



verband binationaler
familien und partnerschaften

Workshop

„Aufenthaltsrecht bei Familienangehörigen von
Unionsbürger*innen.“

13.06.2025

Referentin

Rechtsanwältin Svenja Schmidt-Bandelow
Fachanwältin für Familienrecht und Mediatorin
sowie Fachanwältin für Migrationsrecht
Hardenbergstr. 19, 10623 Berlin
Fon: 030-859 625 70
E-Mail: ra@svenja-bandelow.de
Website: www.svenja-schmidt-bandelow.de

1. Definition Unionsbürgerschaft:

Der Begriff der Unionsbürgerschaft wurde 1992 durch den Vertrag von Maastricht in Art. 17 EG-Vertrag eingeführt. Seit dem 01.12.2000 ist die Unionsbürgerschaft durch den Lissabon-Vertrag in Art.20 über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) bestimmt. Hiernach ist Unionsbürger*in, wer die Staatsangehörigkeit eines Mitgliedsstaates der Europäischen Union besitzt. Die Unionsbürgerschaft tritt zur nationalen Staatsbürgerschaft hinzu, ersetzt sie aber nicht. Die Unionsbürgerschaft ermöglicht bestimmte Rechte, z.B das Recht sich in dem Hoheitsgebiet der Mitgliedsstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten, das Wahlrecht bei Kommunalwahlen sowie bei der Wahl zum Europäischen Parlament. Weiterhin beinhaltet die Unionsbürgerschaft ein Diskriminierungsverbot (keine Schlechterstellung des Unionsbürgers gegenüber einem Inländer*in oder auch einem Drittstaatsangehörigen).

2. Was bedeutet Freizügigkeit in der Europäischen Union

a. Einleitung:

Für Staatsangehörige eines EU-Mitgliedsstaates (Unionsbürger*innen) und ihre Familienangehörigen gelten besondere Vorschriften. Sie fallen nicht unter das Aufenthaltsgesetz, sondern vielmehr das Freizügigkeitsgesetz/EU (FreizügG/EU) und die Freizügigkeitsrichtlinie vom 29.04.2004 (2004/38/EG). Sie genießen hierdurch zahlreiche Privilegien und es gelten Besonderheiten gegenüber „sonstigen Ausländer*innen“.

§ 1 FreizügigkeitsG/ EU gibt Aufschluss darüber, dass das FreizügigkeitsG nur für Staatsangehörige anderer Mitgliedsstaaten der EU und deren Familienangehörigen gelten soll. Deutsche sind keine Unionsbürger*innen und fallen nicht in den Anwendungsbereich dieser Norm. Dies gilt auch, wenn sie im Besitz von zwei Staatsangehörigkeiten sind. Es gibt allerdings auch Ausnahmen von diesem Grundsatz, dies betrifft die sogenannten Rückkehr-Fälle.

b. Personenfreizügigkeit:

Im Fall **Dano** hat der EuGH ein Aufenthaltsrecht über einen Zeitraum von drei Monaten in einem anderen Mitgliedsstaat anerkannt, sofern das Existenzminimum gesichert ist und kein weiteres Freizügigkeitsrecht, das über die Personenfreizügigkeit hinausgeht, erfüllt ist (EuGH, Urteil vom 11.11.2014, Rs. C 333/13, NVwZ 2014, 1648). Erfasst werden also alle Nichterwerbstätigen wie zum Beispiel Rentner*innen, Studierende, Auszubildende ohne Einkommen oder sonstige Personen ohne Einkommen, sofern sie die Voraussetzungen des § 4 FreizügigG/Eu erfüllen also über ausreichende Existenzmittel und Krankenversicherungsschutz verfügen. In diesem Fall genießen sie Personenfreizügigkeit.

c. Arbeitnehmerfreizügigkeit:

Hierunter ist zu verstehen, dass Arbeitnehmer*innen aus einem anderen EU-Mitgliedsstaat ohne Einschränkungen in einem anderen Mitgliedstaat der EU leben und arbeiten können. Sie brauchen zur Ausübung der Erwerbstätigkeit keine Arbeits- und Aufenthaltserlaubnis. Nach Art. 45 Abs. 3 a und b AEUV beinhaltet die Arbeitnehmerfreizügigkeit folgendes:

- sich auf Stellenangebote zu bewerben
- eine Beschäftigung auszuüben
- nach Beendigung der Beschäftigung sich weiterhin im Hoheitsgebiet des Mitgliedsstaats aufzuhalten. (vgl. hierzu Art. 7 Abs.3 Freizügigkeits-RL) Bei unfreiwilliger Arbeitslosigkeit geht das Recht auch nicht verloren (vgl. § 2 Abs.3 Nr.2 FreizügigkeitsG). Aber auch bei freiwilligem Verlust des Arbeitsplatzes, sofern sich die Unionsbürger*innen nach Aufgabe des Arbeitsplatzes bemühen erneut Arbeit zu finden, vgl. EuGH, Urt.v. 12.05.1998, RS. C-85/96 (Sola).

Also ist die Einreise zur ernsthaften Arbeitssuche ohne Nachweis des Existenzminimums der Unionsbürger*innen möglich. (vgl. EuGH Urt.v.23.3.2004, RS. C- 138/02 (**Collins**), InfAusIR 2004,375)

Arbeitnehmer*in ist auch, wer nur wenige Tage pro Woche oder Stunden pro Tag arbeitet. Unerheblich ist, ob das Existenzminimum durch die Arbeit gesichert werden kann. Allerdings völlig unwesentliche Beschäftigungen fallen hierunter nicht. Die Grenze liegt bei sechs Stunden pro Woche

d. Niederlassungsfreiheit:

Niederlassungsfreiheit heißt, dass sich jede Unionsbürger*in in einem anderen EU-Mitgliedsstaat niederlassen und dort einer selbstständigen Erwerbstätigkeit nachgehen kann, ohne dass hierfür eine besondere Genehmigung durch die Ausländerbehörde nötig ist. Unionsbürger*innen unterliegen keinerlei Einschränkungen.

3. Drittstaatsangehörige und Freizügigkeit:

Drittstaatsangehörige, d. h. Staatsangehörige, die keine Staatsangehörigkeit der Europäischen Union besitzen, genießen dann Freizügigkeit, wenn sie Familienangehörige von Unionsbürger*innen oder einer freizügigkeitsberechtigten Drittstaatsangehörigen sind (vgl. § 3 FreizügigG/EU). Für alle Unionsbürger*innen und ihre Familienangehörigen gilt die Freizügigkeitsvermutung, das heißt das Recht des Aufenthalts bis zu drei Monaten im Gebiet des anderen Mitgliedsstaates als des Herkunftsstaates der Unionsbürger*innen. Dies hängt lediglich vom Besitz eines Personalausweises oder eines Reisepasses ab. Die

Drittstaatsangehörigen müssen darüber hinaus den Nachweis führen, dass sie Familienangehörige der Unionsbürger*innen sind. Nach Art. 6 FreizügigkeitsG-RL, § 2 Abs.5 können Identität und Staatsangehörigkeit auch auf andere Weise glaubhaft gemacht werden als durch die Vorlage eines Reisepasses. (vgl. EuGH Urteil, vom 17.02.2005 Rs. C-115/03 (**OUALE**) InfAuslR 2005, 126).

4. Familienangehörige von Unionsbürger*innen i.S.d. Art. 2 Nr. 2a), b) und c) der RL 2004 /38 EG sowie § 1 Abs. 2 Nr. 3a) bis d) FreizügG/EU:

Ehegatten und Verwandte in gerader absteigender Linie

Sie genießen ein von Unionsbürger*innen abgeleitetes Aufenthaltsrecht.

Als nachzugsberechtigte Familienangehörige der freizügigkeitsberechtigten Unionsbürger*innen gelten danach Ehepartner*innen, Lebenspartner*innen, deren Kinder (auch Stiefkinder oder Enkelkinder) bis zur Vollendung des 21. Lebensjahrs aber auch gleiches gilt für Kinder oder Enkelkinder der Ehe- oder Lebenspartner*innen. Dieses Recht besteht unabhängig davon, ob den Nachziehenden Unterhaltszahlungen geleistet werden, Einschränkungen sind nur dann hiervon zu machen, wenn das Freizügigkeitsrecht ausschließlich auf die Personenfreizügigkeit begründet wird.

Verwandte in gerader aufsteigender Linie

Nachzugsberechtigt sind die Verwandten der Unionsbürger*innen in direkter aufsteigender Linie (Eltern, Großeltern, Urgroßeltern). Dies gilt jedoch nur dann, wenn die Unionsbürger*innen oder ihre Ehepartner*innen diesen Unterhalt gewähren. Dies bedeutet, dass die hier lebenden Unionsbürger*innen oder deren Ehepartner*innen in der Lage sind, die Nachziehenden finanziell zu unterstützen und ihnen ausreichenden Krankenversicherungsschutz zu gewähren.

Der besondere Fall der Ableitung des Freizügigkeitsrechts von einem Unionsbürger*innenkind

Problematisch ist, wenn der Nachzug zu einem Unionsbürger*innenkind erfolgt, weil hier die Eltern von ihrem Kind das Aufenthaltsrecht ableiten wollen, also auch in gerader aufsteigender Linie, was die Unterhaltssicherung durch das Kind verlangt. Hier ist der Regelfall aber so, dass grundsätzlich Eltern ihrem Kind Unterhalt leisten und nicht das Kind seinen Eltern. Der EUGH verlangt aber, dass das Unionsbürger*innenkind seinen Eltern Unterhalt leistet. Aber was ist, wenn dies dazu führen würde, dass das Unionsbürger*innenkind dann veranlasst wäre, weil es den Unterhalt für seine Eltern nicht gewährleisten kann, das Unionsgebiet zu verlassen. Ein solches Ergebnis ist nicht gewollt. Hier gibt es verschiedene Lösungsansätze. In der Praxis wird es häufig so gehandhabt, dass dann analog nach § 28 Abs.1 S.1 Nr.3 AufenthG verfahren wird, da

Unionsbürger*innenkinder hinsichtlich des Aufenthaltsrechts ihrer Eltern nicht schlechter gestellt werden dürfen, als Deutsche. Die derzeitige Weisungslage der Ausländerbehörde Berlin geht aber sogar soweit, dass in einem solchen Fall, insbesondere wenn das Unionsbürger*innenkind selbst nicht freizügigkeitsberechtigt ist, zu prüfen ist, ob nicht die Drittstaatsangehörigen gezwungen werden können, ohne das Unionsgebiet zu verlassen, ihre familiäre Lebensgemeinschaft im Herkunftsland des Unionsbürger*innenkindes zu leben. In einem solchen Fall soll nur ein Aufenthaltsrecht iSd. § 25 Abs.5 AufenthG gewährt werden, sofern diese Frage zu bejahen ist.

Verwandte in gerader absteigender Linie, die das 21. Lebensjahr vollendet haben i.S.d. Art. 2 Nr. 2c) der RL 2004/38 bzw. § 1 Abs. 2 Nr. 3d FreizügG/EU

Das sind Kinder- oder Enkelkinder, die bereits das 21. Lebensjahr vollendet haben. Dies ist jedoch nur dann möglich, wenn die Unionsbürger*innen oder ihre Lebenspartner*innen diesen Unterhalt gewähren. Dies bedeutet, dass die hier lebenden Unionsbürger*innen oder ihre Lebenspartner*innen in der Lage sind, die Nachziehenden finanziell zu unterstützen und ihnen ausreichenden Krankenversicherungsschutz zu gewähren.

Generell kann das zuvor beschriebene Familiennachzugsrecht dazu führen, dass Familienangehörige von Unionsbürger*innen aus Drittstaaten in manchen aufenthaltsrechtlichen Fragen besser behandelt werden als Familienangehörige von Deutschen. Man spricht hier von der so genannten Inländerdiskriminierung. Diese Inländerdiskriminierung wird von der deutschen Rechtsprechung aber hingenommen, ohne dass eine Anpassung der nationalen Aufenthaltsregelungen an die Freizügigkeitsregelungen erfolgt ist.

Nahestehende Personen (vgl. § 1 Nr. 4 FreizügG)

Für nahestehende Personen eines Unionsbürger*in gibt es ein Aufenthaltsrecht nach Ermessen.

Nahestehende Personen sind zum einen Verwandte in der Seitenlinie, also Geschwister, Tanten und Onkel. Den Verwandten in der Seitenlinie muss bereits nachhaltig Unterhalt gezahlt worden sein, also in der Regel bereits seit zwei Jahren und der Zustand muss andauern. Dies soll auch durch tatsächliche Unterhaltszahlungen oder behördliche und gerichtliche Dokumente nachgewiesen werden.

Darüber hinaus sind nahestehende Personen, solche Verwandte mit denen die Unionsbürger*innen in häuslicher Gemeinschaft leben, die häusliche Gemeinschaft muss schon seit zwei Jahren bestanden haben.

Ebenso auch Verwandte, die die Unionsbürger*in pflegt. Unter die Norm fallen auch Vormundschaft und Pflegschaft für ein Kind.

Ebenso sind Lebensgefährten geschützt, mit denen schon in der Regel in der Vergangenheit eine Lebensgemeinschaft von zwei Jahren geprüft wurde.

5. Welche sonstigen Drittstaatsangehörigen profitieren vom Freizügigkeitsrecht, ohne Familienangehörige von Unionsbürger*innen zu sein?

Gemäß § 12 FreizügG/EU sind sämtliche Staatsangehörige des europäischen Wirtschaftsraums, also Islands, Norwegens und Liechtensteins freizügigkeitsberechtigt. Schweizer Staatsangehörigen wird, obwohl sie dem EWR nicht beigetreten sind, ein Freizügigkeitsrecht nach dem Freizügigkeitsabkommen EG-Schweiz vom 21.07.1999 in Form einer freizügigkeitsähnlichen Stellung eingeräumt. Für Staatsangehörige des Vereinigten Königreichs gilt das Austrittsabkommen mit der EU.

6. Nachweis des Aufenthaltsrechts:

Für die Unionsbürger*innen ist die Vorlage einer Bescheinigung zum Nachweis eines Aufenthalts nicht erforderlich und wird auch nicht von der Behörde ausgestellt. Sie melden also nur ihre Adresse an. Unionsbürger*innen bedürfen keiner Freizügigkeitsbescheinigung mehr. Ihr Aufenthaltsrecht besteht dem Grunde nach. Familienangehörige von Unionsbürger*innen, die Drittstaatsangehörige sind, wird hingegen eine Aufenthaltskarte für die Dauer von 5 Jahren ausgestellt (vgl. § 5 FreizügG/EU). Aber auch diese ist nur deklaratorisch.

7. Daueraufenthaltsrecht EU (§ 4 a FreizügG/EU):

Ein Daueraufenthaltsrecht entsteht für Unionsbürger*innen nach einem Zeitraum von fünf Jahren. Das Daueraufenthaltsrecht-EU kann aber auch schon nach drei Jahren entstehen, wenn die Ehepartner*innen der Unionsbürger*innen Deutsche sind. Sonstige Familienangehörige der Unionsbürger*innen, die aus einem Drittstaat stammen, erhalten jedoch erst nach Ablauf von fünf Jahren ein Daueraufenthaltsrecht, sofern sie sich seit fünf Jahren ständig rechtmäßig in Deutschland aufgehalten haben und die Ehe bis zur Einleitung des Scheidungsverfahrens mindestens drei Jahre, davon ein Jahr in Deutschland, bestanden hat (vgl. § 4a Abs.5 FreizügigG/EU iVm. § 3 Abs.5 Nr.1 FreizügigG/EU). Das setzt voraus, dass die Unionsbürger*innen bis zur Einreichung des Scheidungsverfahrens in Deutschland gelebt und bis dahin ein Recht auf Freizügigkeit innehatten. Weitere Voraussetzung für das Daueraufenthaltsrecht sind ausreichende Existenzmittel, sowie ein Krankenversicherungsschutz.

8. Eigenständiges Aufenthaltsrecht des Drittstaatsangehörigen bei Trennung:

Allein durch eine Trennung kann das Freizügigkeitsrecht nicht verloren gehen, sondern erst durch eine Scheidung, sofern noch kein eigenständiges Recht zum Freizügigkeitsrecht

entstanden ist. So ist zum Beispiel dem russischen Ehemann, der sich bereits nach anderthalb Jahren von seiner italienischen Ehefrau trennt, allein wegen der Trennung sein Aufenthaltsrecht nicht zu entziehen, da für ihn nicht das Aufenthaltsgesetz, sondern die besonderen vom Europäischen Gerichtshof entwickelten Maßstäbe zum Fortbestand des Freizügigkeitsrechts im Falle der Trennung gelten. Die eheliche Lebensgemeinschaft ist somit keine Bedingung, sondern der formelle Bestand der Ehe. Ausgeschlossen sind nur nachgewiesene Scheinehen (vgl. EuGH, Rs. 267/783 **Diatta**, 13.12.1985). Die Einreise von Drittstaatsangehörigen kann nicht wegen des Verdachts auf Scheinehe verweigert werden. Bestätigt sich dieser Verdacht nach der Einreise, kann die Aufenthaltskarte entzogen werden.

Das Aufenthaltsrecht des Drittstaatsangehörigen, bleibt im Falle der Scheidung dann bestehen, wenn die Ehe bis zur Einleitung des Scheidungsverfahrens drei Jahre bestanden hat, davon mindestens ein Jahr in Deutschland (§ 3 Abs. 5 FreizügG/EU), oder diese/dieser aufgrund einer Vereinbarung oder gerichtlichen Entscheidung das Sorgerecht für ein gemeinsames Kind ausübt oder Umgang mit dem gemeinsamen Kind hat. Solange das Kind der Fürsorge und der Anwesenheit der/des Drittstaatsangehörigen Elternteils hat, um seine Ausbildung abzuschließen, hat dieser Elternteil ein abgeleitetes Aufenthaltsrecht, auch wenn sie/er vom anderen Elternteil geschieden ist. Dies gilt über die Volljährigkeit hinaus (vgl. EuGH, **Teixeira**, Rs. C-529/11).

9. Visumpflicht von Drittstaatsangehörigen, die eine Aufenthaltspflicht eines anderen Mitgliedsstaates haben?

Sonstige Drittstaatsangehörige, die einen Aufenthaltstitel eines anderen Mitgliedsstaats besitzen, dürfen jedenfalls für längstens drei Monate visumfrei sich im Hoheitsgebiet der EU frei bewegen und einreisen, Art. 21 Abs.1 SDÜ. Sie haben aber kein Recht sich längerfristig in einem anderen Mitgliedsstaat aufzuhalten. Sie genießen keine Freizügigkeit. Dies bedeutet auch, dass sie nicht ohne Aufenthaltstitel in einem anderen Mitgliedstaat arbeiten dürfen. § 38a AufenthG regelt aber, dass Drittstaatsangehörige, die in einem anderen Mitgliedstaat die Rechtsstellung eines langfristig Aufenthaltsberechtigten erworben haben (also einen unbefristeten Status) ein Aufenthaltsrecht in Deutschland erwerben können. Sie können dann selbständig und unselbständig erwerbstätig sein, sofern die Voraussetzungen für eine selbständige Erwerbstätigkeit vorliegen oder die Bundesagentur für Arbeit der Aufnahme einer unselbständigen Erwerbstätigkeit zugestimmt hat. Anderenfalls kann auch ein Studium oder eine Ausbildung aufgenommen werden. Voraussetzung ist aber stets, dass der Lebensunterhalt gesichert ist. Ein Aufenthalt nur zum Verbleib in Deutschland entsprechend einer Personenfreizügigkeit ist auch möglich aber hier muss der

Lebensunterhalt durch Vermögen abgesichert sein und ausreichender Krankenversicherungsschutz vorliegen.

10. Rückkehrfälle:

Hier stellt sich die Frage, ob Unionsbürger*innen, die sich in Ausübung ihrer Freizügigkeitsrechte in einen anderen Mitgliedstaat begeben und dort aufhalten, diese Freizügigkeitsrechte wieder mit „nach Hause“ nehmen können. Dies hatte der EuGH in der Rechtssache „**Singh**“ (C-370/90), bejaht. Herr Singh, der im Vereinigten Königreich eine britische Staatsangehörige geheiratet hatte, zog mit dieser nach Deutschland, wo beide arbeiteten, bevor sie dann wieder nach zwei Jahren in das Vereinigte Königreich zurückkehrten. Der EuGH bejahte es, dass Herr Singh sich nach der Rückkehr weiter auf sein Aufenthaltsrecht in Form des Freizügigkeitsrechts berufen kann. Gleiches erfolgte in der Entscheidung „**Eind**“ (RS S-291/05). In der Entscheidung heißt es: „Ein Staatsangehöriger eines Mitgliedstaates könnte davon abgeschreckt werden, den Mitgliedstaat, dessen Staatsangehörigkeit er besitzt, zu verlassen, um im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaates eine Beschäftigung im Lohn- oder Gehaltsverhältnis auszuüben, wenn er nicht die Gewissheit hätte, in den Herkunftsmitgliedstaat unabhängig davon zurückzukehren, ob er dort eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübt.“

In diesem Zusammenhang stellt sich noch die Frage, wann ein Aufenthalt eine Rückkehr ermöglicht. Der EuGH hat im Verfahren **O.B.** (RS C-457/12) die Notwendigkeit einer nachhaltigen Inanspruchnahme einer der Grundfreiheiten und damit eines familiären Zusammenlebens von mehr als drei Monaten im Aufnahmemitgliedstaat, für erforderlich gesehen, bevor er seine Rechte aus dem Unionsrecht im Falle der Rückkehr in den Herkunftsstaat auslösen kann.

Fazit: Auch deutsche Staatsangehörige, die zusammen mit ihren Drittstaatsangehörigen-Familienangehörigen in einen anderen Mitgliedstaat ziehen und sich dort eine Weile aufhalten, können nach der Rückkehr vom Freizügigkeitsrecht Gebrauch machen, was sich auf die Familienangehörigen der Rückkehrer*innen positiv auswirkt.

11. Visum für Familienghörige (Drittstaater*innen):

Familienangehörige von Unionsbürger*innen brauchen für die Einreise nicht unbedingt ein Visum in Form des Familiennachzugs, ihre Einreise darf nicht von Hürden abhängig gemacht werden. Entscheidend ist, dass die familiäre Beziehung glaubhaft gemacht wird (vgl. EuGH **Mrax** – RS – C-459/99). Dennoch wird die Einreise für Negativstaater*innen in den Schengenbereich praktisch nur mit einem Visum möglich sein (vgl. EU-Visa-VO = VO (EG) Nr. 539/2001). Trotzdem ist aber zu berücksichtigen, dass das Visaverfahren gänzlich anderes ablaufen muss, als bei sonstigen Drittstaater*innen (Art. 5 Abs. 2 S. 2

FreizügigkeitsRL). Das Verfahren hat beschleunigt zu erfolgen. Zulässig ist alleine eine formelle Überprüfung der unionsrechtlichen Voraussetzungen der Einreise, also ob die betroffene Person Familienangehörige von Freizügigkeitsberechtigten ist und deswegen ein abgeleitetes Freizügigkeitsrecht in Anspruch nehmen kann. Unzulässig ist die Überprüfung nationalstaatlicher Einreisevoraussetzungen, z. B. von Sprachkenntnissen oder die Absicht der Aufnahme einer ehelichen Lebensgemeinschaft. Auch die Tatsache, dass sich gegebenenfalls Familienangehörige illegal im Gebiet der Union aufhalten, ist kein Grund einem/einer Drittstaatsangehörigen den Aufenthalt zu verweigern (vgl. hierzu Rs. **Metock** EuGH Urt. vom 25.07.2008 Rs. C-127/08 Rn. 58). Alle weiteren Fragen, das Aufenthaltsrecht der 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. Die Einreise selbst muss zugelassen werden. Selbst ein etwaiger Verstoß gegen Visumvorschriften, insbesondere die illegale Einreise von drittstaatsangehörigen Familienangehörigen, hat auf deren Recht zum Aufenthalt keine Auswirkungen, solange sie nicht aus anderen Gründen eine Gefahr im unionsrechtlichen Sinn darstellen. Bereits 2002 hat der EuGH dies unmissverständlich festgestellt: Danach ist es einem „Mitgliedsstaat nicht gestattet, dem Staatsangehörigen eines Drittstaats, der seine Identität und die Tatsache, dass er mit einem Staatsangehörigen eines Mitgliedsstaates verheiratet ist, nachweisen kann, die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis zu verweigern und ihm gegenüber einer Maßnahme zur Entfernung aus dem Hoheitsgebiet zu ergreifen, nur weil er illegal in das Hoheitsgebiet des betreffenden Mitgliedsstaats eingereist ist.“ (vgl. OVG Bln-Bbg, Urt.v.13.04.2011, OVG 12 B 37/09). Aber auch Art. 5 Abs. 4 der Freizügigkeitsrichtlinie (RL 2004/38) sieht ausdrücklich vor, dass die Mitgliedsstaaten die Einreise nicht von der Vorlage von Ausweispapieren oder einem Visum abhängig machen dürfen, sondern vielmehr die Möglichkeit gegeben werden muss dies in einer angemessenen Zeit zu prüfen, ob dass er/sie das Recht auf Freizügigkeit besitzt.

Das Visum ist Drittstaatsangehörigen, die Familienangehörige von Unionsbürger*innen sind, ferner nicht zu verweigern, wenn sie nach Art. 96 SDÜ in dem Schengener Informationssystem zur Einreiseverweigerung ausgeschrieben sind, es sei denn es geht eine tatsächliche gegenwärtige und erhebliche Gefahr für das Grundinteresse der Gesellschaft aus (vgl. Art. 27 FreizügigkeitsRL).

12. Verlustfeststellung i.S.d. § 5 Abs.4 FreizügigkeitsG

Der Verlust des Freizügigkeitsrechts eines Familienangehörigen bzw. einer Familienangehörigen eines/einer Unionsbürger*in kann festgestellt werden, sofern der/die Unionsbürger*in das Bundesgebiet verlässt und der/die Familienangehörigen in Deutschland allein zurücklässt. Voraussetzung für das Freizügigkeitsrecht des/der

Familienangehörigen ist, dass der/die Unionsbürger*in Deutschland lebt, um es abzuleiten. Zieht der/die Unionsbürgerehegatt*in aus Deutschland weg und lässt den Familienangehörigen alleine in Deutschland zurück, so kann dies eine Verlustfeststellung auslösen. Wenn nach fünf Jahren die Verlängerung der Aufenthaltskarte ansteht, wird der Wegzug des/der Unionsbürgers*in von der Ausländerbehörde festgestellt. Erhält die Ausländerbehörde davon Kenntnis, dass der/die Unionsbürger*in bereits nicht mehr in Deutschland lebt, kann die Ausländerbehörde gegen den/die Drittstaatsangehörige*n den Verlust des Freizügigkeitsrechts festzustellen. Sofern der/die Drittstaatsangehörige noch kein eigenständiges Aufenthaltsrecht erworben hat, weil zu diesem Zeitpunkt noch kein Scheidungsantrag anhängig ist, zum anderen die Ehezeit unter drei Jahren lag, ist der weitere Aufenthalt des/der Familienangehörigen problematisch. Wenn in einem solchen Fall die Ausländerbehörde eine Verlustfeststellung verfügt, kann hiergegen geklagt werden. Die Klage hat aufschiebende Wirkung.

In der Literatur und Rechtsprechung wird diskutiert, welchen Status der/die Drittstaatsangehörige vor der Verlustfeststellung sowie auch danach hat. So wird vielfach in der Rechtsprechung vertreten, dass auch für die zurückliegende Zeit zumindest ab dem Wegzug des/der Unionsbürgerehegatt*in keine Freizügigkeitsvermutung zugunsten des/der Drittstaatsangehörigen anzunehmen ist. Andere argumentieren wiederum, dass bis zur Verlustfeststellung zumindest von einer Freizügigkeitsvermutung auszugehen ist, somit der Aufenthalt bis zur Verlustfeststellung in jedem Fall rechtmäßig war. Sofern noch vor der Verlustfeststellung ein Antrag auf Erteilung einer Niederlassungserlaubnis gestellt worden ist, so wird vielfach vertreten, dass dies zumindest eine Aufenthaltstfiktio n i.S.d. § 81 Abs. 3 AufenthG auslöst, was die Erteilung einer Niederlassungserlaubnis ermöglichen kann (dies ist aber höchst umstritten).

Häufig ist in derartigen Fällen schwierig, den weiteren Aufenthalt des/der Familienangehörigen zu regeln und es kann dazu führen, dass ein/eine Familienangehörige*r, der/die über viele Jahre hinweg in Deutschland gelebt hat, keine weitere Aufenthaltsperspektive hat.