sup> EuGH, Urt. v. 7.7.1992, Rs. C-370/90 (Singh), Slg 1992, I-4265, EZAR 814 Nr. 3; GK-AufenthG/Epe, IX-2 § 2 Rn 65 mwN.

<sup>61</sup> GK-AufenthG/Epe, IX-2 § 2 Rn 65.

<sup>62</sup> RL 2005/37/EG vom 7.9.2005 (ABl. L 255 vom 30.9.2005, S. 22).

<sup>63</sup> In Kraft getreten am 1.4. bzw – s. Art. 62 Abs. 2 des Gesetzes – am 1.12.2012 (BGBl. I, S. 2515).

<sup>64</sup> EuGH, Urt. v. 7.5.1991, Rs. C 340/89 (Vlassopoulou), NJW 1991, 2073; Urt. v. 30.11.1995, Rs. C-55/94 (Gebhard), NJW 1996, 579.

<sup>65</sup> GK-AufenthG/Epe, IX-2 § 2 Rn 67 mwN.

Niederlassungserlaubnis aufstellen könnte.<sup>66</sup> Ferner beinhaltet das Niederlassungsrecht, das auch juristischen Personen zusteht, deren satzungsmäßiger Sitz, Hauptniederlassung oder Hauptverwaltung sich in einem Mitgliedstaat befindet,<sup>67</sup> zum einen das Recht, Zweigniederlassungen in anderen Mitgliedstaaten zu gründen. Des Weiteren genießen ihr sog. „Schlüsselpersonal“, also ihre Führungskräfte iSv § 3 BeschV, gemäß Art. 50 Abs. 2f AEUV Freizügigkeit, auch wenn sie Drittstaatsangehörige sind.<sup>68</sup> Außerdem umfasst das Niederlassungsrecht, vergleichbar dem Recht von Arbeitgebern im Rahmen der Arbeitnehmerfreizügigkeit (s. Rn 19) nach hiesiger Ansicht das Recht, in nicht diskriminierender Weise die Früchte seiner Tätigkeit in andere Mitgliedstaaten zu exportieren. Zwar mag dieses Recht in jedem Einzelfall von anderen Rechten, namentlich der Dienstleistungs-, Kapital- oder Warenverkehrsfreiheit geschützt sein. Ähnlich wie „Korrespondenzdienstleistungen“ (hierzu Rn 25) sind solche aus Anlass der Wahrnehmung einer Freiheit in Anspruch genommene Freizügigkeitsrechte aber der originären Freiheit zuzurechnen, da andernfalls deren Schutz nicht umfassend wäre.

#### **4. Erbringer von Dienstleistungen (Abs. 2 Nr. 3 und Art. 56 f AEUV)**

##### **a) Begriff**

(...)

##### **b) Dienstleistungsfreiheit und Arbeitserlaubnispflicht**

(...)

##### **c) Erfordernis „grenzüberschreitender“ Dienstleistungen**

Wie oben ausgeführt ist der Schutzbereich von Art. 56 AEUV nur eröffnet, wenn der Dienstleister in einem anderen Mitgliedstaat geschäftsansässig ist als derjenige, der die Dienstleistung empfängt. Unerheblich ist hingegen, wie das grenzüberschreitende Element ausgestaltet ist. Dienstleistungsfreiheit besteht, wenn der Erbringer zum Empfänger reist ebenso wie im umgekehrten Fall oder dann, wenn nur die Dienstleistung selbst die Grenze „überschreitet“, bspw bei der Vermittlung von Sportwetten.<sup>69</sup> Nicht ausreichend ist demgegenüber die Erbringung einer Dienstleistung an einen Empfänger in einem Drittstaat oder von einem Drittstaat aus in einen Staat der Union hinein.<sup>70</sup> Ebenfalls nicht von der Dienstleistungsfreiheit erfasst wird die Überlassung von Leiharbeitern an Empfänger in einem anderen Mitgliedstaat. Denn diese treten in direkte Konkurrenz zu den dortigen Arbeitnehmern und unterfallen daher – allenfalls – den Regelungen über die Arbeitnehmerfreizügigkeit.<sup>71</sup> Voraussetzung für die Erbringung einer Dienstleistung ist im Übrigen nicht, dass sie unter Beachtung sämtlicher für eine Niederlassung nach nationalem Recht aufgestellten Voraussetzungen zugelassen wird, da sonst die Dienstleistungsfreiheit praktisch nicht wirksam werden könnte, weil unterschiedliche Voraussetzungen im jeweils nationalen Recht dies ausschließen würden.<sup>72</sup> Art. 49 EGV kann jedoch im Einzelfall auch anwendbar sein, wenn Dienstleistungserbringer und -empfänger im selben Mitgliedstaat ihren Geschäftssitz haben und der Dienst ebenfalls dort geleistet wird, dennoch aber ein grenzüberschreitender Sachverhalt vorliegt.<sup>73</sup> Welche Erleichterung Dienstleistungserbringer durch die RL 2006/123/EG vom 12.12.2006 erfahren, die bislang im Wesentlichen in der Etablierung eines „Einheitlichen Ansprechpartners“<sup>74</sup> zu erkennen ist, bleibt abzuwarten.

---

<sup>66</sup> Dienelt in: Renner, AusIR, 9. Aufl., § 2 FreizügG/EU Rn 69.

<sup>67</sup> GK-AufenthG/Epe, IX-2 § 2 Rn 71; s.a. Dienelt in: Renner, AusIR, 9. Aufl., § 2 FreizügG/EU Rn 67.

<sup>68</sup> GK-AufenthG/Epe, IX-2 § 2 Rn 71 mwN; Dienelt in: Renner, AusIR, 9. Aufl., § 2 FreizügG/EU Rn 69 f, auch zu damit verbundenen Möglichkeiten des Missbrauchs.

<sup>69</sup> Ausführlich: GK-AufenthG/Epe, IX-2 § 2 Rn 79 mwN.

<sup>70</sup> GK-AufenthG/Epe, IX – FreizügG/EU, Stand November 2006, § 2 Rn 69.

<sup>71</sup> EuGH, Urt. v. 27.3.1990, Rs. C-113/89 (Rush Portuguesa), Slg 1990, I-1417 Rn 16.

<sup>72</sup> EuGH, Urt. v. 26.2.1991, Rs. C-154/89 (Kommission/Frankreich), Slg 1991, I-659 = EuZW 1991, 352; EuGH, Urt. v. 25.7.1991, Rs. C-76/90 (Säger), Slg 1991, I-4221 = NJW 1991, 2693.

<sup>73</sup> EuGH, Urt. v. 11.7.2002, Rs. C-60/00 („Carpenter“), InfAusIR 2002, 373.

<sup>74</sup> Siehe: [www.dienstleisten-leicht-gemacht.de](http://www.dienstleisten-leicht-gemacht.de).

## 5. Dienstleistungsempfänger (Abs. 2 Nr. 4)

Im Unterschied zu Abs. 2 Nr. 3 betrifft Nr. 4 die sogenannte „passive Dienstleistungsfreiheit“. Gemeint ist damit, dass sich ein Unionsbürger zum Empfang von Dienstleistungen in einen anderen Mitgliedstaat begibt.<sup>75</sup> Die passive Dienstleistungsfreiheit wird sehr weit ausgelegt und privilegiert bspw Touristen, Patienten, Studien- und Geschäftsreisende.<sup>76</sup> Faktisch führt die Rspr des EuGH dazu, dass durch die passive Dienstleistungsfreiheit weitgehend ein allgemeines Recht auf Einreise vermittelt wird. Es obliegt dem Dienstleistungsempfänger lediglich noch, seine Freizügigkeitsberechtigung nachzuweisen.<sup>77</sup> Die Dauer der Inanspruchnahme der Dienstleistung spielt keine Rolle,<sup>78</sup> solange sie nur nicht auf unbestimmte Zeit empfangen werden soll.<sup>79</sup> Schon daher kann auch die Ansicht nicht überzeugen, die gleichsam zwingende Befriedigung elementarer Grundbedürfnisse anlässlich eines nicht touristisch motivierten Besuchs in einem anderen Mitgliedstaat sei kein Empfang einer Dienstleistung, die zur Freizügigkeitsberechtigung führe.<sup>80</sup>

Bei Studierenden kommt es darauf an, ob sie an staatlichen oder privaten Hochschulen studieren. Geschieht es an staatlichen Hochschulen, sind sie in dieser Eigenschaft keine Empfänger von Dienstleistungen, weil staatlicher Unterricht keine geschäftliche Erwerbstätigkeit darstellt, sondern im Rahmen der Daseinsvorsorge als sozialpolitische Aufgabe erfüllt wird.<sup>81</sup> In anderen (Geschäfts-)Beziehungen können sie jedoch selbstredend Dienstleistungsempfänger sein.

## 6. Nicht erwerbstätige Unionsbürger (Abs. 2 Nr. 5)

Für einen Zeitraum von bis zu drei Monaten haben Unionsbürger gemäß Abs. 582 ein weitgehend bedingungsloses Recht auf Einreise und Aufenthalt, danach, wenn sie die Voraussetzungen von § 4 erfüllen, also über „ausreichende Existenzmittel“ und „ausreichenden Krankenversicherungsschutz“ verfügen,<sup>83</sup> Art. 7 Abs. 1b Freizügigkeits-RL.<sup>84</sup> Hieraus ergibt sich jedoch kein Recht, in den anderen Mitgliedstaat zu reisen, um dort für drei Monate Sozialhilfeleistungen in Anspruch zu nehmen. Vielmehr regelt Art. 14 Abs. 1 Freizügigkeits-RL, dass Unionsbürger bei einem Aufenthalt bis zu drei Monaten gemäß Art. 6 Freizügigkeits-RL – also nicht, wenn sie freizügigkeitsberechtigt iSv Abs. 2 Nr. 1 bis 4, bspw arbeitsuchend sind!<sup>85</sup> – Sozialhilfeleistungen des Aufnahmemitgliedstaates nicht unangemessen in Anspruch nehmen dürfen.<sup>86</sup> Allerdings darf die Inanspruchnahme von Sozialhilfeleistungen keinesfalls automatisch zum Verlust des unionsrechtlichen Freizügigkeitsrechts führen, auch nicht in den ersten drei Monaten des Aufenthalts. Vielmehr muss stets festgestellt werden, dass die Inanspruchnahme „unangemessen“ ist und das Aufenthaltsrecht muss durch einen konstitutiv wirkenden VA – siehe § 7 Abs. 1 – entzogen werden.<sup>87</sup> Das Adjektiv „unangemessen“ wird weder im Gesetz noch in der Freizügigkeits-RL näher erläutert. Es obliegt daher der Rechtsauslegung im jeweiligen Mitgliedstaat, ob Sozialhilfeleistungen in „unangemessenem Umfang“ in Anspruch genommen werden. Kriterien dafür können sein, ob es sich

---

<sup>75</sup> Ist der Erbringer ebenfalls Unionsbürger, können sich beide auf die Dienstleistungsfreiheit berufen.

<sup>76</sup> Dienelt in: Renner, AuslR, 9. Aufl., § 2 FreizügG/EU Rn 77 mwN; Nr. 2.2.4 AVwV-FreizügG/EU.

<sup>77</sup> GK-AufenthG/Epe, IX-2 § 2 Rn 78.

<sup>78</sup> Nach EuGH, Urt. v. 6.12.1988, Rs. 186/87 (Cowan) genügt ein „kurzer Aufenthalt in Paris“ (Rn 2 der Entscheidung), aus einem Briten einen Freizügigkeitsberechtigten zu machen.

<sup>79</sup> EuGH, Urt. v. 19.10.2004, Rs. C-200/02 (Zhu und Chen), InfAuslR 2004, 413.

<sup>80</sup> So aber GK-AufenthG/Epe, IX-2 § 2 Rn 78 unter Verweis auf OVG Hmb, Urt. v. 22.3.2005, 3 Bf 294/04, EZAR NF 014 Nr. 3 und jetzt EuGH, Urt. v. 12.3.2014, Rs. C-456/12 (O u. B), InfAuslR 2014, 171.

<sup>81</sup> EuGH, Urt. v. 27.9.1988, Rs. 263/86 (Humbel und Edel), Slg 1988, 5365 (5383) und EuGH, Urt. v. 7.12.1993, Rs. C-109/92 (Wirth), Slg 1993, I-6447 = NVwZ 1994, 366; GK-AufenthG/Epe, IX-2 § 2 Rn 81; diese Differenzierung fehlt in Nr. 2.2.5 AVwV-FreizügG/EU.

<sup>82</sup> Korrekte Umsetzung von Erwägungsgrund Nr. 9 und Art. 6 Abs. 1 Freizügigkeits-RL.

<sup>83</sup> Zur Definition der Begriffe: § 4 FreizügG/EU.

<sup>84</sup> Zur Bedeutung von Art. 21 AEUV als Stillhalteklausele: GK-AufenthG/Epe, IX-2 § 2 Rn 95.

<sup>85</sup> Siehe Art. 14 Abs. 4 Freizügigkeits-RL und, mit Blick auf die teilweise diskriminierende Praxis der Bundesagentur, Reimann, Das Freizügigkeitsrecht der Unionsbürger, Asylmagazin 7/2012, 186,191.

<sup>86</sup> S.a. Erwägungsgrund Nr. 16 Freizügigkeits-RL; zu einem etwaigen Anspruch auf Sozialleistungen: Anh. 1 zum AufenthG Rn 18 ff.

<sup>87</sup> GK-AufenthG/Epe, IX-2 § 2 Rn 96 mwN.

im Einzelfall um vorübergehende Schwierigkeiten oder eine Krisensituation handelt, die kurzfristig durch entsprechende Sozialhilfegewährung behoben werden kann, oder ob der Unionsbürger dauerhaft unfähig ist, für seinen Lebensunterhalt aufzukommen<sup>88</sup> oder gar keine ernsthaften Anstrengungen unternimmt, eine Beschäftigung in Deutschland aufzunehmen.<sup>89</sup> Arbeitsuchende Unionsbürger und ihre Familienangehörigen dürfen nicht aus dem Staatsgebiet entfernt/abgeschoben werden, solange sie nachweisen können, dass sie weiterhin Arbeit suchen und eine begründete Aussicht besteht, einen Arbeitsplatz zu finden.<sup>90</sup>

## **7. Familienangehörige (Abs. 2 Nr. 6)**

Die Freizügigkeit erstreckt sich auf Familienangehörige iSd Unionsrechts, die allerdings weder im FreizügG/EU noch in der FZF-RL abschließend benannt werden. Das Freizügigkeitsrecht des Unionsbürgers verpflichtet darüber hinaus die Mitgliedstaaten, bestimmten sonstigen Familienangehörigen die Einreise zum Unionsbürger zu erleichtern, Art. 3 Abs. 2 Freizügigkeits-RL. Dies betrifft Familienangehörige, denen der primär aufenthaltsberechtigte Unionsbürger Unterhalt gewährt hat oder mit denen er im Herkunftsland in häuslicher Gemeinschaft gelebt hat, oder wenn schwerwiegende gesundheitliche Gründe die persönliche Pflege des Familienangehörigen des Unionsbürgers zwingend erforderlich machen (Art. 3 Abs. 2a Freizügigkeits-RL). Allerdings besteht nur eine Pflicht der Mitgliedstaaten, Einreise und Aufenthalt nach Maßgabe der jeweiligen innerstaatlichen Rechtsvorschriften zu erleichtern.<sup>91</sup> Hierfür muss er gemäß Art. 3 Abs. 2 Freizügigkeits-RL eine eingehende Untersuchung der persönlichen Umstände durchführen und eine etwaige Verweigerung der Einreise oder des Aufenthalts dieser Personen begründen. Im FreizügG/EU finden sich indes keine Regelungen zur Art und Weise der Durchführung einer solchen „eingehenden Untersuchung der persönlichen Umstände“. Hierin liegt ein gesetzgeberisches Versäumnis, da die durch die Richtlinie begünstigten Familienangehörigen von Unionsbürgern nicht anhand des deutschen Rechts erkennen können, wie ihre Rechte gestaltet sind und wie sie diese erforderlichenfalls vor einem deutschen Gericht geltend machen können.<sup>92</sup> Ferner bestimmt der ergänzend anzuwendende – s. § 11 Abs. 1 S. 1 – § 36 AufenthG, dass eine AE an sonstige Familienangehörige (nur) zur Vermeidung einer außergewöhnlichen Härte erteilt werden darf und eröffnet ein weites Ermessen, während Art. 3 Abs. 2 Freizügigkeits-RL die Erleichterung der Einreise sonstiger Familienangehöriger vorschreibt. Insoweit ist der im AufenthG enthaltene unbestimmte Rechtsbegriff („außergewöhnliche Härte“) unionsrechtskonform auszulegen und das Ermessen mit Blick auf das Ziel von Art. 3 Abs. 2 Freizügigkeits-RL auszuüben. Zu einer Konformität mit unionsrechtlichen Vorgaben führt dies allein allerdings schon deshalb nicht, weil kein Betroffener ohne fachkundige Unterstützung von seinen Rechten erfährt – diese sogar den meisten Behörden verschlossen bleiben<sup>93</sup> – und der Familienangehörige nur eine AE, keine Aufenthaltskarte erhält.<sup>94</sup>

## **8. Daueraufenthaltsberechtigte (Abs. 2 Nr. 7)**

Sie und ihre Familienangehörigen, die ein Daueraufenthaltsrecht erworben haben, sind freizügigkeitsberechtigt nach Abs. 2 Nr. 7. Das „Daueraufenthaltsrecht“ löst das frühere „Verbleiberecht“ (geregelt in der VO (EWG) Nr. 1251/70) ab und wurde durch die Freizügigkeits-RL neu eingeführt. Die Besonderheit dieses neuen Rechts gegenüber dem allgemeinen Freizügigkeitsrecht besteht in der Unabhängigkeit von den Voraussetzungen, von denen nach sekundärem Unionsrecht das Bestehen eines unionsrechtlichen Freizügigkeitsrechts abhängt, insb. für Nicht-Erwerbstätige. Die

---

88 GK-AufenthG/Epe, IX-2 § 2 Rn 97.

89 VGH München, Beschl. v. 16.1.2009, 19 C 08.3271, InfAuslR 2009, 144.

90 Hailbronner, ZAR 2004, 259 ff, 262.

91 Zu alledem: EuGH, Urt. v. 5.9.2012, Rs. C-83/11 (Rahman), curia; s.a. VG Berlin, Urt. v. 13.5.2009, 3 V 17/08, BeckRS 2010, 49358: kein subjektiver Anspruch.

92 Daher hat das von der EU-Kommission gegen Deutschland eingeleitete Vertragsverletzungsverfahren inzwischen die 2. Stufe erreicht, s. Migration News Sheet, July 2012 S. 3.

93 Die AVwV-FreizügG/EU postulieren in Nr. 3.2.1 die „Legaldefinition“ des Familienangehörigen, sprechen aber außer beim Verweis in Nr. 11.1.1 auf § 36 AufenthG nirgends von sonstigen Familienangehörigen, geschweige denn von deren Privilegierung.

94 S. hierzu auch: Pressemitteilung der EU-Kommission vom 21.6.2012: „Freizügigkeit: Kommission fordert Österreich, Deutschland und Schweden zur Wahrung der Bürgerrechte auf“.

Voraussetzungen für den Erwerb des Daueraufenthaltsrechts regelt § 4a (vgl Kommentierung dort), mit dem Art. 16 u. 17 Freizügigkeits-RL umgesetzt werden sollte.

### **9. Aufrechterhaltung des Freizügigkeitsrechts (Abs. 3)**

Die Vorschrift schützt Arbeitnehmer und Selbständige vor einem – für den Schutz vor Aufenthaltsbeendigung und den Erwerb eines Daueraufenthaltsrechts wichtigen – Verlust ihrer Rechtsstellung als Freizügigkeitsberechtigte, nicht nur ihres Aufenthaltsrechts.<sup>95</sup> Sie entspricht weitgehend Art. 7 Abs. 3 Freizügigkeits-RL, mit dem die Rspr des EuGH hinsichtlich der Rechte abhängig Beschäftigter umgesetzt wurde, die nicht mehr in einem Arbeitsverhältnis stehen oder kurzzeitig arbeitsunfähig sind.<sup>96</sup> Ihrer Rechtsstellung angeglichen wurde diejenige vorübergehend erwerbsunfähig gewordener Selbständiger.

#### **a) Folgen vorübergehender Erwerbsminderung infolge Krankheit oder Unfall (Abs. 3 S. 1 Nr. 1)**

(...)

#### **b) Unfreiwillige Arbeitslosigkeit (Abs. 3 S. 1 Nr. 2)**

(...)

#### **c) Aufnahme einer Berufsausbildung (Abs. 3 S. 1 Nr. 3)**

(...)

### **10. Visumfreie Einreise und Aufenthaltsrecht für Unionsbürger (Abs. 4 S. 1)**

Von Unionsbürgern darf für die Einreise kein Visum und für den Aufenthalt kein AT verlangt werden, Abs. 4 S. 1 und Art. 5 ff. Freizügigkeits-RL. Auch für einen Aufenthalt, der länger als drei Monate dauert, ist gem. Art. 8 Abs. 1 Freizügigkeits-RL nur die Anmeldung vorgesehen. Das Aufenthaltsrecht bis zu drei Monaten ist für Unionsbürger ohnehin lediglich vom Besitz eines gültigen Personalausweises oder Reisepasses abhängig. Da sich das Aufenthaltsrecht freizügigkeitsberechtigter Unionsbürger unmittelbar aus dem AEUV ergibt, handelt es sich nur um eine Modalität, keine Bedingung des Aufenthalts oder gar der Einreise.<sup>97</sup> Kann der Unionsbürger keinen gültigen Personalausweis oder Reisepass vorlegen, seine Staatsangehörigkeit<sup>98</sup> aber zweifelsfrei mit anderen Mitteln nachweisen, darf der Aufnahmemitgliedstaat das Aufenthaltsrecht nicht schon aus der Erwägung anzweifeln, dass weder das eine noch das andere Dokument vorgelegt wurde.<sup>99</sup> Das Unionsrecht verbietet einem Mitgliedstaat aber nicht, zu kontrollieren, ob die Verpflichtung zur Vorlage eines Ausweispapiers eingehalten wird. Allerdings müsste der Mitgliedstaat seinen eigenen Staatsangehörigen hinsichtlich ihrer Personalausweise dieselbe Verpflichtung auferlegen,<sup>100</sup> da es andernfalls zu einer verbotenen Diskriminierung käme. Unzulässig sind im Übrigen alle Förmlichkeiten bei der Einreise, die über die Kontrolle des Personalausweises oder Reisepasses hinausgehen.<sup>101</sup> Unzulässig ist es ebenfalls, die Freizügigkeitsberechtigung durch Vorlage einer

---

95 GK-AufenthG/Epe, IX-2 § 2 Rn 114.

96 EuGH, Urt. v. 24.9.1998, Rs. C-35/97 (Kommission/Frankreich), Slg 1998, I-5325 und EuGH, Urt. v. 6.11.2003, Rs. C-413/01 (Ninni-Orasche), InfAusLR 2004, 89.

97 Hailbronner, AusLR (10/2007), D 1 § 2 Rn 87.

98 Der Identität kommt erst bei der Anmeldung Bedeutung zu, da erst dann geprüft werden darf, ob das Freizügigkeitsrecht beschränkt wurde oder werden kann, s. Art. 27 Abs. 3 Freizügigkeits-RL, wiewohl die Feststellung der Staatsangehörigkeit in aller Regel die der Identität voraussetzt.

99 EuGH, Urt. v. 17.2.2005, Rs. C-215/03 (Oulane), InfAusLR 2005, 126.

100 EuGH, Urt. v. 30.4.1998, Rs. C-24/97 (Kommission/Deutschland), Slg 1998, I-2133 und EuGH, Urt. v. 27.4.1989, Rs. 321/87 (Kommission/Belgien), Slg 1989, 997/1007.

101 EuGH, Urt. v. 3.7.1980, Rs. 157/97 (Pick), Slg 1980, 2171 und EuGH, Urt. v. 27.4.1989, Rs. 321/87 (Kommission/Belgien), Slg 1989, 997/1007.

Aufenthaltsbescheinigung o.ä. an der Grenze nachweisen zu lassen oder dort bereits Auskünfte zum Aufenthaltswort zu verlangen.<sup>102</sup>

## 11. Visumpflicht drittstaatsangehöriger Familienmitglieder (Abs. 4 Satz 2)

Familienangehörige von Unionsbürgern, die nicht ihrerseits Unionsbürger sind, sollen nach Abs. 4 S. 2 für die Einreise den Vorschriften des AufenthG unterfallen und grundsätzlich eines Visums bedürfen.<sup>103</sup> Drei Ausnahmen sind unstrittig:

- Der Gesetzgeber hat in Abs. 4 S. 3 die Visumfreiheit für Inhaber von Aufenthaltskarten normiert. Mit dem FreizügG/EU-ÄndG hat er klargestellt, dass nicht nur Aufenthaltskarten, die von anderen Mitgliedstaaten ausgestellt wurden, von der Visumpflicht entbinden, sondern auch von Deutschland ausgestellte. Damit entspricht das Gesetz nun Art. 5 Abs. 2 S. 2 Freizügigkeits-RL.
- Ferner bedürfen nach Art. 5 Abs. 2 S. 1 Freizügigkeits-RL Angehörige der im Anhang II (Gemeinsame Liste gemäß Art. 1 Abs. 2) der VO-539/2001 (Visum-VO)<sup>104</sup> genannten Staaten keines Visums, ebenso Angehörige verschiedener Gruppen nach Art. 1 Abs. 2 S. 2 und Art. 4 dieser VO. Diese Regelung der RL hat im nationalen Recht keine Entsprechung gefunden, gilt aber zugunsten der von ihr Begünstigten unmittelbar.
- Sonstige Drittstaatsangehörige, die einen AT eines (anderen) Mitgliedstaats besitzen, dürfen jedenfalls für längstens drei Monate visumfrei einreisen, Art. 21 Abs. 1 SDÜ.

Ungeklärt ist, ob für die soeben genannten sonstigen Drittstaatsangehörigen die Visumpflicht gilt, wenn sie länger als drei Monate bleiben wollen und hierauf einen unionsrechtlichen Anspruch haben. § 39 Nr. 6 AufenthV ist nicht einschlägig, da er weder die Befreiung vom Erfordernis eines Visums bestimmt, noch nach der Einreise ein Anspruch auf Erteilung eines AT besteht, da der Drittstaatsangehörige ja dem FreizügG/EU unterfällt, das keine AT kennt. Aus dem Vorrang des Unionsrechts wird man wohl auch die Visumfreiheit dieses sich rechtmäßig in der Union aufhaltenden Personenkreises folgern müssen.<sup>105</sup> Offen ist allerdings, ob die Visum-VO in diesen – aber auch in allen übrigen, Drittstaatsangehörige betreffenden – Fällen überhaupt Anwendung finden kann. Denn zum einen regelt sie nur den Übertritt an den Außengrenzen und für einen Kurzaufenthalt, Art. 1 Abs. 1, Art. 2 Visum-VO. Zum anderen sind Familienangehörige Freizügigkeitsberechtigter gemäß Art. 2 Nr. 5 SGK selbst freizügigkeitsberechtigt und folglich bis zum Verlust dieses Rechts zur Einreise berechtigt, § 6.106 In dieses Recht kann nur durch einen Rechtsakt eingegriffen werden, der im Mitbestimmungsverfahren gemäß Art. 294 AEUV ergangen ist. Die Visum-VO ist hingegen im Verfahren nach Art. 67 EGV ergangen und daher nur im Anhörungsverfahren.<sup>107</sup> Auch über den Verweis auf „einzelstaatliche Rechtsvorschriften“ in Art. 5 Abs. 2 S. 1 Freizügigkeits-RL lässt sich eine Visumpflicht nicht begründen, da hierdurch nur die Mitgliedstaaten angesprochen werden sollten, für die die Visum-VO keine Geltung beansprucht.<sup>108</sup>

Selbst wenn man eine „Visumpflicht“ bejaht, ist Art. 5 Abs. 2 S. 3 Freizügigkeits-RL zu berücksichtigen. Danach ist „Visum“ in diesem Sinn kein solches iSd §§ 4 Abs. 1, 6 AufenthG, sondern ein „**Einreisevisum**“, das unentgeltlich, in einem beschleunigten Verfahren<sup>109</sup> und „nach Möglichkeit bei der Einreise“<sup>110</sup> durch die Grenzpolizei<sup>111</sup> zu erteilen ist, wobei die Mitgliedstaaten

---

<sup>102</sup> EuGH, Urt. v. 30.5.1991, Rs. C-68/89 (Kommission/Niederlande), Slg 1991, I-2637.

<sup>103</sup> Dass sie für ihren Aufenthalt keines AT bedürfen, wird in Abs. 4 S. 2 – anders als für Unionsbürger in S. 1 – zwar nicht erklärt, ergibt sich aber aus § 5 Abs. 1 FreizügG/EU.

<sup>104</sup> VO (EG) Nr. 539/2001 des Rates zur Aufstellung der Liste der Drittländer, deren Staatsangehörige beim Überschreiten der Außengrenzen im Besitz eines Visums sein müssen, sowie der Liste der Drittländer, deren Staatsangehörige von dieser Visumpflicht befreit sind, vom 15.3.2001.

<sup>105</sup> Gutmann, InfAuslR 2006, 165 und GK-AufenthG/Epe, IX-2 § 2 Rn 135.

<sup>106</sup> S.a. Winkelmann, InfAuslR 2009, 45, 48.

<sup>107</sup> Hierzu: Westphal/Stoppa, Ausländerrecht für die Polizei, 3. Aufl. 2007, S. 320; Dienelt in: Renner, AuslR, 9. Aufl., § 2 FreizügG/EU Rn 13.

<sup>108</sup> GK-AufenthG/Epe, IX-2 § 2 Rn 140 mit Nachweisen auf die Entstehungsgeschichte.

<sup>109</sup> Insb. ohne vorherige Beteiligung der ABH gem. § 31 AufenthV, s. Nr. 2.4.4 AVV-FreizügG/EU.

<sup>110</sup> EuGH, Urt. v. 25.7.2002, Rs. C-459/99 (MRAX), InfAuslR 2002, 417; EuGH, Urt. v. 14.4.2005, Rs. C-157/03 (Kommission/Spanien), InfAuslR 2005, 229.

verpflichtet sind, alle erforderlichen Maßnahmen zu treffen, um diesen Personen die Beschaffung der erforderlichen Visa zu erleichtern. Zulässig ist allein eine formale Überprüfung der unionsrechtlichen Voraussetzungen der Einreise, also ob die betreffende Person Familienangehöriger eines Freizügigkeitsberechtigten ist und deswegen ein abgeleitetes Freizügigkeitsrecht beanspruchen kann. Unzulässig ist die Prüfung weiterer, gar nationalstaatlicher Einreisevoraussetzungen,<sup>112</sup> zB von Sprachkenntnissen oder der Absicht der Aufnahme einer ehelichen Lebensgemeinschaft. Ohne Bedeutung ist außerdem, ob sich der Familienangehörige bereits – ggf illegal – im Gebiet der Union aufhält oder aus einem Drittstaat einreist.<sup>113</sup> Auch § 31 AufenthV findet keine Anwendung.<sup>114</sup>

Alle weiteren Fragen, das Aufenthaltsrecht des Familienangehörigen betreffend, etwa weil der Verdacht auf eine „Scheinehe“ besteht oder der Familienangehörige im SIS zur Fahndung ausgeschrieben ist, sind **nach der Einreise zu prüfen** und zu bewerten.<sup>115</sup> Die Einreise selbst muss zugelassen werden. Selbst ein etwaiger Verstoß gegen Visumvorschriften, insbesondere die illegale Einreise des drittstaatsangehörigen Familienangehörigen, hat auf sein Recht zum Aufenthalt keine Auswirkungen, solange er nicht aus anderen Gründen eine Gefahr im unionsrechtlichen Sinn darstellt. Bereits 2002 hat der EuGH dies unmissverständlich festgestellt: Danach ist es einem „Mitgliedstaat nicht gestattet(t), dem Staatsangehörigen eines Drittstaats, der seine Identität und die Tatsache, dass er mit einem Staatsangehörigen eines Mitgliedstaats verheiratet ist, nachweisen kann, die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis zu verweigern und ihm gegenüber eine Maßnahme zur Entfernung aus dem Hoheitsgebiet zu ergreifen, nur weil er illegal in das Hoheitsgebiet des betreffenden Mitgliedstaats eingereist ist“.<sup>116</sup>

## **12. Freizügigkeitsrecht trotz Ausschreibung gem. Art. 96 SDÜ.**

(...)

## **13. Dreimonatiges voraussetzungsloses Aufenthaltsrecht (Abs. 5)**

Die Vorschrift setzt das in Art. 6 Freizügigkeits-RL enthaltene, für drei Monate voraussetzungslose Aufenthaltsrecht für Unionsbürger und ihre Familienangehörigen um, die im Besitz eines gültigen Ausweisdokuments sind. Sofern der Betroffene keinen gültigen Personalausweis oder Reisepass vorlegen, seine Staatsangehörigkeit aber zweifelsfrei mit anderen Mitteln nachweisen kann, darf der Aufnahmemitgliedstaat das Aufenthaltsrecht nicht schon deshalb anzweifeln, weil weder das eine noch das andere Dokument vorgelegt wurde.<sup>117</sup> Die Beschränkung auf drei Monate gilt zudem nicht für Arbeitsuchende, die sich (s. Rn 14) für einen längeren Zeitraum in Deutschland aufhalten dürfen.

## **14. Gebührenbefreiung (Abs. 6)**

(...)

## **15. Missbrauchsklausel (Abs. 7)**

48

Mit dem FreizügG/EU-ÄndG vom 21.1.2013 wurde für die Fälle des Erschleichens der Rechtsposition als freizügigkeitsberechtigter Unionsbürger oder Familienangehöriger in § 2 ein siebter Absatz eingefügt. Dies wurde als erforderlich angesehen, um gemäß Art. 35 Freizügigkeits-RL entsprechende

---

<sup>111</sup> Gem. § 14 Abs. 2 AufenthG, der über § 11 Abs. 1 S. 1 FreizügG/EU entsprechend anwendbar ist (s. GK-AufenthG/Epe, IX-2 § 2 Rn 137), und gem. Art. 11, 12 Abs. 1 iVm Art. 17 Abs. 3c SDÜ auch an der Grenze als sogenanntes „Schengen-Visum“ zu erteilen.

<sup>112</sup> EuGH, Urt. v. 14.4.2005, Rs. C-157/03 (Kommission/Spanien), InfAusIR 2005, 229.

<sup>113</sup> GK-AufenthG/Epe, IX-2 § 2 Rn 136.

<sup>114</sup> OVG Bln-Bbg, Urt. v. 13.4.2011, OVG 12 B 37/09, Rn 20 und 14, juris; Welte, ZAR 2009, 61, 63.

<sup>115</sup> S.a. unten Rn 45 und § 5 FreizügG/EU Rn 8.

<sup>116</sup> EuGH, Urt. v. 25.7.2002, Rs. C-459/99 (MRAX), InfAusIR 2002, 417; im Ergebnis ebenso: EuGH, Urt. v. 25.7.2008, Rs. C-127/08 (Metock), InfAusIR 2008, 377, insb. Rn 66, wonach auch der illegal Eingereiste nach Heirat mit freizügigkeitsberechtigter Unionsbürgerin zum Freizügigkeitsberechtigten wird.

<sup>117</sup> EuGH, Urt. v. 17.2.2005, Rs. C-215/03 (Oulane), Slg 2005, I-1215.



Maßnahmen ergreifen zu können, wofür es zuvor an einer Rechtsgrundlage mangelte.<sup>118</sup> Zugleich wurden in S. 3 – teilweise unionsrechtswidrige – Rechtsfolgen und in S. 4 formelle Anforderungen an eine Verlustfeststellung normiert. Die in Art. 35 S. 1 Freizügigkeits-RL genannten Begriffe „Rechtsmissbrauch und Betrug“ werden nicht übernommen oder gar legal definiert, sondern die beiden wohl häufigsten Fallgruppen benannt: Täuschung durch Verwendung ge- oder verfälschter Dokumente oder durch Vorspiegelung falscher Tatsachen, insb. über das „Nachziehen“ oder „Begleiten“ des Unionsbürgers. Sonstige Verhaltensweisen, die gelegentlich als Rechtsmissbrauch angesehen werden – bspw. Gebrauchmachen einer Grundfreiheit, um dem Familienangehörigen eine günstigere Rechtsposition zu vermitteln –, werden nicht genannt und sind daher nicht als rechtsmissbräuchlich anzusehen,<sup>119</sup> können also dem Freizügigkeitsrecht insb. des Familienangehörigen nicht entgegengesetzt werden.

#### **a) S. 1: Täuschung über das Bestehen des Freizügigkeitsrechts**

Klargestellt wird mit S. 1 zunächst, dass das Freizügigkeitsrecht unabhängig von etwaigen Täuschungshandlungen besteht, solange sein Nichtbestehen nicht festgestellt ist.<sup>120</sup> Festgestellt werden kann es ausschließlich und erst, wenn feststeht, dass über das Vorliegen seiner Voraussetzungen getäuscht wurde. Diese Maßgaben bestimmen auch die Beweislastverteilung: Ist das Freizügigkeitsrecht (vermeintlich) entstanden, muss die zuständige Behörde belegen, dass es tatsächlich nicht besteht. Da der (vermeintlich) Freizügigkeitsberechtigte nicht dem AufenthG unterfällt, ist er auch nicht nach dessen § 82 zur Mitwirkung an der Feststellung seiner Rechtsposition verpflichtet. Eine Mitwirkungspflicht lässt sich auch nicht aus anderen Vorschriften entnehmen. Aus einer „Mitwirkungsobliegenheit“<sup>121</sup> lässt sich keine Pflicht zur Mitwirkung an der Ermöglichung des Beweises konstruieren, dass das Freizügigkeitsrecht nicht besteht. Gelingt der Behörde auch ohne Mitwirkung der Betroffenen – dem es (erst) dann obliegt, den Gegenbeweis zu führen – die zweifelsfreie Feststellung des Nichtbestehens, hat sie nach Ermessen zu entscheiden, ob eine und ggf. welche Nichtbestehensfeststellung getroffen wird. Will sie eine solche Entscheidung treffen, muss sie entscheiden und begründen, auf welchen Zeitpunkt bezogen diese rückwirken soll. Bestand das Freizügigkeitsrecht zwar nicht zum Zeitpunkt der erstmaligen Berufung hierauf, ist es aber später entstanden,<sup>122</sup> berechtigt dies nicht zur Feststellung, dass es bis zum Entstehen nicht bestanden hat. Hierauf kommt es nur bei der Verfestigung an, also bei der Entscheidung über die Ausstellung einer Daueraufenthaltskarte.

#### **b) S. 2: „Scheinehe“**

Der EuGH hat bereits entschieden, dass das Unionsrecht nicht rechtsmissbräuchlich in Anspruch genommen werden darf und insb. „Scheinehen“ nicht zur Umgehung der Einreisevorschriften genutzt werden dürfen.<sup>123</sup> Entsprechend sieht Art. 35 Freizügigkeits-RL die Möglichkeit von innerstaatlichen Maßnahmen vor, die bei Bestehen eines Verdachts des Rechtsmissbrauchs ergriffen werden können.<sup>124</sup> Für die nach der Einreise getroffene bzw. zu treffende Feststellung des Nichtbestehens des Freizügigkeitsrechts (s. Rn 52) und die Verweigerung der Ausstellung einer Aufenthaltskarte entspricht Abs. 7 dieser Rechtsgrundlage. Mit Abs. 7 werden aber nur Rechtsfolgen eines Rechtsmissbrauchs normiert, keine Befugnisse zur Feststellung des Vorliegens eines solchen. Nach

---

<sup>118</sup> OVG Bln-Bbg, Urt. v. 13.4.2011, OVG 12 B 37/09, juris; unwirksam erklärt worden nach übereinstimmenden Erledigungserklärungen im Revisionsverfahren durch BVerwG, Beschl. v. 30.3.2012, 1 C 11.11, www.bverwg.de.

<sup>119</sup> Nach OVG Bln-Bbg, Urt. v. 13.4.2011, OVG 12 B 37/09, Rn 23, juris, ist ein Rückgriff auf einen allgemeinen Missbrauchsvorbehalt seit Inkrafttreten der Freizügigkeits-RL nicht mehr zulässig; s. hierzu jetzt EuGH, Urt. v. 12.3.2014, Rs. C-456/12 (O u. B), InfAuslR 2014, 171.

<sup>120</sup> So auch die Gesetzesbegründung: BR-Drucks. 461/12, 14.

<sup>121</sup> BR-Drucks. 461/12, 14: Obliegenheit zur Mitwirkung an einer Befragung, die die Beweisführung der Behörde ermöglichen soll.

<sup>122</sup> Beispiel: Drittstaatsangehörige beruft sich für ihr Freizügigkeitsrecht auf Ehe mit Unionsbürger, die Heiratsurkunde ist aber gefälscht; später bekommt sie von ihrem „Mann“ ein Kind, für das sie sorgeberechtigt ist und das die Unionsbürgerschaft besitzt.

<sup>123</sup> EuGH, Urt. v. 23.9.2003, Rs. C-109/01 (Akrich), InfAuslR 2003, 409.

<sup>124</sup> Ein Rückgriff auf einen wie auch immer hergeleiteten, allgemeinen Missbrauchsvorbehalt ist seit Inkrafttreten der Freizügigkeits-RL nicht mehr zulässig, s. OVG Bln-Bbg, Urt. v. 13.4.2011, OVG 12 B 37/09, Rn 23, juris.

wie vor (s. Rn 49) lässt sich daher keine Pflicht zur Mitwirkung an Maßnahmen erkennen, die der Feststellung dienen, dass das Freizügigkeitsrecht nicht besteht, bspw durch Teilnahme an einer sog. „getrennten Ehegattenbefragung“.

Des Weiteren berechtigt das Visumerfordernis für Drittstaatsangehörige nicht, für die Erteilung dieses Visums mehr als den Nachweis der Unionsbürgerschaft und der Familienangehörigeneigenschaft zu verlangen (s. Rn 43 f). Das nach Art. 5 Abs. 2 S. 3 Freizügigkeits-RL zu erteilende „Einreisevisum“ setzt also nicht den Nachweis der Absicht der Aufnahme einer ehelichen Lebensgemeinschaft voraus, ebensowenig die Zustimmung der Ausländerbehörde gem. § 31 AufenthV.<sup>125</sup> Folglich ist Abs. 7 S. 2 und S. 3 unionsrechtlich einschränkend so auszulegen, dass – auch erhebliche oder vermutlich durchgreifende – Zweifel an der behaupteten Absicht der Aufnahme einer ehelichen Lebensgemeinschaft der Erteilung des Visums nicht entgegen stehen und jegliche erforderlich erscheinende Überprüfung der Ausländerbehörde nach der Einreise vorbehalten ist,<sup>126</sup> wobei der Freizügigkeitsberechtigte mangels Anwendbarkeit von § 82 AufenthG nicht verpflichtet ist, an der Untersuchung mitzuwirken.

### **c) S. 3 und 4: Rechtsfolgen und formelle Anforderungen**

Wie oben (Rn 49 f) bereits aufgezeigt, darf ein Einreisevisum nur versagt werden, wenn der Rechtsmissbrauch feststeht, nicht aber bei bloßen Zweifeln oder der fehlenden Mitwirkung an etwaigen Untersuchungsmaßnahmen. Steht Rechtsmissbrauch und damit das Nichtbestehen des Freizügigkeitsrechts zweifelsfrei fest, hat die Behörde<sup>127</sup> nach Ermessen zu entscheiden, ob eine und ggf welche Nichtbestehensfeststellung getroffen wird und ob sowie ggf bezogen auf welchen Zeitpunkt diese rückwirken soll. Hierbei ist zu berücksichtigen, dass der Wegfall eines Tatbestandsmerkmals des Freizügigkeitsrechts nicht gleichsam automatisch zum Verlust des Rechts führt, sondern das Recht besteht, bis der Verlust festgestellt ist. In bereits rechtmäßig erworbene Rechte – bspw nach §§ 4a oder 3 Abs. 3 bis 5 – darf sie nicht eingreifen.<sup>128</sup> Bezüglich Familienangehörigen hat die ABH sodann, sinnvoller Weise in der gleichen Verfügung, nach dem Wortlaut von S. 3 eine weitere Ermessensentscheidung zu treffen, nämlich, ob sie die Aufenthaltskarte versagen oder einziehen will. Dies mag der Regelfall sein, entschieden und begründet muss es gleichwohl werden. Dass solche Entscheidungen der Schriftform bedürfen, folgt aus Art. 35 S. 2 Freizügigkeits-RL; da es Ermessensentscheidungen sind, ergibt sich dies allerdings auch aus §§ 37 Abs. 2, 39 Abs. 1 S. 3 (L)VwVfG.

---

<sup>125</sup> OVG Bln-Bbg, Urt. v. 13.4.2011, OVG 12 B 37/09, Rn 20 und 14, juris.

<sup>126</sup> OVG Bln-Bbg, Urt. v. 13.4.2011, OVG 12 B 37/09, Rn 20, juris.

<sup>127</sup> Zuständig ist nach BVerwG, Urt. v. 28.6.2011, 1 C 18.10, InfAuslR 2011, 417, die für Ausländer allgemein zuständige ABH.

<sup>128</sup> EuGH, Urt. v. 8.11.2012, Rs. C-268/11 (Gülbahce), InfAuslR 2013, 11.

### **§ 3 Familienangehörige**

(1) Familienangehörige der in § 2 Abs. 2 Nr. 1 bis 5 genannten Unionsbürger haben das Recht nach § 2 Abs. 1, wenn sie den Unionsbürger begleiten oder ihm nachziehen. Für Familienangehörige der in § 2 Abs. 2 Nr. 5 genannten Unionsbürger gilt dies nach Maßgabe des § 4.

(2) Familienangehörige sind

1. der Ehegatte, der Lebenspartner und die Verwandten in absteigender Linie der in § 2 Abs. 2 Nr. 1 bis 5 und 7 genannten Personen oder ihrer Ehegatten oder Lebenspartner, die noch nicht 21 Jahre alt sind,

2. die Verwandten in aufsteigender und in absteigender Linie der in § 2 Abs. 2 Nr. 1 bis 5 und 7 genannten Personen oder ihrer Ehegatten oder Lebenspartner, denen diese Personen oder ihre Ehegatten oder Lebenspartner Unterhalt gewähren.

(3) Familienangehörige, die nicht Unionsbürger sind, behalten beim Tod des Unionsbürgers ein Aufenthaltsrecht, wenn sie die Voraussetzungen des § 2 Abs. 2 Nr. 1 bis 3 oder Nr. 5 erfüllen und sich vor dem Tod des Unionsbürgers mindestens ein Jahr als seine Familienangehörigen im Bundesgebiet aufgehalten haben. § 3 Abs. 1 und 2 sowie die §§ 6 und 7 sind für Personen nach Satz 1 nicht anzuwenden; insoweit ist das Aufenthaltsgesetz anzuwenden.

(4) Die Kinder eines freizügigkeitsberechtigten Unionsbürgers und der Elternteil, der die elterliche Sorge für die Kinder tatsächlich ausübt, behalten auch nach dem Tod oder Wegzug des Unionsbürgers, von dem sie ihr Aufenthaltsrecht ableiten, bis zum Abschluss einer Ausbildung ihr Aufenthaltsrecht, wenn sich die Kinder im Bundesgebiet aufhalten und eine Ausbildungseinrichtung besuchen.

(5) Ehegatten oder Lebenspartner, die nicht Unionsbürger sind, behalten bei Scheidung oder Aufhebung der Ehe oder Aufhebung der Lebenspartnerschaft ein Aufenthaltsrecht, wenn sie die für Unionsbürger geltenden Voraussetzungen des § 2 Abs. 2 Nr. 1 bis 3 oder Nr. 5 erfüllen und wenn

1. die Ehe oder die Lebenspartnerschaft bis zur Einleitung des gerichtlichen Scheidungs- oder

Aufhebungsverfahrens mindestens drei Jahre bestanden hat, davon mindestens ein Jahr im Bundesgebiet,

2. ihnen durch Vereinbarung der Ehegatten oder der Lebenspartner oder durch gerichtliche Entscheidung die elterliche Sorge für die Kinder des Unionsbürgers übertragen wurde,

3. es zur Vermeidung einer besonderen Härte erforderlich ist, insbesondere weil dem Ehegatten oder dem Lebenspartner wegen der Beeinträchtigung seiner schutzwürdigen Belange ein Festhalten an der Ehe oder der Lebenspartnerschaft nicht zugemutet werden konnte, oder

4. ihnen durch Vereinbarung der Ehegatten oder der Lebenspartner oder durch gerichtliche Entscheidung das Recht zum persönlichen Umgang mit dem minderjährigen Kind nur im Bundesgebiet eingeräumt wurde.

§ 3 Abs. 1 und 2 sowie die §§ 6 und 7 sind für Personen nach Satz 1 nicht anzuwenden; insoweit ist das Aufenthaltsgesetz anzuwenden.

(6) (weggefallen)

Leseprobe aus dem Konzept der 2. Auflage des HK-AuslR (Hrsg. R. M. Hofmann, NOMOS-Verlag):

## **I. Allgemeines**

(...)

## **II. Im Einzelnen**

### **1. Abs. 2: Der Begriff „Familienghöriger“**

Die Eigenschaft als Familienangehöriger wird in Art. 2 Nr. 2 Freizügigkeits-RL ausschließlich formal bestimmt. Auf etwaige Absichten, bspw eine familiäre Gemeinschaft einzugehen oder in einer solchen zu leben, stellt das Recht nicht ab (s. aber Rn 21). Familienangehörige sind danach unstreitig der Ehegatte und seit dem FreizügG/EU-ÄndG der Lebenspartner des Unionsbürgers (a), seine und die noch nicht 21 Jahre alten Kinder und Enkelkinder seines Ehegatten bzw Lebenspartners (b und c) sowie seine und die direkten Verwandten seines Ehegatten bzw Lebenspartners, denen Unterhalt gewährt wird (d und e). Umstritten ist die Rechtsstellung der direkt mit dem Unionsbürger verwandten Personen, die ihm Unterhalt gewähren (f) und von weiter entfernten Verwandten des Unionsbürgers (g).

## a) Ehegatte und Lebenspartner des Unionsbürgers (Abs. 2 Nr. 1)

(...)

Wer „Ehegatte“ und damit nach Art. 2 Nr. 2a Freizügigkeits-RL „Familienangehöriger“ ist, richtet sich materiell nach dem Recht der Herkunftsstaaten der Verlobten oder dem Recht am Ort der Eheschließung,<sup>129</sup> Art. 13 Abs. 1, 11 Abs. 1 EGBGB. Belegt wird es rein formell, nämlich anhand der der Meldebehörde vorzulegenden Heiratsurkunde oder einer anderen Bescheinigung über das Bestehen einer Ehe. Weitere Nachweispflichten bestehen nach dem 14. Erwägungsgrund und Art. 10 Abs. 2b Freizügigkeits-RL nicht.<sup>130</sup> Ausreichend ist eine „Bescheinigung“ über das Bestehen der familiären Gemeinschaft; maßgeblich für die Beweiskraft einer ausländischen Urkunde § 438 ZPO, nach dessen Absatz 1 ein Gericht frei ist, sie ohne näheren Nachweis als echt anzusehen.<sup>131</sup> Ungeklärt sind allerdings die Folgen einer möglichen oder tatsächlichen Mehrehe,<sup>132</sup> insb. die Eheschließung in einem Mitgliedstaat (bspw Dänemark oder Schweden), die in einem anderen nicht anerkannt wird, weil dieser höhere Anforderungen an den Nachweis der Ehefähigkeit (zB eine frühere Scheidung betreffend) stellt, als der Mitgliedstaat, in dem die Ehe geschlossen wurde. Anders gefragt: Kann es richtig sein, dass die Ehe in einem Mitgliedstaat anerkannt wird, im anderen von ihr aber keine Rechtswirkungen ausgehen sollen? Dass damit das Freizügigkeitsrecht des Unionsbürgers gefährdet wäre, wüsste er nicht, ob sein Familienangehöriger bei einem Grenzübertritt dieser Eigenschaft verlustig ginge, liegt auf der Hand, ebenso die Schlussfolgerung, dass dies einen Eingriff darstellt, der gerechtfertigt werden müsste und gegen den der effet utile des Unionsrechts streitet. Jedenfalls solange nicht feststeht, dass der Eheschließung ein Hindernis entgegen stand, ist die Ehe daher in allen Mitgliedstaaten anzuerkennen. Dem entsprechen iÜ auch §§ 1314, 1313 BGB, die eine solche Ehe nur für „aufhebbar“, nicht aber – wie früher – für nichtig erklären und ausdrücklich regeln, dass die Ehe erst mit Rechtskraft der richterlichen Entscheidung aufgelöst, bis dahin also wirksam ist und Rechtsfolgen zeitigt.

(...)

Hinsichtlich des dem Ehegatten und anderen Familienangehörigen gemäß § 3 Abs. 1 zustehenden Rechts auf Einreise und Aufenthalt ist zu berücksichtigen, dass das Unionsrecht den Begriff „Familienangehöriger“ in einer eher formalen Betrachtungsweise verwendet.<sup>133</sup> Anders als im nationalen, deutschen Recht ist das unionsrechtliche Einreise- und Aufenthaltsrecht nicht vom Bestehen einer Lebensgemeinschaft oder auch nur der Absicht der Herstellung einer solchen abhängig. Vielmehr besteht es bspw auch für getrennt lebende Ehegatten und zwar bis zur formellen Scheidung.<sup>134</sup> Wenn die Trennung – zumindest vorübergehend – nicht zum Erlöschen des Aufenthaltsrechts führt, kann auch im Übrigen nicht gefordert werden, dass eine Lebensgemeinschaft besteht oder gar nachgewiesen wird. Die Grenze des Einreise- und Aufenthaltsrechts wird vielmehr dadurch gezogen, dass es nur unter der weiteren Voraussetzung des „Begleitens oder Nachziehens“ – s. Rn 19 f – besteht und es nicht missbraucht wird, weil von vorneherein von beiden Ehegatten kein eheliches Zusammenleben gewünscht ist („Scheinehe“, s. hierzu § 2 Rn 48 ff).<sup>135</sup> Bis zum Inkrafttreten des FreizügG/EU-ÄndG v. 21.1.2013 ist zu berücksichtigen, dass Deutschland von der nach Art. 35 Freizügigkeits-RL eröffneten Möglichkeit, Maßnahmen gegen Rechtsmissbrauch zu erlassen, keinen Gebrauch gemacht hatte, so dass es für etwaige, mit einer Prüfung verbundene Eingriffe keine Rechtsgrundlage gab und solche folglich rechtswidrig waren.<sup>136</sup>

---

<sup>129</sup> VGH Mannheim, Beschl. v. 14.5.2007, 11 S 1640/06, InfAuslR 2007, 350; GK-AufenthG/Epe, IX-2 § 3 Rn 11.

<sup>130</sup> S.a. Dienelt in: Renner, AuslR, 9. Aufl., § 3 FreizügG/EU Rn 27 f mit Hinweisen auf die Entstehungsgeschichte.

<sup>131</sup> Zutreffend: VG Stuttgart, Urt. v. 5.4.2013, 11 K 3419/12, AuAS 2013, 115 = ANA-ZAR 2013, 24, Dok. 1852.

<sup>132</sup> S. hierzu auch § 28 AufenthG Rn 7 ff und GK-AufenthG/Epe, IX-2 § 3 Rn 20.

<sup>133</sup> GK-AufenthG/Epe, IX-2 § 3 Rn 11.

<sup>134</sup> EuGH, Urt. v. 10.7.2014, Rs. C-244/13 (Ogieriakhi), curia; EuGH, Urt. v. 13.2.1985, Rs. 267/83 (Diatta), NJW 1985, 2087; BVerwG, Urt. v. 23.5.1995, 1 C 3.94, InfAuslR 1995, 349.

<sup>135</sup> Dienelt in: Renner, AuslR, 9. Aufl., § 3 FreizügG/EU Rn 31 ff; GK-AufenthG/Epe, IX-2 § 3 Rn 12 ff.

<sup>136</sup> OVG Bln-Bbg, Urt. v. 13.4.2011, OVG 12 B 37.09, juris; im Revisionsverfahren Erledigung eingetreten und Urteil für unwirksam erklärt, s. BVerwG, Beschl. v. 30.3.2012, 1 C 11.11, www.bverwg.de.

#### **b) Noch nicht 21 Jahre alte Verwandte in absteigender Linie des Unionsbürgers (Abs. 2 Nr. 1)**

Freizügigkeitsberechtigt sind Kinder, Enkel, Urenkel etc. des Unionsbürgers, sofern sie das 21. Lebensjahr noch nicht vollendet haben. Das Recht besteht unabhängig von etwaigen Unterhaltszahlungen und ist nur vom „Begleiten oder Nachziehen“ iSv § 3 Abs. 1 S. 1 abhängig, sofern der Unionsbürger einer anderen Gruppe als derjenigen der nicht Erwerbstätigen iSv § 2 Abs. 2 Abs. 5 angehört, wie sich im Umkehrschluss zu § 3 Abs. 1 S. 2 ergibt.

#### **c) Noch nicht 21 Jahre alte Verwandte in absteigender Linie des Ehegatten des Unionsbürgers (Abs. 2 Nr. 1)**

Auch Kinder, Enkel, Urenkel etc. des Ehegatten des Unionsbürgers sind freizügigkeitsberechtigt, sofern sie das 21. Lebensjahr noch nicht vollendet haben und zum Unionsbürger nachziehen wollen oder ihn begleiten.<sup>137</sup> Damit sind Angehörige des Ehegatten vom Freizügigkeitsrecht ausgeschlossen, die nur zum Ehegatten nachziehen wollen, bspw. weil dieser sich vom Unionsbürger getrennt hat oder der Unionsbürger verstorben ist. Gleichwohl haben diese Angehörigen einen unionsrechtlich geprägten Anspruch auf Nachzug aufgrund einer sog. „Beziehungskette“.<sup>138</sup> § 3 Abs. 3 – 5 regelt im Wesentlichen das Recht von Personen, die sich bereits mit dem Unionsbürger zusammen im Mitgliedstaat aufgehalten haben, nicht aber das Recht auf Nachzug zu solchen Personen. Zu Letzterem enthält auch die Freizügigkeits-RL keine ausdrückliche Regelung. Allerdings sind das in Art. 24 Abs. 1 S. 2 Freizügigkeits-RL normierte Inländergleichbehandlungsgebot und die – jedenfalls subsidiär – zu beachtende FZF-RL zu berücksichtigen. Nach Art. 24 Abs. 1 S. 2 Freizügigkeits-RL sind Familienangehörige von Unionsbürgern zumindest gleich wie Inländer zu behandeln, sofern sie das Recht auf (Dauer-)Aufenthalt besitzen. Dieses Recht haben Ehegatten von Unionsbürgern im Fall der Trennung jedenfalls bis zur Scheidung, s.o. Rn 8 sowie § 3 Abs. 4, Abs. 5 und gem. Abs. 3 unter weiteren Voraussetzungen auch im Fall des Todes des Unionsbürgers, in jedem Fall aber nach fünfjährigem Aufenthalt nach § 4a. Dieses unmittelbar anwendbare Gebot der Inländergleichbehandlung gilt im gesamten „Anwendungsbereich des Vertrags“ (Art. 24 Abs. 1 S. 1 Freizügigkeits-RL). Da Art. 79 Abs. 2a AEUV ausdrücklich das Recht auf Familienzusammenführung als Politikfeld der Union benennt, erstreckt sich das Gebot der Inländergleichbehandlung nach Art. 24 Abs. 1 Freizügigkeits-RL auch auf das Recht auf Familienzusammenführung. Daher hat der unionsrechtlich zum Aufenthalt berechnete Familienangehörige einen Anspruch auf Nachzug seiner Abkömmlinge entsprechend einem deutschen Staatsangehörigen und damit bis zur Volljährigkeit unabhängig von der Sicherung des Lebensunterhalts.<sup>139</sup> Ältere Abkömmlinge haben weder nach der FZF-RL noch nach § 28 Abs. 1 AufenthG ein Recht zum Nachzug, so dass sie auch nicht zum Ehegatten eines Unionsbürgers nachziehen dürfen.

#### **d) Verwandte in aufsteigender und absteigender Linie des Unionsbürgers, denen der Unionsbürger oder sein Ehegatte Unterhalt gewährt (Abs. 2 Nr. 2)**

Verwandte des Unionsbürgers in direkter aufsteigender Linie (Eltern, Großeltern) haben ebenso wie seine Abkömmlinge, die das 21. Lebensjahr bereits vollendet haben, einen Anspruch auf Einreise und Aufenthalt, wenn ihnen vom Unionsbürger oder seinem Ehegatten Unterhalt gewährt wird (zum umgekehrten Fall: unten Rn 17). „Unterhalt gewähren“ bedeutet in diesem Zusammenhang, dass der Betreffende **materieller Unterstützung bedarf**, um seine Grundbedürfnisse in seinem Herkunftsstaat in dem Zeitpunkt zu decken, in dem er beantragt, dem Unionsbürger zu folgen.<sup>140</sup> Nicht erforderlich ist hingegen, dass der Familienangehörige einen Unterhaltsanspruch gegen den Unionsbürger oder dessen Ehegatten hat.<sup>141</sup> Der Unterhaltsbedarf kann mit jedem geeigneten Mittel nachgewiesen

<sup>137</sup> GK-AufenthG/Epe, IX-2 § 3 Rn 21.

<sup>138</sup> S. hierzu auch Oberhäuser, Der unionsrechtlich, aber nicht geregelte Anspruch auf Familiennachzug, Asylmagazin 7-8/2011, 223, 225.

<sup>139</sup> AA VG Berlin, Urt. v. 19.4.2012, 3 K 1153/10 V, ANA-ZAR 2012, 20, Dok. 1652 im Internet: „Nur“ Anspruch nach der unmittelbar anwendbaren FZF-RL; deshalb aber keine Sprachkenntnisprüfung erforderlich.

<sup>140</sup> EuGH, Urt. v. 16.1.2014, Rs. C-423/12 (May Reyes), InfAuslR 2014, 85; EuGH, Urt. v. 9.1.2007, Rs. C-1/05 (Jia), InfAuslR 2007, 178 noch zu Art. 6 b der RL 73/148.

<sup>141</sup> Dienelt in: Renner, AuslR, 9. Aufl., § 3 FreizügG/EU Rn 40 ff.

werden (zB behördliche Bestätigung des Herkunftsstaats, dass dort bekannt ist, dass Unterhalt gewährt wird und dieser benötigt wird, die Kosten des Lebensunterhalts zu begleichen). Eine Verpflichtungserklärung des Unionsbürgers oder seines Ehegatten, dem Familienmitglied Unterhalt zu gewähren, genügt allerdings als alleiniger Nachweis nicht für die Anerkennung einer tatsächlichen Bedürftigkeit.<sup>142</sup> Die „Sorge“ für ein Kind schließt eine Unterhaltsgewährung ein.<sup>143</sup>

Nach dem Wortlaut von Abs. 2 ist **kein „voller Unterhalt“** im Sinne eines nach nationalen Regeln bestimmten Unterhalts geschuldet. Vielmehr ist ausreichend, dass Unterhaltsleistungen tatsächlich gewährt werden, sofern diese einen Umfang haben, der es ermöglicht, zumindest einen Teil des Lebensunterhalts – gegebenenfalls auch in natura, bspw durch Zurverfügungstellung kostenloser Verpflegung; ergänzender Bezug von Sozialleistungen schadet nicht, die Unterhaltszahlung darf aber nicht gänzlich unbedeutend sein<sup>144</sup> – regelmäßig zu decken,<sup>145</sup> zumal andernfalls das Bestehen eines Nachzugsrechts von Staat zu Staat unterschiedlich wäre, was einer unionsrechtlich gebotenen einheitlichen Auslegung des Begriffs der Unterhaltsgewährung zuwider liefe.<sup>146</sup> Nicht entscheidend ist, warum Unterhalt gewährt wird, insb. warum der Familienangehörige bedürftig ist und ob er seine Bedürftigkeit vermeiden könnte.<sup>147</sup> Daher besteht kein unionsrechtliches Aufenthaltsrecht, wenn zwar ein Rechtsanspruch auf Leistung von Unterhalt besteht, tatsächlich aber kein „Unterhalt gewährt“ wird.<sup>148</sup> Nicht von Belang ist allerdings, woher die Mittel stammen.<sup>149</sup> Insb. müssen die Zahlungen nicht von einer Person kommen, die zu Unterhaltsleistungen verpflichtet ist, sondern können auch aus dem Vermögen oder Einkommen Dritter stammen.<sup>150</sup>

Nach Art. 23 Freizügigkeits-RL ist mit der Anerkennung eines Freizügigkeitsrechts das Recht auf Aufnahme einer Beschäftigung verbunden. Mit Aufnahme einer Beschäftigung würde allerdings die Bedürftigkeit entfallen, so dass dem Familienangehörigen angeraten werden müsste, vom Beschäftigungsrecht keinen Gebrauch zu machen, um sein Aufenthaltsrecht nicht zu verlieren. Das Beschäftigungsrecht stünde folglich nur auf dem Papier und hätte keinen praktischen Anwendungsbereich. Daher muss Abs. 2 Nr. 2 einschränkend so ausgelegt werden, dass die Voraussetzung der Unterhaltsgewährung nur für den Zeitraum bis zum ersten Zugang zum Arbeitsmarkt besteht.<sup>151</sup>

### **e) Kinder in Ausbildung und deren drittstaatsangehöriger Elternteil**

Das drittstaatsangehörige Kind eines Unionsbürgers, das eine Ausbildung in dem Mitgliedstaat aufgenommen hat, in dem der Unionsbürger beschäftigt ist oder war, hat nach Art. 12 VO 1612/68/EWG – der durch die Freizügigkeits-RL nicht aufgehoben wurde<sup>152</sup> – ein Aufenthaltsrecht bis zum Abschluss seiner Ausbildung. Das Recht setzt zwar das Bestehen eines Aufenthaltsrechts vor Beginn der Ausbildung und eine – zumindest frühere – Arbeitstätigkeit des Unionsbürger-Elternteils voraus,<sup>153</sup> besteht aber über Abs. 4 hinaus auch nach Eintritt der Volljährigkeit<sup>154</sup> und ist

---

<sup>142</sup> EuGH, Urt. v. 9.1.2007, Rs. C-1/05 (Jia), InfAusLR 2007, 178.

<sup>143</sup> VG Frankfurt, Beschl. v. 28.12.2006, 5 L 426/06, juris; VG Ansbach, Beschl. v. 18.8.2006, AN 19 K 06.01397, juris.

<sup>144</sup> GK-AufenthG/Epe, IX-2 § 3 Rn 23.

<sup>145</sup> BVerwG, Urt. v. 20.10.1993, 11 C 1.93, InfAusLR 1994, 82; vgl auch EuGH, Urt. v. 18.6.1987, Rs. 316/85 (Lebon), Slg 1987, 2811.

<sup>146</sup> EuGH, Urt. v. 18.6.1987, Rs. 316/85 (Lebon), Rn 21, Slg 1985, 2811; Dienelt in: Renner, AusLR, 9. Aufl., § 3 FreizügG/EU Rn 42.

<sup>147</sup> EuGH, Urt. v. 16.1.2014, Rs. C-423/12 (May Reyes), InfAusLR 2014, 85; EuGH, Urt. v. 18.6.1987, Rs. 316/85 (Lebon), Rn 22, Slg 1987, 2811; Urt. v. 23.3.2006, Rs. C-408/03 (Kommission/Belgien), DVBl. 2006, 691.

<sup>148</sup> Hailbronner, AusLR, 10/2007, § 3 FreizügG/EU 3 Rn 26.

<sup>149</sup> EuGH, Urt. v. 19.10.2004, Rs. C-200/02 (Zhu und Chen), InfAusLR 2004, 413; Urt. v. 23.3.2006, Rs. C-408/03 (Kommission/Belgien), DVBl. 2006, 691.

<sup>150</sup> EuGH, Urt. v. 19.10.2004, Rs. C-200/02 (Zhu und Chen), InfAusLR 2004, 413.

<sup>151</sup> EuGH, Urt. v. 16.1.2014, Rs. C-423/12 (May Reyes), InfAusLR 2014, 85; so bereits Epe, GK-AufenthG IX-2 § 1 FreizügG/EU Rn 25 mwN.

<sup>152</sup> EuGH, Urt. v. 23.2.2010, Rs. C-310/08 (Ibrahim), Rn 46, AuAS 2010, 98.

<sup>153</sup> EuGH, Urt. v. 23.2.2010, Rs. C-310/08 (Ibrahim), Rn 34 und 40, AuAS 2010, 98.

<sup>154</sup> EuGH, Urt. v. 23.2.2010, Rs. C-480/08 (Teixeira), InfAusLR 2010, 180.

unabhängig vom Vorhandensein ausreichender Existenzmittel oder eines Krankenversicherungsschutzes.<sup>155</sup>

Vom Recht des Kindes leitet sich das Aufenthaltsrecht seines anderen Elternteils ab, da die Versagung der Möglichkeit für die Eltern, während der Ausbildung ihrer Kinder im Aufnahmemitgliedstaat zu bleiben, geeignet sein könnte, den Kindern ein ihnen vom Unionsgesetzgeber zuerkanntes Recht zu nehmen.<sup>156</sup> Solange das Kind der Anwesenheit und der Fürsorge des sorgeberechtigten Elternteils bedarf, um seine Ausbildung im Aufnahmemitgliedstaat fortsetzen und abschließen zu können, hat dieser ein abgeleitetes Aufenthaltsrecht in dem betreffenden Staat,<sup>157</sup> auch wenn er vom anderen Elternteil geschieden ist.<sup>158</sup> Ist das Kind volljährig, seine Ausbildung aber noch nicht beendet, wird widerleglich vermutet, dass das Kind in der Lage ist, für seinen Unterhalt zu sorgen. Das Aufenthaltsrecht des Elternteils besteht aber fort, wenn das Kind weiterhin der Anwesenheit und der Fürsorge des Elternteils bedarf, um seine Ausbildung fortsetzen und abschließen zu können.<sup>159</sup>

#### **f) Verwandte in aufsteigender und absteigender Linie des Ehegatten des Unionsbürgers, denen der Ehegatte oder der Unionsbürger Unterhalt gewährt (Abs. 2 Nr. 2)**

Besonders augenfällig wird die Diskriminierung von Inländern gegenüber Freizügigkeitsberechtigten beim Blick auf die Gruppe der Familienangehörigen des Ehegatten des Unionsbürgers, denen – ggf nur in geringem Umfang (s. Rn 12) – Unterhalt gewährt wird. Für diese Gruppe (bspw Eltern, erwachsene Kinder oder Kinder, für die der im Ausland lebende andere Elternteil einen letzten Rest elterlicher Personensorge besitzt<sup>160</sup>) des Ehegatten eines Deutschen enthält das AufenthG bestenfalls die Ermessen eröffnende Vorschrift von § 36 Abs. 2 mit seinen außergewöhnlich hohen tatbestandlichen Anforderungen. Die Angehörigen des Ehegatten eines Unionsbürgers haben hingegen nicht nur ein Recht auf Einreise, sondern sind freizügigkeitsberechtigt mit allen Vergünstigungen in Bezug auf bedingungsloses Recht auf Einreise, Schutz vor Aufenthaltsbeendigung, Erwerb eines eigenständigen Aufenthaltsrechts, verbundene Rechte iSv Art. 23 Freizügigkeits-RL und Anspruch auf Inländergleichbehandlung. Da Art. 18 AEUV jedenfalls im Bereich der FZ-RL zu beachten ist, ist die oben aufgezeigte Diskriminierung Deutscher gegenüber Unionsbürgern nach hiesiger Ansicht nicht zu rechtfertigen und verfassungswidrig.

#### **g) Verwandte in aufsteigender und absteigender Linie des Unionsbürgers oder seines Ehegatten, die dem Unionsbürger Unterhalt gewähren**

Eltern sind nicht stets Familienangehörige ihres Kindes – so lässt sich die Rspr. des EuGH zur unionsrechtlichen Stellung von Unterhalt leistenden Eltern (überspitzt) zusammenfassen. Begründung des EuGH: In Art. 2 Nr. 2 Freizügigkeits-RL wird nur der Unterhalt leistende Unionsbürger genannt, nicht der Unterhalt empfangende. Entsprechend kann sich der seinem Unionsbürgerkind Unterhalt leistende Elternteil auch dann nicht auf die Freizügigkeits-RL berufen, wenn das Kind von seinem Freizügigkeitsrecht Gebrauch gemacht hat.<sup>161</sup> Die Richtlinie sei auch nicht ohne Weiteres analog anwendbar. Dies überzeugt allerdings nicht: es ist doch geradezu offenkundig, dass nach Ziel und Zweck der Richtlinie sowie Art. 7 GRC der Elternteil jedenfalls dann als Familienangehöriger gelten sollte, wenn er zum Kind nachzieht oder es begleitet, erst recht, wenn er auch die Personensorge für sein Kind ausübt. Dies ergibt sich nicht zuletzt aus Art. 12 Abs. 3 und Art. 13 Abs. 2 b) und d) Freizügigkeits-RL, die dem drittstaatsangehörigen Elternteil ein Recht auf Aufenthalt zuerkennen, bspw. wenn der Unionsbürgerelternteil verstirbt, der drittstaatsangehörige Elternteil aber elterliche Verantwortung übernimmt. Wird er in diesen Fällen ausdrücklich als freizügigkeitsberechtigter

<sup>155</sup> EuGH, Urt. v. 23.2.2010, Rs. C-310/08 (Ibrahim), Rn 56, AuAS 2010, 98.

<sup>156</sup> EuGH, Urt. v. 23.2.2010, Rs. C-310/08 (Ibrahim), AuAS 2010, 98.

<sup>157</sup> EuGH, Urt. v. 23.2.2010, Rs. C-480/08 (Teixeira), InfAuslR 2010, 180.

<sup>158</sup> EuGH, Urt. v. 8.5.2013, Rs. C-529/11 (Alarape), Rn 27 mwN, InfAuslR 2013, 262.

<sup>159</sup> EuGH, Urt. v. 23.2.2010, Rs. C-480/08 (Teixeira), Rn 86, InfAuslR 2010, 180.

<sup>160</sup> So jedenfalls BVerwG, Urt. v. 7.4.2009, 1 C 17/08, InfAuslR 2009, 270 und Urt. v. 1.12.2009, 1 C 32/08, www.bverw.de.

<sup>161</sup> EuGH, Urt. v. 8.11.2012, Rs. C-40/11 (Iida), InfAuslR 2013, 6; ohne Gebrauchmachen der Freizügigkeitsrechte scheidet die direkte Anwendung der Freizügigkeits-RL ohnehin aus, s. EuGH, Urt. v. 8.5.2013, Rs. C-87/12 (Ymeraga), Rn 30, InfAuslR 2013, 259.

Familienangehöriger angesehen, dann sollte dies erst recht gelten, wenn der andere Elternteil noch lebt. Anders jedoch der EuGH: Eine analoge Anwendung der Freizügigkeits-RL sei nur angezeigt, wenn der Elternteil aus dem Recht des Unionsbürgerkindes aus Art. 20, 21 AEUV ein eigenes Recht auf Aufenthalt ableiten kann. Dies sei nur in drei Fallkonstellationen anzunehmen:

- Zum einen, wenn das Unionsbürgerkind ein auf Art. 21 AEUV gestütztes Aufenthaltsrecht hat, also die Voraussetzungen der Freizügigkeits-RL erfüllt, namentlich gewandert ist und über ausreichendes Einkommen – sei es auch in Form von Unterhaltszahlungen bspw. durch den drittstaatsangehörigen Elternteil – verfügt sowie krankenversichert ist.<sup>162</sup> Dem Aufenthaltsrecht des Unionsbürgerkindes würde nämlich jede praktische Wirksamkeit genommen, wenn sein sorgeberechtigter Elternteil nicht unter den selben Voraussetzungen ein Aufenthaltsrecht hätte, wie das Unionsbürgerkind, so dass der Elternteil analog Art. 10 Freizügigkeits-RL eine Aufenthaltskarte beanspruchen kann, auch wenn nur der Unterhalt des Kindes gesichert ist.

- Zum anderen, wenn die Verweigerung eines solchen Rechts in den „Kernbestand der Unionsbürgerschaft“ des Kindes gem. Art. 20 AEUV eingreifen würde.<sup>163</sup> Ein solcher Eingriff sei aber nur zu bejahen, wenn die Verweigerung des Aufenthaltsrechts des Elternteils das Kind de facto zwingen würde, das Gebiet der gesamten EU zu verlassen; denn dadurch würde die Unionsbürgerschaft ihrer praktischen Wirksamkeit beraubt.<sup>164</sup> Der bloße, nicht erfüllte Wunsch, zusammen zu leben, genügt indes ebensowenig, um von einem faktischen Zwang auszugehen, wie ausschließlich wirtschaftliche Gründe für die Wahl des Aufenthaltsstaats.<sup>165</sup> Selbst wenn angesichts dieser Anforderungen ein abgeleitetes, der Freizügigkeits-RL entsprechendes Aufenthaltsrecht ausscheidet, ist der Mitgliedstaat aber in jedem Fall verpflichtet, zu prüfen, „ob gestützt auf eine Prüfung im Licht der Bestimmungen der (EMRK) den (...) betroffenen Drittstaatsangehörigen ein Recht auf Aufenthalt nicht verweigert werden kann“.<sup>166</sup>

- Zum Dritten ist das Aufenthaltsrecht der Eltern eines Unionsbürgerkindes bis zum Abschluss von dessen Ausbildung anerkannt, uU auch noch nach Erreichen der Volljährigkeit. Zwar endet das Aufenthaltsrecht des Elternteils grundsätzlich mit der Volljährigkeit des Unionsbürgerkindes, ausnahmsweise besteht es jedoch danach fort, nämlich sofern Betreuungsbedarf besteht.<sup>167</sup> Fest steht insoweit ferner, dass es nicht auf Blutsverwandtschaft oder darauf ankommt, dass das Unionsbürgerkind und ein Elternteil unter einem Dach zusammenwohnen.<sup>168</sup> Hingegen ist noch ungeklärt, aber mit Blick auf Art. 24 Abs. 3 GRC und die Bedeutung des Zusammenlebens mit beiden Elternteilen für das Kind zu bejahen, das Bestehen des Freizügigkeitsrechts eines drittstaatsangehörigen Elternteils, wenn dieser nicht nur gelegentlich Umgang mit seinem Unionsbürgerkind hat.<sup>169</sup> Jedenfalls sofern der andere Elternteil an den Aufnahmestaat gebunden ist, bspw. weil seine anderen Kinder in patchwork mit aufenthaltsberechtigten Familienangehörigen leben, besteht ein unionsrechtliches Aufenthaltsrecht des drittstaatsangehörigen Elternteils, da es dem Unionsbürgerkind nicht zuzumuten ist, sich zwischen den Elternteilen entscheiden zu müssen, selbst wenn der drittstaatsangehörige Elternteil in einem anderen Mitgliedstaat lebt und damit das Kind das Unionsgebiet nicht verlassen müsste. Neben dem unionsrechtlichen Aufenthaltsrecht stets zu berücksichtigen ist das in § 11 Abs. 1 S. 11 enthaltene und das allg. Diskriminierungsverbot des Art. 18 AEUV widerspiegelnde Meistbegünstigungsgebot. Danach sind Unionsbürgerkinder wie deutsche Kinder zu behandeln, so dass sorgeberechtigte Eltern jedenfalls ein – nationales – Aufenthaltsrecht gem. § 11 Abs. 1 S. 11 i.V.m. § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 AufenthG haben, zumindest aber beanspruchen können.

---

<sup>162</sup> EuGH, Urt. v. 10.10.2013, Rs. C-86/12 (Alokpa), Rn 29 f, InfAuslR 2013, 410 und Urt. v. 19.10.2004, Rs. C-200/02 (Zhu und Chen), Rn 45 ff, InfAuslR 2004, 413.

<sup>163</sup> EuGH, Urt. v. 8.3.2011, Rs. C-34/09 (Ruiz Zambrano), InfAuslR 2011, 179.

<sup>164</sup> EuGH, Urt. v. 8.5.2013, Rs. C-87/12 (Ymeraga), Rn 36, InfAuslR 2013, 259.

<sup>165</sup> EuGH, Urt. v. 8.5.2013, Rs. C-87/12 (Ymeraga), Rn 38, InfAuslR 2013, 259, EuGH, Urt. v. 10.10.2013, Rs. C-86/12 (Alokpa), InfAuslR 2013, 410.

<sup>166</sup> EuGH, Urt. v. 8.5.2013, Rs. C-87/12 (Ymeraga), Rn 44, InfAuslR 2013, 259.

<sup>167</sup> EuGH, Urt. v. 8.5.2013, Rs. C-529/11 (Alarape), InfAuslR 2013, 262; EuGH, Urt. v. 23.2.2010, Rs. C-480/08 (Teixeira), InfAuslR 2010, 180; Urt. v. 17.9.2002, Rs. C-413/99 (Baumbast), InfAuslR 2002, 463; s.a. Raschka, ZAR 2012, 231, 232.

<sup>168</sup> EuGH, Urt. v. 12.3.2014, Rs. C-456/12 (O u. B), InfAuslR 2014, 171 und hierzu: Tewocht, Von Zambrano bis O. und S. – Zur (Weiter-)Entwicklung der Kernbereichsrechtsprechung des EuGH, Zeitschrift für europarechtliche Studien, 16 (2013), pp. 219-237.

<sup>169</sup> In ihren Schlussanträgen vom 15.5.2012 (Rs. C-40/11 [Iida], Rn 66, 79 und 87 f, curia) hält GA in Trstenjak eine primärrechtlich gebotene Einbeziehung des sorgeberechtigten Elternteils in den Anwendungsbereich des Unionsrechts für zumindest nicht ausgeschlossen.



## h) Sonstige Verwandte

Wie bei § 2 Rn 32 bereits ausgeführt, sind die Mitgliedstaaten nach Art. 3 Abs. 2 Freizügigkeits-RL verpflichtet, bestimmten sonstigen, nicht bereits von Art. 2 Nr. 2 Freizügigkeits-RL erfassten Familienangehörigen<sup>170</sup> die Einreise zum Unionsbürger zu erleichtern. Dies begünstigt entferntere Familienangehörige,

- denen der Unionsbürger zum Zeitpunkt ihrer Ausreise aus dem Herkunftsstaat<sup>171</sup> Unterhalt gewährt (hat),
- mit denen er im Herkunftsland in häuslicher Gemeinschaft gelebt hat und
- wenn schwerwiegende gesundheitliche Gründe die persönliche Pflege des Familienangehörigen des Unionsbürgers zwingend erforderlich machen; außerdem
- Lebenspartner, wenn die Lebenspartnerschaft zwar ordnungsgemäß bescheinigt, aber – wie in Deutschland (s. Rn 5) – nicht der Ehe gleichgestellt ist.

Die Mitgliedstaaten sind zwar nicht verpflichtet, Einreise und Aufenthalt zu erlauben, sie müssen diese aber nach Maßgabe der jeweiligen innerstaatlichen Rechtsvorschriften gegenüber den Bestimmungen für sonstige Drittstaatsangehörige **erleichtern**.<sup>172</sup> Überdies müssen sie gemäß Art. 3 Abs. 2 S. 2 Freizügigkeits-RL eine eingehende Untersuchung der persönlichen Umstände durchführen und eine etwaige Verweigerung der Einreise oder des Aufenthalts dieser Personen in gerichtlich überprüfbarer Weise begründen. Im FreizügG/EU finden sich indes keine Regelungen zur Art und Weise der Durchführung einer solchen „eingehenden Untersuchung der persönlichen Umstände“. Hierin liegt, wie in § 2 Rn 32 erläutert, ein gegen Unionsrecht verstoßendes Versäumnis des Gesetzgebers. Art. 3 Abs. 2 Freizügigkeits-RL begründet daher einen Anspruch auf unionsrechtskonforme Auslegung und dem entsprechender, also die „Erleichterung“<sup>173</sup> widerspiegelnde Anwendung von § 36 Abs. 2 AufenthG: Der unbestimmte Rechtsbegriff der „außergewöhnlichen Härte“ ist unionsrechtskonform so auszulegen, dass dieser in den in Art. 3 Abs. 2a Freizügigkeits-RL genannten Fällen stets vorliegt. Das der ABH eröffnete Ermessen ist mit Blick auf das Ziel von Art. 3 Abs. 2 Freizügigkeits-RL intendiert, also grundsätzlich in Richtung der Ermöglichung einer Einreise auszuüben, auch wenn der Mitgliedstaat bei der Wahl der Kriterien zur Bestimmung, welche Familienangehörigen zu Einreise und Aufenthalt berechtigt sein sollen, einen großen Ermessensspielraum hat.<sup>174</sup> Andernfalls wird der Verpflichtung aus Art. 3 Abs. 2a Freizügigkeits-RL nicht hinreichend Rechnung getragen. Wird der Aufenthalt gestattet, hat der Familienangehörige einen Anspruch auf Ausstellung einer Aufenthaltskarte gem. § 5 Abs. 2.<sup>175</sup>

## 2. Voraussetzungen des Freizügigkeitsrechts (§ 3 Abs. 1)

Der Gesetzgeber unterscheidet – entsprechend Art. 7 Abs. 2 Freizügigkeits-RL, aber ohne gem. § 2 Abs. 2 Nr. 7 Daueraufenthaltsberechtigte zu berücksichtigen – zwei Gruppen von Freizügigkeitsberechtigten: Familienangehörige von Arbeitnehmern, Selbständigen, Dienstleistungserbringern und -empfängern sind ohne Weiteres freizügigkeitsberechtigt, Angehörige nicht erwerbstätiger oder auszubildender Unionsbürger nur, sofern ihr Lebensunterhalt gesichert ist. Beiden Gruppen ist gemein, dass das Freizügigkeitsrecht nur besteht, wenn die Familienangehörigen den Unionsbürger „begleiten oder ihm nachziehen“, § 3 Abs. 1, oder dies zumindest beabsichtigen.<sup>176</sup>

---

<sup>170</sup> Dass sie „Familienangehörige“ sind, die „Legaldefinition“ in § 3 Abs. 2 FreizügG/EU also nicht abschließend ist, folgt zwingend aus Art. 3 Abs. 2a Freizügigkeits-RL, da die dort genannte Person ebenfalls als Familienangehöriger bezeichnet wird.

<sup>171</sup> EuGH, Urt. v. 5.9.2012, Rs. C-83/11 (Rahman), Rn 33, curia.

<sup>172</sup> EuGH, Urt. v. 5.9.2012, Rs. C-83/11 (Rahman), Rn 25, curia.

<sup>173</sup> Nach EuGH, Urt. v. 5.9.2012, Rs. C-83/11 (Rahman), Rn 24, curia, darf die nationale Auslegung des Begriffs dem gewöhnlichen Sprachverständnis nicht zuwiderlaufen und muss der Grundsatz des *effet utile* beachtet werden.

<sup>174</sup> EuGH, Urt. v. 5.9.2012, Rs. C-83/11 (Rahman), Rn 37 ff, curia; Deutschland hat bislang allerdings noch gar nichts geregelt, s. Rn nnn.

<sup>175</sup> EuGH, Urt. v. 5.9.2012, Rs. C-83/11 (Rahman), Rn 44 f, curia; so bereits GK-AufenthG/Epe, IX-2 § 3 Rn 30.

<sup>176</sup> Letzteres gilt für die Gruppe der Familienangehörigen, die nicht in § 3 Abs. 2 und Art. 2 Nr. 2 Freizügigkeits-RL genannt sind und folgt letztlich aus Art. 7 GRC und Art. 8 EMRK.

Damit wird klargestellt, dass Familienangehörige ein abgeleitetes Aufenthaltsrecht haben,<sup>177</sup> dessen Bestand abhängig ist vom Status des Unionsbürgers.

Die aus Art. 7 Abs. 2 Freizügigkeits-RL übernommene Formulierung „begleiten oder ... nachziehen“ ersetzt die frühere Formulierung, wonach Familienangehörige bei dem Unionsbürger „Wohnung nehmen“ mussten. Schon zu Art. 10 VO 1612/68/EWG (durch die Freizügigkeits-RL geändert) hatte der EuGH entschieden, dass Freizügigkeit von Familienangehörigen eines Arbeitnehmers das Recht umfasst, im gesamten Hoheitsgebiet des betreffenden Mitgliedstaates zu arbeiten, und zwar auch dann, wenn diese Tätigkeit an einem vom gewöhnlichen Aufenthalt des Wanderarbeitnehmers entfernten Ort ausgeübt wird.<sup>178</sup> Eine gemeinsame Wohnung ist daher für den Unionsbürger und ihn begleitende oder ihm nachziehende Familienangehörige nicht erforderlich.<sup>179</sup>

**Keine** Norm der Freizügigkeits-RL berechtigt einen Mitgliedstaat, die Anerkennung des Aufenthaltsrechts eines Familienangehörigen von der **Glaubhaftmachung bestimmter Ziele** abhängig zu machen, bspw. „in familiärer Gemeinschaft zusammen zu leben“. Die Grenze wird erst durch Art. 35 Freizügigkeits-RL gezogen, wonach in Fällen, in denen ein Rechtsmissbrauch feststeht, das Aufenthaltsrecht verweigert, aufgehoben oder widerrufen werden darf (s.a. § 2 Rn 48 ff). Daher mag es zutreffen, dass sich aus Sinn und Zweck der Vorschriften zum Familiennachzug sowie aus der Entstehungsgeschichte ergibt, dass im Regelfall eine familiäre Gemeinschaft gefordert werden kann.<sup>180</sup> Entscheidend ist dann aber, wann und von wem geprüft werden darf, ob ein Regel- oder Ausnahmefall vorliegt und welche Konsequenzen hieraus folgen. Darf die Prüfung erst nach der Einreise erfolgen, bedingt dies – logisch zwingend – ein Einreiserecht. Schon mangels Grenzkontrollen kann aber einem Familienangehörigen, der den Unionsbürger beim Überschreiten von Binnengrenzen begleitet oder ihm nachzieht, das Einreiserecht nicht verwehrt werden. Zur Einreise ist er also stets berechtigt. Da Einreise und Aufenthalt aber schon nach dem Wortlaut von § 2 Abs. 1 kongruent sind, hängt auch das Aufenthaltsrecht nicht von der vorherigen Prüfung und Verneinung eines Ausnahmefalls ab. Einreise und Aufenthalt des Familienangehörigen sind also grundsätzlich erlaubt. Erst nach der Einreise darf geprüft werden, ob gewichtige Anhaltspunkte für einen Rechtsmissbrauch zu erkennen sind (siehe § 2 Abs. 7). Würde dies anders gesehen,<sup>181</sup> wäre zum einen die nach Art. 6 Abs. 2 und 7 Abs. 2 Freizügigkeits-RL weitgehend voraussetzungslose Einreise des Familienangehörigen nicht zu gewährleisten und zum anderen eine unionsweite Einheitlichkeit der Umsetzung der Freizügigkeits-RL nicht realisierbar. Außerdem ginge damit eine unionsrechtswidrige Einschränkung des Freizügigkeitsrechts des Unionsbürgers einher, da er nie sicher sein kann, dass auch seine Familienangehörigen mit einreisen können und er damit von der Wahrnehmung seiner Freizügigkeitsrechte abgehalten werden könnte.

Dies ergibt sich ferner aus Art. 35 Freizügigkeits-RL, wonach die Mitgliedstaaten diejenigen Maßnahmen erlassen können, die notwendig sind, um die durch diese Richtlinie verliehenen Rechte im Falle von Rechtsmissbrauch oder Betrug – wie zB durch Eingehung von Scheinehen – zu verweigern, aufzuheben oder zu widerrufen, sofern die Verhältnismäßigkeit gewahrt ist und die Verfahrensgarantien nach Art. 30 und 31 Freizügigkeits-RL gewährleistet sind. Folglich ist das Zusammenleben keine Voraussetzung des Freizügigkeitsrechts, sondern sein Fehlen ein Grund, das Fortbestehen des Rechts zu hinterfragen. Daher wird man auch mit Blick auf die die Diatta-Rspr des EuGH nachzeichnenden Regelungen von Art. 13 Abs. 2a Freizügigkeits-RL und § 3 Abs. 5 zu folgern haben, dass eine (nur noch) formal bestehende Ehe genügt, das Aufenthaltsrecht zu begründen.<sup>182</sup> Demzufolge ist es bspw nicht zulässig, die Einreise wegen des (bloßen) Verdachts des Vorliegens einer Scheinehe zu verweigern. Bestätigt sich dieser Verdacht aber, darf das Aufenthaltsrecht entzogen werden.

---

<sup>177</sup> EuGH, Urt. v. 12.3.2014, Rs. C-456/12 (O u. B), Rn 39, InfAuslR 2014, 171.

<sup>178</sup> EuGH, Urt. v. 13.12.1985, Rs. 267/83 (Diatta), NJW 1985, 2087.

<sup>179</sup> EuGH, Urt. v. 10.7.2014, Rs. C-244/13 (Ogieriakhi), curia.

<sup>180</sup> So GK-AufenthG/Epe, IX-2 § 3 Rn 35.

<sup>181</sup> Hailbronner, AuslR (10/2007), D 1 § 3 Rn 12, der dies aus Text und Erwägungsgründen der Freizügigkeits-RL ableiten will.

<sup>182</sup> EuGH, Urt. v. 13.2.1985, Rs. 267/83 (Diatta), NJW 1985, 2087; EuGH, Urt. v. 10.7.2014, Rs. C-244/13 (Ogieriakhi), curia; VGH BW, Beschl. v. 2.1.1995, 11 S 3379/94, InfAuslR 1995, 97; auch ein getrennt lebender Ehegatte besitzt bis zur Scheidung ein Aufenthaltsrecht.

### **a) Familienangehörige von Arbeitnehmern und Selbständigen (§ 3 Abs. 1 S. 1)**

Diese sind – unabhängig von ausreichenden Existenzmitteln und Krankenversicherungsschutz, wie sich im Umkehrschluss zu Abs. 1 S. 2 ergibt – solange freizügigkeitsberechtigt, wie der abhängig beschäftigte oder selbständig erwerbstätige Unionsbürger nicht aus dem Arbeitsleben ausgeschieden oder erwerbsunfähig geworden ist (s. § 2 Rn 14 und 24).

### **b) Familienangehörige von Dienstleistungserbringern und -empfängern**

Familienangehörige sind sowohl für die Dauer der Erbringung als auch des Empfangs von Dienstleistungen des bzw an den Unionsbürger freizügigkeitsberechtigt. Dauert die Erbringung oder der Empfang von Dienstleistungen länger als drei Monate, ist sie bzw er aber weiterhin nur vorübergehend, ändert dies nichts am Bestehen des Aufenthaltsrechts.<sup>183</sup> Da der Unionsbürger aber jedenfalls beim Empfang von Dienstleistungen nicht zwingend „erwerbstätig“ iSv § 2 Abs. 2 Nr. 5 sein muss, stellt sich die Frage, ob sein Familienangehöriger sich auf S. 1 oder S. 2 von § 3 Abs. 1 berufen kann, also sein Freizügigkeitsrecht von ausreichenden Existenzmitteln abhängt, oder es auch ohne solche besteht. Aus gesetzessystematischen Gründen – hierzu sogleich – ist Letzteres zu bejahen.

### **c) Familienangehörige nicht erwerbstätiger Unionsbürger**

Familienangehörige Nichterwerbstätiger haben nur dann ein Aufenthaltsrecht für mehr als drei Monate, wenn nachgewiesen wird, dass der Unionsbürger, von dem sie ihr Aufenthaltsrecht ableiten, über **ausreichende Existenzmittel und** einen umfassenden **Krankenversicherungsschutz** verfügt, Art. 7 Abs. 1b Freizügigkeits-RL. Ausgenommen von dieser Nachweispflicht sind neben Arbeitnehmern und Selbständigen auch Arbeitssuchende, sich zur Berufsausbildung aufhaltende Unionsbürger, Dienstleistungserbringer und Dienstleistungsempfänger. In § 2 Abs. 2 Nr. 1 – 5, auf den § 3 Abs. 1 verweist, wird eindeutig zwischen „nicht erwerbstätigen“ (Nr. 5) und arbeitssuchenden oder sich zur Berufsausbildung aufhaltenden Unionsbürgern (Nr. 1) sowie Dienstleistungserbringern/-empfängern (Nr. 3 und 4) differenziert. Das Erfordernis ausreichender Existenzmittel und ausreichenden Krankenversicherungsschutzes als Voraussetzung des Freizügigkeitsrechts des Familienangehörigen gilt nach dem Wortlaut von §§ 3 Abs. 1 S. 2, 2 Abs. 2 Nr. 5 nur für solche Unionsbürger, die nicht bereits einer der anderen Ziffern von § 2 Abs. 2 zuzuordnen sind, nämlich nicht Arbeitssuchende, Dienstleistungserbringer oder -empfänger oder Auszubildende sind. Nur sie, also die in § 2 Abs. 2 Nr. 5 Genannten, müssen für das Freizügigkeitsrecht ihrer Familienangehörigen über ausreichende Existenzmittel und einen umfassenden Krankenversicherungsschutz im Aufnahmemitgliedstaat verfügen. Dem entspricht Art. 7 Abs. 3 Freizügigkeits-RL, nach dem und dessen Abs. 1d ausdrücklich auch der Arbeitssuchende Arbeitnehmer ist und seinem Familienangehörigen – ohne Weiteres – das Freizügigkeitsrecht vermitteln kann. Schon dies erschließt, dass § 2 Abs. 2 Nr. 5 nicht die Unionsbürger betreffen kann, die den vorangehenden Ziffern zuzuordnen sind. Dieser Befund wird auch nicht dadurch in Frage gestellt, dass Art. 7 Abs. 1c Freizügigkeits-RL für den Familienangehörigen des Auszubildenden weitere Voraussetzungen für die Erlangung der Rechtsposition als Freizügigkeitsberechtigter aufstellt, als der Gesetzgeber in §§ 3 Abs. 1 S. 1, 2 Abs. 2 Nr. 1 normiert hat. Der Gesetzgeber darf gemäß Art. 37 Freizügigkeits-RL günstigere Regeln vorsehen, hinter die Regelungen der Freizügigkeits-RL zurückbleiben darf er hingegen nicht.<sup>184</sup>

### **d) Familienangehörige studierender Unionsbürger**

---

<sup>183</sup> So auch Hailbronner, AuslR (10/2007), D 1 § 3 Rn 7.

<sup>184</sup> AA Hailbronner, AuslR (10/2007), D 1 § 3 Rn 6: Ein solches Aufenthaltsrecht bestehe nur dann, wenn die in § 4 oder Art. 7 Abs. 1 b oder c Freizügigkeits-RL niedergelegten Voraussetzungen erfüllt seien. Auch Hailbronner räumt allerdings ein, dass sich dafür im Text des Freizügigkeitsgesetzes Erkenntnisse nicht gewinnen lassen, sondern argumentiert teleologisch für die Anwendung der Voraussetzungen des § 3.

(...)

### **e) Familienangehörige von Daueraufenthaltsberechtigten iSv § 2 Abs. 2 Nr. 7**

Diese sind zwar in § 3 Abs. 1 nicht erwähnt. Insoweit handelt es sich aber um ein Versehen des Gesetzgebers, das eine analoge Anwendung von § 3 Abs. 1 gebietet.<sup>185</sup> Weder lässt sich eine Ausgrenzung der Daueraufenthaltsberechtigten vom Recht auf Aufenthalt ihrer Familienangehörigen der Freizügigkeits-RL oder der Rspr des EuGH entnehmen, noch wäre begründbar, dass das Recht auf Wahrung oder Herstellung der Familieneinheit endet, wenn sich das Aufenthaltsrecht des Unionsbürgers verfestigt hat. Die Einbeziehung der Daueraufenthaltsberechtigten in den Kreis der zum Familiennachzug Berechtigten entspricht im Übrigen auch der europäischen Rspr<sup>186</sup> und gebietet eine Gleichbehandlung von Daueraufenthaltsberechtigten mit Freizügigkeitsberechtigten iSv § 2 Abs. 1 Nr. 1 bis 4, also das Bestehen eines Nachzugs- und Aufenthaltsrechts der Familienangehörigen auch dann, wenn der Zusammenführende auf Sozialhilfe angewiesen ist.<sup>187</sup>

### **3. Verbleiberechte der Familienangehörigen eines Unionsbürgers (Abs. 3)**

(...)

### **6. Fortbestand des Aufenthaltsrechts von Ehegatten nach Scheidung vom Unionsbürger (Abs. 5)**

#### **a) Unionsbürger**

Ist der Ehegatte ebenfalls Unionsbürger, behält er nach Aufhebung der Ehe gem. Art. 13 Abs. 1 Freizügigkeits-RL – wie nach dem Tod oder dem Wegzug des Stammberechtigten (s. Rn 33, 31) – sein Aufenthaltsrecht unabhängig von der Dauer des Zusammenlebens und vom Vorhandensein ausreichender Existenzmittel. Auch dieses weitreichende Aufenthalts- bzw Verbleiberecht **lässt sich dem FreizügG/EU nicht entnehmen**, sondern fließt unmittelbar aus der Freizügigkeits-RL.<sup>188</sup>

#### **b) Drittstaatsangehörige**

Nach Art. 13 Abs. 1 Freizügigkeits-RL behält der drittstaatsangehörige Partner eines Unionsbürgers sein Aufenthaltsrecht nach dem Ende der Partnerschaft – Scheidung bzw Aufhebung der Ehe –, sofern einer der vier nachfolgend dargestellten Privilegierungstatbestände erfüllt ist und er „die für Unionsbürger geltenden Voraussetzungen des § 2 Abs. 2 Nr. 1 bis 3 oder Nr. 5“ erfüllt. Soweit im Folgenden von „Ehe“ bzw „Scheidung“ gesprochen wird, erfolgt dies allein der besseren Lesbarkeit wegen und gelten die Ausführungen entsprechend für die Aufhebung der Ehe und die Beendigung einer Lebenspartnerschaft.

#### **aa) Nr. 1: Bestandszeit der Ehe**

Die Bestandszeit der Ehe muss mindestens drei Jahre betragen, davon mindestens ein Jahr in Deutschland. Beginn dieses Zeitraums ist die förmliche Eingehung der Ehe, Ende die Einleitung des gerichtlichen Scheidungsverfahrens. Maßgeblich für Letzteres ist nicht bereits der Eingang des Scheidungsantrags – ein isolierter Verfahrenskostenhilfeantrag ist allerdings kein Scheidungsantrag und diesem auch nicht gleichzusetzen – bei Gericht, sondern erst die Bearbeitung dieses Antrags durch das Gericht, in der Regel in Form einer Verfügung, bspw Auftrag zur Zustellung an den Antragsgegner. Entscheidend für das Bestehen eines Aufenthalts- bzw Verbleiberechts ist, anders als im nationalen Recht, nicht die „eheliche Lebensgemeinschaft“, sondern das formelle Bestehen der Ehe. Ausgeschlossen sind nur nachgewiesene „Scheinehen“, also Fälle des Rechtsmissbrauchs.

---

<sup>185</sup> GK-AufenthG/Epe, IX-2 § 3 Rn 33.

<sup>186</sup> Für EWR-Freizügigkeitsberechtigte: EFTA-Court, Urt. v. 26.7.2011, E-4/11 (Clauder), ANA-ZAR 2011, 26 f, Dok. 1514, m. zutreffenden Anm. Hofmann.

<sup>187</sup> Reimann, Das Daueraufenthaltsrecht der Unionsbürger, Asylmagazin 12/2012, 406, 411.

<sup>188</sup> S.a. GK-AufenthG/Epe, IX-2 § 3 Rn 59.

Trennen sich die Eheleute, ohne dass einer von ihnen einen Scheidungsantrag stellt, hat dies weder auf das Aufenthalts-189 noch das Verbleiberecht Auswirkungen.

#### **bb) Nr. 2: Übertragung der elterlichen Sorge für die Kinder des Unionsbürgers**

Die elterliche Sorge besitzt, wer zumindest mitsorgeberechtigt ist. Die Übertragung der elterlichen (Mit-)Sorge auf den anderen Elternteil erfolgt in Deutschland entweder durch das Familiengericht oder durch öffentlich beurkundete Erklärung iSv § 1626d BGB. Da die zu beurkundende „Sorgeerklärung“ nur die gleichberechtigte gemeinsame Sorge betrifft, kann eine nur eingeschränkte Sorgerechtsübertragung, bspw mit Ausnahme des Aufenthaltsbestimmungsrechts, nur durch das Gericht erfolgen, nicht aber aufgrund Vereinbarung der Eltern. Das zur Ausübung der tatsächlichen Personensorge<sup>190</sup> bestehende Aufenthaltsrecht ist unabhängig vom Vorhandensein eines Krankenversicherungsschutzes und ausreichender Existenzmittel.<sup>191</sup>

#### **cc) Nr. 4: Umgang mit minderjährigem Kind**

Sofern der persönliche Umgang eines Elternteils mit dem minderjährigen Kind nur in Deutschland stattfinden darf, sei es aufgrund einer Vereinbarung der Eltern, sei es aufgrund gerichtlicher Entscheidung, hat der Geschiedene ebenfalls weiterhin ein Aufenthaltsrecht. Wie sich aus dem bestimmten Artikel „dem“ (minderjähriges Kind) und der Voraussetzung erschließt, dass das Umgangsrecht eingeräumt worden sein muss, stellt die Norm, wie Nr. 2, nur auf Kinder des Unionsbürger ab. Das Aufenthaltsrecht von Stiefkindern wird durch die Scheidung des Unionsbürgers vom Elternteil der Kinder selbst dann nicht tangiert, wenn sie nicht selbst Unionsbürger sind. Für Kinder in (Schul-)Ausbildung folgt dies aus der Rspr des EuGH,<sup>192</sup> für alle Kinder aus dem bei der Durchführung des Unionsrecht zu beachtenden Art. 24 GRC, insb. dessen Abs. 3, solange der Unionsbürger den Aufnahmemitgliedstaat nicht verlassen hat. Haben die Kinder ein Aufenthaltsrecht, besteht dieses im Regelfall bei gebührender Beachtung von Art. 24 GRC auch für den Elternteil, der nicht personensorgeberechtigt ist.

Art. 13 Abs. 2d Freizügigkeits-RL verlangt über die Umgangsregelung hinaus, dass das Gericht zu der Auffassung gelangt ist, dass der Umgang, solange es für nötig erachtet wird, ausschließlich im Mitgliedstaat stattfinden darf. Demgegenüber benennt Abs. 5 Nr. 4 die Vereinbarung der Ehegatten oder die gerichtliche Entscheidung über ein auf das Bundesgebiet beschränktes Umgangsrecht als maßgebliches Kriterium. Es erscheint geboten, dieses Kriterium nur in besonderen Fällen anzuwenden, in denen ein vereinbartes oder gerichtlich verfügbares Umgangsrecht deshalb nur in Deutschland wahrgenommen werden kann, weil andernfalls unkalkulierbare Risiken für die Rückführung des Kindes entstehen würden.<sup>193</sup>

#### **dd) Nr. 3: Vermeidung einer besonderen Härte**

Ähnlich wie in § 31 Abs. 2 AufenthG, aber nicht in erster Linie auf eine Rückkehr in den Herkunftsstaat oder auch nur eine Ausreiseverpflichtung abstellend, bleibt das unionsrechtliche Aufenthaltsrecht erhalten, wenn das Festhalten an der Ehe unzumutbar ist.

#### **c) Bedeutung von Halbsatz 1 und S. 2**

---

189 EuGH, Urt. v. 13.2.1985, Rs. 267/83 (Diatta), NJW 1985, 2087.

190 EuGH, Urt. v. 17.9.2002, Rs. C-413/99 (Baumbast), Rn 71 ff, InfAusLR 2002, 463.

191 EuGH, Urt. v. 23.2.2010, Rs. C-480/08 (Teixeira), Rn 70, InfAusLR 2010, 180.

192 EuGH, Urt. v. 17.9.2002, Rs. C-413/99 (Baumbast), Rn 53 ff, 56 f, 61, InfAusLR 2002, 463; nach Inkrafttreten der Freizügigkeits-RL EuGH, Urt. v. 23.2.2010, Rs. C-480/08 (Teixeira), InfAusLR 2010, 180: Aufenthaltsrecht bis zum Abschluss der Ausbildung, unabhängig von Minderjährigkeit des Kindes und für den Elternteil, solange Betreuungsbedarf.

193 So auch Hailbronner, AusLR (10/2007), D 1 § 3 Rn 48.

Nach Abs. 5 S. 1 Hs 1 – entsprechend Art. 13 Abs. 2 UA 2 S. 1 Freizügigkeits-RL – bedingt das Fortbestehen des Aufenthaltsrechts über die in S. 1 Hs 2 genannten Voraussetzung hinaus, dass der Familienangehörige eine Tätigkeit ausübt, die einen Unionsbürger gem. §§ 2 Abs. 2 Nr. 1 – 3, 5 zum Freizügigkeitsberechtigten machen würde. Erst mit Erwerb des Daueraufenthaltsrechts, § 4a Abs. 5, ist dies nicht mehr erforderlich. Das nach Scheidung erhaltene Aufenthaltsrecht besteht allerdings zunächst nur „auf persönlicher Grundlage“, Art. 13 Abs. 2 UA 3 Freizügigkeits-RL. Nach S. 2 sollen damit in den Bereichen Familiennachzug und Aufenthaltsbeendigung die Regelungen des AufenthG, nicht des FreizügG/EU Anwendung finden. Dies widerspricht dem Unionsrecht, wonach der Drittstaatsangehörige trotz Scheidung bspw ein Daueraufenthaltsrecht erwerben kann, Art. 18 Freizügigkeits-RL und § 4a Abs. 5, er also weiterhin der Freizügigkeits-RL unterfällt. Ein Aufenthaltsrecht auf persönlicher Grundlage ist daher kein Aufenthaltsrecht nach dem AufenthG, sondern ein „individuelles“<sup>194</sup> Aufenthaltsrecht, das den Drittstaatsangehörigen zwar nicht zum Freizügigkeitsberechtigten macht, dessen Familienangehörigen ein weitgehend voraussetzungsloses Recht auf Aufenthalt haben. Als nur „individuell“ begünstigt kann sich der Geschiedene aber weiterhin auf das FreizügG/EU berufen. Daher gelten für eine etwaige Aufenthaltsbeendigung nicht die §§ 53 ff. AufenthG, sondern die Vorgaben des Unionsrechts, umgesetzt in §§ 6 und 7.<sup>195</sup>

---

#### **§ 4 Nicht erwerbstätige Freizügigkeitsberechtigte**

*Nicht erwerbstätige Unionsbürger und ihre Familienangehörigen, die den Unionsbürger begleiten oder ihm nachziehen, haben das Recht nach § 2 Abs. 1, wenn sie über ausreichenden Krankenversicherungsschutz und ausreichende Existenzmittel verfügen. Hält sich der Unionsbürger als Student im Bundesgebiet auf, haben dieses Recht nur sein Ehegatte, Lebenspartner und seine Kinder, denen Unterhalt gewährt wird.*

Leseprobe aus dem Konzept der 2. Auflage des HK-AuslR (Hrsg. R. M. Hofmann, NOMOS-Verlag):

#### **I. Allgemeines**

(...)

Die Absicht des nicht erwerbstätigen Unionsbürgers und seiner Familienangehörigen, sich länger als 3 Monate im Aufnahmemitgliedstaat aufzuhalten, führt nicht dazu, dass das Aufenthaltsrecht bereits in den ersten drei Monaten von weiteren Voraussetzungen als der Unionsbürgerschaft bzw der Familienangehörigeneigenschaft abhängt, etwa vom Nachweis ausreichender Existenzmittel. Das Recht auf Aufenthalt bis zu 3 Monaten besteht nach Art. 6 Freizügigkeits-RL grundsätzlich ohne Weiteres, sofern und solange keine Nichtbestehens- oder Verlustfeststellung erfolgt ist. Den Status als Freizügigkeitsberechtigter erwirbt der Unionsbürger bspw bereits bei einem touristischen Aufenthalt in einem anderen Mitgliedstaat, durch die Entgegennahme von Dienstleistungen oder die Arbeitssuche dort (s. § 2 Rn 14 und 29). Dieses Einreise- und Aufenthaltsrecht hängt nach ständiger Rspr des EuGH nicht von der Voraussetzung ab, dass der Lebensunterhalt gesichert ist. Vielmehr wäre ein solches Verlangen nicht nur geeignet, den Unionsbürger von der Wahrnehmung seiner Grundfreiheiten abzuhalten, sondern in vielen Fällen ein direkter Eingriff in Art. 20 Abs. 2a AEUV. Auch wer länger als 3 Monate in einem Mitgliedstaat verbleiben will, hat für zumindest 3 Monate ein Aufenthaltsrecht und ist nicht verpflichtet, in diesem Zeitraum Nachweise über seine Lebensunterhaltssicherung beizubringen. Allerdings kann die Beantragung von Sozialleistungen dazu führen, das Vorliegen der Voraussetzungen einer Verlustfeststellung zu prüfen, wobei nach dem 10. Erwägungsgrund der Freizügigkeits-RL nur „unangemessene“ Sozialhilfeleistungen zu Einschränkungen des Freizügigkeitsrechts berechtigten, also selbst die Inanspruchnahme solcher Leistungen nicht zum gleichsam automatischen Verlust des Freizügigkeitsrechts führt.

#### **II. Im Einzelnen**

---

<sup>194</sup> Brinkmann in: Huber, AufenthG, § 3 FreizügG/EU Rn 27 und 16.  
<sup>195</sup> GK-AufenthG/Epe, IX-2 § 3 Rn 57.

## 1. Voraussetzungen nach Satz 1

### a) „Ausreichender Krankenversicherungsschutz“

Nach der Gesetzesbegründung<sup>196</sup> ist der notwendige, unionsrechtlich vorausgesetzte Krankenversicherungsschutz als ausreichend anzusehen, wenn er im Umfang der gesetzlichen Krankenversicherung folgende Leistungen umfasst:<sup>197</sup>

- Ärztliche und zahnärztliche Behandlung
- Versorgung mit Arznei, Verbands-, Heil- und Hilfsmitteln
- Krankenhausbehandlung
- Medizinische Leistungen zur Rehabilitation
- Leistungen bei Schwangerschaft und Geburt

Art. 7 Abs. 1b Freizügigkeits-RL fordert, dass der Unionsbürger für sich und seine Familienangehörigen über einen „umfassenden Krankenversicherungsschutz im Aufnahmemitgliedstaat“ verfügt. Die Festschreibung in § 4 S. 1, mit der ein „ausreichender Krankenversicherungsschutz“ nachgewiesen werden muss, bleibt hinter dieser Forderung zurück. Allerdings muss jedenfalls dieser Krankenversicherungsschutz für alle in § 4 genannten Personen vorliegen. Dies ergibt sich aus der Formulierung von Art. 7 Abs. 1b Freizügigkeits-RL.

### b) „Ausreichende Existenzmittel“

Art. 7 Abs. 1b Freizügigkeits-RL verlangt, dass der Unionsbürger, der kein Arbeitnehmer oder Selbständiger ist (s. oben Rn 3), für sich und seine Familienangehörigen, die ihm nachziehen oder ihn begleiten, über ausreichende Existenzmittel verfügt, so dass keine Sozialhilfeleistungen in Anspruch genommen werden müssen. Nicht erforderlich ist, dass die Familienangehörigen selbst über ausreichende Existenzmittel verfügen. Nach § 4 S. 1 hängt das Aufenthaltsrecht des nicht erwerbstätigen Unionsbürgers nicht davon ab, dass er auch über die notwendigen Existenzmittel für seine Familienangehörigen verfügt. Nur deren Freizügigkeitsrecht ist davon abhängig, nicht das des Unionsbürgers. Ob die damit einher gehende Vergünstigung gegenüber dem Unionsrecht gewollt war, lässt sich den Gesetzgebungsmaterialien zwar nicht entnehmen.<sup>198</sup> Sie widerspricht aber dem Unionsrecht nicht, da das Aufenthaltsrecht des Unionsbürgers sofort wieder besteht, sobald die Familienangehörigen mangels Aufenthaltsrecht ausgereist sind.

Der Begriff „Existenzmittel“ wird in der Gesetzesbegründung definiert als „alle gesetzlich zulässigen Einkommen und Vermögen in Geld- oder Geldeswert oder sonstige eigene Mittel, insbesondere Unterhaltsleistungen von Familienangehörigen oder Dritten, Stipendien, Ausbildungs- oder Umschulungsbeihilfen, Arbeitslosengeld, Invaliditäts-, Hinterbliebenen-, Vorruhestands- oder Altersrenten, Renten wegen Arbeitsunfall, Berufs- oder Erwerbsunfähigkeit oder sonstige auf einer Beitragsleistung beruhender öffentlicher Mittel“. Die Einschränkung auf öffentliche Mittel, die auf einer Beitragsleistung beruhen, findet sich in der Freizügigkeits-RL nicht. Ausgeschlossen wären danach wohl Leistungen nach SGB II, aber auch die in § 2 Abs. 3 S. 2 AufenthG genannten Familienleistungen, soweit sie nicht auf Beitragszahlungen beruhen. Wenn die letztgenannten Mittel aber für Drittstaatsangehörige „unschädlich“ sind, kann anderes mit Blick auf § 11 Abs. 1 S. 11 und Art. 18 AEUV nicht für Unionsbürger und ihre Familienangehörige gelten.<sup>199</sup>

Wann Existenzmittel ausreichen, folgt aus Art. 8 Abs. 4 Freizügigkeits-RL. Nach dessen S. 1 dürfen die Mitgliedstaaten keinen festen Betrag festlegen, den sie als ausreichend betrachten, sondern müssen stets die persönliche Situation des Betroffenen berücksichtigen. Nach S. 2 darf dieser Betrag in keinem Fall über dem jeweiligen „Schwellenbetrag“ liegen, den der Aufnahmemitgliedstaat seinen Staatsangehörigen als Sozialhilfe gewährt oder, wenn dieses Kriterium nicht anwendbar ist, über der Mindestrente der Sozialversicherung des Aufnahmemitgliedstaats. Ausgeschlossen ist daher zum

---

<sup>196</sup> BT-Drucks. 15/420, 104.

<sup>197</sup> BT-Drucks. 15/420, 104.

<sup>198</sup> Maximowitz in: OK-MNet-FreizügG/EU (15.11.2010) § 4 FreizügG/EU Nr. VII.

<sup>199</sup> Strittig; so: Brinkmann in: Huber, AufenthG, § 4 FreizügG/EU Rn 7 aE; aA Hailbronner, AuslR (10/2007), D 1 § 4 Rn 5.

einen, ein Existenzminimum zu errechnen, das über dem Regelsatz nach SGB II liegt.<sup>200</sup> Zum anderen sind stets die individuellen Umstände zu berücksichtigen, insb. der tatsächliche Bedarf. Hat der nicht erwerbstätige Unionsbürger nur geringe finanzielle Bedürfnisse, bspw. weil er günstig in einer Wohngemeinschaft oder einem Campingbus lebt, und verfügt er über Einkünfte, bspw. eine (Witwen-, Waisen- oder Erwerbsunfähigkeits-)Rente, die seinen Bedarf decken, sind diese ausreichend iSv Art. 8 Abs. 4 Freizügigkeits-RL. Erst wenn der Unionsbürger durch einen Antrag auf Unterstützung zu verstehen gibt, dass ihm die eigenen Mittel nicht (mehr) genügen, darf davon ausgegangen werden, dass sie nicht ausreichend sind und kann das Nichtbestehen des Freizügigkeitsrechts festgestellt werden. Für einen restriktiveren Ansatz fehlt im Übrigen ein Bedürfnis. Der Unionsbürger, der von seinem allgemeinen Freizügigkeitsrecht nach Art. 20 AEUV Gebrauch macht und sich selbst unterhält, stellt keine „Gefahr“ für das wirtschaftliche Gefüge eines Mitgliedstaats dar, die einen Eingriff erforderlich macht. Eingriffe, die nicht erforderlich sind, sind aber stets unionsrechtswidrig.

Die Herkunft der Mittel, die zur Existenzsicherung genutzt werden, ist unerheblich. Insbesondere ist nicht erforderlich, dass eine Rechtsposition vorliegt, die der eines „Eigentümers der Existenzmittel“ gleichkommt. Der EuGH hatte zur inzwischen aufgehobenen RL 90/364/EWG entschieden, dass der Betroffene nicht selbst über derartige Mittel verfügen muss, sondern sich auf die Mittel eines ihn begleitenden Familienangehörigen berufen kann.<sup>201</sup> Erforderlich ist allerdings, dass eine solche Unterstützung regelmäßig geleistet wird und einen nicht unerheblichen Teil des Lebensunterhalts deckt.<sup>202</sup> Entsprechendes gilt für die Auslegung des Begriffs „ausreichende Existenzmittel“ in der Freizügigkeits-RL. Ausreichend ist ferner, wenn sich ein Unionsbürger auf die Einkünfte seines im Aufnahmemitgliedstaat wohnenden Partners beruft, auch wenn dieser rechtlich nicht verpflichtet ist, Unterhalt zu zahlen.<sup>203</sup> Das Risiko des Wegfalls ausreichender Existenzmittel besteht unabhängig davon, ob es sich um eigene Mittel handelt, um solche eines Unterhaltspflichtigen oder eines Dritten.

Die Art und Weise des Nachweises, dass über ausreichende Existenzmittel verfügt wird, ist in § 4 nicht bestimmt. § 5 Abs. 2 erlaubt, vor Ausstellung einer Bescheinigung über das Aufenthaltsrecht die Glaubhaftmachung des Vorliegens der Voraussetzungen des Rechts nach § 2 Abs. 1 zu verlangen, allerdings erst 3 Monate nach der Einreise. Nur wenn besondere Umstände vorliegen, die etwa auf das Nichtvorhandensein von Existenzmitteln hinweisen, bspw. weil ein Antrag auf Bewilligung von Sozialleistungen gestellt wird, darf gem. § 5 Abs. 3 ausnahmsweise das Vorliegen der Voraussetzungen des Aufenthaltsrechts geprüft werden. Die ABH ist dann berechtigt, die in § 5a Abs. 1 S. 1 Nr. 3 genannten Nachweise zu fordern. Ergeben diese, dass das Einkommen des Nichterwerbstätigen (zB eines Rentners) nicht ausreicht, ist für eine Verlustfeststellung durch die ABH zweierlei erforderlich:<sup>204</sup> Zum einen muss festgestellt werden, welche Belastung dem nationalen Sozialhilfesystem in seiner Gesamtheit aus der Gewährung der dem Nichterwerbstätigen zustehenden Leistungen konkret entstünde. Sozialhilfebezug ist nämlich nur ein Anhaltspunkt für die Prüfung der Frage, ob eine Belastung des Staates zur „Ausweisung“ berechtigt, mehr nicht. Des Weiteren muss es nicht nur verhältnismäßig, sondern auch ermessensgerecht sein, eine Verlustfeststellung zu treffen. Bei diesem Schritt muss eine individuelle Prüfung der Lebenssituation des Nichterwerbstätigen vorgenommen und dabei auch eine Prognose zur Dauerhaftigkeit des Leistungsbezugs abgegeben werden. Nur den aktuellen Leistungsbezug zu sehen, verkennt die Freizügigkeitsregeln. Eine gewisse finanzielle Solidarität der Staatsangehörigen des Aufnahmemitgliedstaats mit denen der anderen Mitgliedstaaten erkennt die Freizügigkeits-RL nämlich an.<sup>205</sup>

---

<sup>200</sup> Erwerbstätigenbonus gem. §§ 11 Abs. 1, 11b ist nicht zu berücksichtigen, s. OVG Dresden, Beschl. v. 15.12.2011, 3 B 122/11, Asylmagazin 2012, 272.

<sup>201</sup> EuGH, Urt. v. 19.10.2004, Rs. C-200/02 (Zhu und Chen), InfAuslR 2004, 413 ff; ebenso EuGH, Urt. v. 23.3.2006, Rs. C-408/03 (Kommission/Belgien), Slg 2006, I-2647.

<sup>202</sup> BVerwG, Urt. v. 20.10.1993, 11 C 1.93, InfAuslR 1994, 82; VG Düsseldorf, Beschl. v. 19.5.2006, 24 L 481/06, NVwZ-RR 2007, 280; vgl. auch Hailbronner, AuslR (10/2007), D 1 § 4 Rn 11 mwN.

<sup>203</sup> EuGH, Urt. v. 23.3.2006, Rs. C-408/03 (Kommission/Belgien), Slg 2006, I-2647.

<sup>204</sup> EuGH, Urt. v. 19.9.2013, Rs. C-140/12 (Brey), Rn 64 ff, InfAuslR 2013, 448.

<sup>205</sup> EuGH, Urt. v. 19.9.2013, Rs. C-140/12 (Brey), Rn 72, InfAuslR 2013, 448; aA Thym, ZAR 2014, 220 ff. und ders., NZS 2014, 81 ff; dagegen Oberhäuser, ASR 5/2014.



## 2. Familienangehörige eines studierenden Unionsbürgers (Satz 2)

(...)

---

### **§ 4a Daueraufenthaltsrecht**

(1) Unionsbürger, die sich seit fünf Jahren ständig rechtmäßig im Bundesgebiet aufgehalten haben, haben unabhängig vom weiteren Vorliegen der Voraussetzungen des § 2 Abs. 2 das Recht auf Einreise und Aufenthalt (Daueraufenthaltsrecht). Ihre Familienangehörigen, die nicht Unionsbürger sind, haben dieses Recht, wenn sie sich seit fünf Jahren mit dem Unionsbürger ständig rechtmäßig im Bundesgebiet aufgehalten haben.

(2) Abweichend von Absatz 1 haben Unionsbürger nach § 2 Abs. 2 Nr. 1 bis 3 vor Ablauf von fünf Jahren das Daueraufenthaltsrecht, wenn sie

1. sich mindestens drei Jahre ständig im Bundesgebiet aufgehalten und mindestens während der letzten zwölf Monate im Bundesgebiet eine Erwerbstätigkeit ausgeübt haben und

a)

zum Zeitpunkt des Ausscheidens aus dem Erwerbsleben das 65. Lebensjahr erreicht haben oder

b)

ihre Beschäftigung im Rahmen einer Vorruhestandsregelung beenden oder

2. ihre Erwerbstätigkeit infolge einer vollen Erwerbsminderung aufgeben,

a)

die durch einen Arbeitsunfall oder eine Berufskrankheit eingetreten ist und einen Anspruch auf eine Rente gegenüber einem Leistungsträger im Bundesgebiet begründet oder

b)

nachdem sie sich zuvor mindestens zwei Jahre ständig im Bundesgebiet aufgehalten haben oder

3. drei Jahre ständig im Bundesgebiet erwerbstätig waren und anschließend in einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union erwerbstätig sind, ihren Wohnsitz im Bundesgebiet beibehalten und mindestens einmal in der Woche dorthin zurückkehren; für den Erwerb des Rechts nach den Nummern 1 und 2 gelten die Zeiten der Erwerbstätigkeit in einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union als Zeiten der Erwerbstätigkeit im Bundesgebiet.

Soweit der Ehegatte oder der Lebenspartner des Unionsbürgers Deutscher nach Artikel 116 des Grundgesetzes ist oder diese Rechtsstellung durch Eheschließung mit dem Unionsbürger bis zum 31. März 1953 verloren hat, entfallen in Satz 1 Nr. 1 und 2 die Voraussetzungen der Aufenthaltsdauer und der Dauer der Erwerbstätigkeit.

(3) Familienangehörige eines verstorbenen Unionsbürgers nach § 2 Abs. 2 Nr. 1 bis 3, die im Zeitpunkt seines Todes bei ihm ihren ständigen Aufenthalt hatten, haben das Daueraufenthaltsrecht, wenn

1. der Unionsbürger sich im Zeitpunkt seines Todes seit mindestens zwei Jahren im Bundesgebiet ständig aufgehalten hat,

2. der Unionsbürger infolge eines Arbeitsunfalls oder einer Berufskrankheit gestorben ist oder

3. der überlebende Ehegatte oder Lebenspartner des Unionsbürgers Deutscher nach Artikel 116 des Grundgesetzes ist oder diese Rechtsstellung durch Eheschließung mit dem Unionsbürger vor dem 31. März 1953 verloren hat.

(4) Die Familienangehörigen eines Unionsbürgers, der das Daueraufenthaltsrecht nach Absatz 2 erworben hat, haben ebenfalls das Daueraufenthaltsrecht, wenn sie bei dem Unionsbürger ihren ständigen Aufenthalt haben.

(5) Familienangehörige nach § 3 Abs. 3 bis 5 erwerben das Daueraufenthaltsrecht, wenn sie sich fünf Jahre ständig rechtmäßig im Bundesgebiet aufhalten.

(6) Der ständige Aufenthalt wird nicht berührt durch

1. Abwesenheiten bis zu insgesamt sechs Monaten im Jahr oder

2. Abwesenheit zur Ableistung des Wehrdienstes oder eines Ersatzdienstes sowie

3. eine einmalige Abwesenheit von bis zu zwölf aufeinander folgenden Monaten aus wichtigem Grund, insbesondere auf Grund einer Schwangerschaft und Entbindung, schweren Krankheit, eines Studiums, einer Berufsausbildung oder einer beruflichen Entsendung.

(7) Eine Abwesenheit aus einem seiner Natur nach nicht nur vorübergehenden Grund von mehr als zwei aufeinander folgenden Jahren führt zum Verlust des Daueraufenthaltsrechts.

## I. Allgemeines

(...)

## II. Im Einzelnen

### 1. Berechtigte

#### a) Satz 1 – Unionsbürger

2

Um zum Daueraufenthalt berechtigt zu sein, muss sich ein Unionsbürger zu irgendeinem Zeitpunkt fünf Jahre ununterbrochen als Freizügigkeitsberechtigter in Deutschland aufgehalten haben.<sup>206</sup> Erforderlich ist also, dass der Unionsbürger „irgendwann einmal“ fünf Jahre lang ständig freizügigkeitsberechtigt war, nicht aber, dass er das im Antragszeitpunkt noch ist, schon weil die Entstehung des Rechts nicht von einem Antrag abhängt. Wie das BVerwG jüngst entschieden hat, soll die Bezugnahme auf § 2 Abs. 2 bedeuten, dass dessen Voraussetzungen im gesamten, maßgeblichen Zeitraum vorliegen müssen.<sup>207</sup> Mit dieser Auslegung stützt das BVerwG die eher schlichte Begründung des Gesetzgebers zur 2013 erfolgten Einfügung von S. 2 in § 4a Abs. 1,<sup>208</sup> wonach dieser Art. 16 Abs. 2 Freizügigkeits-RL umsetze. Zuvor entsprach Abs. 1 dem ausdrücklichen Willen des Gesetzgebers, ein „über das bisherige Europarecht hinausgehendes“<sup>209</sup> Recht auf Aufenthalt nach fünfjährigem Aufenthalt in Deutschland zu schaffen, das unabhängig vom weiteren Vorliegen der Voraussetzungen des Unionsrechts war. Auf diesen, sonst gerade vom BVerwG besonders betonten Willen des Gesetzgebers kommt es nach der Entscheidung vom 31.5.2012 nicht mehr an, da er, wie das BVerwG meint, u.a. durch § 11 Abs. 3 widerlegt sei.

Umso bedeutsamer ist die Feststellung, wer freizügigkeitsberechtigt ist. Das BVerwG verweist nur auf § 2 Abs. 2. Es verkennt dabei § 2 Abs. 5 und die dem FreizügG/EU immanente, indes nur national wirkende Freizügigkeitsvermutung. Nach § 2 Abs. 5 ist jeder Aufenthalt eines Angehörigen eines Mitgliedstaats in einem anderen Mitgliedstaat für zumindest 3 Monaten kraft Unionsrechts erlaubt, Art. 6 Freizügigkeits-RL (s. hierzu § 2 Rn 46). Auch wenn die Voraussetzungen des Rechts auf einen weiteren Aufenthalt nicht mehr vorliegen, besteht das Freizügigkeitsrecht nach dem FreizügG/EU fort, bis es durch eine Verlustfeststellungsentscheidung erlischt („Freizügigkeitsvermutung“).<sup>210</sup> Dieser Wille des Gesetzgebers ist bei der Auslegung von § 4a zu beachten, da es den Mitgliedstaaten freisteht, für Unionsbürger und ihre Familienangehörigen günstigere Regelungen zu schaffen, als die Mindestvorgaben der Richtlinie, Art. 37 Freizügigkeits-RL. Demnach sind die ersten drei Monate des Aufenthalts ohne Weiteres, alle weiteren Aufenthaltszeiten solange als rechtmäßig und für die Erfüllung der nach § 4a erforderlichen Zeiten anzurechnen, wie keine Nichtbestehens- oder Verlustfeststellungsentscheidung getroffen wurde. Allerdings gilt dies nur national, da der Gesetzgeber zwar günstigere Regeln für den Erwerb des Daueraufenthaltsrechts normieren, das Unionsrecht aber nicht ändern kann. Der nur nach § 4a, mangels Erfüllung der Voraussetzungen von Art. 7 Freizügigkeits-RL aber nicht nach Art. 16 Freizügigkeits-RL Begünstigte kann folglich auch seinen Familienangehörigen nur die im FreizügG/EU normierten Rechte vermitteln, nicht die unionsrechtlichen.

Die Dauer der Rechtmäßigkeit des Aufenthalts kann, da das unionsrechtliche Aufenthaltsrecht nicht bescheinigt werden muss (s. § 5 Rn 2), in jeder beliebigen Weise belegt werden; in der Regel genügt die vor 5 Jahren erfolgte ordnungsgemäße Anmeldung und das Fortbestehen dieser Meldeanschrift bis

---

<sup>206</sup> BVerwG, Urt. v. 31.5.2012, 10 C 8.12, AuAS 2012, 217, 219; zur Entstehungsgeschichte: Maximowitz in: OK-MNet-FreizügG/EU (15.11.2010) § 4a FreizügG/EU Nr. I. f; sehr anschaulich: Reimann, Das Daueraufenthaltsrecht der Unionsbürger, Asylmagazin 2012, 406, 407.

<sup>207</sup> BVerwG, Urt. v. 31.5.2012, 10 C 8.12, InfAuslR 2012, 348.

<sup>208</sup> Bis 27.1.2013: „Unionsbürger, ihre Familienangehörigen und Lebenspartner, die sich seit fünf Jahren ständig rechtmäßig im Bundesgebiet aufgehalten haben, haben unabhängig vom weiteren Vorliegen der Voraussetzungen des § 2 Abs. 2 das Recht auf Einreise und Aufenthalt“.

<sup>209</sup> BT-Drucks. 16/5065, 405 zur ab 28.8.2007 geltenden Fassung von § 4a FreizügG/EU.

<sup>210</sup> BT-Drucks. 15/420, 106; Dienelt in: Renner, AuslR, 9. Aufl., § 4a FreizügG/EU Rn 14 f; Reimann, Das Freizügigkeitsrecht der Unionsbürger, Asylmagazin 7/2012, 186, 187 mwN.

zum Stichtag, sofern keine Hinweise auf eine Aufgabe der Anmeldewohnung hindeuten. Für vor dem Beitritt eines Staates zur EU von einem Angehörigen dieses Staats in einem Mitgliedstaat zurück gelegte Aufenthaltszeiten hängt die Anrechenbarkeit allerdings davon ab, dass der Aufenthalt des (jetzigen) Unionsbürger die Voraussetzungen von Art. 7 Abs. 1 Freizügigkeits-RL erfüllt hatte.<sup>211</sup> Wiewohl das BVerwG in Umsetzung der Entscheidung des EuGH nun fordert, dass der Betroffene „über den gesamten Zeitraum freizügigkeitsberechtigt war“<sup>212</sup>, kann damit nicht gemeint sein, dass nur Zeiten nach dem Beitritt berücksichtigungsfähig sind. Zwar wurde und wird ein Drittstaatsangehöriger nicht allein aufgrund einer Arbeitnehmertätigkeit freizügigkeitsberechtigt. Angesichts der eindeutigen Aussage des EuGH zur Anerkennungsfähigkeit vor dem Beitritt liegender Aufenthaltszeiten und der Umsetzung gerade dieser Entscheidung durch das BVerwG kann insoweit aber nur von einer Unschärfe bei der Formulierung der Entscheidungsgründe ausgegangen werden. Ausreichend für die Anrechnungsfähigkeit der Aufenthaltszeiten ist, dass ein Drittstaatsangehöriger eine der in Art. 7 Freizügigkeits-RL genannten Voraussetzungen erfüllt.<sup>213</sup>

Der rechtmäßige Aufenthalt wird nicht dadurch unterbrochen, dass ein nicht erwerbstätiger Unionsbürger während seines Aufenthalts in Deutschland Leistungen nach SGB II/XII in Anspruch nimmt.<sup>214</sup> Art. 14 Abs. 2 Freizügigkeits-RL setzt zwar voraus, dass Unionsbürgern und ihren Familienangehörigen das Aufenthaltsrecht nach den Art. 7, 12 und 13 nur zusteht, „solange sie die dort genannten Voraussetzungen erfüllen“. Art. 7 Freizügigkeits-RL verlangt für einen über drei Monate hinausgehenden Aufenthalt in einem anderen Mitgliedstaat den Nachweis ausreichender Existenzmittel. Gem. Art. 14 Abs. 3 Freizügigkeits-RL darf jedoch die Inanspruchnahme von Sozialhilfeleistungen durch einen Unionsbürger oder einen seiner Familienangehörigen nicht automatisch zu einer Ausweisung führen.<sup>215</sup> Ein automatisches Erlöschen des Aufenthaltsrechts ist dem Unionsrecht also fremd. Vielmehr setzt es eine Nichtbestehens- oder Verlustfeststellung voraus. Erst ab dann ist der Aufenthalt nicht mehr rechtmäßig.

Hingegen wird die Kontinuität des Aufenthalts unterbrochen, wenn und solange der Unionsbürger eine Haftstrafe verbüßt.<sup>216</sup> Der EuGH begründet dies damit, dass der Grad der Integration die wesentliche Grundlage des Daueraufenthaltsrechts sei und niemand integriert sein könne, der die durch das nationale Strafrecht zum Ausdruck gebrachten Werte einer Gesellschaft nicht beachtet und deshalb von einem nationalen Gericht zu einer Freiheitsstrafe ohne Bewährung verurteilt wird. Eine solche Verurteilung hindert den Erwerb des Daueraufenthaltsrechts, weil die Kontinuität des Aufenthalts unterbrochen wird. Der maßgebliche 5-Jahreszeitraum beginnt erst wieder mit der Haftentlassung. Für Familienangehörige kann dies u.a. gem. Art. 17 Abs. 3 Freizügigkeits-RL bedeutsam werden, wenn nämlich der Unionsbürger in der Anwartschaftsphase inhaftiert wird. Hat der Familienangehörige das Daueraufenthaltsrecht bereits erworben, ändert sich für ihn allerdings nichts allein dadurch, dass der Unionsbürger das Daueraufenthaltsrecht verliert (s. aber Rn 10). Ist das Daueraufenthaltsrecht erworben worden, wird es durch eine Inhaftierung des Unionsbürgers oder seines Familienangehörigen nicht tangiert. Der EuGH hat Rechtsnachteile aus einer Inhaftierung ausdrücklich nur für den Ausweisungsschutz iS von Art. 28 Abs. 3 Freizügigkeits-RL und für den Erwerb, nicht für den Fortbestand des Daueraufenthaltsrechts gefolgert.<sup>217</sup> Auch – und gerade – der inhaftierte Unionsbürger kann sich folglich weiterhin auf den Ausweisungsschutz nach Art. 28 Abs. 2 Freizügigkeits-RL berufen.

## **b) Satz 2 – Familienangehörige**

---

<sup>211</sup> EuGH, Urt. v. 21.12.2011, Rs. C-424/10 (Ziolkowski), InfAuslR 2012, 86 und BVerwG, Urt. v. 31.5.2012, 10 C 8.12, AuAS 2012, 217, 219.

<sup>212</sup> BVerwG, Urt. v. 31.5.2012, 10 C 8.12, AuAS 2012, 217, 219.

<sup>213</sup> Anschaulich zur schwierigen Feststellung solcher Zeiten: Reimann, Das Daueraufenthaltsrecht der Unionsbürger, Asylmagazin 12/2012, 406, 409.

<sup>214</sup> Hailbronner, AuslR, Freizügigkeitsgesetz/EU, § 4a, Rn 11; GK-AufenthG/Epe, IX-2 § 4a Rn 12.

<sup>215</sup> EuGH, Urt. v. 20.9.2001, Rs. C-184/99 (Grzelczyk), InfAuslR 2001, 481; Urt. v. 15.3.2005, Rs. C-209/03 (Bidar), InfAuslR 2005, 230; Urt. v. 19.9.2013, Rs. C-140/12 (Brey), ANA-ZAR 2013, 48 (Dok. 1950a); vgl auch Hailbronner, AuslR (10/2007), D 1 § 4a Rn 11.

<sup>216</sup> EuGH, Urt. v. 16.1.2014, Rs. C-400/12 (M.G.), InfAuslR 2014, 82.

<sup>217</sup> EuGH, Urt. v. 16.1.2014, Rs. C-400/12 (M.G.), Rn 31 f, InfAuslR 2014, 82.

Nach dem mit dem FreizügG/EU-ÄndG eingeführten S. 2 erwerben drittstaatsangehörige Familienangehörige von Unionsbürgern das Daueraufenthaltsrecht grundsätzlich ohne Weiteres nach fünfjährigem, rechtmäßigem Aufenthalt (s. aber unten Rn 25 f). Begünstigt sind nicht nur die Angehörigen der Kernfamilie, sondern alle Familienangehörige iSv Art. 3 Nr. 2 Freizügigkeits-RL. Familiäres Zusammenleben wird nach dem Wortlaut von Art. 16 Abs. 2 Freizügigkeits-RL nicht gefordert, es reicht die Gleichzeitigkeit des Aufenthalts,<sup>218</sup> sofern nach der RL das Aufenthaltsrecht nicht vom Stammberechtigten losgelöst ist, wie bspw nach Art. 12 Abs. 2 UA 3, 13 Abs. 2 UA 3 Freizügigkeits-RL. „Mit dem Unionsbürger“ hält sich der Familienangehörige demnach nicht nur auf, wenn er mit ihm zusammen wohnt, sondern zB der Ehegatte nach einer Trennung, solange die Ehe nicht geschieden wurde, da das Aufenthaltsrecht in dieser Zeit fortbesteht.<sup>219</sup> Allerdings genügt nicht, dass der Familienangehörige sich zwar 5 Jahre rechtmäßig im Inland aufgehalten hat, aber keine 5 Jahre Familienangehöriger des Unionsbürgers ist. Sowohl Art. 16 Abs. 2 Freizügigkeits-RL, als auch § 2 Abs. 1 S. 2 sprechen vom Aufenthalt „mit dem Unionsbürger“ und verknüpfen damit die Aufenthaltszeit mit der Angehörigeneigenschaft. Daher wird bspw das Stiefkind eines Unionsbürgers, das den Fünfjahreszeitraum erst nach dem 21. Lebensjahr vollendet hat, nur begünstigt, wenn der Unionsbürger oder sein Ehegatte/Lebenspartner ihm bis zum maßgebliche Zeitpunkt Unterhalt gewährt.<sup>220</sup>

Wie das BVerwG für den Unionsbürger entschieden hat (s. Rn 3), soll die Bezugnahme auf § 2 Abs. 2 bedeuten, dass dessen Voraussetzungen im gesamten, maßgeblichen Zeitraum vorliegen müssen.<sup>221</sup> Demzufolge muss auch der Familienangehörige während dieses Zeitraums Freizügigkeitsberechtigter iSv § 2 Abs. 2 Nr. 6 sein.<sup>222</sup> Zu beachten ist allerdings, dass das Freizügigkeitsrecht nach Art. 6 Freizügigkeits-RL und § 2 Abs. 5 für zunächst drei Monate grundsätzlich voraussetzungslos besteht – ohne dass § 3 Abs. 1 hierauf Bezug nimmt –, nach der im deutschen Recht geltenden Freizügigkeitsvermutung erst erlischt, wenn eine Verlustfeststellung getroffen wurde und auch der Daueraufenthaltsberechtigte – entgegen dem Wortlaut von § 3 Abs. 1 (s. § 3 Rn 27) – seinem Familienangehörigen das Freizügigkeitsrecht vermitteln kann.

Anzurechnen sind sämtliche Zeiten des rechtmäßigen Aufenthalts des Familienangehörigen, in denen der Stammberechtigte freizügig war, auch solche, in denen der Familienangehörige sich zwar rechtmäßig aufgehalten hat, aber bspw keine Aufenthaltskarte, sondern nur eine Bescheinigung gem. § 5 Abs. 1 S. 2 besaß, eine solche nur beantragt hatte oder nur über ein nationales Aufenthaltsrecht verfügt hat, aber schon Familienangehöriger des Unionsbürgers war und sich „mit“ diesem im Bundesgebiet ausgehalten hat. Zeiten, die vor dem Beitritt des Staates zur EU liegen, dem der Stammberechtigte angehört, können angerechnet werden, wenn der Stammberechtigte die Voraussetzungen von Art. 7 Abs. 1 Freizügigkeits-RL erfüllt und hierdurch das Daueraufenthaltsrecht erworben hat (s. Rn 4). Nachdem der EuGH zugunsten des Unionsbürgers die Anrechnungsfähigkeit anerkennt hat, spricht mit Blick auf Art. 16 Abs. 2 Freizügigkeits-RL und die Begründung des EuGH zur Anerkennungsfähigkeit dieser Zeiten nichts dafür, dass sich das vom Stammberechtigten direkt abgeleitete Aufenthaltsrecht seines Familienangehörigen nicht ebenfalls verfestigen kann, sobald der Stammberechtigte das Daueraufenthaltsrecht unter Anrechnung von vor dem Beitritt liegenden Zeiten erwirbt. Immerhin soll ja die fortgeschrittene Integration des Unionsbürgers dazu führen, dass das Aufenthaltsrecht nur noch unter erschwerten Bedingungen verloren geht. Dies gilt in gleicher Weise für seine Familienangehörigen.

Verbüßt der Familienangehörige des Unionsbürgers eine Freiheitsstrafe, führt dies dazu, dass die Kontinuität seines Aufenthalts und damit der für die Erlangung des Daueraufenthaltsrechts maßgeblichen Zeitraum unterbrochen wird.<sup>223</sup> Dies gilt allerdings nur für verbüßte Freiheitsstrafen, nicht für vollstreckte Ersatzfreiheitsstrafen und auch nicht für Freiheitsstrafen, die zur Bewährung

---

218 EuGH, Urt. v. 8.5.2013, Rs. C-529/11 (Alarape), InfAuslR 2013, 262 und Schlussanträge GA Bot v. 15.1.2013, Rs. C-529/11 (Alarape u.a.), Rn 41: „Kriterium des gemeinsamen Wohnsitzes (nicht) entscheidend“, curia.

219 EuGH, Urt. v. 13.2.1985, Rs. 267/83 (Diatta), NJW 1985, 2087.

220 So iE auch VG Darmstadt, Beschl. v. 7.12.2007, 8 G 1624/07, BeckRS 2008, 30332.

221 BVerwG, Urt. v. 31.5.2012, 10 C 8.12, AuAS 2012, 217, 219.

222 EuGH, Urt. v. 8.5.2013, Rs. C-529/11 (Alarape), Rn 35, InfAuslR 2013, 262.

223 EuGH, Urt. v. 16.1.2014, Rs. C-378/12 (Onuekwere), Rn 32, InfAuslR 2014, 81.

ausgesetzt wurden, sofern die Bewährung nicht widerrufen wird. Ein bereits erworbenes Daueraufenthaltsrecht wird von der Inhaftierung nicht tangiert, da die Inhaftierung nur die „Zwecke des Erwerbs“<sup>224</sup> des Daueraufenthaltsrechts tangiert. Andernfalls käme es gleichsam durch die Hintertür zu einer gravierenden Erweiterung der „Ausweisungsgründe“, weil sich der inhaftierte Familienangehörige weder auf sein früheres Daueraufenthaltsrecht, noch auf seine Eigenschaft als „Familienangehöriger“ berufen könnte und deshalb vor aufenthaltsbeendenden Maßnahmen nur geschützt wäre, wenn er anderweitige Schutzbeziehungen geltend machen könnte. Verhältnismäßig wären solche Folgen einer Inhaftierung nicht. Andererseits kann die Inhaftierung des Unionsbürgers den Erwerb des Daueraufenthaltsrechts des Familienangehörigen beeinträchtigen. „Für die Anwendung von Art. 16 Abs. 2 der Richtlinie 2004/38 hängt der Erwerb des Rechts der Familienangehörigen (...) auf Daueraufenthalt in jedem Fall davon ab, dass der Unionsbürger selbst die in Art. 16 Abs. 1 der Richtlinie genannten Voraussetzungen erfüllt, und vom gemeinsamen Aufenthalt der Angehörigen mit ihm im betreffenden Zeitraum“.<sup>225</sup> Verbüßt also der Unionsbürger eine Freiheitsstrafe während der Anwartschaftsphase des Familienangehörigen iS von Art. 16 Abs. 2 Freizügigkeits-RL, wird der 5-Jahreszeitraum des § 4a Abs. 1 S. 2 unterbrochen. Hat der Familienangehörige das Daueraufenthaltsrecht bereits erworben, hat die Inhaftierung des Unionsbürgers insoweit keine Auswirkungen.

## **2. Abs. 2: Daueraufenthaltsrecht vor Ablauf von fünf Jahren**

(...)

## **3. Abs. 3: Familienangehörige eines verstorbenen Unionsbürgers**

## **4. Abs. 4: Familienangehörige eines daueraufenthaltsberechtigten Unionsbürgers**

Der für den Unionsbürger mögliche, erleichterte Erwerb des Daueraufenthaltsrecht gem. Abs. 2 erstreckt sich nach Abs. 4 und Art. 17 Abs. 3 Freizügigkeits-RL auf seine Familienangehörigen. Sofern diese sich mit dem Unionsbürger im Aufnahmemitgliedstaat aufhalten, erwerben sie das Daueraufenthaltsrecht zeitgleich und ohne Weiteres mit dem Erwerb dieses Rechts durch den Unionsbürger. Handelt es sich für den Unionsbürger nicht um den Erwerb nach Abs. 2, erwerben die Familienangehörigen das Daueraufenthaltsrecht nicht nach Abs. 4, sondern allenfalls nach Abs. 1, 3 oder 5.

Während Art. 17 Abs. 3 Freizügigkeits-RL so ausgelegt werden kann, dass das Daueraufenthaltsrecht des Familienangehörigen nur entsteht, wenn dieser sich im Zeitpunkt des Entstehens des Daueraufenthaltsrechts des Unionsbürgers gem. Art. 17 Abs. 1 Freizügigkeits-RL mit diesem im Aufnahmemitgliedstaat ausgehalten hat, verbietet sich eine solch einschränkende Auslegung bei § 4a Abs. 4. Dem eindeutigen Wortlaut nach entsteht danach das Daueraufenthaltsrecht des Familienangehörigen auch dann, wenn der Unionsbürger das Daueraufenthaltsrecht bereits erworben hat und der Familienangehörige erst dann zu ihm zieht.<sup>226</sup> Das bedeutet ferner, dass derjenige, der erst zum Familienangehörigen eines Daueraufenthaltsberechtigten iS von Abs. 2 wird, bspw durch Eheschließung, sofort und ohne Weiteres selbst zum Daueraufenthaltsberechtigten wird.

Für den Begriff „Familienangehörige“ gilt Art. 2 Abs. 2 Freizügigkeits-RL. Art. 2 Nr. 2c und d Freizügigkeits-RL verlangen nicht, dass Verwandte, denen Unterhalt gewährt wird, mit dem Unionsbürger, von dem sie ihr Aufenthaltsrecht ableiten, zusammenleben. Auch Art. 17 Abs. 3 Freizügigkeits-RL setzt nur voraus, dass sich die Familienangehörigen gemeinsam mit dem Unionsbürger im Hoheitsgebiet des Aufnahmemitgliedstaates aufhalten.

## **5. Abs. 5: Familienangehörige mit eigenständigem Aufenthaltsrecht**

---

<sup>224</sup> EuGH, Urt. v. 16.1.2014, Rs. C-378/12 (Onuekwere), Rn 26, InfAuslR 2014, 81.

<sup>225</sup> EuGH, Urt. v. 8.5.2013, Rs. C-529/11 (Alarape), Rn 34, InfAuslR 2013, 262.

<sup>226</sup> Andernfalls hätte formuliert werden müssen: „Die Familienangehörigen eines Unionsbürgers, der das Daueraufenthaltsrecht nach Absatz 2 erwirbt“.

Besitzen Familienangehörige nach der Scheidung vom Unionsbürger, nach seinem Wegzug oder nach seinem Ableben ein eigenständiges, nicht mehr vom Aufenthalt mit dem Unionsbürger abhängiges Aufenthaltsrecht (§ 3 Abs. 3 bis 5), erwerben sie nach Abs. 5 ein Daueraufenthaltsrecht, sobald sie sich fünf Jahre ständig in Deutschland aufgehalten haben und – mit Ausnahme von Kindern, s.u. – ein Freizügigkeitskriterium iS von § 2 Abs. 2 Nr. 1 bis 3 oder Nr. 5 bzw Art. 7 Abs. 1 lit. a), b) oder d) Freizügigkeits-RL erfüllen. Abs. 5 entspricht im Wesentlichen Art. 18 Freizügigkeits-RL, geht jedoch teilweise weiter:

Vorausgesetzt wird von Abs. 5 nicht der ununterbrochen rechtmäßige, sondern nur der ständig rechtmäßige Aufenthalt im Aufnahmemitgliedstaat, so dass nach nationalem Recht Unterbrechungszeiten unschädlich sein können.<sup>227</sup>

Kinder des freizügigkeitsberechtigten Unionsbürgers und deren personensorgeberechtigter, drittstaatsangehöriger Elternteil behalten nach Wegzug des Unionsbürgers ein Aufenthaltsrecht (§ 3 Abs. 4 und Art. 12 Abs. 3 Freizügigkeits-RL), können aber nur nach dem nationalen Recht ein Daueraufenthaltsrecht erwerben, da zwar § 3 Abs. 4 von Abs. 5 einbezogen wird, Art. 18 Freizügigkeits-RL aber nicht auf Art. 12 Abs. 3 Freizügigkeits-RL verweist.

Zu beachten ist, dass der Familienangehörige nach dem Tod des Unionsbürgers oder bei Einleitung des Scheidungsverfahrens – nicht bereits bei Trennung! – und bis zum Erreichen des Stichtags (Ablauf des 5. Aufenthaltsjahres)<sup>228</sup> in seiner Person ein Freizügigkeitskriterium (s.o.) erfüllen muss, er also Arbeitnehmer, Selbständiger, Dienstleistungserbringer oder hinreichend vermögend sein muss. Insoweit darf aus Gründen der praktischen Wirksamkeit der unionsrechtlichen Vorschriften nicht verlangt werden, dass der Familienangehörige bspw schon am Tag nach dem Ableben des Unionsbürgers Arbeit sucht oder gar in Arbeit steht, um von einem ununterbrochen oder ständig rechtmäßigen Aufenthalt ausgehen zu können. Ausreichend ist ein „unverzügliches“, die persönlichen Umstände berücksichtigendes Bemühen um Arbeit. Nach der Freizügigkeits-RL – anders §§ 4a Abs. 5 iVm 3 Abs. 4 (s.o.) – genügen allerdings Aufenthaltszeiten, die nicht auf Grundlage der Freizügigkeits-RL, sondern aus anderen, unionsrechtlich anerkannten Gründen, zB nach Art. 12 VO 1612/68/EWG bezüglich drittstaatsangehörigen Eltern des schulpflichtigen Kindes eines Unionsbürgers<sup>229</sup> oder aufgrund abgeleiteten Primärrechts<sup>230</sup> zurückgelegt wurden, nicht für den Erwerb des Daueraufenthaltsrechts.

## **6. Abs. 6: Ständiger Aufenthalt und Abwesenheitszeiten**

(...)

## **7. Abs. 7: Verlust des Daueraufenthaltsrechts**

(...)

---

### **§ 5 Aufenthaltskarten, Bescheinigung über das Daueraufenthaltsrecht**

*(1) Freizügigkeitsberechtigten Familienangehörigen, die nicht Unionsbürger sind, wird von Amts wegen innerhalb von sechs Monaten, nachdem sie die erforderlichen Angaben gemacht haben, eine Aufenthaltskarte*

---

<sup>227</sup> Brinkmann in: Huber, AufenthG, § 4a FreizügG/EU Rn 4.

<sup>228</sup> GK-AufenthG/Epe, IX-2 § 4a Rn 52.

<sup>229</sup> EuGH, Urt. v. 8.5.2013, Rs. C-529/11 (Alarape), Rn 39 f, InfAuslR 2013, 262.

<sup>230</sup> EuGH, Urt. v. 12.3.2014, C-457/12 (S u. G), Rn 36 ff, InfAuslR 2014, 169.

für Familienangehörige von Unionsbürgern ausgestellt, die fünf Jahre gültig sein soll. Eine Bescheinigung darüber, dass die erforderlichen Angaben gemacht worden sind, erhält der Familienangehörige unverzüglich.

(2) Die zuständige Ausländerbehörde kann verlangen, dass die Voraussetzungen des Rechts nach § 2 Abs. 1 drei Monate nach der Einreise glaubhaft gemacht werden. Für die Glaubhaftmachung erforderliche Angaben und Nachweise können von der zuständigen Meldebehörde bei der meldebehördlichen Anmeldung entgegengenommen werden. Diese leitet die Angaben und Nachweise an die zuständige Ausländerbehörde weiter. Eine darüber hinausgehende Verarbeitung oder Nutzung durch die Meldebehörde erfolgt nicht.

(3) Das Vorliegen oder der Fortbestand der Voraussetzungen des Rechts nach § 2 Absatz 1 kann aus besonderem Anlass überprüft werden.

(4) Sind die Voraussetzungen des Rechts nach § 2 Abs. 1 innerhalb von fünf Jahren nach Begründung des ständigen Aufenthalts im Bundesgebiet entfallen, kann der Verlust des Rechts nach § 2 Abs. 1 festgestellt und bei Familienangehörigen, die nicht Unionsbürger sind, die Aufenthaltskarte eingezogen werden. § 4a Abs. 6 gilt entsprechend.

(5) Auf Antrag wird Unionsbürgern unverzüglich ihr Daueraufenthaltsrecht bescheinigt. Ihren daueraufenthaltsberechtigten Familienangehörigen, die nicht Unionsbürger sind, wird innerhalb von sechs Monaten nach Antragstellung eine Daueraufenthaltskarte ausgestellt.

(6) Für den Verlust des Daueraufenthaltsrechts nach § 4a Abs. 7 gilt Absatz 4 Satz 1 entsprechend.

Leseprobe aus dem Konzept der 2. Auflage des HK-AuslR (Hrsg. R. M. Hofmann, NOMOS-Verlag):

## **I. Allgemeines/ Entstehungsgeschichte**

(...)

## **II. Im Einzelnen**

### **1. Anmeldebestätigung der Meldebehörde für Unionsbürger**

Seit dem 29.1.2013 benötigen Unionsbürger keine "Bescheinigung über das Aufenthaltsrecht" mehr. Sie unterliegen wie Deutsche und Drittstaater aber der Verpflichtung, sich nach den jeweils geltenden Meldegesetzen der Bundesländer bei den örtlich zuständigen Meldebehörden anzumelden. Hierbei ist zu beachten, dass von Bundesland zu Bundesland unterschiedliche Fristen gelten, die auch für Unionsbürger zu beachten sind. Bei der Anmeldung von Unionsbürgern wenden die Meldebehörden **ausschließlich Melderecht** an; die Prüfung aufenthaltsrechtlicher Voraussetzungen nach dem FreizügG/EU oder der Freizügigkeits-RL fällt nicht in ihren Zuständigkeitsbereich. Daher dürfen sie auch die Ausstellung der melderechtlichen Anmeldebestätigung ("Meldebestätigung"<sup>231</sup>) nicht etwa deswegen verweigern, weil sie uU an der Freizügigkeitsberechtigung des Unionsbürgers zweifeln oder zunächst auf einen Nachweis der Freizügigkeitsberechtigung bestehen.<sup>232</sup> Die Prüfung des Vorliegens oder des Fortbestandes der Voraussetzungen des § 2 Abs. 1 (dh des Rechts auf Freizügigkeit) bleibt den Ausländerbehörden vorbehalten und kann aus besonderem Anlass überprüft werden, s. Abs. 3 und Abs. 2 S. 3.

### **2. Absatz 1 – Aufenthaltskarte für (Drittstaats-)Familienangehörige eines Unionsbürgers**

Familienangehörigen eines Unionsbürgers, die nicht Staatsangehörige eines Mitgliedstaats sind, wird von Amts wegen eine Aufenthaltskarte ausgestellt (diese hieß nach dem FreizügG/EU 2005 zunächst „Aufenthaltsurlaubnis-EU“, siehe oben Rn 1 und § 15). Sie ist kein AT. Das Freizügigkeitsrecht der Familienangehörigen folgt wie dasjenige der Unionsbürger unmittelbar aus den unionsrechtlichen Bestimmungen. Die Aufenthaltskarte hat daher rein deklaratorischen Charakter.<sup>233</sup> Was die Rechtsnatur dieser rein deklaratorischen Aufenthaltskarte angeht, wird nach der neueren

<sup>231</sup> Zum Begriff siehe zB § 18 Abs. 7 Meldegesetz BW; § 17 Abs. 5 Meldegesetz NRW.

<sup>232</sup> Vgl. Renner, AuslR, § 5 FreizügG/EU Rn 13.

<sup>233</sup> Vgl. EuGH, Urt. v. 12.3.2014, verb. Rs. C-456/12 und C-457/12 (O., B., S. und G.) Rn 60 mit Verweis auf EuGH, Urt. v. 21.7.2011, Rs. C-325/09 (Dias) Rn 49; EuGH, Rs. C-459/99 (MRAX), NVwZ – Beilage I 12/2002, 121 = InfAuslR 2002, 417 = EZAR 814 Nr. 8; EuGH, Rs. C-157/03 (Kommission/Spanien), InfAuslR 2005, 229; OVG Hamburg, InfAuslR 2004, 57; OVG Hamburg, NVwZ-RR 2000, 187 = InfAuslR 1999, 286; VG Aachen, Urt. v. 9.5.2005 – 8 K 3072/03 -, ANA-ZAR 2005, 23; Welte, InfAuslR 2005, 8; Fischer-Lescano, ZAR 2005, 288; Dienelt, InfAuslR 2002, 113; vgl. auch Ziff. 5.2.1 AVV-FreizügG/EU.

Rechtsprechung des EuGH **nicht** mehr davon ausgegangen werden können, dass es sich hierbei um einen **feststellenden Verwaltungsakt handelt**.<sup>234</sup> In der verbundenen Rechtssache O., B., S. und G. hat der EuGH unter Verweis auf die Rechtssache Dias vom 21.7.2011 sinngemäß klargestellt, dass man allein auf Grundlage einer rechtsgültig ausgestellten Aufenthaltskarte (dh unbeschadet dessen, dass ihr Inhaber die aufenthaltsrechtlichen Voraussetzungen nicht mehr erfüllt), kein unionsrechtliches Aufenthaltsrecht mit der Argumentation beanspruchen kann, dass die Feststellungswirkung der Aufenthaltskarte solange gilt, solange die Karte noch gültig und nicht widerrufen ist. Der Aufenthalt eines Familienangehörigen darf ebenso wenig allein deshalb als illegal eingestuft werden darf, weil er keine Aufenthaltskarte besitzt, wie er allein deshalb als im Sinne des Unionsrechts legal angesehen werden darf, weil dem Familienangehörigen eine solche Aufenthaltskarte rechtsgültig erteilt wurde.<sup>235</sup> Die im deutschen Recht zur Begründung eines feststellenden VA vorgebrachte Argumentation, dass die Aufenthaltskarte verbindlich feststelle, dass die Voraussetzungen des § 2 Abs.1 und § 3 in der Person des betroffenen Familienangehörigen erfüllt seien<sup>236</sup> und sie daher eine Maßnahme zur Regelung eines Einzelfalls mit unmittelbarer Rechtswirkung nach außen iSd § 35 VwVfG sei, kann angesichts dieser EuGH-Rechtsprechung **nicht mehr gehalten werden**.

Nach den Vorgaben von Art. 10 Abs. 1 S. 1 Freizügigkeits-RL wird die Aufenthaltskarte **sechs Monate nach Einreichung des Antrags** ausgestellt. Eine Bescheinigung über die Einreichung des Antrags auf Ausstellung der Aufenthaltskarte ist nach Art. 10 Abs. 1 S. 2 Freizügigkeits-RL unverzüglich auszustellen. Von diesen Vorgaben weicht der Wortlaut des § 5 Abs. 1 S. 1 und S. 2 insofern ab, als maßgeblicher Zeitpunkt nicht die Einreichung des Antrags ist, sondern der Zeitpunkt, in welchem "die erforderlichen Angaben gemacht" worden sind. Dieser Unterschied kann in der Praxis von Bedeutung sein. **Richtlinienkonform** ist § 5 Abs. 1 S. 1 und S. 2 daher dahin auszulegen, dass es jeweils auf den Zeitpunkt der Einreichung des Antrags ankommt.<sup>237</sup> Nach Maßgabe der Freizügigkeits-RL und des FreizügG/EU ist die Aufenthaltskarte grundsätzlich fünf Jahre lang gültig. Eine kürzere Gültigkeitsdauer ist nur zulässig, wenn die geplante Aufenthaltsdauer des Unionsbürgers weniger als fünf Jahre beträgt, Art. 11 Abs. 1 Freizügigkeits-RL. Bei Abwesenheiten von bis zu sechs Monaten im Jahr, oder längere Abwesenheiten wegen der Erfüllung militärischer Pflichten oder bei einer einzigen Abwesenheit von höchstens 12 aufeinander folgende Monaten aus wichtigen Gründen wie Schwangerschaft und Niederkunft, schwere Krankheit, Studium oder Berufsbildung oder berufliche Entsendung in einen anderen Mitgliedstaat oder Drittstaat, bedarf es – bei Rückkehr in das Bundesgebiet – keiner Neuausstellung der Aufenthaltskarte, siehe Art. 11 Abs 2 Freizügigkeits-RL.

### 3. Absatz 2 – Glaubhaftmachung

Nach Abs. 2 S. 1 kann die Ausländerbehörde verlangen, dass das Vorliegen der Voraussetzungen des Freizügigkeitsrechts nach § 2 Abs. 1 glaubhaft gemacht wird. Abs. 2 bezieht sich sowohl auf Unionsbürger als auch auf deren Familienangehörige aus einem Drittstaat. Glaubhaftmachung bedeutet nicht die Erbringung des vollen Beweises. Erforderlich, aber auch ausreichend ist, dass sich aus den Angaben und Nachweisen mit überwiegender Wahrscheinlichkeit die Freizügigkeitsberechtigung feststellen lässt.<sup>238</sup> Bei der konkreten Anwendung des Gesetzes müssen alle beteiligten Stellen stets Erwägungsgrund 11 der Freizügigkeits-RL beachten: Das elementare und persönliche Recht auf Aufenthalt in einem anderen Mitgliedstaat erwächst den Unionsbürgern unmittelbar aus dem Vertrag und hängt nicht von der Einhaltung von Verwaltungsverfahren ab. Damit

<sup>234</sup> So noch in der Voraufgabe des HK-AusIR, § 5 FreizügG/EU Rn 6; Kloesel/Christ/Häußer, AusIR, § 5 FreizügG/EU Rn 22; differenzierend Renner, AusIR, § 5 FreizügG/EU Rn 27ff, der danach unterscheidet, ob die Aufenthaltskarte nach "altem", dh bis Januar 2013 geltenden Recht (dann feststellender VA) oder nach "neuem" Recht (dann kein feststellender VA) ausgestellt wurde. Dies kann jedoch nicht überzeugen, da in beiden Fällen das nationale Recht der Umsetzung des Art. 10 Freizügigkeits-RL diene und die Richtlinie als solche unverändert geblieben ist. Die Vorgaben des EuGH zum richtigen Verständnis der Rechtsnatur der Aufenthaltskarte gelten daher seit Inkrafttreten der RiLi unbeeinflusst von nationalen Rechtsänderungen.

<sup>235</sup> Siehe EuGH, Urt.v. 12.3.2014, verb. Rs. C-456/12 und C-457/12 (O., B., S. und G.) Rn 60 mit Verweis auf EuGH, Urt.v. 21.7.2011, Rs. C-325/09 (Dias) Rn 49 (zum Verständnis lies Rn 44-55).

<sup>236</sup> Mit dieser Begründung: Renner, AusIR, § 5 FreizügG/EU Rn 27; ebenso in der Voraufgabe des HK-AusIR, § 5 FreizügG/EU Rn 2.

<sup>237</sup> So auch Renner, AusIR § 5 FreizügG/EU Rn 18.

<sup>238</sup> Kloesel/Christ/Häußer, AusIR, § 5 FreizügG/EU Rn 61.



wird kein neuer Programmsatz aufgestellt, sondern lediglich die ständige Rechtsprechung des EuGH, die dieser in Rn 78 seines Urteils MRAX ausdrücklich auf Familienangehörige aus Drittstaaten übertragen hat, verdichtet wiedergegeben.<sup>239</sup> Welche Dokumente die Behörde für die Glaubhaftmachung der Voraussetzungen des Freizügigkeitsrechts verlangen darf, ist seit In-Kraft-Treten des 2. ÄndG abschließend<sup>240</sup> in § 5 a geregelt. Im Zuge des 2. ÄndG wurde in Abs. 2 S. 1 ferner eine bestimmte **Frist** eingefügt. Zuvor war die Berechtigung „innerhalb angemessener Fristen“ glaubhaft zu machen. Nunmehr hat dies „**drei Monate nach der Einreise**“ zu erfolgen. Der Gesetzgeber des 2. ÄndG meinte, dadurch Art. 8 Abs. 1 Freizügigkeits-RL umzusetzen.<sup>241</sup> Hierin irrte er jedoch. Überdies dürfte er unionsrechtswidriges Recht geschaffen haben. Art. 8 Abs. 1 der Richtlinie besagt lediglich, dass Unionsbürger sich anmelden müssen, wenn sie beabsichtigen, länger als drei Monate in einem Mitgliedstaat zu bleiben. Vor Ablauf der Frist besteht keinerlei Verpflichtung sich überhaupt behördlich zu melden, vgl. Art. 6 Freizügigkeits-RL. Zu verfahrensrechtlichen Fristen enthält Art. 8 der Richtlinie nichts. Im Übrigen ist hinsichtlich der neu geschaffenen starren Frist in Abs. 3 S. 1 daran zu erinnern, dass der EuGH eine ähnlich inflexible Regelung des belgischen Rechts für unvereinbar mit dem Freizügigkeitsrecht erklärt hat und auch die Freizügigkeits-RL hinsichtlich der Einreise vorgibt, dass Behörden die Beibringung von Nachweisen stets nur in „angemessener Frist“ verlangen dürfen, vgl. Art. 5 Abs. 4 der Richtlinie.<sup>242</sup> Je nach Lage des Einzelfalles ist den Betroffenen daher auch eine längere Frist als drei Monate einzuräumen. Im Ergebnis hätte es der Gesetzgeber daher besser bei der flexiblen gesetzlichen Regelung des Abs. 3 S. 1 aF belassen sollen.

#### a) Hinweise zum Verfahren bei Unionsbürgern

§ 5 Abs. 2 S. 1 verpflichtet die Ausländerbehörde nicht, die Glaubhaftmachung zu verlangen, vielmehr steht dies in ihrem Ermessen („kann“). Bei der Entscheidung ist sie jedoch nicht völlig frei. Die beabsichtigte Verfahrensvereinfachung ist nur zu erreichen, wenn ohne weitere Nachweise im Regelfall vom Bestehen des Freizügigkeitsrechts ausgegangen wird; insoweit besteht eine **Vermutung für Freizügigkeit**.<sup>243</sup> Die Behörden sind daher gehalten, grundsätzlich auf die Vorlage von Dokumenten zur Glaubhaftmachung zu verzichten.<sup>244</sup> Vgl. für Einzelheiten die Kommentierung zu § 5 a.

Soweit den Ausländerbehörden angeraten wird zu prüfen<sup>245</sup>, ob dem Aufenthaltsrecht von Anfang an Gründe der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit entgegenstehen könnten (§ 6 Abs. 1 S. 2), ist darauf hinzuweisen, dass es **nicht** zu den Vorbedingungen für den Erwerb des Rechts auf Einreise und Aufenthalt gehört, dass der den Schutz der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit betreffende Vorbehalt nach Art. 39 Abs. 3, Art. 46 Abs. 1 EGV **nicht** eingreift. Dieser Vorbehalt stellt lediglich eine Handhabe dar, im Einzelfall bei Vorliegen geeigneter Gründe die Ausübung eines unmittelbar aus dem Vertrag fließenden Rechts einzuschränken.<sup>246</sup> Das Freizügigkeitsrecht entsteht dessen ungeachtet. Ausreisepflichtig sind Unionsbürger gem. § 7 Abs. 1 erst nach einer entsprechenden behördlichen Feststellung. Der Verlust des Freizügigkeitsrechts nach

239 Erwägungsgrund 11 der RL 2004/38/EG; EuGH, Rs. 48/75 (Royer), NJW 1976, 2065; EuGH, EuGH, Rs. C-459/99 (MRAX), NVwZ – Beilage I 12/2002, 121 = InfAuslR 2002, 417 = EZAR 814 Nr. 8.

<sup>240</sup> Vgl. Renner, AuslR § 5 FreizügG/EU Rn 25 ("Die Glaubhaftmachung erstreckt sich ausschließlich auf die vorzulegenden Nachweise nach 5a II").

241 BT-Drucks. 16/5065, S. 210.

242 EuGH, Rs. C-408/03 (Kommission/Belgien), NVwZ 2006, 918; vgl. schon Fischer, NVwZ 1990, 1150.

243 Informations- und Schulungsmaterial des Innenministeriums Niedersachsen, August 2004, Anm. C.3., S. 88; Innenministerium Nordrhein-Westfalen, Erlass v. 28.12.2004, Az 15-39.1.08-2-; Groß, ZAR 2005, 81 (84); weitergehend OVG Berlin, InfAuslR 2006, 259 = NVwZ 2006, 953, das aus § 5 Abs. 3 S. 1 folgert, dass Unionsbürgern das Recht auf Einreise und Aufenthalt unabhängig davon zusteht, ob sie die materiellen Voraussetzungen der Freizügigkeitsberechtigung erfüllen. Vgl. auch BT-Drucks. 17/10746, S. 9.

244 Vgl. Ziff. 5.3.1.1.1 AVV-FreizügG/EU; Renner, AuslR, § 5 FreizügG/EU Rn 49; GK-AufenthG/Epe, IX, § 5 FreizügG/EU Rn 34; aA Kloesel/Christ/Häuber, AuslR, § 5 FreizügG/EU Rn 44 (routinemäßige Aufforderung zur Glaubhaftmachung sei erlaubt).

245 Ziff. 5.3.1.1.4 AVV-FreizügG/EU; Welte, InfAuslR 2005, 8; erhebliche Einwände gegen die Speicherung und Verarbeitung von personenbezogenen Daten von Unionsbürgern im AZR hat GA Maduro formuliert. Rs. C-524/06 (Huber), 3.4.2008.

246 EuGH, Rs. 48/75 (Royer), NJW 1976, 2065; OVG Hamburg, NVwZ-RR 2000, 187 = InfAuslR 1999, 286.

§ 6 Abs. 1 aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit tritt ferner nicht zwangsläufig ein, sondern steht im Ermessen der Behörde. Selbst das Vorhandensein einer **Einreisesperre** wegen einer in der Vergangenheit erfolgten Ausweisung oder Abschiebung rechtfertigt **als solche** nicht zur der Annahme, dass die Voraussetzungen für das Freizügigkeitsrecht nicht vorliegen.<sup>247</sup> Vielmehr hat die Behörde zunächst zu prüfen, ob die Sperrwirkung so zu befristen ist, dass sich das dem Unionsbürger zustehende Freizügigkeitsrecht sogleich, insbesondere ohne vorherige Ausreise, entfalten kann. Eine solche sofortige Befristung der Sperrwirkung ist geboten, wenn die Gründe, die zu der Sperre geführt haben, zwischenzeitlich weggefallen sind oder die das Wiedereinreiseverbot auslösende Maßnahme **unionsrechtswidrig** gewesen ist. Letzteres betrifft insbesondere die vielen in der Vergangenheit auf § 47 AuslG 1990 gestützten unionsrechtswidrigen Ist- bzw. Regelausweisungen<sup>248</sup> von Unionsbürgern, und zwar ungeachtet einer etwaigen **Bestandskraft**.<sup>249</sup> Des Weiteren begründet eine **durchgeführte Abschiebung** – anders als nach dem AuslG – **keine** Sperrwirkung mehr.<sup>250</sup>

## **b) Hinweise zum Verfahren bei Familienangehörigen aus einem Drittstaat - Ausstellung der Aufenthaltskarte nach Absatz 1**

Vgl zunächst a). Die Behörden sind von Amts wegen verpflichtet, die Aufenthaltskarte auszustellen. Eines Antrags bedarf es nicht. Welche Nachweise die Behörde zum Nachweis der Berechtigung verlangen darf, ergibt sich nunmehr aus § 5 a, vgl die Kommentierung dort. Ferner sind die durch den EuGH entwickelten Grundsätze zu beachten: die unerlaubte Einreise oder der unerlaubte Aufenthalt nach Ablauf der Gültigkeit eines AT rechtfertigen es nicht, dem Familienangehörigen die Aufenthaltskarte zu verweigern. Selbst ein fehlender Reisepass ist unschädlich, sofern der Nachweis über Identität und Familienangehörigkeit auf andere Weise erbracht werden kann.<sup>251</sup> Auch eine Ausschreibung im Schengener Informationssystem (SIS) gestattet es den zuständigen Behörden nicht ohne weiteres, die Einreise des Familienangehörigen zu verweigern. Zusätzlich bedarf es der Prüfung, ob dessen Anwesenheit im Bundesgebiet eine tatsächliche, gegenwärtige und hinreichend schwere Gefährdung für ein Grundinteresse der Gesellschaft darstellt.<sup>252</sup> Beschränkungen des Freizügigkeitsrechts der Familienangehörigen sind ungeachtet ihrer Staatsangehörigkeit nur unter den für Unionsbürger geltenden engen Voraussetzungen zulässig (vgl § 6 Abs. 1, Art. 27 Freizügigkeits-RL). Aus diesem Grund gilt das bei Rn X Dargestellte entsprechend.<sup>253</sup> Das Fehlen entgegenstehender Gründe der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit ist auch hier keine Vorbedingung für den Erwerb des Freizügigkeitsrechts: die lediglich deklaratorische Aufenthaltskarte darf nicht vorenthalten werden.

---

247 AA Welte, InfAuslR 2005, 8 (11), der die gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben diesbezüglich nicht hinreichend berücksichtigt; zu undifferenziert auch Zimmermann-Kreher, in: Storr, ZuwG, § 5 FreizügG/EU Rn 5.

248 EuGH, Rs. C-482/01 und C-493/01 (Orfanopoulos und Oliveri), NVwZ 2004, 1099 = InfAuslR 2004, 268; BVerwG, NVwZ 2005, 220 = InfAuslR 2005, 18; vgl auch EuGH, Rs. C-441/02 (Kommission/Deutschland), NVwZ 2006, 1151 = DVBl. 2006, 1029.

249 Im Einzelnen § 7 FreizügG/EU Rn XX; VG Hamburg, InfAuslR 2005, 186; vgl auch Gutmann, InfAuslR 2005, 125; aA VG Sigmaringen, Urt. v. 22.2.2005 – 4 K 16/05 – juris; OVG Hamburg, Urt. v. 22.3.2005 – 3 Bf 294/04 – juris, NordÖR 2006, 38; OVG Hamburg, InfAuslR 2006, 305; vgl zum Ganzen schließlich auch BVerwG InfAuslR 2008, 1 = NVwZ 2008, 82 = DÖV 2008, 74; BVerwG, InfAuslR 2008, 116 = DVBl. 2008, 189 und ihm folgend VGH Mannheim, Urt. v. 30.4.2014, 11 S 244/14, juris. Soweit das BVerwG in dieser Entscheidung festgestellt hat, dass bei Inkrafttreten des FreizügG/EU (1.1.2005) bereits bestandskräftige Alt-Ausweisungen nach vormaligem Recht als Verlustfeststellungen iSd § 6 Abs. 1 FreizügG/EU fortgelten, sich nicht durch die Änderung der Rechtslage erledigt haben und deren Sperrwirkung daher weiterhin via § 7 Abs. 1 Satz 1 FreizügG/EU Geltung beansprucht, ist zu beachten, dass dies nur für nach altem Recht rechtmäßige Ausweisungsverfügungen gilt. Für (unions-)rechtswidrige Altausweisungen gilt das im Haupttext Dargestellte.<sup>250</sup> Vgl Welte, InfAuslR 2005, 8 (13, Fn 15); ebenso VGH Mannheim, Urt. v. 30.4.2014, 11 S 244/14, juris (siehe letzter Absatz vor der Kostenentscheidung).

251 EuGH, Rs. C-459/99 (MRAX), InfAuslR 2002, 417 = EZAR 814 Nr. 8; EuGH, Rs. C-60/00 (Carpenter), NVwZ-Beilage I 10/2002, 105 = InfAuslR 2002, 373 = EZAR 812 Nr. 19; EuGH, Rs. C-157/03 (Kommission/Spanien), InfAuslR 2005, 229; OVG Münster, Beschl. v. 17.3.2005 – 19 B 265/05 – ANA-ZAR 2005, 16; VG Aachen, Urt. v. 9.5.2005 – 8 K 3072/03 -, ANA-ZAR 2005, 23; vgl auch Dienelt, InfAuslR 2002, 113.

252 EuGH, Rs. C-503/03 (Kommission/Spanien), InfAuslR 2006, 169 = DVBl. 2006, 584.

253 Daher: keine unerlaubte Einreise trotz Sperrwirkung, OVG Hamburg, InfAuslR 2004, 57.

#### 4. Absatz 3 – Überprüfung des Vorliegens oder des Fortbestandes der Voraussetzungen des Freizügigkeitsrechts

Eine Überprüfung nach Abs. 3 ist stets nur **aus besonderem Anlass** zulässig. Wann ein besonderer Anlass vorliegt, ist im Gesetz nicht näher definiert. Die Gesetzesbegründung zum ZuwG<sup>254</sup> benennt beispielhaft die Inanspruchnahme von Sozialhilfe nicht erwerbstätiger Unionsbürger. Hierbei dürfte es sich in der Tat um einen besonderen Anlass handeln, wenngleich dieser Umstand nicht automatisch zu einem Verlust des Freizügigkeitsrechts führen muss.<sup>255</sup> Darüber hinaus sieht die Gesetzesbegründung einen besonderen Anlass aber auch in der Entscheidung über die Verlängerung einer befristeten Bescheinigung. Dieses Beispiel hat sich mit Abschaffung der "Bescheinigung über das Freizügigkeitsrecht" (s. hierzu Rn 1) erledigt. Stets ist zu beachten, dass Art. 14 Abs. 2 S. 3 der Freizügigkeits-RL eine systematische Überprüfung der Freizügigkeitsvoraussetzungen verbietet. Es müssen vielmehr "begründete Zweifel" in "bestimmten Fällen" bestehen. Seit dem FreizügG/EU-ÄndG v. 21.1.2013 kann nicht nur der "Fortbestand" der Voraussetzungen des Freizügigkeitsrechts in diesem Sinne überprüft werden, sondern auch das erstmalige Vorliegen. Diese Ergänzung nimmt Bezug auf den ebenfalls durch das FreizügG/EU-ÄndG v. 21.1.2013 neu geschaffenen § 2 Abs. 7. Dieser neue Absatz dient ausweislich der Gesetzesbegründung der "Bekämpfung von Rechtsmissbrauch und Betrug"<sup>256</sup>. Ein "besonderer Anlass" in diesem Normzusammenhang ist daher dann gegeben, wenn begründete Zweifel an der Absicht bestehen, dass das Begleiten oder Nachziehen von Familienangehörigen erfolgt, um eine eheliche oder familiäre Lebensgemeinschaft im Bundesgebiet zu führen oder bei begründetem Anlass zu der Vermutung, dass gefälschte/verfälschte Dokumente vorgelegt werden oder andere Arten von Täuschungen gegeben sind.<sup>257</sup> Zur Beweislast in diesem Fällen, siehe unten III. Praktische Hinweise zum behördlichen und gerichtlichen Verfahren.

Eine Überprüfung ist nur innerhalb der ersten fünf Jahre nach Begründung des ständigen Aufenthalts zulässig, § 5 Abs. 4. Das Datum der Ausstellung eines Dokuments ist somit nicht maßgeblich, es kommt auf die tatsächliche Begründung des Aufenthalts an.<sup>258</sup> Schließlich ist zu beachten, dass sich das materielle Freizügigkeitsrecht aus verschiedenen Aspekten ergeben, sich anderweitig oder vollständig neu begründen kann.<sup>259</sup> Die behördliche Überprüfung des Fortbestands des Freizügigkeitsrechts darf sich daher nicht darauf beschränken, ob die bei der *erstmaligen* Begründung des Freizügigkeitsrechts gegebenen Voraussetzungen weiterhin vorliegen. Es kommt vielmehr entscheidend auf das materielle Freizügigkeitsrecht im Zeitpunkt der Überprüfung und nicht darauf an, ob der Unionsbürger Freizügigkeit aus demselben Grund wie bei erstmaliger Ausstellung der Bescheinigung genießt.

#### 5. Absatz 4 – Feststellung des Rechtsverlusts/Einziehung der Aufenthaltskarte

Sind die Voraussetzungen des Rechts nach § 2 Abs. 1 innerhalb von fünf Jahren nach Begründung des ständigen Aufenthalts im Bundesgebiet entfallen, kann der Verlust dieses Rechts festgestellt und, bei Familienangehörigen, die nicht Unionsbürger sind, die Aufenthaltskarte eingezogen werden. Die Verlustfeststellung bildet die Grundlage der Ausreisepflicht nach § 7. Wegfall der Voraussetzungen des Rechts nach § 2 Abs. 1 erfordert, dass sich das materielle Freizügigkeitsrecht aus keiner denkbaren Alternative ergibt (siehe Rn XYZ). Das **allgemeine Freizügigkeitsrecht** des Art. 20, 21 AEUV, § 4 FreizügG/EU ist hierbei stets im Auge zu behalten: wer krankenversichert ist und über ausreichende Existenzmittel verfügt, ist freizügigkeitsberechtigt. Ferner ist § 2 Abs. 3 zu berücksichtigen: wer vorübergehend gehindert ist, seiner abhängigen oder selbständigen Tätigkeit nachzugehen, verliert dadurch nicht zwangsläufig seine Eigenschaft als Arbeitnehmer oder Selbständiger (vgl auch Art. 7 Abs. 3 Freizügigkeits-RL). Selbst die Inanspruchnahme von **Sozialhilfeleistungen** vermag nicht

---

254 BT-Drucks. 15/420, S. 104.

255 Vgl zum Freizügigkeitsrecht und der Inanspruchnahme von Sozialhilfe Rn XX.

<sup>256</sup> BT-Drucks. 17/10746, S. 8.

<sup>257</sup> Siehe BT-Drucks. 17/10746, S. 9.

258 Vgl Ferner Rn XY.

259 Vgl EuGH, Rs. C-482/01 und C-493/01 (Orfanopoulos und Oliveri), NVwZ 2004, 1099 = InfAuslR 2004, 268; BT-Drucks. 15/420, S. 104, zu § 5 letzter Abs.; Westphal/Stoppa, InfAuslR 2004, 133.

automatisch einen möglichen Verlust des Freizügigkeitsrechts zu begründen. Erforderlich ist vielmehr eine **unangemessene** Inanspruchnahme.<sup>260</sup> Wann die Inanspruchnahme unangemessen ist, richtet sich nach den konkreten Umständen des Einzelfalls unter Berücksichtigung der persönlichen Situation des Betroffenen. Eine schematische Betrachtung scheidet aus.<sup>261</sup> Anders als noch nach § 11 AufenthG/EWG und der entsprechenden Regelung in § 51 Abs. 1 Nr. 6 bzw. Nr. 7 AufenthG erlischt die Aufenthaltskarte nach geltendem Recht **nicht kraft Gesetz** durch einen mehr als **sechs Monate dauernden Aufenthalt** außerhalb des Geltungsbereichs des FreizügG/EU. Eine Parallelvorschrift zum alten § 11 AufenthG/EWG findet sich im FreizügG/EU nicht. § 51 Abs. 1 Nr. 6 bzw. Nr. 7 AufenthG sind gem. § 11 Abs. 1 FreizügG/EU, § 1 Abs. 2 Nr. 1 AufenthG nicht anwendbar. Bei Abwesenheit kann das Freizügigkeitsrecht zwar entfallen, dies muss die insoweit beweislbelastete Behörde jedoch durch Verwaltungsakt feststellen. Hierbei ist der gesetzliche Verweis auf die Bestimmung des § 4 a Abs. 6 zu berücksichtigen, s. Abs. 4 S. 2. Abwesenheitszeiten bis zu insgesamt sechs Monaten im Jahr sind ohne weiteres unschädlich. Ebenso eine längere Abwesenheit zur Ableistung eines Wehr- oder Ersatzdienstes. Schließlich hat kraft Gesetzes auch eine einmalige Abwesenheit von bis zu zwölf Monaten aus wichtigem Grund keinen Einfluss auf den Bestand des Freizügigkeitsrechts. Beispielhaft und nicht abschließend wird Schwangerschaft, schwere Krankheit, Berufsausbildung, Studium oder berufliche Entsendung genannt<sup>262</sup>.

Nach Ablauf eines Zeitraums von **fünf Jahren** seit Begründung des ständigen Aufenthalts im Bundesgebiet ist § 5 Abs. 4 unanwendbar. Der Begriff des **ständigen Aufenthalts** ist weder gleichzusetzen mit dem gewöhnlichen Aufenthalt iSd § 8 oder § 10 StAG noch mit dem dauernden Aufenthalt iSd Art. 2 AG-StlMindÜbk.<sup>263</sup> Es handelt sich vielmehr um einen unionsrechtlichen Begriff aus der VO 1251/70/EWG.<sup>264</sup> In § 4 a findet er sich im FreizügG/EU wieder; zu Einzelheiten vgl die Kommentierung dort. Für den Beginn der Frist kommt es nach dem Wortlaut des Gesetzes nicht auf das Ausstellungsdatum der Aufenthaltskarte an. Der Aufenthalt muss auch **nicht** fünf Jahre ununterbrochen **rechtmäßig** gewesen sein, solange er nur ständig iSv § 4 Abs. 5 war. Diesbezüglich unterscheidet das Gesetz an verschiedenen Stellen ganz bewusst zwischen „ständig“ (zB § 5 Abs. 4, § 4 a Abs. 2 Nr. 1, § 4 a Abs. 2 Nr. 2b) und „ständig rechtmäßig“ (zB § 4 a Abs. 1 und § 4 a Abs. 5). Für die Annahme eines Redaktionsversehens ist daher kein Raum.<sup>265</sup> Zur Berechnung der Aufenthaltszeit und unschädlichen Unterbrechungen siehe oben.

Die behördliche Feststellung nach § 5 Abs. 4 ist Verwaltungsakt, iSd § 35 S. 1 VwVfG. Ihrer bedarf es sowohl bei Unionsbürgern als auch bei ihren Familienangehörigen aus Drittstaaten.<sup>266</sup> Die Entscheidung über die Verlustfeststellung steht im **Ermessen der Behörde**. Der Wegfall der Freizügigkeitsvoraussetzungen muss daher nicht zwingend oder automatisch zu einer Verlustfeststellung führen. Ohne Verlustfeststellung, besteht schon keine Ausreisepflicht (siehe § 7 Abs. 1). Entscheidet sich die Behörde zum Erlass einer Verlustfeststellung, muss sie den Bescheid im

---

260 Siehe maßgeblich EuGH, Urt. v. 19.9.2013, Rs. C-140/12 (Brey) und insbesondere Rn 63 -72 (Besprechung des Urteils zB von Thym, NZS 2014, 81); EuGH, Rs. C-184/99 (Grzelczyk), InfAusIR 2001, 481 = DVBl. 2001, 1662 = EZAR 2001, 481; EuGH, Rs. C-456/02 (Trojani), InfAusIR 2004, 417 = EZAR 811 Nr. 54; EuGH, Rs. 139/85 (Kempf), EuGHE 1986, 1741; vgl auch EuGH, Rs. C-209/03 (Bidar), InfAusIR 2005, 230, sowie Erwägungsgründe 10 und 16, Art. 14 Abs. 1, Abs. 3 der Freizügigkeits-RL; Groß, ZAR 2005, 81 (82 f); Schönberger, ZAR 2006, 226; Hailbronner, JZ 2005, 1138 (1141), der die genannte Rechtsprechung des EuGH im Übrigen jedoch heftig kritisiert, vgl ders., NJW 2004, 2189 und ZaöRV 64 (2004), 603; ebenfalls eher kritisch Steinberg/Kanitz, EuR 2003, 1013. Vgl aus der deutschen Rechtsprechung zB VGH München, Beschl. v. 16.1.2009, 19 C 08.3271, InfAusIR 2009, 144 = NVwZ-RR 2009, 697Instruktiv zum Ganzen (auch wenn schon etwas veraltet) Hatje/Huber (Hrsg.), Unionsbürgerschaft und soziale Rechte, EuR-Beiheft Nr. 1, 2007.

261 Vgl. EuGH, Urt. v. 19.9.2013, Rs. C-140/12 (Brey) und insbesondere Rn 63 -72; siehe auch schon Fehrenbacher, ZAR 2004, 241. Zu den hierbei zu berücksichtigen Aspekten siehe zB die Hinweise in der Mitteilung der Kommission v. 2.7.2009, KOM 2009, 313, Kapitel 2.3.1.

262 Vgl auch VGH Mannheim, InfAusIR 2007, 373 und EuGH, Urt. v. 19.6.2014, Rs. C-507/12 (Prix).

263 Gesetz zur Vermeidung von Staatenlosigkeit vom 29.7.1977, BGBl. I S. 1101.

264 Vom 29.6.1970, ABl. Nr. 1251 S. 70 (Verbleibeberechtigte).

265 Im Ergebnis ebenso VG Osnabrück, Beschl. v. 31.8.2009, 5 A 63/09, ANA-ZAR 2009, 34; aA OVG Lüneburg, Beschl. v. 11.7.2013, 8 LA 148/12, juris.

266 Mit Streichung des alten § 7 Abs. 1 S. 2 aF durch das FreizügG/EU-ÄndG v. 21.1.2013 kann diese Frage als geklärt gelten. Zuvor erschien es nicht gänzlich ausgeschlossen, aus dem Wortlaut dieser gestrichenen Bestimmung zu folgern, dass bei Familienangehörigen aus Drittstaaten allein der Widerruf der Aufenthaltskarte ausreichen könnte und es keiner zusätzlichen Feststellung des Verlusts des Freizügigkeitsrechts bedürfte (siehe zum Ganzen noch die Voraufgabe des HK-AusIR, § 5 FreizügG/EU Rn 14).

Einzelfall begründen und Ermessenserwägungen anstellen,<sup>267</sup> Die unionsrechtlichen Verfahrensgarantien der Art. 30 und 31 Freizügigkeits-RL finden auf die Verlustfeststellung sinngemäß Anwendung und müssen beachtet werden (Art. 15 Freizügigkeits-RL). Die Einziehung der Aufenthaltskarte folgt der Feststellung des Rechtsverlusts nach und kann nicht isoliert angeordnet werden; sie ist daher eine Annexmaßnahme zu der Feststellung, ohne eigenständigen Regelungsgehalt; dies insb. auch deswegen, weil - wie oben Rn X dargestellt - die Erteilung der Aufenthaltskarte schon kein VA ist. Dieser Befund wird auch dadurch unterstrichen, dass mit dem FreizügG/EU-ÄndG v. 21.1.2013 in Abs. 4 nicht mehr von einem *Widerruf* der Aufenthaltskarte die Rede ist, sondern von der *Einziehung*.

## 6. Absatz 5 – Bescheinigung über Daueraufenthaltsrecht

Abs. 5 wurde durch das 2. ÄndG neu eingefügt und dient der Umsetzung der Art. 19 und 20 der Freizügigkeits-RL. Die Bestimmung ist im Zusammenhang mit den unionsrechtlichen Regelungen zum Daueraufenthaltsrecht zu lesen. Diese sind nunmehr in § 4 a zusammengefasst. Zum Nachweis der Daueraufenthaltsberechtigung wird Unionsbürgern **auf Antrag** unverzüglich eine **Bescheinigung des Daueraufenthalts**, ihren Familienangehörigen, die nicht Unionsbürger sind, auf Antrag eine **Daueraufenthaltskarte** ausgestellt. Zur äußeren Gestaltung dieser Dokumente, vgl § 58 Nr. 14 AufenthV. Bereits der Wortlaut macht deutlich, dass auch diese Dokumente lediglich deklaratorische Bedeutung haben, das Daueraufenthaltsrecht also nicht begründen, sondern nur bescheinigen. Aus den oben, Rn X, dargelegten Gründen können diese Dokumente nicht als (feststellende) Verwaltungsakte angesehen werden.<sup>268</sup>

## 7. Absatz 6 – Verlust des Daueraufenthaltsrechts

Ebenso wie die Regelung in Abs. 5 wurde auch diejenige in Abs. 6 erst durch das 2. ÄndG in das FreizügG/EU aufgenommen (damals noch in ihrer Zählung als Abs. 6 und Abs. 7). Hinsichtlich der in § 4 a Abs. 7 enthaltenen Regelung über den Verlust des Daueraufenthaltsrecht erklärt Abs. 6 den Abs. 4 S. 1 für entsprechend anwendbar und trifft damit eine sehr bedeutende Regelung: der Wortlaut des § 4 a Abs. 7 für sich genommen könnte nämlich so verstanden werden, als führe allein die Abwesenheit aus einem seiner Natur nach nicht vorübergehenden Grund von mehr als zwei aufeinander folgenden Jahren zu einem automatischen Verlust des Daueraufenthaltsrechts. Erst der in § 5 Abs. 6 enthaltene Verweis auf § 5 Abs. 4 S. 1 macht deutlich, dass es auch in diesem Fall der **ausdrücklichen behördlichen Feststellung** des Verlusts bedarf.<sup>269</sup> Der Verweis auf die entsprechende Anwendung des Abs. 4 bezieht sich ferner auf die Einziehung der Daueraufenthaltsbescheinigung und der Daueraufenthaltskarte.

## III. Praktische Hinweise zum behördlichen und gerichtlichen Verfahren

Rechtsschutz gegen die Verweigerung der Ausstellung einer Aufenthaltskarte nach § 5 Abs. 1 sowie der Daueraufenthaltsbescheinigung und der Daueraufenthaltskarte nach § 5 Abs. 5 besteht, da es sich

---

<sup>267</sup> Vgl. Renner, AuslR § 5 FreizügG/EU Rn 60; ebenso GK-AufenthG/Epe, IX, § 5 FreizügG/EU Rn 62, der darauf hinweist, dass eine Verlustfeststellung zB dann unverhältnismäßig sein kann, wenn bis zur Erlangung des Daueraufenthaltsrechts nur noch kurze Zeit zurückzulegen ist. Siehe auch Welte, ZAR 2014, 190 (192): "Solange gemäß den Verfahrensgarantien (Art. 15, 30 und 31 Freizügigkeits-RL) keine schriftliche Verlustfeststellung (...) erfolgt, ist der Aufenthalt des Unionsbürgers auch aus Gründen des Vertrauensschutzes als rechtmäßig einzustufen (...)" ; auch Welte ZAR 2009, 336 (344) Aus all diesen Zusammenhängen wird deutlich, dass die Verlustfeststellung konstitutiven und nicht nur deklaratorischen Charakter hat. Die gegenteilige von Thym vertretene Einzelmeinung (NZZ 2014, 81; ZAR 2014, 220) vermag nicht zu überzeugen.

<sup>268</sup> Für Daueraufenthaltsbescheinigungen und Daueraufenthaltskarten ab 2013 auch Renner, AuslR § 5 FreizügG/EU Rn 40 und 45; aA (feststellende Verwaltungsakte) Kloesel/Christ/Häußer, AuslR, § 5 FreizügG/EU Rn 143 ff. Vgl. zum Ganzen auch BVerwG, Urt. v. 31.5.2012, 10 C 8.12, NVwZ-RR 2012, 821 = InfAuslR 2012, 348: Ausstellung der Bescheinigung über das Bestehen des Daueraufenthaltsrechts ist schlicht hoheitliches Handeln, richtige Klageart daher die allgemeine Leistungsklage; ebenso bereits OVG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 28.4.2009, 2 B 22.07, juris.

<sup>269</sup> Vgl auch BT-Drucks. 15/5065, S. 211; Kloesel/Christ/Häußer, AuslR, § 5 FreizügG/EU Rn 161.

nicht um feststellende Verwaltungsakte handelt (s. oben Rn X), in Form der allgemeinen Leistungsklage<sup>270</sup>. Eines Widerspruchsverfahrens bedarf es daher nicht.

Rechtsschutz gegen die Feststellung des Verlusts des Freizügigkeitsrechts besteht in Form von **Anfechtungswiderspruch und -klage**, §§ 42 Abs. 1, 68 Abs. 1 VwGO, die auch aufschiebende Wirkung entfalten, § 80 Abs. 1 VwGO. Als unselbständige Annexmaßnahme kann die Einziehung der Daueraufenthaltsbescheinigung bei Unionsbürgern oder der Einziehung der (Dauer-)Aufenthaltskarte bei Familienangehörigen aus Drittstaaten nicht isoliert angefochten werden, sondern ist Teil des Verfahrens gegen die Feststellung.

Für das Vorliegen der Voraussetzungen des § 5 Abs. 4 trägt die Ausländerbehörde die **materielle Beweislast**.<sup>271</sup> Die trotz aller Bemühungen durch das Gericht (Untersuchungsgrundsatz, § 86 Abs. 1 VwGO) verbleibende Unerweislichkeit von Tatsachen wirkt sich zu ihren Lasten aus. Steht somit nicht unzweifelhaft fest, dass die Voraussetzungen des Freizügigkeitsrechts entfallen sind, hat das Gericht die von dem betroffenen Unionsbürger oder Familienangehörigen angefochtenen Maßnahmen nach § 5 Abs. 4 aufzuheben.

**Maßgeblicher Zeitpunkt** für die gerichtliche Überprüfung der Rechtmäßigkeit der Maßnahmen nach § 5 Abs. 4 ist derjenige der letzten mündlichen Verhandlung oder Entscheidung des Tatsachengerichts. Entwicklungen, die nach der letzten Behördenentscheidung eingetreten sind, hat das Gericht daher zu berücksichtigen. Dieser durch EuGH und BVerwG<sup>272</sup> für Ausweisungsentscheidungen aufgestellte Grundsatz ist wegen identischer Wirkungen (Vgl § 7 FreizügG/EU<sup>1</sup>) auf die Feststellung nach § 5 Abs. 4 übertragbar.<sup>273</sup>

#### IV. Kosten und Gebühren

Unionsbürger und ihre Familienangehörigen sind nach Maßgabe des § 2 Abs. 6 gesetzlich von der **Gebührenpflicht** befreit, soweit die Amtshandlung in der Ausstellung eines Visums besteht. Im Übrigen erklärt § 11 Abs. 1 und § 79 AufenthV den § 69 AufenthG sowie die §§ 44 ff. AufenthV für entsprechend anwendbar. Gebühren können daher für alle anderen nicht in § 2 Abs. 6 genannten Amtshandlungen anfallen, insbesondere für die Ausstellung der Aufenthaltskarte, die Bescheinigung des Daueraufenthalts sowie die Ausstellung der Daueraufenthaltskarte, vgl § 47 Abs. 3 AufenthV. Gemeinschaftsrechtlich ist dies zulässig, da Art. 25 Abs. 2 der Freizügigkeits-RL keine vollständige Gebührenbefreiung vorsieht. Gleichwohl ist stets zu prüfen, ob die AufenthV nicht gegen höherrangiges Recht verstößt wie zB in § 47 Abs. 1 Nr. 9 AufenthV, soweit hiernach auch für die Ausstellung der Bescheinigung über das freizügigkeitsrechtliche Aufenthaltsrecht eine Gebühr von 10 Euro zu erheben ist. § 2 Abs. 6 FreizügG/EU ist in seinem Wortlaut eindeutig, unbeding und lässt keinen Raum für Ausnahmen auf Verordnungsebene. Der **Gegenstandswert** richtet sich, obwohl es sich bei den Dokumenten nach § 5 Abs. 1 und Abs. 2 nicht um AT handelt, nach den für diese vorgesehenen Werten. Im Verfahren auf Ausstellung eines dieser Dokumente ist daher der Auffangwert von 5.000 € anzusetzen, Ziff. 8.1 Streitwertkatalog 2013. Im Verfahren gegen die Feststellung des Rechtsverlusts ist ebenfalls der Auffangwert von 5.000 € anzusetzen.

---

<sup>270</sup> Vgl. BVerwG, Urt. v. 31.5.2012, 10 C 8.12, NVwZ-RR 2012, 821 = InfAusIR 2012, 348 für die Daueraufenthaltsbescheinigung; ebenso bereits OVG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 28.4.2009, 2 B 22.07, juris,

<sup>271</sup> Siehe BT-Drucks. 17/10746, S. 9.

<sup>272</sup> EuGH, Rs. C-482/01 und C-493/01 (Orfanopoulos und Oliveri), NVwZ 2004, 1099 = InfAusIR 2004, 268; BVerwG, NVwZ 2005, 220 = InfAusIR 2005, 18; vgl auch Alber/Schneider, DÖV 2004, 313.

<sup>273</sup> Ebenso GK-AufenthG/Epe, IX, § 5 FreizügG/EU Rn 64.

## **§ 11 Anwendung des Aufenthaltsgesetzes**

(1) <sup>1</sup>Auf Unionsbürger und ihre Familienangehörigen, die nach § 2 Abs. 1 das Recht auf Einreise und Aufenthalt haben,

(...)

<sup>11</sup>Das Aufenthaltsgesetz findet auch dann Anwendung, wenn es eine günstigere Rechtsstellung vermittelt als dieses Gesetz.

(2) Hat die Ausländerbehörde das Nichtbestehen oder den Verlust des Rechts nach § 2 Abs. 1 festgestellt, findet das Aufenthaltsgesetz Anwendung, sofern dieses Gesetz keine besonderen Regelungen trifft.

(3) Zeiten des rechtmäßigen Aufenthalts nach diesem Gesetz unter fünf Jahren entsprechen den Zeiten des Besitzes einer Aufenthaltserlaubnis, Zeiten über fünf Jahren dem Besitz einer Niederlassungserlaubnis.

Leseprobe aus dem Konzept der 2. Auflage des HK-AusIR (Hrsg. Hofmann, NOMOS-Verlag):

### **I. Allgemeines**

1

Abs. 1 benennt Vorschriften des AufenthG, die auch auf Freizügigkeitsberechtigte allgemein Anwendung finden sollen. In den Sätzen 2, 8 und 9 wird dies sogleich wieder eingeschränkt. Mit den Sätzen 3 – 7 und 10 werden bestimmte Vorgaben zur Gestaltung von Aufenthaltskarten für anwendbar erklärt. Schließlich wird in Satz 11, etwas versteckt, das „**Günstigkeitsprinzip**“ normiert.

Abs. 2 erklärt das AufenthG zur Gänze für anwendbar, sofern die ABH das Nichtbestehen von Freizügigkeitsrechten festgestellt hat. Abs. 3 enthält eine Anrechnungsregel, mit der Voraufenthaltszeiten von Freizügigkeitsberechtigten den Aufenthaltszeiten nach dem AufenthG gleichgestellt werden.

Während nach dem AufenthG/EWG nahezu alle Vorschriften des allgemeinen Ausländerrechts auch auf Freizügigkeitsberechtigte Anwendung finden sollten, soweit das Spezialgesetz keine abweichenden Vorschriften enthielt (§ 1 Abs. 2 AuslG 1990, § 15 AufenthG/EWG), wählte der Gesetzgeber des ZuwG einen anderen Ansatz: Mit dem FreizügG/EU sollte ein Gesetz geschaffen werden, welches im Wesentlichen für sich alleine steht; nur noch für bestimmte Lebenssachverhalte sollen einzelne, ausdrücklich benannte Vorschriften aus dem AufenthG subsidiär herangezogen werden. Mit dem Freizüg-ÄndG wurde dieser Wechsel teilweise rückgängig gemacht wurde, indem nun so viele Normen des AufenthG gelten sollen, dass von Ausnahmen kaum noch gesprochen werden kann; darüber hinaus findet das AufenthG auf Freizügigkeitsberechtigte grds. (Ausnahme: Richterrecht, s. Rn 4) keine Anwendung, § 1 Abs. 2 Nr. 1 AufenthG.

Obwohl dieser Ansatz europarechtlich der richtige Weg ist, gibt es eine ganze Reihe von Koordinationsproblemen bei der Anwendung von § 11. Nicht immer zeitigen die durch Verweisung auf Vorschriften des AufenthG beabsichtigten Wirkungen auch europarechtlich zulässige Ergebnisse. In diesem Zusammenhang ist besonders bedauerlich, dass das FreizügG/EU nicht – wie noch die Vorgängervorschrift des § 15a AufenthG/EWG<sup>274</sup> – ausdrücklich ausweist, dass das supranationale Europarecht der nationalen Kodifikation im Konfliktfall vorgeht. Die sich aus dem **Diskriminierungsverbot** gem. Art. 24 Freizügigkeits-RL ergebende und in Abs. 1 S. 11 bestätigte Verpflichtung zur Gleichbehandlung von Freizügigkeitsberechtigten mit Inländern, ausgenommen dort, wo europäisches (nicht deutsches!) Recht Abweichungen ausdrücklich erlaubt, wird so nicht völlig deutlich. Dabei ist genau dies der „Lackmus-Test“ zur Überprüfung der richtigen Umsetzung

---

274 § 15 a AufenthG/EWG hatte (auszugsweise) folgenden Wortlaut:

„Verordnungen und Richtlinien der EG

(1) Die Verordnung der Kommission der Europäischen Gemeinschaften über das Recht der Arbeitnehmer, nach Beendigung einer Beschäftigung im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaates zu verbleiben, (...) bleibt unberührt; insoweit haben § 1 Abs. 1 Nr. 5, § 1 Abs. 2 S. 1, § 2 Abs. 2, §§ 6 a und 7 Abs. 2, 3, 4 und 8 nur deklaratorische Bedeutung.

(2) Der Bundesminister des Innern wird ermächtigt, dieses Gesetz durch Rechtsverordnung mit Zustimmung des Bundesrates nachfolgenden Verordnungen der Europäischen Gemeinschaften zur Regelung von Einreise und Aufenthalt von Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten anzupassen.

(3) Der Bundesminister des Innern kann durch Rechtsverordnung mit Zustimmung des Bundesrates die Einreise und den Aufenthalt anderer als der in § 1 Abs. 1 und 2 bezeichneten Personen regeln, soweit es zur Ausführung der Richtlinien des Rates der Europäischen Gemeinschaften (...) erforderlich ist.“

der Freizügigkeits-RL. Trotz des Fehlens eines solchen gesetzgeberischen Hinweises, besteht aber kein Streit über den Vorrang europäischer Rechtsnormen/Gesetze.<sup>275</sup> Meinungsverschiedenheiten bestehen allenfalls in Einzelfällen darüber, in welchem Umfang europäisches Recht Abweichungen gegenüber dem deutschen Recht enthält. Hierüber zu entscheiden ist im Einzelfall ggf der EuGH berufen.

## II. Im Einzelnen

### 1. Abs. 1 – Anwendung des AufenthG im Einzelfall

(...)

#### i) Satz 11 – Günstigkeitsprinzip

Dass günstigere Regelungen, die im allgemeinen Ausländerrecht bestehen, auch auf Freizügigkeitsberechtigte Anwendung finden müssen, ergibt sich bereits aus europäischem Recht, insb. Art. 18 AEUV, dem allg. Diskriminierungsverbot aus Gründen der Staatsangehörigkeit. Zum Diskriminierungsverbot gehört auch die Meistbegünstigung.<sup>276</sup> Das betrifft im Übrigen nicht nur das AufenthG, sondern jede sonstige ausländerrechtliche Regelung, auch soweit sie in anderen Rechtsvorschriften enthalten ist. Mit Satz 11 geht der Gesetzgeber über Art. 24 Freizügigkeits-RL hinaus, der nur eine Gleichstellung mit Deutschen verlangt.<sup>277</sup> Dies ist ihm aber ausdrücklich gestattet, Art. 37 Freizügigkeits-RL. Das Günstigkeitsprinzip bewirkt, dass immer dann das AufenthG analog Anwendung findet, wenn es für Deutsche, Drittstaatsangehörige oder ihre Familienangehörigen eine bessere Rechtsstellung vermittelt, als die speziellen Vorschriften des FreizügG/EU oder der Freizügigkeits-RL.<sup>278</sup> So klar dieser Grundsatz ist, so leicht wird er übersehen, vielleicht, weil er in der Rspr ein Schattendasein fristet. Bspw. können **folgende Vorschriften** günstigere Rechtsfolgen zeitigen:<sup>279</sup>

(1) § 9 Abs. 2 S. 3, 6 AufenthG: Daueraufenthaltsrecht für verfrüht, also vor Erreichen der in § 4a, insb. Abs. 2, aus dem Erwerbsleben Ausgeschiedene und ihre Familienangehörige, bei Vorliegen der in § 9 Abs. 2 S. 3 AufenthG genannten Voraussetzungen.

(2) §§ 19, 18b, 19a Abs. 6 und 21 Abs. 4 AufenthG: Daueraufenthaltsrecht für Hochqualifizierte ohne oder nach nur kurzer Wartezeit, ebenso für Absolventen deutscher Hochschulen und erfolgreiche Selbständige.

(3) § 28 Abs. 2 AufenthG: Daueraufenthaltsrecht für Ehegatten von Unionsbürgern nach drei Jahren; der rechtmäßige Aufenthalt iS von §§ 3 Abs. 2, Abs. 1, 2 entspricht dem Besitz einer AE iS von § 28 Abs. 2.

(4) § 38 AufenthG: (Dauer-)Aufenthaltsrecht für ehemalige Unionsbürger, die zu dem Zeitpunkt in Deutschland leben, als sie ihren Unionsbürgerstatus, bspw durch Rücknahme der Einbürgerung in den Staatsverband eines Mitgliedstaats, verloren haben.

(5) § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 AufenthG: Nachzugs- bzw Zuzugsanspruch eines jeden sorgeberechtigten Elternteils eines Unionsbürgerkindes; nach der Fassung des FreizügG/EU und der Freizügigkeits-RL hat das Unionsbürgerkind nur Anspruch auf Aufenthalt desjenigen Elternteils, dem es selbst Unterhalt

---

<sup>275</sup> Das sind Verordnungen, die direkt anwendbar sind, und Richtlinien spätestens nach Ablauf der Umsetzungsfrist, sofern die in ihnen enthaltenen Vorschriften klar und eindeutig sind. Soweit allerdings eine (neue) Richtlinie eine Zusammenfassung bisher versprengter Einzelvorschriften darstellt, bedarf es des Zuwartens auf den Ablauf der Umsetzungsfrist nicht. So zu Recht Gutmann, Die neue Unionsbürger-Richtlinie 2004/38/EG und ihr Verhältnis zu Art. 14 Abs. 1 ARB 1/80, InfAuslR 2005, 401, 402 (Fn 11) unter Berufung auf Hess.VGH, Beschl. v. 2.5.2005, 12 TG 1205/05, InfAuslR 2005, 295. S. auch EuGH, Urt. v. 22.11.2005, C-144/04 (Mangold), der festhält, dass auch vor Ablauf der Umsetzungsfrist erlassenes nationales Recht vom Richter unangewendet bleiben muss, wenn es einer Richtlinie widerspricht (im konkreten Fall ein Diskriminierungsverbot).

<sup>276</sup> S. hierzu auch die Gesetzesbegründung BT-Drucks. 15/420, 105 f.

<sup>277</sup> Dienelt in: Renner, AuslR, 10. Aufl., § 11 FreizügG/EU Rn 29.

<sup>278</sup> Dienelt in: Renner, AuslR, 10. Aufl., § 11 FreizügG/EU Rn 35 schränkt den Grundsatz dahingehend ein, dass nur solche Regelungen zu übertragen seien, die nicht untrennbar mit der geregelten Rechtsstellung verbunden sind und stellt damit mutmaßlich auf Privilegierungen ab, die nur bestimmten Drittstaatsangehörigen zugute kommen, bspw § 26 Abs. 3 AufenthG.

<sup>279</sup> S. hierzu auch GK-AufenthG/Epe, IX-2 § 11 Rn 44 ff.



gewährt. Das über § 28 AufenthG bestehende Aufenthaltsrecht des für ein Unionsbürgerkind Sorgeberechtigten ist analog § 28 AufenthG unabhängig von der Sicherung des Lebensunterhalts.<sup>280</sup> (6) § 31 AufenthG: eigenständiges Aufenthaltsrecht von Ehegatten. Nach § 31 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 AufenthG aF betrug die Ehebestandszeit bis zum 30.6.2011 nur 2 Jahre; für Altfälle ist dies die günstigere Regelung. Gemäß § 31 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 AufenthG erwirbt ein Drittstaatsangehöriger ein eigenständiges Aufenthaltsrecht, sobald sein Ehegatte verstirbt; nach § 3 Abs. 3 S. 1 frühestens nach mindestens einjährigem Zusammenleben in Deutschland. Nach § 31 Abs. 2 S. 1, S. 4 AufenthG entsteht das eigenständige Aufenthaltsrecht – zumindest im ersten Jahr – im Gegensatz zu § 3 Abs. 5 unabhängig von einer Erwerbstätigkeit des Getrenntlebenden.

(7) §§ 34 Abs. 2, 35 AufenthG: eigenständiges Aufenthaltsrecht von Kindern. Sofern drittstaatsangehörige Kinder von Unionsbürgern kein Daueraufenthaltsrecht nach § 4a Abs. 1 erwerben, haben sie mit Erreichen der Volljährigkeit nur dann ein europäisches Aufenthaltsrecht, wenn sie sich in einer Ausbildung befinden (s. § 3 Rn 14). Insoweit kann das AufenthG günstiger sein.

(8) § 27 Abs. 5 AufenthG: Arbeitserlaubnis für Familienangehörige von Unionsbürgern, die nur eingeschränkten Arbeitsmarktzugang haben, wie derzeit Kroaten. Weil Familienangehörige nicht nur, wie früher, entsprechend dem Stammberechtigten, sondern stets vollen Zugang zum Arbeitsmarkt haben, gilt zwar für den kroatischen Stammberechtigten die eingeschränkte Arbeitnehmerfreizügigkeit, für seine Familienangehörigen aber § 27 Abs. 5 AufenthG. Familienangehörige haben daher uneingeschränkten Arbeitsmarktzugang. Ferner findet für kroatische Studierende § 16 Abs. 3 AufenthG entsprechende Anwendung.

(9) § 25 Abs. 4a AufenthG: Aufenthaltsrecht für Opfer von Menschenhandel.<sup>281</sup> Die erwerbsunfähige, auf Sozialleistungen angewiesene Unionsbürgerin, die Opfer einer Straftat nach §§ 232 – 233a StGB wurde, kann deshalb auch für einen mehr als dreimonatigen Aufenthalt einen entsprechenden Anspruch geltend machen.

(10) § 44 IV AufenthG: Anspruch auf kostenlose Teilnahme an einem Integrationskurs, da Spätaussiedler einen solchen gem. § 9 Abs. 1 BFVG haben (s.a. Rn 14).<sup>282</sup>

(11) § 82 Abs. 3 AufenthG: besondere Belehrungspflichten, sofern diese nicht schon durch Art. 41 GRC geboten sind.

Auf die Freizügigkeitsberechtigung des Unionsbürgers kommt es für die entsprechende Anwendung des AufenthG nicht an. Zwar gilt das Diskriminierungsverbot von Art. 24 Freizügigkeits-RL nur für nach der RL Berechtigte. Für Unionsbürger streitet nach dem FreizügG/EU aber zum einen die Freizügigkeitsvermutung. Zum anderen gilt für nicht (mehr) Freizügigkeitsberechtigte das AufenthG gemäß Abs. 2 zur Gänze.

## 2. Absatz 2 – Generelle Anwendbarkeit des AufenthG

Die Vorschrift sieht vor, dass – unter Berücksichtigung der Anrechnungsregel des Absatzes 3 – das „allgemeine Ausländerrecht“ auf solche (ehemals) Freizügigkeitsberechtigte Anwendung findet, bei denen das Nicht(mehr)bestehen des Freizügigkeitsrechts förmlich, also durch Verlustfeststellungs- (§§ 6 Abs. 1, 5 Abs. 4, Abs. 6) oder Nichtbestehensentscheidung (§ 2 Abs. 7), festgestellt wurde, sofern das FreizügG/EU keine besonderen Regelungen trifft.

Angesichts des allumfassenden Freizügigkeitsrechts, niedergelegt in Art. 21 AEUV, darf Absatz 2 allerdings erst Anwendung finden, wenn die ABH (in seltenen Fällen) auch **zulässigerweise** den Verlust dieses Rechts vollziehbar festgestellt hat. Soweit die Gesetzesbegründung<sup>283</sup> und Teile der Kommentarliteratur<sup>284</sup> die Möglichkeit in Betracht ziehen, das AufenthG zur Gänze schon anzuwenden, bevor die Feststellung bestandskräftig oder zumindest vollziehbar ist, bleibt festzuhalten: Dies wäre **unionsrechtswidrig** (str.). Ein europäisches „Grundrecht“ darf nicht nach Maßgabe

---

<sup>280</sup> Dienelt in: Renner, AuslR, 10. Aufl., § 11 FreizügG/EU Rn 38.

<sup>281</sup> Erlass IM NRW „Behördlicher Umgang mit ausländischen Opfern von Menschenhandel“ vom 24.11.2010 (15-39.12.06-1-10-075), nv, S. 2.

<sup>282</sup> Dienelt in: Renner, AuslR, 10. Aufl., § 11 FreizügG/EU Rn 31.

<sup>283</sup> BT-Drucks. 15/420, 106.

<sup>284</sup> S. zB GK-AufenthG/Epe, IX-2 § 11 Rn 48: Wirksamkeit einer Verlustfeststellungsentscheidung genügt; so iE auch Dienelt in: Renner, AuslR, 10. Aufl., § 11 FreizügG/EU Rn 13 f.

unkontrollierter exekutiver Entscheidungen zur Disposition gestellt werden. Erst wenn die dahin gehende Feststellung der ABH gerichtlich überprüft und für begründet erklärt oder auf andere Weise bestandskräftig oder vollziehbar geworden ist, darf ein Unionsbürger, EWR-Bürger oder dessen Familienangehöriger mit Maßnahmen nach dem AufenthG überzogen werden.<sup>285</sup>

Dies ist auch zwingend aufgrund des **Diskriminierungsverbots**, was folgendes Beispiel erhellt: Würde einem Deutschen sein in der Verfassung verbrieftes Recht auf Freizügigkeit durch die Auferlegung eines Ausreiseverbotes bestritten, hätten, sofern nicht die sofortige Vollziehung angeordnet ist, von ihm eingelegte Rechtsmittel aufschiebende Wirkung, § 80 Abs. 1 S. 1 VwGO. Beim Freizügigkeitsberechtigten folgt das Recht auf Einreise und Aufenthalt ebenfalls aus höherrangigem Recht, dem AEUV und der Freizügigkeits-RL. Wird dieses Recht bestritten, etwa durch eine Feststellungsverfügung nach § 6, muss spiegelbildlich auch dieses Rechtsmittel aufschiebende Wirkung haben, sofern nicht wirksam die sofortige Vollziehung angeordnet worden ist. Die Gesetzesänderung in § 7 Abs. 1 S. 1, mit der das Wort „unanfechtbar“ gestrichen worden ist, hat deshalb zwar bewirkt, dass nicht stets die Bestandskraft maßgeblich ist. Vielmehr kann – in seltenen Fällen – auch gegenüber Unionsbürgern und ihren Familienangehörigen der Sofortvollzug angeordnet werden. Ist dies aber nicht geschehen, bleibt es beim Suspensiveffekt eines gegen die Verlustfeststellung eingelegten Rechtsmittels.

Eine **besondere Regelung** iS von Abs. 2 enthält nur § 7 Abs. 1 S. 4 zur Abschiebungsandrohung in Bezug auf die Länge der Ausreisefrist und die Wirkung eines Aussetzungsantrags gem. § 80 Abs. 5 VwGO. Wird allein auf die Wirksamkeit einer Verlustfeststellung, nicht auf die Vollziehbarkeit abgestellt, kann deshalb ein Bescheid rechtmäßig sein, der zum einen den Verlust des Freizügigkeitsrechts feststellt und des weiteren, gestützt auf § 11 Abs. 2, § 59 AufenthG, die Abschiebung unter Fristsetzung anordnet, wobei aber jedenfalls die Ausreisefrist gem. § 7 Abs. 1 S. 3 grds. mindestens 1 Monat betragen muss.<sup>286</sup>

Vor dem Hintergrund der durch das europäische Recht gestellten Aufgabe ist allerdings jedem Versuch zu widerstehen, weitere vom FreizügG/EU nicht in Bezug genommene Vorschriften des allgemeinen Ausländerrechts auf Unionsbürger und ihre Familienangehörigen anzuwenden, sofern diese nicht vorteilhaft iS von Abs. 1 S. 11 sind.<sup>287</sup>

Zu beachten ist außerdem der unterschiedliche Umfang des Anwendungsbereichs von Abs. 2 auf Personen, bei denen eine Feststellung hinsichtlich des Nichtbestehens oder Verlustes des Freizügigkeitsrechts vollziehbar erfolgt ist:

Eine Feststellung nach §§ 2 Abs. 7 und 5 Abs. 4, Abs. 6 mit dem Inhalt, dass das Freizügigkeitsrecht nicht oder nicht mehr besteht, wirkt nur so lange, bis der Freizügigkeitsberechtigte das Bundesgebiet freiwillig verlassen hat. Dieser Freizügigkeitsberechtigte ist auch nicht gehindert, gem. Art. 21 AEUV und Art. 6 Freizügigkeits-RL jederzeit wieder erneut einzureisen. Für einen solchen (ehemals) Freizügigkeitsberechtigten gilt das Prinzip der Anwendung des AufenthG nur vom Zeitpunkt der Bestandskraft (oder in den seltenen Fällen nach Anordnung der sofortigen Vollziehung: ab Vollziehbarkeit) der Feststellungsverfügung bis zu seiner Ausreise. Reist er anschließend wieder ein, gilt selbstverständlich erneut die Freizügigkeits-RL und auch das FreizügG/EU.

Anders ist es mit Personen, bei denen aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit ein Verlust des Freizügigkeitsrechts festgestellt worden ist (§ 6). Diese dürfen so lange nicht erneut in das Bundesgebiet einreisen, bis auf entsprechenden Antrag das Einreiseverbot befristet wurde (§ 7 Abs. 2). Auf einen solchen (ehemals) Freizügigkeitsberechtigten findet das Aufenthaltsgesetz Anwendung vom Zeitpunkt der Bestandskraft (oder im Falle der Anordnung der sofortigen Vollziehung: ab Vollziehbarkeit) bis zur rechtskräftigen Aufhebung des Einreise- und Aufenthaltsverbots. Dies begegnet allerdings unionsrechtlichen Zweifeln, weil die RüFüRL verlangt,

---

285 S. auch Welte, Freizügigkeitsrecht der Unionsbürger nach dem FreizügG/EU, InfAuslR 2005, 8, 12; Brinkmann in: Huber, AufenthG, §11 FreizügG/EU Rn 33 mwN.

<sup>286</sup> So HessVGH, Beschl. v. 18.8.2011, 6 B 821/11, BeckRS 2011, 54795.

<sup>287</sup> S. dazu die bedauerliche Entscheidung des BVerwG v. 4.9.2007, 1 C 21.07, InfAuslR 2008, 1 und die zutreffende Kommentierung in § 102 AufenthG Rn 2.

dass Einreiseverbote mit Wirksamwerden befristet werden und hierfür kein Antrag notwendig ist (s. § 11 AufenthG Rn 2 ff, 7). Wenn aber schon jeder Drittstaatsangehörige einen antragsunabhängigen Befristungsanspruch hat, dann erst recht jeder Unionsbürger und sein Familienangehöriger. Nicht zuletzt folgt dies aus Abs. 1 S. 11. Insoweit begegnet die Beachtlichkeit eines nicht befristeten Einreiseverbots erheblichen unionsrechtlichen Bedenken. Jedenfalls ist eine etwaige Strafbarkeit bei Zuwiderhandlung gegen ein solches Verbot ausgeschlossen.<sup>288</sup>

### 3. Absatz 3 – Anrechnungsregel

Die Vorschrift hat nur einen begrenzten Anwendungsbereich. Dafür ist sie allerdings hilfreich. Sie stellt klar, dass Zeiten des Aufenthalts eines Unionsbürgers oder seines Familienangehörigen in der Bundesrepublik bis zu einer bestandskräftigen oder vollziehbaren Verlustfeststellungs- oder Nichtbestehensentscheidung iSv § 2 Abs. 7, § 5 Abs. 4, Abs. 6 und § 6,<sup>289</sup> den Zeiten des rechtmäßigen Aufenthalts nach dem AufenthG gleichgesetzt werden. Hat der Unionsbürger oder sein Familienangehöriger weniger als 5 Jahre in Deutschland gelebt, so zählen die hier zurückgelegten Zeiten als Zeiten des Besitzes der Aufenthaltserlaubnis. Hat er länger als 5 Jahre in Deutschland gelebt, so wird er behandelt, als besäße er eine Niederlassungserlaubnis.

Die Begrenztheit des Anwendungsbereichs ergibt sich daraus, dass aufgrund vieler europäischer Regelungen über das Aufenthaltsrecht (zB Verbleiberecht, Daueraufenthaltsrecht) Fälle relativ selten sein werden, in denen sich überhaupt eine Anrechnungsnotwendigkeit ergibt. Praktisch kann die Vorschrift nur dort Anwendung finden, wo die Freizügigkeitsberechtigung entfallen ist und der Unionsbürger oder sein Familienangehöriger trotzdem in der Bundesrepublik verbleiben oder nach hier zurückkehren möchte. Das betrifft vor allem Familienangehörige von Unionsbürgern/EWR-Bürgern mit Drittstaatsangehörigkeit, wenn eine Scheidung rechtskräftig geworden ist<sup>290</sup> oder Kinder von Unionsbürgern/EWR-Bürgern mit Drittstaatsangehörigkeit, deren Eltern nicht mehr in Deutschland leben.

Zu beachten ist bei der Anwendung, dass der Aufenthalt des Unionsbürgers oder seines Familienangehörigen nur „rechtmäßig“ gewesen sein muss. Es ist nicht erforderlich, dass in diesem Zeitraum eine entsprechende Bescheinigung, bsw. eine Aufenthaltskarte (§ 5 Abs. 1) ausgestellt worden war. Das gleiche gilt für andere Bestätigungen des Freizügigkeitsrechts in der Vergangenheit. Solche Bescheinigungen haben ohnehin nur **deklaratorische** Wirkung. Wenn ein tatsächlicher Aufenthalt vorgelegen hat, reicht dies schon mit Blick auf die Freizügigkeitsvermutung (s. § 2 Rn 4 und 6) für die Anwendung der Anrechnungsregelung aus.

---

<sup>288</sup> S. zu diesem Gedanken: AG Bersenbrück, Beschl. v. 5.6.2014, 6 Cs 602/13, ANA-ZAR 2014, 32, Dok. 3021.

<sup>289</sup> Dienelt in: Renner, AuslR, 10. Aufl., § 11 FreizügG/EU Rn 43.

<sup>290</sup> Nicht jedoch vorher, s. hierzu EuGH, Urt. v. 13.2.1985, C-267/83 (Diatta), NJW 1985, 2087 und Urt. v. 10.7.2014, Rs. C-244/13 (Ogieriakhi), curia.

#### Fall 1:

F, französischer Staatsangehöriger, will die deutsch-französische Grenze passieren. Er radelt über den Rhein und hat in seinen Packtaschen, außer seinen Kleidungsstücken, nur einen französischen Personalausweis, aber kein Geld. Weil er der Bundespolizei verdächtig vorkommt, wird er kontrolliert.

- a) Darf er ohne Reisepass einreisen?
- b) Darf er ohne Geld reisen?
- c) Muss er angeben, warum er nach Deutschland will?

#### Fall 2:

F radelt weiter nach Duisburg und findet das kulturelle Klima dieser Stadt inspirierend. Er betätigt sich als Straßenmusikant und mietet sich in einer Jugendherberge ein. Weil seine Sprachkenntnisse ebenso mangelhaft sind wie sein Einkommen, geht er zum Jobcenter und meldet sich als arbeitsuchend. Ihm wird geraten, einen Sprachkurs zu machen, damit seine Vermittlungschancen besser sind. Geld vom Jobcenter bekommt er unter Hinweis auf § 7 Abs. 1 S. 2 SGB II nicht. Dafür meldet das Jobcenter den Leistungsantrag des F umgehend der Ausländerbehörde, die F eine Anhörung zur beabsichtigten Nichtbestehens- oder Verlustfeststellung zustellt.  
Zu Recht?

#### Var. 1:

F leidet seit Jahren an MS und ist auf den Rollstuhl angewiesen. In Frankreich bezieht er eine geringe Erwerbsunfähigkeitsrente in Höhe von € 200,00/Monat. Das Jobcenter teilt der Ausländerbehörde mit, dass F erwerbsunfähig ist. Seinen Antrag auf Leistungen nach SGB II habe man bereits abgelehnt. Jetzt droht aber ein Antrag auf Leistungen nach SGB XII.

- a) Was macht die Ausländerbehörde?
- b) Was ist F zu raten?

#### Var. 2:

F entschließt sich, neben seiner Tätigkeit als Straßenmusikant als Kellner erwerbstätig zu sein. Was ändert sich hierdurch?

#### Fall 3:

Die Ungarin U lebt und arbeitet in Passau als Tagesmutter. Als sie schwanger wird, kündigt sie wegen der Gefahren für ihr Ungeborenes ihre Arbeitsstelle und meldet sich beim Jobcenter „krank“. Daraufhin droht ihr die ABH die Verlustfeststellung an.

Zu Recht?

#### Fall 4:

Der Franzose F arbeitet 4 Monate als Kellner, dann 3 Monate als Nachhilfelehrer, bevor er 4 Monate arbeitslos ist. Dann findet er wieder eine Stelle als Kellner, erleidet jedoch nach 6 Monaten einen Unfall, der ihn hindert, für die nächsten zwölf Monate erwerbstätig zu sein.

Darf die Ausländerbehörde eine Verlustfeststellung treffen?

#### Fall 1 a (Forts. von Fall 1):

F radelt (...) nach Duisburg und meldet sich als arbeitsuchend. Für seine in Frankreich lebenden Kinder beantragt er Kindergeld.

*§ 62 Abs. 2 EStG lautet auszugsweise: „Ein nicht freizügigkeitsberechtigter Ausländer erhält Kindergeld nur, wenn er (... Niederlassungserlaubnis oder bestimmte Aufenthaltserlaubnis besitzt)  
Nach § 63 Abs. 1 S. 3 EStG werden auch Kinder erfasst, die in einem Mitgliedstaat der EU leben.*

Ist F freizügigkeitsberechtigt im Sinne des EStG?

#### Fall 5:

Der Deutsche D nimmt von seiner Berliner Tätigkeit als Fremdsprachenkorrespondent eine Auszeit und radelt 4 Monate durch Spanien und Frankreich. Hier lernt er die drittstaatsangehörige L kennen und heiratet sie. L wurde von Frankreich ausgewiesen und hat deshalb keinen Aufenthaltstitel.

- a) D fragt Sie, ob er trotzdem mit L zusammen nach Deutschland einreisen darf. Was antworten Sie?
- b) Welches „Papier“ muss die Ausländerbehörde L geben?

#### Fall 6:

Der Deutsche Z wohnt in Flensburg und arbeitet in Tonder (Dänemark). Er heiratet die Phillippina P, die keinerlei Deutschkenntnisse hat.

Darf P nach Deutschland zu ihrem Ehemann einreisen?

#### Fall 7:

F, französischer Staatsangehöriger, überquert die deutsch-französische Grenze und hat nur einen französischen Personalausweis, aber kein Geld dabei. Seine drittstaatsangehörige Ehefrau E hat einen französischen Führerschein und die Kopie ihres französischen Aufenthaltstitels, aber keinen Reisepass.

Darf sie nach Deutschland einreisen?

#### Fall 8:

F lässt sich in einer Jugendherberge in Duisburg nieder und schaut, ob er als Straßenmusikant ein auskömmliches Einkommen findet. Seine in Frankreich lebende, malische Ehefrau und die vier Kinder sollen nachkommen, weshalb er bei der örtlichen Ausländerbehörde fragt, was er dafür machen müsse.

Was gilt in Bezug auf Wohnraum, Einkommen, sonstige Einreisevorschriften?

#### Fall 9:

Die in Frankreich lebende Ehefrau von F hat keinen gültigen Reisepass mehr, nur eine malische ID-Card und eine französische Aufenthaltserlaubnis. Die malische Botschaft benötigt etwa ein Jahr, um ihr einen neuen Reisepass auszustellen.

Darf sie trotzdem zu ihrem Ehemann nachziehen?

Variante:

Die Ehefrau von F lebt mit den Kindern noch in Mali, besitzt aber glücklicherweise einen Reisepass.

Wie gelingt die Familienzusammenführung?

#### Fall 10:

Der montenegrinische Ehemann M will zu seiner in Deutschland arbeitenden Ehefrau, der Ungarin U, und reist von Podgorica mit Reisepass, Heiratsurkunde und Arbeitsbescheinigung über Bosnien, Kroatien, Slowenien und Österreich bis zur deutschen Grenze. Hier wird er nach seinem Visum gefragt, das er nicht vorweisen kann. Außerdem erfährt die BPol, dass M schon einmal ein Visum beantragt hatte und dabei der Verdacht einer Scheinehe protokolliert wurde. Überdies ist M im SIS gemäß Art. 96 SDÜ zur Fahndung ausgeschrieben.

Muss M mit der Zurückweisung oder einem Strafverfahren rechnen?

Variante:

Kaum bei U angekommen, hört die Ausländerbehörde den M zur beabsichtigten Nichtbestehensfeststellung an und fordert ihn auf, zusammen mit U zu einer getrennten Ehegattenbefragung vorzusprechen, „um Zweifel an der Schutzwürdigkeit der ehelichen Lebensgemeinschaft“ auszuräumen. „Rechtsgrundlage: § 82 AufenthG“.

Welchen Rat geben Sie M?

Fall 11:

Der Luxemburger L war sieben Jahre mehr schlecht als recht in Deutschland selbständig tätig, bevor er sich entschloss, künftig lieber seinem Hobby „Angeln“ nachzugehen und von „Hartz IV“ zu leben. Nach seinem zweijährigen, erfolglosen Bemühungen um einen Arbeitsplatz geschuldeten Rückzug vom Arbeitsmarkt verliebt er sich in die Phillippina P und will mit ihr zusammenleben.

- a) Hat P einen Anspruch auf Ausstellung eines Einreisevisums als Ehefrau von L?
- b) Darf P an einem Integrationskurs teilnehmen?
- c) Muss sie dafür zahlen?

Fall 12:

Der erwerbsunfähige, portugiesische Staatsangehörige P reist zu einer langwierigen Behandlung seiner schweren Erkrankung nach Deutschland. Krankenversicherungsschutz besteht, Geld hat er aber keines.

Darf ihn seine Ehefrau begleiten, auch wenn auch sie kein Einkommen oder Vermögen hat?

Fall 13:

Der französische Staatsangehörige F wohnt in Duisburg und arbeitet (für € 530/Monat) als Aushilfskellner in Düsseldorf. Seine malische Ehefrau zieht mit den vier Kindern – 2 gemeinsamen, einem 19-jährigen Kind aus einer früheren Ehe der Ehefrau, einem 23-jährigen Kind A des F aus einer früheren Beziehung – aus Frankreich zu ihm.

- a) Darf das 19-jährige Kind der Ehefrau hier bleiben?
- b) A hatte 3 Semester in Frankreich studiert. Er hat während dieser Zeit „daheim“ gewohnt und nicht gearbeitet. Jetzt, nach dem Umzug, überlegt er, dass er der Familie finanziell helfen will, schmeisst das Studium und beginnt zu arbeiten. Sein Verdienst: € 1.590 / Monat. Aufenthaltsrechtliche Konsequenz?

Fall 14:

Die weissrussische Staatsangehörige W lebt 2 Monate mit ihrem rumänischen Ehemann R, der selbständig erwerbstätig ist, in Deutschland zusammen. Dann verlässt sie ihn, weil er „eine andere“ hat. Sie leben sich auseinander. Weil keiner für die Kosten des Scheidungsverfahrens aufkommen will – W wird depressiv und arbeitsunfähig –, beantragt niemand die Scheidung, W aber nach 5 Jahren die Ausstellung einer Daueraufenthaltskarte gemäß § 4a FreizügG/EU.

Mit Aussicht auf Erfolg?

Variante 1:

Wie ist die Rechtslage, wenn R nach 4 Jahren die Scheidung beantragt, diese aber erst ein Jahr später ausgesprochen wird?

Variante 2:

Nach seiner Scheidung von W heiratet R die bulgarische Staatsangehörige B. B reist mit ihrer 12-jährigen Tochter T nach Deutschland. Kurz nach ihrer Einreise trennt sich R von B und verzieht nach Griechenland. B muss sich um T kümmern und beantragt deshalb SGB II-Leistungen. Darf die Ausländerbehörde eine Verlustfeststellung (zu Lasten von B, T oder beiden) treffen?

Alt.: Würde sich etwas ändern, wenn B Drittstaatsangehörige aus Bosnien-Herzegowina wäre?

Variante 3:

R lebt seit drei Jahren in Deutschland. Er hat die letzten 15 Monaten vor Erreichen des Renteneintrittsalters auf € 450,00-Basis gearbeitet, aber keine 60 Monate Pflichtversicherungsbeiträge geleistet, bezieht also keine Rente, sondern SGB XII-Leistungen. Noch immer ist er auf der Suche nach „der Richtigen“. Die türkische Staatsangehörige T scheint es zu sein.

- a) Darf er T zu sich holen, trotzdem er nicht über ausreichende Existenzmittel verfügt?  
b) Leider ist auch T keine „Frau für's Leben“. Drei Monate nach der Einreise der T trennt sich R von ihr und reicht nach weiteren 5 Monaten die Scheidung ein. T versucht Deutsch zu lernen und lebt von ALG II. Die Ausländerbehörde stellt den Verlust des Freizügigkeitsrechts fest und droht T die Abschiebung an.  
Zu Recht?

Fall 15:

Der Drittstaatsangehörige N lebt 3 ½ Jahre mit der Unionsbürgerin S zusammen, dann reicht S die Scheidung ein. Nach der Scheidung wird N zu einer Freiheitsstrafe von 12 Monaten verurteilt. Er verliert seinen Arbeitsplatz, sucht aber eifrig nach Arbeit. Nach seiner Heirat mit der Drittstaatsangehörigen C will er mit ihr zusammenleben. Die Ausländerbehörde hingegen will ihn „ausweisen“.

Welche Rechte hat

- a) N auf Aufenthalt?  
b) C auf Einreise?

Variante:

Die drittstaatsangehörige Mutter C lebt 5 Jahre mit ihrem und dem Kind (K) von N zusammen. N ist inzwischen ausgewandert und zahlt keinen Unterhalt, weder für K noch für C. K besucht die Schule. C betreut es neben zwei Kindern, die sie mit einem anderen drittstaatsangehörigen Mann hat, der über kein Aufenthaltsrecht verfügt. Daher hat C kein eigenes Einkommen und auch keinen Krankenversicherungsschutz.

- a) Darf der Aufnahmemitgliedstaat C „ausweisen“?  
b) Hat C ein Recht auf Daueraufenthaltsrecht?

Fall 16:

Der drittstaatsangehörige V ist im Besitz einer Duldung und sorgeberechtigter Vater des kürzlich in Deutschland geborenen kroatischen Kindes K. Beide leben in München, K mit seiner kroatischen Mutter zusammen. V würde gerne Unterhalt für K zahlen, hat aber nur eingeschränkten Arbeitsmarktzugang und deshalb keine Arbeit.

Rechte von V?

Fall 17:

Der Bulgare B lebt mit seinem Kind K, das 7 Jahre alt ist, in Deutschland. Er heiratet die drittstaatsangehörige W, die zu ihm zieht und sein Kind versorgt, während er arbeitet. Nach 2 Jahren reicht B die Scheidung ein, weil er „eine andere hat“, und zieht aus der Wohnung aus. K wird weiterhin von W versorgt.

Nach weiteren vier Jahren nimmt B sein Kind zu sich und stellt alle Unterhaltszahlungen an W ein, die daraufhin SBG II-Leistungen beantragt.

Die Ausländerbehörde hört W nun zur Ausweisung an.

Zu Recht?