

Franz Marhold | Ulrich Becker
Eberhard Eichenhofer | Gerhard Igl
Giulio Prosperetti (Hrsg.)

Arbeits- und Sozialrecht für Europa

Festschrift für Maximilian Fuchs



Nomos

Familien und Bedarfsgemeinschaften – Gleichklang zwischen Sozialrecht und Freizügigkeitsrecht?

Constanze Janda, Speyer

Die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen Unionsbürger Leistungen der Grundsicherung für Arbeitsuchende beanspruchen können, beschäftigt Wissenschaft, Rechtsprechung wie auch den Gesetzgeber seit Inkrafttreten des SGB II. Auch Maximilian Fuchs hat sich wiederholt mit den Schnittstellen zwischen Freizügigkeitsrecht und Sozialleistungsberechtigung auseinandergesetzt.¹ Ende 2016 sind die Leistungsvoraussetzungen des § 7 Abs. 1 S. 2 SGB II neugefasst worden. Mit der Neuregelung sind alle Personen ohne Aufenthaltsrecht vom Leistungsbezug ausgeschlossen. Die Regelung nimmt Bezug auf die Aufenthaltsrechte nach § 2 Abs. 3 FreizügG/EU sowie auf Art. 10 VO (EU) 492/2011. Diese decken indes nicht alle familiären Konstellationen ab; dies betrifft insbesondere unverheiratete Paare mit Kleinkindern. Im Kontext des SGB II bilden diese eine Bedarfsgemeinschaft. Der Beitrag geht der Frage nach, ob das Rechtsinstitut der Bedarfsgemeinschaft eine aufenthaltsrechtliche Entsprechung im Unionsrecht findet.

A. Minutiös und lückenhaft: Verknüpfung von Sozialleistungsberechtigung und Aufenthaltsrecht in § 7 Abs. 1 SGB II

Bei Inkrafttreten der Grundsicherung für Arbeitsuchende im Jahr 2005 gestaltete sich die Leistungsberechtigung von Ausländern noch recht übersichtlich. Sie konnten nach § 7 Abs. 1 S. 2 SGB II Leistungen erhalten, wenn sie nach Maßgabe des § 8 Abs. 2 SGB II erwerbsfähig waren. Dies war – und ist noch heute – nur der Fall, wenn ihnen die Ausübung einer Beschäftigung erlaubt ist oder zumindest abstrakt erlaubt werden könnte. Ausländer sollten ebenso wie Deutsche durch das sanktionsbewehrte System des SGB II zur eigenständigen Sicherung ihres Lebensunterhalts durch

¹ Deutsche Grundsicherung und europäisches Koordinationsrecht, NZS 2007, 1; Freizügiger Sozialtourismus?, ZESAR 2014, 103; Arbeitnehmerfreizügigkeit und Sozialleistungen, ZESAR 2015, 95.

(Wieder)Eingliederung in den Arbeitsmarkt befähigt werden, anstatt ihnen die weitgehend bedingungslosen Leistungen nach dem BSHG zu gewähren. Die Regelung war also vor allem dem Gebot der Gleichheit verpflichtet.² Das gesonderte Sicherungssystem des AsylbLG sollte daneben aufrechterhalten werden. Nach § 7 Abs. 1 S. 3 SGB II a.F. (jetzt § 7 Abs. 1 S. 7 SGB II) bleiben aufenthaltsrechtliche Bestimmungen unberührt. Der Gesetzgeber wollte damit klarstellen, dass der Bezug von Leistungen nach dem SGB II aufenthaltsbeendenden Maßnahmen nicht entgegensteht.³

Zum 1. April 2006 wurde die Regelung durch das Gesetz zur Änderung des Zweiten Buches Sozialgesetzbuch und anderer Gesetze⁴ erstmals überarbeitet. Im ursprünglichen Entwurf noch nicht enthalten,⁵ wurde aufgrund der Beschlussempfehlung des Ausschusses für Arbeit und Soziales erstmals ein Leistungsausschluss für Ausländer eingeführt, deren Aufenthaltsrecht sich allein aus dem Zweck der Arbeitssuche ergibt.⁶ Damit sollte die entsprechende Ermächtigung aus Art. 24 Abs. 2 i.V.m. Art. 14 Abs. 4 lit. b) RL 2004/38/EG umgesetzt werden. Eine Begründung für die Erforderlichkeit der Regelung gab die Beschlussempfehlung nicht. Die Regelung zielte auf Unionsbürger, die erstmals in Deutschland nach Arbeit suchten und kein Aufenthaltsrecht aus anderen Gründen – etwa aufgrund einer Erwerbstätigkeit – hatten, und ihre Familienangehörigen. Der Begriff des Familienangehörigen rekurriert auf § 3 Abs. 2 FreizügG/EU. Familienangehörige von in Deutschland erwerbstätigen Unionsbürgern sollten ebenso wenig von der Leistung ausgenommen sein wie Unionsbürger, die als Familienangehörige eines Deutschen in die Bundesrepublik einreisen.⁷

Durch das Gesetz zur Umsetzung aufenthalts- und asylrechtlicher Richtlinien der Europäischen Union⁸ wurde § 7 Abs. 1 S. 2 SGB II zum 28. August 2007 neu strukturiert und ergänzt. Ausgenommen sind seither auch Unionsbürger – sofern sie nicht Arbeitnehmer, Selbstständige oder aus anderen Gründen nach § 2 Abs. 3 FreizügG/EU aufenthaltsberechtigt sind – in den ersten drei Monaten ihres Aufenthalts, § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 SGB II.

2 BT-Drs. 15/1516, S. 52.

3 BT-Drs. 15/1516, S. 52.

4 vom 24.03.2006, BGBl. I S. 558.

5 BT-Drs. 16/99.

6 Außerdem wurde die Bezugnahme auf die spezifische Regelung zur Erwerbsfähigkeit von Ausländern – die ja ohnehin Anspruchsvoraussetzung ist – wegen ihrer missverständlichen Formulierung gestrichen.

7 BT-Drs. 16/688, S. 13.

8 vom 19.08.2007, BGBl. I S. 1970.

Zur Begründung wurde wiederum auf Art. 24 Abs. 2 RL 2004/38/EG verwiesen,⁹ ohne ein Regelungsbedürfnis zu thematisieren.

Diese sekundärrechtlich untermauerte Regelung ist überaus kontrovers diskutiert worden. Der EuGH hat in der Rechtssache *Garcia Nieto*¹⁰ die Vereinbarkeit der dreimonatigen Wartefrist mit Unionsrecht bestätigt. Die weitaus umstrittenere Frage nach der Zulässigkeit des Leistungsausschlusses arbeitsuchender Personen hat der EuGH in der Rechtssache *Alimanovic*¹¹ so gelöst, dass sich auf das koordinierungsrechtliche Gebot der Inländergleichbehandlung nur berufen könne, wer sich rechtmäßig in dem betreffenden Mitgliedstaat aufhalte. Nachdem im Anschluss daran das BSG¹² Unionsbürgern ein Recht auf ermessensfehlerfreie Gewährung von Leistungen der Sozialhilfe aus dem Recht auf Sicherung einer menschenwürdigen Existenz hergeleitet hatte, solange ihr Aufenthalt nicht zwangsweise beendet wird, sah sich der Gesetzgeber zur erneuten Änderung der Leistungsausschlüsse veranlasst. Durch das Gesetz zur Regelung von Ansprüchen ausländischer Personen in der Grundsicherung für Arbeitsuchende nach dem Zweiten Buch Sozialgesetzbuch und in der Sozialhilfe nach dem Zwölften Buch Sozialgesetzbuch¹³ wurde nicht nur die Alimanovic-Rechtsprechung in § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2a) SGB II inkorporiert. Auch Personen, die ein Aufenthaltsrecht aus Art. 10 VO (EU) 492/2011 ableiten, wurden vom Leistungsbezug ausgeschlossen, § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2c SGB II.¹⁴ Erst nach fünfjährigem gewöhnlichen Aufenthalt im Bundesgebiet werden die von Nr. 2 erfassten Personen deutschen Leistungsberechtigten gleichgestellt, § 7 Abs. 1 S. 4 SGB II. Um dem Grundrecht auf Sicherung einer menschenwürdigen Existenz zu genügen, werden bis zur Ausreise Überbrückungsleistungen nach § 23 Abs. 3 S. 3 SGB XII gewährt. Der Gesetzgeber wollte explizit Schülerinnen und Schüler sowie deren nichterwerbstätige Eltern ausschließen.¹⁵ Entgegen der ursprünglichen Intention bei Inkrafttreten des 4. Gesetzes für Moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt soll im Grundsicherungsrecht nicht länger ein Gleichgewicht zwischen den Rechten und Pflichten von Deutschen und Ausländern hergestellt werden.

9 BT-Drs. 16/5065, S. 234.

10 EuGH, Urt. v. 25.2.2016, C-299/14 (*Garcia Nieto*).

11 EuGH, Urt. v. 15.9.2015, C-67/14 (*Alimanovic*).

12 BSG, Urt. v. 3.12.2015, Az. B 4 AS 43/15 R = BSGE 120, 139.

13 vom 22. Dezember 2016, BGBl. I S. 3155.

14 Zur Frage der Vereinbarkeit dieser Regelung mit Unionsrecht ist derzeit eine Vorlage des LSG Nordrhein-Westfalen beim EuGH anhängig, LSG Nordrhein-Westfalen, Beschl v. 14.2.2019, Az. L 19 AS 1104/18.

15 BT-Drs. 18/10201, S. 13.

§ 7 Abs. 1 S. 2 SGB II ist vielmehr vom Gedanken des Ausschlusses, also des von vornherein ungleichen Zugangs von Deutschen und Ausländern zu den Leistungen geprägt.

Nach der jüngsten Reform sind die Ausschlussstatbestände des § 7 Abs. 1 S. 2 SGB II nunmehr überaus detailreich. Rechtssicherheit, die der Gesetzgeber durch die Regelung angesichts der sehr unterschiedlichen Rechtsprechung herbeiführen wollte,¹⁶ wird gleichwohl nicht erreicht, da nicht alle Personengruppen von den Ein- bzw. Ausschlüssen erfasst sind. Knüpft der Leistungszugang nunmehr explizit an das Aufenthaltsrecht der erwerbsfähigen leistungsberechtigten Person an, nimmt die Regelung insoweit ausschließlich auf Arbeitnehmer und Selbstständige sowie die nach § 2 Abs. 3 FreizügG/EU freizügigkeitsberechtigten Personen und deren Familienmitglieder Bezug. Indes kann ein materielles Aufenthaltsrecht auch aus anderen Rechtsgrundlagen resultieren – wegen des sehr eng formulierten Wortlauts des § 7 Abs. 1 S. 2 SGB II werden diese aber nicht vom Anwendungsbereich der Norm erfasst. Diese soll die leistungsberechtigten Personen zwar abschließend aufzählen.¹⁷ Durch die Maschen fallen aber insbesondere Eltern von Kindern vor Erreichen des schulpflichtigen Alters, die in nichtehelicher Lebensgemeinschaft mit einer aufenthaltsberechtigten Person zusammenleben.

B. Das Rechtsinstitut der Bedarfsgemeinschaft

An anderer Stelle findet die nichteheliche Lebensgemeinschaft im Grund sicherungsrecht durchaus Berücksichtigung. Nach § 7 Abs. 3 Nr. 3c) SGB II gehört zur Bedarfsgemeinschaft, „wer in einem gemeinsamen Haushalt so zusammenlebt, dass nach verständiger Würdigung der wechselseitige Wille anzunehmen ist, Verantwortung füreinander zu tragen und füreinander einzustehen.“ Der wechselseitige Einstandswille wird bei allen Personen ungeachtet ihres Geschlechts vermutet, die länger als ein Jahr oder mit einem gemeinsamen Kind zusammenleben, in ihrem gemeinsamen Haushalt Kinder oder Angehörige versorgen oder jeweils über das Einkommen oder Vermögen der anderen Person zu verfügen berechtigt sind, § 7 Abs. 3a SGB II. Diese kumulativ zu erfüllenden Anforderungen¹⁸ lehnen

16 So der federführende Ausschuss für Arbeit und Soziales, BT-Drs. 18/10518, S. 9.

17 *Becker* in: *Eicher/Luik*, SGB II, § 7, Rn. 1; zweifelnd *Leopold* in: *Schlegel/Voelzke*, jurisPK-SGB II, § 7, Rn. 50.

18 BSGE 111, 250.

sich an eine Entscheidung des BVerfG an, in der dieses über die Anrechnung von Einkommen und Vermögen der Partner einer eheähnlichen Lebensgemeinschaft auf die Arbeitslosenhilfe nach § 137 Abs. 2a AFG zu entscheiden hatte. Eheähnlich ist, so die Definition des BVerfG, eine auf Dauer angelegte Lebensgemeinschaft, die „daneben keine weitere Lebensgemeinschaft gleicher Art zulässt und sich durch innere Bindungen auszeichnet, die ein gegenseitiges Entstehen der Partner füreinander begründen, also über die Beziehungen in einer reinen Haushalts- und Wirtschaftsgemeinschaft hinausgehen.“¹⁹ Die Einkommensanrechnung rechtfertigte das BVerfG vor Art. 3 Abs. 1 GG trotz der fehlenden Unterhaltungspflichten mit der engen Bindung zwischen den Partnern der eheähnlichen Gemeinschaft, die sich „so sehr füreinander verantwortlich fühlen, [dass] sie zunächst den gemeinsamen Lebensunterhalt sicherstellen“. Die Lebenslage emotional eng verbundener unverheirateter Paare sei daher mit der Situation nicht dauerhaft getrennt lebender Ehegatten vergleichbar.

Die Gesetzesbegründung zu § 7 SGB II enthält sich jedweder näherer Einordnung und Erläuterung des Konstrukts der Bedarfsgemeinschaft.²⁰ Der Gesetzgeber bezeichnet die in Bedarfsgemeinschaft lebenden Personen als „Angehörige“²¹ und betont zugleich die Verantwortung des erwerbsfähigen Leistungsberechtigten für den Unterhalt der Mitglieder seiner Bedarfsgemeinschaft.²² Umgangssprachlich bezieht sich der Begriff des „Angehörigen“ typischerweise auf Menschen aus dem engen Familienkreis. In § 11 Abs. 1 Nr. 1 StGB ist der Begriff für das Strafrecht legaldefiniert und umfasst Verwandte und Verschwägerter gerader Linie, Ehegatten, Lebenspartner, Verlobte, Geschwister und deren Ehegatten oder Lebenspartner sowie Pflegeeltern und Pflegekinder. Die nichteheliche Lebensgemeinschaft fehlt in der Aufzählung. Nun ist der Gehalt des Strafrechts für das Konstrukt der grundsicherungsrechtlichen Bedarfsgemeinschaft eher unbedeutend; er ist gleichwohl interessant, belegt er doch, dass nicht formalisierte persönliche Beziehungen in anderen Rechtsgebieten keine Berücksichtigung finden.

Entscheidend für die Zuordnung von Personen zu einer Bedarfsgemeinschaft ist ausweislich der Gesetzesbegründung die gegenseitige, rechtlich begründete Verantwortung für den Unterhalt. Unterhaltungspflichten bestehen jedoch nur im Verhältnis zu Verwandten gerader Linie (§ 1601 BGB);

19 BVerfGE 87, 234; so auch BVerwGE 98, 195 sowie BSGE 90, 90; BSGE 111, 250; BSG, NZS 2003, 667.

20 BT-Drs. 15/1516, S. 52.

21 BT-Drs. 15/1516, S. 45 und 46.

22 BT-Drs. 15/1516, S. 50.

die Verwandtschaft bestimmt sich dabei ausschließlich nach der biologischen Abstammung (§ 1598 Abs. 1 BGB).²³ Unterhaltsansprüche in der nichtehelichen Lebensgemeinschaft bestehen ausschließlich in den sechs Wochen vor bzw. acht Wochen nach der Geburt eines gemeinsamen Kindes; sie sind nicht gegenseitiger Natur, sondern Anspruchsinhaberin ist allein die Mutter, Schuldner der Vater (§ 1615I BGB). Im europarechtlichen Kontext wird das Bestehen von Unterhaltsansprüchen aufgrund familiärer Verpflichtungen zwar grundsätzlich als möglich erachtet: Art. 1 EuUnthVO bezieht Unterhaltspflichten aus Familienverhältnissen in den Anwendungsbereich der Verordnung ein, die das anwendbare Recht, die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Unterhaltssachen regelt. Familienverhältnisse müssen danach nicht formalisiert sein, sondern können sich aus dem bloßen Zusammenleben ergeben.²⁴ Die Verordnung bewirkt indes keine Harmonisierung des Unterhaltsrechts, sodass für das Bestehen von Unterhaltspflichten immer das jeweils anwendbare nationale Recht maßgeblich ist.²⁵

Stehen der Einordnung nichtehelicher Lebensgemeinschaften als Bedarfsgemeinschaft demnach keine zivilrechtlichen Unterhaltspflichten gegenüber, kann ihr Zweck allein darin bestehen, einerseits (finanzielle) Synergien des Zusammenlebens in die Leistungsberechnung einfließen zu lassen und andererseits die Betreuung der zusammenlebenden Personen „aus einer Hand“ zu ermöglichen.²⁶

Das Zusammenleben in der so genannten Verantwortungs- und Einstandsgemeinschaft hat die Zuordnung zur Regelbedarfsstufe 2 und damit die Gewährung eines im Vergleich zu Alleinlebenden geringeren Regelsatzes zur Folge, vgl. Anlage zu § 28 SGB XII. Bei der Prüfung der Hilfebedürftigkeit wird auch das Einkommen des Partners der Lebensgemeinschaft berücksichtigt, § 9 Abs. 1 S. 1 SGB II. Auf den Aufenthaltsstatus der zur Bedarfsgemeinschaft gehörenden Personen kommt es dabei ebenso we-

23 Siehe auch *Hahn* in: BeckOK BGB, BGB, § 1589, Rn. 5; *Wellenhofer* in: MüKo-BGB, BGB, § 1589, Rn. 6.

24 *Hilbig*, GPR 2011, 310, 316; *Lipp* in: MüKoFamFG, EG-UntVO, Art. 1, Rn. 32; *Garber* in: *Kindl/Meller-Hannich/Wolf*, Gesamtes Recht der Zwangsvollstreckung, Art. 1 EuUnthVO, Rn. 33.

25 *Lipp* in: MüKoFamFG, EG-UntVO, Art. 1, Rn. 34. Vgl. etwa BGH, NJW 2011, 70, 71 zum Unterhaltsanspruch in einer deutsch-österreichischen nichtehelichen Lebensgemeinschaft.

26 *Leopold* in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB II, § 7, Rn. 44; *Mushoff* in: BeckOK SozR, SGB II, § 7, Rn. 9.

nig an wie auf deren Zuordnung zu einem bestimmten sozialrechtlichen Rechtskreis.²⁷

C. Das unionsrechtliche Aufenthaltsrecht unverheirateter Elternteile

Knüpft demnach das Sozialrecht an den Willen, füreinander einzustehen, durchaus gewichtige Rechtsfolgen, kommt der Verantwortungs- und Einstandsgemeinschaft im Aufenthaltsrecht kein entsprechender Schutz zu. Der besondere Schutz der Familie wurde zwar bereits vor Erlass der Unionsbürgerrichtlinie 2004/38/EG betont.²⁸ Familienangehörigen werden daher Aufenthaltsrechte eingeräumt, nicht zuletzt um die Freizügigkeit der Unionsbürger zu wahren, die beeinträchtigt würde, wenn diese in anderen Mitgliedstaaten nicht mit ihrer Familie zusammenleben dürften.

I. Familienangehörige im Sinne des Freizügigkeitsrechts

Der Familienbegriff beschränkt sich jedoch auf formalisierte Beziehungen. Nach Art. 2 Nr. 1 RL 2004/38/EG zählen zu den Familienangehörigen neben den Ehegatten nur eingetragene Lebenspartner,²⁹ Kinder, die jünger als 21 Jahre oder unterhaltsberechtigend sind, sowie Verwandte in aufsteigender Linie,³⁰ denen der Unionsbürger Unterhalt – gemeint ist die materielle Unterstützung, die bloße emotionale Bindung und tatsächliche Sorge reichen nicht aus³¹ – gewährt. Eine entsprechende Formulierung findet sich

27 Daher können auch Leistungsbezieher nach dem AsylbLG Mitglieder einer Bedarfsgemeinschaft nach § 7 Abs. 3 SGB II sein, vgl. etwa den Sachverhalt in BSGE 109, 176 oder in BSG, SGB 2019, 495.

28 EuGH, Urt. v. 11.7.2002, Rs. C-60/00 (Carpenter), Rn. 38; Urt. v. 25.7.2002, Rs. C-457/99 (MRAX), Rn. 53; Urt. v. 11.12.2007, Rs. C-291/05 (Eind), Rn. 44; Urt. v. 25.7.2008, Rs. C-127/08 (Metock u.a.), Rn. 56.

29 Dies gilt nur sofern eine solche Partnerschaft im nationalen Recht des Aufenthaltsstaats vorgesehen ist.

30 Die Verwandtschaft in gerader Linie bezieht sich auf die biologische Abstammung, wird vom EuGH aber ausgehend vom Sinn und Zweck des Familienbegriffs auch auf „rechtliche Abstammungsverhältnisse“ erstreckt und kann daher beispielsweise auch im Hinblick auf Personen vorliegen, die eine dauerhafte gesetzliche Vormundschaft für ein Kind übernommen haben, EuGH, Urt. v. 26.3.2019, C-129/18 (SM), Rn. 54.

31 EuGH, Urt. v. 9.10.2004, C-200/02 (Zhu und Chen), Rn. 43; EuGH, Urt. v. 8. 11. 2012, C-40/11 (Yoshikazu Iida), Rn. 55; VGH München, Urt. v. 25.05.2019, Az. 10

in § 3 Abs. 2 FreizügG/EU. Die Regelung im FreizügG/EU ist abschließend.

1. *Legaldefinition in Art. 2 RL 2004/38/EG*

Obwohl nach dem Wortlaut sowohl von § 3 Abs. 1 S. 1 a.E. FreizügG/EU als auch von Art. 6 Abs. 2, Art. 7 Abs. 1 lit. d) RL 2004/38/EG vorausgesetzt wird, dass diese den Unionsbürger begleiten oder diesem nachziehen, erstreckt sich der Begriff der Familienangehörigen auch auf Familien, die erst im Aufenthaltsstaat gegründet werden.³² Dies wird nicht zuletzt durch die englische Sprachfassung („accompany or join“) klargestellt.³³ Da bei lebensnaher Betrachtung – die Entscheidung in der Rs. *Metock* u.a. bezog sich auf Ehegatten – der Eheschließung eine gewisse Zeit der nichtehelichen Partnerschaft vorausgeht, misst der EuGH dieser also implizit gewisse Vorwirkungen zu, ohne diese aber selbst dem Familienbegriff zuzuordnen. Menschen, die mit einem Unionsbürger in nichtehelicher Lebensgemeinschaft zusammenleben und mit diesem ein gemeinsames Kind erziehen, gelten folglich nicht als Familienangehörige – nicht im Hinblick auf ihren Lebenspartner mangels Eheschließung, nicht im Hinblick auf ihre Kinder, da sie als Verwandte in aufsteigender Linie von diesen in aller Regel keinen Unterhalt³⁴ erhalten werden. Bezeichnend ist, dass bei Ehegatten der formale Bestand der Ehe ausreicht, um eine Familie zu bilden; auf die tatsächliche eheliche Lebensgemeinschaft kommt es – sofern nicht eine Scheinehe vorliegt – nicht an.³⁵ Das akzessorische Aufenthaltsrecht der Ehegatten wird somit faktisch um der Ehe als solcher Willen gewährt, nicht aber um eine bestimmte Konstellation familiären Zusammenlebens zu schützen.

BV 18.281, Rn. 24; so auch im Kontext der VO (EWG) 1612/68 18. Juni 1987 in der EuGH, Urt. v. 18.6.1987, Rs. 316/85 (Lebon), Rn. 20.

32 EuGH, Urt. v. 25.7.2008, Rs. C-127/08 (Metock u.a.), Rn. 92; zustimmend *Tewocht* in: BeckOK AuslR, FreizügG/EU, § 3, Rn. 61; *Oberhäuser* in: Hofmann, NK-AuslR, FreizügG/EU, § 3, Rn. 3; *Brinkmann* in: Huber, AufenthG, FreizügG/EU, § 3, Rn. 4.

33 *Dienelt* in: Bergmann/Dienelt FreizügG/EU § 3 Rn. 11 f.

34 Vgl. Art. 2 Nr. 2 lit. d) RL 2004/38/EG, § 3 Abs. 2 Nr. 2 FreizügG/EU.

35 EuGH, Urt. v. 13.2.1985, Rs. 267/83 (Diatta), Rn. 18; Urt. v. 10.7.2014, Rs. C-244/13 (Ogieriakhi), Rn. 37; so auch *Tewocht* in: BeckOK AuslR, FreizügG/EU, § 3, Rn. 12; *Oberhäuser* in: Hofmann, NK-AuslR, FreizügG/EU, § 3, Rn. 8.

Im Falle des Todes oder des Wegzugs des Unionsbürgers können Personen ein Aufenthaltsrecht geltend machen, die die elterliche Sorge für ein in Ausbildung befindliches Kind eines freizügigkeitsberechtigten Unionsbürgers ausüben, Art. 12 Abs. 3 RL 2004/38/EU, § 3 Abs. 4 FreizügG/EU. Der Wortlaut beider Normen nimmt insofern zwar ausschließlich auf die elterliche Sorge, nicht aber auf den Personenstand des Elternteils Bezug. Indes wird dabei allein das „Behalten“ bzw. der „Verlust“ des Aufenthaltsrechts geregelt, was darauf schließen lässt, dass der Tod oder Wegzug jedenfalls nicht zur erstmaligen Begründung eines Aufenthaltsrechts führen kann. Der Anwendungsbereich dieser Normen ist daher auf getrenntlebende bzw. verwitwete Ehepartner, die für ein Kind sorgen, beschränkt.³⁶ Das Bestehen einer Bedarfsgemeinschaft i.S.v. § 7 Abs. 3 SGB II begründet folglich kein Aufenthaltsrecht der nicht mit dem Unionsbürger verheirateten Partner.³⁷

2. Sonstige Familienangehörige nach Art. 3 Abs. 2 RL 2004/38/EG

Art. 3 Abs. 2 RL 2004/38/EG verpflichtet die Mitgliedstaaten, Familienangehörigen die Einreise und den Aufenthalt in ihrem Gebiet zu erleichtern, die zwar den freizügigkeitsrechtlichen Familienbegriff nicht erfüllen, aber aus anderen Gründen schutzbedürftig sind. Die Richtlinie zählt insofern abschließend Personen auf, denen der aufenthaltsberechtigte Unionsbürger im Herkunftsland Unterhalt gewährt hat, die mit ihm im Herkunftsland in häuslicher Gemeinschaft gelebt haben oder die diesen wegen schwerwiegender gesundheitlicher Gründe zwingend persönlich pflegen müssen (lit. a). Hierunter sind Personen zu fassen, die „enge und stabile familiäre Beziehungen zu einem Unionsbürger“ haben, aufgrund derer sie Unterhalt, Erziehung und Schutz des Unionsbürgers gewährleisten, wie etwa im Rahmen einer Vormundschaft.³⁸ Leibliche Elternteile, die zwar mangels Eheschließung mit dem anderen Elternteil oder mangels Unterhaltsleistung durch das Kind nicht den Angehörigenbegriff nach Art. 2 RL 2004/38/EG erfüllen, lassen sich durchaus hierunter fassen, wenn sie tatsächlich die Sorge für ihr Kind wahrnehmen. Die Pflicht zur Erleichterung von Einreise und Aufenthalt dieser Personen trifft die Mitgliedstaat-

36 Siehe auch *Dienelt* in: Bergmann/Dienelt FreizügG/EU § 3 Rn. 78, der die nicht-eheliche Lebensgemeinschaft in diesem Kontext nicht erwähnt.

37 So auch LSG Nordrhein-Westfalen, 20.10.2018, Az. L 19 AS 1472/18 B ER, Rn. 26.

38 EuGH, Urt. v. 26.3.2019, C-129/18 (SM), Rn. 59 f.

ten aber nur dann, wenn diese bereits zuvor im Herkunftsstaat in häuslicher Gemeinschaft gelebt haben. Wird das Kind erst in der Bundesrepublik geboren, ist der Anwendungsbereich der Norm nicht eröffnet.

Zu erleichtern ist ferner der Aufenthalt für Lebenspartner, mit dem der Unionsbürger eine „ordnungsgemäß bescheinigte dauerhafte Beziehung“ eingegangen ist, Art. 3 Abs. 2 lit. b) RL 2004/38/EG. Ausweislich des 6. Erwägungsgrundes soll auf diese Weise die Einheit der – weiter verstandenen – Familie gewahrt werden. Die Mitgliedstaaten werden danach angehalten, die Gestattung von Einreise und Aufenthalt sonstiger Familienmitglieder auf der Grundlage ihres innerstaatlichen Rechts zu prüfen. Dabei dürfen Aspekte wie die Art der Beziehung zum Unionsbürger, aber auch die finanzielle oder physische Abhängigkeit von diesem berücksichtigt werden. Die Norm vermittelt über den Gesetzgebungsauftrag hinaus Familienangehörigen kein subjektives Recht auf Ermöglichung von Einreise und Aufenthalt.³⁹ Der Rechtssetzungsauftrag bezieht sich insbesondere auf Verwandtschaftsverhältnisse in der Seitenlinie.⁴⁰ Indes können auch Partner einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft grundsätzlich in den Anwendungsbereich der Norm fallen. Dies erfordert aber über das bloße Zusammenleben hinaus eine offizielle Bestätigung der Lebensgemeinschaft. Der EuGH hat in der Rechtssache *Banger* insofern auf die nach Art. 10 RL 2004/38/EG für die Ausstellung einer Aufenthaltskarte vorzulegenden Dokumente Bezug genommen, zu denen ein Nachweis über das Bestehen einer dauerhaften Beziehung gehört.⁴¹ In Literatur und Rechtsprechung wird die Regelung nur im Hinblick auf nachziehende Drittstaatsangehörige diskutiert.⁴² Nicht zuletzt im Interesse des Verbots der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit ist jedoch eine Übertragbarkeit der Erkenntnisse auf unionsangehörige Partner einer eheähnlichen Gemeinschaft angezeigt. Zwar ist nach deutschem Recht – anders als beispielsweise in Frankreich für den PACS⁴³ – keine öffentliche Dokumentation der

39 EuGH, Urt. v. 12.7.2018, Rs. C-89/17 (*Banger*), Rn. 25 und 31; EuGH, Urt. v. 5.9.2012, Rs. C-83/11 (*Rahman*), Rn. 21.

40 *Brinkmann* in: Huber, *AufenthG, FreizügG/EU*, § 3, Rn. 16.

41 In EuGH, Urt. v. 12.7.2018, Rs. C-89/17 (*Banger*) war der Lebenspartnerin des Unionsbürgers von den nationalen Ausländerbehörden eine Aufenthaltskarte erteilt worden, die der EuGH als ausreichend erachtet hat, siehe Rn. 25 und 46. Kritisch *Gutmann*, *NVwZ* 2019, 277, 278, da die Aufenthaltskarte gerade nicht die Partnerschaft selbst bestätigt.

42 *Dienelt* in: *Bergmann/Dienelt FreizügG/EU* § 3 Rn. 28; vgl. auch EuGH, Urt. v. 5.9.2012, Rs. C-83/11 (*Rahman*), Rn. 21; EuGH, Urt. v. 12.7.2018, Rs. C-89/17 (*Banger*), Rn. 25 ff.

43 PACS = *pacte civil de solidarité*, etwa „zivilrechtlicher Solidaritätspakt“.

nichtehelichen Lebensgemeinschaft vorgesehen. Im FreizügG/EU findet sich wohl auch deshalb keine Regelung, mit der Art. 3 Abs. 2 RL 2004/38/EG für nichteheliche Partner umgesetzt wird. Indes hat der EuGH in seiner Rechtsprechung deutlich herausgearbeitet, dass ungeachtet des fehlenden subjektiv-öffentlichen Rechts auf Einreise und Aufenthalt den Personen, die sich auf Art. 3 Abs. 2 RL 2004/38/EG berufen, zumindest ein Rechtsbehelf offenstehen muss, in dem die persönlichen Umstände der Partnerschaft eingehend untersucht werden. Die Verweigerung von Einreise und Aufenthalt bedarf einer ausdrücklichen, auf den Einzelfall bezogenen Begründung.⁴⁴ Auch wenn der Wortlaut des Art. 3 Abs. 2 RL 2004/38/EG die Mitgliedstaaten lediglich zur Prüfung der Erleichterung des Zugangs der genannten Personen verpflichtet, wird somit deutlich, dass die Einlösung dieser Verpflichtung nicht in deren freies Ermessen gestellt ist. Die Norm birgt vielmehr ein Recht zur Bevorzugung gegenüber sonstigen Drittstaatsangehörigen und vergleichsweise umfassende Verfahrensrechte.⁴⁵ Die Unionsbürgerrichtlinie ist daher insofern unzureichend in das deutsche Recht umgesetzt.

II. Familienangehörige von Wanderarbeitnehmern

Familienangehörigen von Arbeitnehmern vermittelt Art. 10 VO (EU) 492/2011 ein eingeschränktes Aufenthaltsrecht. Im 4. Erwägungsgrund wird die Freizügigkeit explizit als „Grundrecht der Arbeitnehmer *und ihrer Familien* [Hervorhebung d. Verf.]“ bezeichnet. Ausweislich des 6. Erwägungsgrundes sind alle Hindernisse für die Mobilität des Arbeitnehmers zu beseitigen; namentlich wird dabei auf die Integration der Familienangehörigen⁴⁶ im Aufnahmeland abgestellt.

In der Vorgängerverordnung, deren Erwägungsgründe die VO (EU) 492/2011 aufnimmt, war noch explizit den Ehegatten und Kindern des Arbeitnehmers ein Aufenthaltsrecht eingeräumt, Art. 10 Abs. 1 Nr. 1 VO (EWG) 1612/68. Der Zugang anderer Familienangehöriger, denen der Arbeitnehmer Unterhalt gewährt oder mit denen er im Herkunftsland in häuslicher Gemeinschaft lebt, sollten durch die Mitgliedstaaten „begünstigt“ werden. Im Vergleich dazu ist das Aufenthaltsrecht nach Art. 10 VO

44 EuGH, Urt. v. 5. 9. 2012, Rs. C-83/11 (Rahman), Rn. 26; EuGH, Urt. v. 12. 7. 2018, Rs. C-89/17 (Banger), Rn. 51.

45 *Epiney*, NVwZ 2019, 921, 922.

46 Dieses Ziel betont auch der EuGH, Urt. v. 15. 3. 1989, Rs. 389/87 (Echternach), Rn. 20 f.

(EU) 492/2011 stark eingeschränkt. Es gilt ausschließlich für die Kinder eines (auch früheren) Arbeitnehmers, die bereits das Schulalter erreicht haben. Genau genommen vermittelt der Wortlaut der Norm nämlich lediglich das Recht auf Teilnahme „am allgemeinen Unterricht sowie an der Lehrlings- und Berufsausbildung“ unter den gleichen Bedingungen wie für eigene Staatsangehörige und setzt den Aufenthalt des Schülers oder Auszubildenden voraus. Hintergrund des eingeschränkten Anwendungsbereichs ist der Umstand, dass das Recht auf Einreise und Aufenthalt im Übrigen durch die Unionsbürgerrichtlinie geregelt wird.⁴⁷

Das in Ausbildung befindliche Kind behält sein Aufenthaltsrecht auch, wenn der arbeitende Elternteil den Aufenthaltsstaat verlassen hat.⁴⁸ Aus Art. 10 VO (EU) 492/2011 folgt in diesem Fall ein originäres, also nicht lediglich abgeleitetes Aufenthaltsrecht des Kindes.⁴⁹ Dieses beinhaltet auch ein Aufenthaltsrecht für den sorgenberechtigten Elternteil, solange das Kind minderjährig und in das Schul- oder Ausbildungssystem des Aufenthaltsstaates eingegliedert ist.⁵⁰

Zwar hat sich der EuGH im Kontext des Art. 10 VO (EU) 492/2011 überwiegend mit verheirateten oder geschiedenen Elternteilen befasst.⁵¹ Der Gerichtshof hat überdies entschieden, dass ledige Partner den Ehegatten nicht gleichzustellen sind.⁵² In den Rechtssachen *Czop und Punakova* sowie *ONAFIS/Radia Hadki Ahmed* hatte der EuGH jedoch über das Aufenthaltsrecht einer Frau zu entscheiden, die mit einem Unionsbürger ein gemeinsames Kind hatte, ohne mit diesem verheiratet gewesen zu sein. In diesen Konstellationen hat der EuGH umstandslos der Mutter ein auf Art. 10 VO (EU) 492/2011 gestütztes Aufenthaltsrecht – und daran an-

47 Steinmeyer in: *Franzen/Gallner/Oetker*, Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht, VO 492/2011, Art. 10, Rn. 1.

48 EuGH, Urt. v. 15.3.1989, Rs. 389/87 (Echternach), Rn. 22.

49 EuGH, Urt. v. 23.2.2010, C-480/08 (Teixeira), Rn. 37; EuGH, Urt. v. 23.2.2010, C-310/08 (Ibrahim), Rn. 29.

50 EuGH Urt. v. 17.9.2001, C-413/99 (Baumbast), Rn. 75; EuGH, Urt. v. 23.2.2010, C-408/08 (Teixeira), Rn. 37; EuGH, Urt. v. 6.9.2012, C-147/11 und C-148/11 (*Czop und Punakova*) Rn. 28; EuGH, Urt. v. 13.6.2013, C-45/12 (*ONAFIS/Radia Hadji Ahmed*), Rn. 52.

51 EuGH, Urt. v. 17.9.2001, C-413/99 (Baumbast), Rn. 75; Urt. v. 23.2.2010, C-480/08 (Teixeira), Rn. 37; Urt. v. 10.7.2014, C-244/13 (Ogieriakhi), Rn. 47; EuGH, Urt. v. 23.2.2010, C-310/08 (Ibrahim), Rn. 29.

52 Begründet wurde dies mit dem Fehlen ausdrücklicher Anhaltspunkte im Wortlaut des damaligen Art. 10 VO (EWG) 1612/68, EuGH, Urt. v. 17.4.1986, C-59/85 (Reed), Rn. 16; so auch BSG, Urt. v. 30.01.2013, Az. B 4 AS 54/12 R, Rn. 33 = BSGE 113, 60.

knüpfend ein Recht auf Familienbeihilfen – zugesprochen, wenn diese die tatsächliche Sorge für das Kind ausübt und der Vater zumindest vormals als Arbeitnehmer in dem Aufenthaltsstaat beschäftigt war. In beiden Fällen besuchten die Kinder jedoch die Schule, machten also ihrerseits vom Recht auf Zugang zum Bildungssystem aus eben dieser Norm Gebrauch.⁵³ Für Familien, in denen die Kinder das schulpflichtige Alter noch nicht erreicht haben, lässt sich aus der Freizügigkeitsverordnung aufgrund ihres eindeutigen und expliziten Bezugs zum Schul- oder Ausbildungssystem indes kein Aufenthaltsrecht herleiten.

D. Ansatzpunkte für ein Aufenthaltsrecht kraft elterlicher Sorge

Fallen unverheiratete Partner danach durch die Maschen des Sekundär- bzw. des dieses umsetzenden nationalen Rechts, stellt sich die Frage, ob und inwieweit sie unmittelbar aus dem Primärrecht ein Aufenthaltsrecht herleiten können.

I. Unionsbürgerfreizügigkeit des Kindes, Art. 21 AEUV

Nach der Rechtsprechung des EuGH kann ein Aufenthaltsrecht in den Fällen, in denen die Unionsbügerrichtlinie (drittstaatsangehörigen) Familienmitgliedern von Unionsbürgern kein Recht auf Einreise und Aufenthalt vermittelt, unmittelbar in Art. 21 AEUV gründen.⁵⁴ Namentlich hat der EuGH dies für den sorgeberechtigten Elternteil eines unionsangehörigen Kindes nach Art. 21 AEUV entschieden. Dem Aufenthaltsrecht des Kindes würde jede Wirksamkeit genommen, wenn es dem die Sorge ausübenden Elternteil nicht erlaubt wäre, sich gemeinsam mit dem Kind in dem betreffenden Mitgliedstaat aufzuhalten.⁵⁵ Dies gilt selbst in den Fällen, in denen das Kind im Aufenthaltsstaat geboren ist, also nie von seiner Unionsbür-

53 EuGH, Urt. v. 6.9.2012, C-147/11 und C-148/11 (Czop und Punakova) Rn. 28; EuGH, Urt. v. 13.6.2013, C-45/12 (ONAFIS/Radia Hadji Ahmed), Rn. 52.

54 EuGH, Urt. v. 6. 12. 2012, C-356/11, C-357/11 (O. und S.), Rn. 36; EuGH, Urt. v. 10.5.2017, C-133/15 (Chavez-Vilchez), Rn. 54; EuGH, Urt. v. 14.11.2017, C-165/16 (Lounes), Rn. 46; EuGH, Urt. v. 5.6.2018, C-673/16 (Coman), Rn. 23.

55 EuGH, Urt. v. 9.10.2004, C-200/02 (Zhu und Chen), Rn. 45; EuGH, Urt. v. 13.9.2016, C-165/14 (Rendón Marín), Rn. 51; EuGH, 10.05.2017, C-133/15 (Chavez-Vilchez), Rn. 63. In der Rechtssache *Yoshikazu Iida* scheiterte das Aufenthaltsrecht des Vaters daran, dass er sich gerade nicht im gleichen Mitgliedstaat wie sei-

gerfreizügigkeit Gebrauch gemacht hat.⁵⁶ Es genügt, wenn das Kind selbst ein Aufenthaltsrecht hat, daher gelten auch keine Anforderungen im Hinblick auf das Alter des Kindes oder dessen Eingliederung in das Bildungssystem des Aufenthaltsstaats.

Zugleich hat der EuGH deutlich gemacht, dass der Kernbestand der aus der Unionsbürgerschaft folgenden Rechte nur verletzt sei, wenn das Kind die EU als Ganze und nicht lediglich einen bestimmten Mitgliedstaat verlassen müsse, um mit seinem Elternteil zusammenzuleben.⁵⁷ Ob eine solche Zwangslage eintrete, sei an den Umständen des jeweiligen Einzelfalls zu messen.⁵⁸ Dabei ist zu berücksichtigen, welcher Elternteil die Sorge für das Kind tatsächlich ausübe und ob ein tatsächliches Abhängigkeitsverhältnis des Kindes zu diesem Elternteil bestehe.⁵⁹ Dass es aus wirtschaftlichen Gründen oder zur Aufrechterhaltung der Familieneinheit wünschenswert wäre, sich in einem bestimmten Mitgliedstaat aufzuhalten, sei nicht von Belang.⁶⁰

So verstanden, ließe sich aus der Unionsbürgerfreizügigkeit kein Aufenthaltsrecht der nichtehelichen Lebensgemeinschaft herleiten, geht es doch gerade um Paare, die gemeinsam ein Kind groß ziehen. Es wird in diesen Konstellationen nicht von vornherein ausgeschlossen sein, dass sich der verbleibende Elternteil, der über ein Aufenthaltsrecht als Arbeitnehmer verfügt, allein um das Kind kümmert. Zudem müsste das Kind nicht die EU als solche verlassen, sondern könnte einem Elternteil in dessen Herkunftsmitgliedstaat nachziehen.⁶¹

Dass diese Lösung den Interessen der Familie nicht gerecht wird, liegt auf der Hand. Wird der unverheirateten Familie die Trennung oder das Verlassen eines Mitgliedstaates zugemutet, weil der Kernbestand ihrer Rechte als Unionsbürger nicht tangiert sei, kann gleichwohl das Recht auf

ne Tochter, sondern in einem anderen Mitgliedstaat aufhalten wollte: EuGH, Urt. v. 8. 11. 2012, C-40/11 (Yoshikazu Iida), Rn. 71 f.

56 EuGH, Urt. v. 9.10.2004, C-200/02 (Zhu und Chen), Rn. 19.

57 EuGH, Urt. v. 15. 11. 2011, C-256/11 (Dereci), Rn. 66; EuGH, Urt. v. 6. 12. 2012, C-356/11, C-357/11 (O. und S.), Rn. 47; EuGH, 10.05.2017, C-133/15 (Chavez-Vilchez), Rn. 69.

58 EuGH, Urt. v. 6. 12. 2012, C-356/11, C-357/11 (O. und S.), Rn. 53.

59 EuGH, 10.05.2017, C-133/15 (Chavez-Vilchez), Rn. 70.

60 EuGH, Urt. v. 15. 11. 2011, C-256/11 (Dereci), Rn. 68.

61 So das LSG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 22.5.2017, Az. L 31 AS 1000/17 B ER, Rn. 9 ff.

Familie aus Art. 7 GRC und Art. 8 EMRK verletzt sein.⁶² Dieses Menschenrecht schützt auch nichtehelich geborene Kinder. Weder birgt der Wortlaut des Menschenrechts Anhaltspunkte für eine Differenzierung zwischen verheirateten und unverheirateten Eltern, noch gebietet dies der Sinn und Zweck des Rechts auf Familie, das die kontinuierliche Pflege und Betreuung des Kindes im Familienverbund sicherstellen soll.⁶³ Geschützt wird folglich die tatsächliche Beziehung des Kindes zu einer erwachsenen Person: dort wo eine familiäre Bindung besteht, ist diese zu ermöglichen und ihre Entwicklung zu gestatten.⁶⁴ In einer intakten Partnerschaft, auch wenn sie nicht formell durch die Eheschließung dokumentiert ist, wird es dem Kindeswohl immer dienen, wenn das Kind mit beiden Elternteilen zusammenleben kann. Kern des Rechts auf Familienzusammenführung ist das Wohl des Kindes; dieses ist in Art. 24 Abs. 2 GRC verankert und leitet auch die Interpretation sonstigen Unionsrechts.⁶⁵ Das Aufenthaltsrecht ist folglich so auszugestalten, dass es eine dem Kindeswohl dienliche Wahrnehmung der elterlichen Sorge ermöglicht.⁶⁶ Dies muss insbesondere dann gelten, wenn das Kind eines unionsangehörigen Arbeitnehmers ein von diesem abgeleitetes Aufenthaltsrecht hat, welches unabhängig vom Erfordernis der eigenständigen Sicherung des Lebensunterhalts besteht. Es ist in diesen Fällen nicht nachvollziehbar, warum sich daraus kein Aufenthaltsrecht des anderen, die tatsächliche Sorge ausübenden Elternteils ableiten lassen sollte.

II. Diskriminierungsverbot aus Art. 18 AEUV

Das Recht auf Zusammenleben lässt sich überdies aus dem Diskriminierungsverbot des Art. 18 AEUV herleiten. In der Rechtssache *Reed* hat der EuGH eine Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit erkannt, wenn ein Mitgliedstaat den nichtehelichen Lebenspartnern der eigenen Staatsangehörigen ein Aufenthaltsrecht einräumt, nicht aber den le-

62 *Gutmann*, NVwZ 2019, 277, 278; so auch EuGH, Urt. v. 18.5.1989, Rs. 249/86 (Kommission/Deutschland), Rn. 10; EuGH, Urt. v. 15. 11. 2011, C-256/11 (*Dereci*), Rn. 72.

63 EGMR, Urt. v. 13.6.1979, Az. 6388/74 (*Marckx*), Rn. 31; vgl. auch EGMR, Urt. v. 12.7.2001, Az. 25702/94 (*K. und T./Finnland*), Rn. 150.

64 EuGH, Urt. v. 26.3.2019, C-129/18 (SM), Rn. 66.

65 EuGH, 10.05.2017, C-133/15 (*Chavez-Vilchez*), Rn. 70; EuGH, Urt. v. 26.3.2019, C-129/18 (SM), Rn. 67.

66 *Dienelt* in: *Bergmann/Dienelt, AufenthG*, § 28, Rn. 28.

digen Partnern anderer Unionsbürger.⁶⁷ Die Entscheidung erging zwar im Kontext des Art. 10 VO (EWG) 1612/68 – der EuGH hatte das Aufenthaltsrecht des ledigen Partners als „soziale Vergünstigung“ im Sinne der Verordnung interpretiert. Die Argumentation im Hinblick auf die diskriminierende Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit dürfte aber auf das primärrechtliche Verbot aus Art. 18 AEUV übertragbar sein. Daraus folgt freilich nicht, dass nichtehelichen Lebenspartnern von Unionsbürgern auch außerhalb diskriminierender Konstellationen generell ein Aufenthaltsrecht einzuräumen wäre.⁶⁸ Da das deutsche Recht ledigen Paaren generell kein Recht auf Familienzusammenführung gewährt – vgl. § 28 Abs. 1 AufenthG – läge im Falle der Verweigerung des Aufenthalts unionsangehöriger nichtehelicher Partner keine Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit vor.

Die Diskriminierung kann sich jedoch daraus ergeben, dass das nationale Recht in § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 AufenthG die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis an den drittstaatsangehörigen Elternteil eines minderjährigen ledigen Deutschen zur Ausübung der Personensorge vorsieht. Voraussetzung ist, dass das Kind seinen gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland hat. Im Gegensatz zu anderen Aufenthaltstiteln ist es in diesen Fällen des Familiennachzugs nicht erforderlich, dass der Nachziehende seinen Lebensunterhalt eigenständig sichern kann, § 28 Abs. 1 S. 2 AufenthG. Die Norm privilegiert den Familiennachzug zu Deutschen, deren verfassungsrechtlich geschütztes Freizügigkeitsrecht (Art. 11 GG) verletzt würde, wären sie zum Verlassen der Bundesrepublik gezwungen, um mit ihren Angehörigen zusammenleben zu können.⁶⁹ Dementsprechend wird der Titel aber nur jenen Eltern erteilt, die tatsächlich die Sorge für Person und Vermögen des Kindes übernehmen.⁷⁰

Zwar regelt § 28 Abs. 1 AufenthG nur die Konstellationen, in denen die Familieneinheit durch den Nachzug erst hergestellt werden soll. Nur im Ausnahmefall kann ein Titel an Angehörige erteilt werden, die gemeinsam und gleichzeitig mit dem deutschen Stammmitglied einreisen, etwa wenn das Kind seinen Lebensmittelpunkt aus dem Ausland in die Bundesrepu-

67 EuGH, Urt. v. 17.4.1986, C-59/85 (Reed), Rn. 29.

68 *Brinkmann* in: Huber, AufenthG, FreizügG/EU, § 3, Rn. 10.

69 *Tewocht* in: BeckOK AuslR, AufenthG, § 28, Rn. 3.

70 *Oberhäuser* in: NK-AuslR, AufenthG, § 28, Rn. 21; *Göbel-Zimmermann/Eichhorn* in: Huber, AufenthG, § 28, Rn. 7; *Tewocht* in: BeckOK AuslR, AufenthG, § 28, Rn. 24a; *Dienelt* in: Bergmann/Dienelt, AufenthG, § 28, Rn. 26.

blik verlagert.⁷¹ Die Regelung scheint damit für die bereits im Inland zusammenlebende Bedarfsgemeinschaft nicht passend. Im Interesse der Familieneinheit kann es aber nicht darauf ankommen, dass die familiäre Gemeinschaft erst noch zu begründen ist. Es muss ausreichen, dass die Beteiligten als Familie zusammenleben – zumal Unionsbürgern ohnehin weder eines Visums noch eines Aufenthaltstitels bedürfen, um in einem anderen Mitgliedstaat leben zu dürfen; eine exakte Deckungsgleichheit des § 28 AufenthG wird sich daher im Hinblick auf die Situation von Unionsbürgern ohnehin nie herstellen lassen. Überdies erstreckt sich der Begriff des Familienangehörigen auch in der Unionsbürgerrichtlinie trotz der Verwendung des Terminus „nachziehen“ ebenfalls auf Familien, die im Aufenthaltsstaat gegründet worden sind.⁷² Für das Vorliegen einer Diskriminierung zwischen Unionsbürgern und Drittstaatsangehörigen ist es somit entscheidend, dass das AufenthG nicht miteinander verheirateten Elternteilen eines deutschen Kindes das Zusammenleben als Familie ermöglicht, nicht aber Kindern, die die Unionsbürgerschaft innehaben.

E. Fazit

Die Unionsbürgerschaft soll der grundlegende Status aller Angehörigen der Mitgliedstaaten sein. Sie soll es ihnen erlauben, unabhängig von ihrer Staatsangehörigkeit in der EU die gleiche rechtliche Behandlung zu genießen.⁷³ Mit diesem fundamentalen Ansatz vertragen sich Ausnahmen für Familien, die allein auf dem Fehlen eines Trauscheins basieren, nur schwer. Die Ausübung der Sorge für ein Kind ist kein egoistisches Recht der Eltern. Sie dient zuvörderst dem Wohl des Kindes; überdies liegt es im öffentlichen Interesse, dass Eltern ihren Pflichten nachkommen und ihr Kind pflegen und zu einer eigenverantwortlichen Persönlichkeit erziehen.⁷⁴ Der EuGH hat sich wiederholt offen dafür gezeigt, stabile und lang andauernde Lebensgemeinschaften, aus denen Kinder hervorgegangen

71 *Tewocht* in: BeckOK AuslR, AufenthG, § 28, Rn. 25 unter Hinweis auf Nr. 28.1.3 AVV-AufenthG.

72 EuGH, Urt. v. 25.7.2008, Rs. C-127/08 (*Metock* u.a.), Rn. 92; zustimmend *Tewocht* in: BeckOK AuslR, FreizügG/EU, § 3, Rn. 61; *Oberhäuser* in: Hofmann, NK-AuslR, FreizügG/EU, § 3, Rn. 3; *Brinkmann* in: Huber, AufenthG, FreizügG/EU, § 3, Rn. 4.

73 St. Rspr., siehe nur EuGH Urt. v. 17.9.2001, C-413/99 (*Baumbast*), Rn. 82.

74 *Dienelt* in: Bergmann/Dienelt, AufenthG, § 28, Rn. 28.

sind, ehelichen Gemeinschaften gleichzustellen.⁷⁵ Das BSG hat selbst aus der bevorstehenden Geburt eines Kindes ein Aufenthaltsrecht der mit dem aufenthaltsberechtigten Vater nicht verheirateten Mutter hergeleitet, gleichsam als Vorwirkung der alsbald begründeten familiären Gemeinschaft.⁷⁶ Folgerichtig muss dies im Interesse der Gleichbehandlung erst Recht gelten, wenn das Kind bereits geboren ist, selbst über ein Aufenthaltsrecht verfügt und die familiäre Gemeinschaft gelebt wird.

Der Gesetzgeber nimmt zur Begründung für die Leistungseinschränkungen in § 7 Abs. 1 S. 2 SGB II darauf Bezug, dass dem ausgeschlossenen Personenkreis – im Unterschied zu Asylsuchenden – die Ausreise möglich und zumutbar sei. Es sei ihnen ohne Gefahr für Leib und Leben möglich, in ihrem Heimatland (sic!) existenzsichernde Leistungen in Anspruch zu nehmen.⁷⁷ Überdies wurde auf die „Mehrbelastungen der für die Leistungen zuständigen Kommunen“ abgestellt.⁷⁸ Diese Begründung lässt einerseits auf einen recht beschränkten Heimatbegriff des Gesetzgebers schließen. Heimat ist danach stets und ausschließlich der Staat der Staatsangehörigkeit. Zudem blendet er die vielfältigen Dimensionen der Zumutbarkeit der Rückkehr in die „Heimat“ aus und reduziert diese auf Lebens- und schwere Gesundheitsgefahren. Dass aber bei Familien sowohl die Zugehörigkeit zu einem Heimatstaat als auch die Möglichkeit der Ausreise nicht zuletzt im Hinblick auf die Familieneinheit zu würdigen sind und dass das Recht auf Freizügigkeit „nach objektiven Maßstäben in Freiheit und Menschenwürde wahrgenommen werden“ können muss,⁷⁹ bleibt völlig außer Acht.

Traditionell vermittelt die Staatsangehörigkeit das Recht, in einem Staat zu leben und zu arbeiten, nicht ausgewiesen zu werden und politische Teilhabe zu genießen.⁸⁰ Die sozialrechtlichen Leistungsausschlüsse belegen jedoch ebenso wie die Einschränkungen des Aufenthaltsrechts einmal mehr, dass die Unionsbürgerschaft insofern gegenüber der nationalstaatlich determinierten Staatsangehörigkeit zurückfällt. Sie knüpft gerade keine universellen Rechte allein an den Bürgerstatus, sondern gesteht diese noch immer nur jenen zu, die wirtschaftlich aktiv sind oder ihren Lebens-

75 Vgl. etwa EuGH, Urt. v. 22.6.2000, Rs. C-65/98 (Eyüt), Rn 32 ff. im Kontext des Assoziationsrechts.

76 BSG, Urt. v. 30.01.2013, Az. B 4 AS 54/12 R, Rn. 33 = BSGE 113, 60.

77 BT-Drs. 18/10201, S. 14.

78 BT-Drs. 18/10201, S. 1.

79 EuGH, Urt. v. 3.7.1974, Rs. 9/74 (Casagrande), Rn. 3.

80 Kochenov, Citizenship of Personal Circumstances in Europe, in: *Thym*, Questioning EU Citizenship, S. 39.

unterhalt selbstständig sichern können. Nur eine an den Menschenrechten ansetzende Interpretation der aufenthaltsrechtlichen Regelungen kann diesen marktbürgerlichen Kontext der Grundfreiheiten aufbrechen. Dies würde auch zu stärkerer Kohärenz der Regelungen im SGB II beitragen. Einerseits will der Gesetzgeber all jene vom Leistungsbezug ausschließen, die nicht über ein Aufenthaltsrecht verfügen. Im Kontext des § 7 Abs. 1 S. 2 SGB II beschränkt er sich auf eine individuelle Betrachtung der einzelnen Person. Im Gegensatz dazu stellt das Leistungsrecht auf die Bedarfsgemeinschaft, also das Zusammenleben verschiedener Personen ab und knüpft daran auch Rechtsnachteile, etwa durch die Einbeziehung in das System des Förderns und Forderns nach § 2 SGB II oder Anrechnung von Einkünften nach § 9 Abs. 2 S. 1 SGB II.⁸¹ Gerecht wäre es aber, die belastende Gleichbehandlung nichtehelicher Lebensgemeinschaften im Grundsicherungs- und Sozialhilferecht durch deren aufenthaltsrechtliche Begünstigung zu flankieren.⁸²

81 *Becker* in: Eicher/Luik, SGB II, § 7, Rn. 2; siehe auch *Leopold* in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB II, § 7, Rn. 44; *Mushoff* in: BeckOK SozR, SGB II, § 7, Rn. 9.

82 *Gutmann*, NVwZ 2019, 277, 279.

Franz Marhold | Ulrich Becker
Eberhard Eichenhofer | Gerhard Igl
Giulio Prosperetti (Hrsg.)

Arbeits- und Sozialrecht für Europa

Festschrift für Maximilian Fuchs



Nomos

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

The Deutsche Nationalbibliothek lists this publication in the Deutsche Nationalbibliografie; detailed bibliographic data are available on the Internet at <http://dnb.d-nb.de>

ISBN 978-3-8487-6824-0 (Print)
978-3-7489-0923-1 (ePDF)

British Library Cataloguing-in-Publication Data

A catalogue record for this book is available from the British Library.

ISBN 978-3-8487-6824-0 (Print)
978-3-7489-0923-1 (ePDF)

Library of Congress Cataloging-in-Publication Data

Marhold, Franz / Becker, Ulrich / Eichenhofer, Eberhard / Igl, Gerhard / Prosperetti, Giulio
Arbeits- und Sozialrecht für Europa
Festschrift für Maximilian Fuchs
Franz Marhold / Ulrich Becker / Eberhard Eichenhofer /
Gerhard Igl / Giulio Prosperetti (eds.)
924 pp.

Includes bibliographic references.

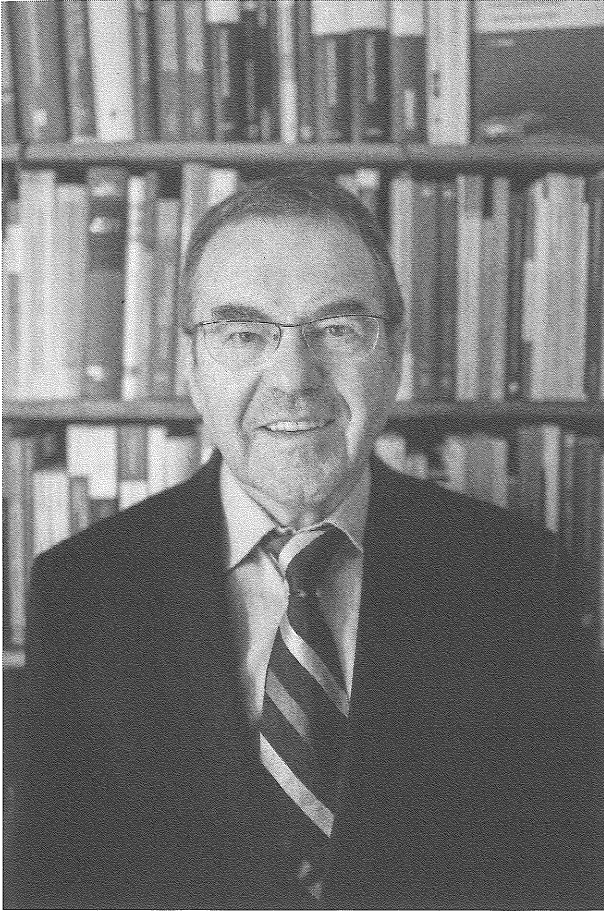
ISBN 978-3-8487-6824-0 (Print)
978-3-7489-0923-1 (ePDF)

1. Auflage 2020

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2020. Gedruckt in Deutschland. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

This work is subject to copyright. All rights reserved. No part of this publication may be reproduced or transmitted in any form or by any means, electronic or mechanical, including photocopying, recording, or any information storage or retrieval system, without prior permission in writing from the publishers. Under § 54 of the German Copyright Law where copies are made for other than private use a fee is payable to "Verwertungsgesellschaft Wort", Munich.

No responsibility for loss caused to any individual or organization acting on or refraining from action as a result of the material in this publication can be accepted by Nomos or the editors.



Prof. Dr. jur. Maximilian Fuchs