

Ausgeschlossen oder privilegiert?



Jetzt inklusive Kroatien!
2. aktualisierte Auflage 2013

Zur aufenthalts- und sozialrechtlichen Situation von Unionsbürgern und ihren Familienangehörigen

Publikationen zum Thema Migration

Herausgeber: Der Paritätische Gesamtverband



Strategische Planung erfolgreicher Netzwerkarbeit

Ein Leitfaden für Migrantenorganisationen, Berlin 2011

Im Internet unter www.migration.paritaet.org



Sozialleistungen für Flüchtlinge

Im Internet unter www.migration.paritaet.org



Gemeinsam stark

Perspektiven der partizipativen Elternarbeit, Berlin 2010

Im Internet unter www.migration.paritaet.org



AB In die Zukunft!

Bildungschancen von Migrantinnen und Migranten: Fakten – Interpretationen – Schlussfolgerungen, 2. Aufl., Berlin 2010

Im Internet unter www.abindiezukunft.de



Grundlagen des Asylverfahrens, Eine Arbeitshilfe für Beraterinnen und Berater

Im Internet unter www.migration.paritaet.org



Im Blickpunkt: Öffentlichkeitsarbeit in der Migrationsberatung

Die Vielfalt der Medien nutzen – Zielgruppen erreichen, Berlin 2011

Im Internet unter www.migration.paritaet.org



Wege zeigen – Perspektiven schaffen. Migrationsberatung für erwachsene Zuwanderer (MBE) im Paritätischen – Gelingende Integration vor Ort

Im Internet unter www.migration.paritaet.org

Impressum

Herausgeber:

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

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

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

E-Mail: info@paritaet.org

Internet: www.paritaet.org

Verantwortlich im Sinne des Presserechts:

Dr. Ulrich Schneider

Autor:

Claudius Voigt, GGUA Münster

Redaktion:

Marta Bociek, Der Paritätische Gesamtverband

Gestaltung:

Christine Maier, Der Paritätische Gesamtverband

Bilder:

© alle Bilder Fotolia.com: Nelos (Titel), beugdesign (S. 4), Martina Weber (S. 9)

2. aktualisierte Auflage, August 2013

Gefördert durch:



Bundesministerium
des Innern

aufgrund eines Beschlusses
des Deutschen Bundestages

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	3
1. Einführung	4
1.1 Für wen gilt das Recht auf Freizügigkeit?	6
1.2 Welche gesetzlichen Regelungen gelten?	8
2. Das Recht auf Einreise und Aufenthalt	9
2.1 Das Aufenthaltsrecht bis zu drei Monaten	10
2.2 Das Aufenthaltsrecht für mehr als drei Monate	11
2.2.1 Zum Zweck der Arbeitsuche	11
2.2.2 Als Arbeitnehmer	12
2.2.2.1 Die Aufrechterhaltung des Aufenthaltsrechts als Arbeitnehmer bei Arbeitslosigkeit ..	13
2.2.3 Als Selbstständiger	14
2.2.3.1 Die Aufrechterhaltung des Aufenthaltsrechts als Selbstständiger bei Aufgabe der selbstständigen Tätigkeit	15
2.2.4 Als Nicht-Erwerbstätiger	15
2.2.5 Als Familienangehöriger	16
2.2.5.1 Die Aufrechterhaltung des Aufenthaltsrechts als Familienangehöriger	18
2.3 Die Bescheinigungen über das Aufenthaltsrecht (Freizügigkeitsbescheinigung und Aufenthaltskarte)	19
2.3.1. Für Unionsbürger	19
2.3.2. Für drittstaatsangehörige Familienangehörige	20
2.4 Der Verlust des Aufenthaltsrechts	21
2.5 Das Daueraufenthaltsrecht	22
3. Zugang zu existenzsichernden Leistungen (SGB II und SGB XII)	23
3.1 Die Voraussetzungen für den Anspruch auf Leistungen nach dem SGB	24
3.1.1 Gewöhnlicher und rechtmäßiger Aufenthalt	24
3.1.2 Ausländerrechtliche Erwerbsfähigkeit	25
3.1.3 Ausschluss innerhalb der ersten drei Monate des Aufenthalts	25
3.1.4 Ausschluss bei einem Aufenthaltsrecht allein zum Zweck der Arbeitsuche	26
3.2 Konflikte des Leistungsausschlusses mit europäischem und anderem höherrangigen Recht ..	28
3.2.1 Leistungsausschluss des deutschen Sozialrechts vs. Diskriminierungsverbot des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV)	28
3.2.2 Leistungsausschluss des deutschen Sozialrechts vs. Gleichbehandlungsgebot in der Unionsbürgerrichtlinie (UnionsRL)	29
3.2.3 Leistungsausschluss des deutschen Sozialrechts vs. Gleichbehandlungsgebot der Verordnung zur Koordinierung der Systeme der Sozialen Sicherheit (VO 883/2004) ...	30
3.2.4 Leistungsausschluss des deutschen Sozialrechts vs. Gleichbehandlungsgebot des Europäischen Fürsorgeabkommens	31
3.2.5 Leistungsausschluss des deutschen Sozialrechts vs. Grundgesetzliche Verpflichtung des Staates zur Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimum	32

3.3 Zusammenfassung: Die geklärten und die umstrittenen Ansprüche	33
3.3.1 Die geklärten Ansprüche	33
3.3.2 Die umstrittenen Ansprüche	34
4. Zugang zum Arbeitsmarkt für bulgarische, rumänische und kroatische Staatsangehörige	35
5. Ausbildungsförderung	38
6. Weitere Sozialleistungen	39
7. Literaturempfehlungen und hilfreiche Internetseiten	40
8. Anhang	42
Anhang 1: Prüfschema	42
Anhang 2: 2.1. Zugang zum SGB II innerhalb der ersten drei Monate	43
2.2 Zugang zum SGB II bei einem Aufenthalt von mehr als drei Monaten	45
2.3. Zugang zum Arbeitsmarkt	47
9. Abkürzungsverzeichnis	49

Vorwort

Aktuelle Statistiken belegen, dass sich in den vergangenen Jahren ein Anstieg der Zuwanderung von EU-Bürgern nach Deutschland feststellen lässt. So waren unter den zehn zuzugsstärksten Nationalitäten im Jahr 2011 insgesamt acht Unionsstaaten vertreten.

Diese Entwicklung hat dabei natürlich auch Auswirkungen und Einfluss auf die Beratungstätigkeit der Migrationsdienste: verstärkter Beratungsbedarf zu aufenthaltsrechtlichen Bestimmungen, zu Zugangsmöglichkeiten zum Arbeitsmarkt und zu Ansprüchen auf Sozialleistungen von EU-Bürgern bestimmt mittlerweile den Arbeitsalltag der Berater.

In der 2010 vom Deutschen Paritätischen Wohlfahrtsverband – Gesamtverband e.V. herausgegebenen Broschüre „Leistungen nach dem SGB II und Zugang zum Arbeitsmarkt für EU-Bürger und Familienangehörige“ haben wir einen ersten Versuch unternommen, zentrale rechtliche Bestimmungen im Kontext der Zuwanderung von EU-Bürgern nach Deutschland zu dokumentieren und damit den Beratern der Migrationsdienste eine Orientierungshilfe zu geben.

Aufgrund aktueller Entwicklungen und der Erfahrung, dass die Rechtslage in den vergangenen Jahren nicht weniger unübersichtlich und kompliziert geworden ist, haben wir die Notwendigkeit gesehen, die 2010 veröffentlichte Publikation zu aktualisieren und detaillierter auf die einzelnen aufenthaltsrechtlichen Regelungen sowie auf die Voraussetzungen und Ausschlüsse beim Zugang zu Sozialleistungen für EU-Bürger einzugehen.

Als Ergebnis gab der Deutsche Paritätische Wohlfahrtsverband – Gesamtverband e.V. im Januar 2013 die Broschüre „Ausgeschlossen oder privilegiert? Zur aufenthalts- und sozialrechtlichen Situation von Unionsbürgern und ihren Familienangehörigen“ heraus. Diese Publikation hat sich zu unserer Freude für verschiedene Institutionen als sehr nützliche Arbeitshilfe erwiesen. Aufgrund der großen Nachfrage war die Broschüre bereits in kürzester Zeit vergriffen.

Daher möchten wir Ihnen jetzt die 2. Auflage der Arbeitshilfe präsentieren, die leicht aktualisiert worden ist und nach dem Beitritt Kroatiens in die Europäische Union am 1. Juli 2013 nun auch auf die aufenthalts- und sozialrechtliche Situation von Kroaten und ihren Familienangehörigen in Deutschland eingeht.

Die Publikation befasst sich auf den folgenden Seiten zunächst mit den gesetzlichen Regelungen zur Einreise und Aufenthalt von Unionsbürgern in Deutschland und widmet sich im zweiten Teil dem Zugang von Unionsbürgern zu existenzsichernden Leistungen. In einem abschließenden Kapitel wird speziell auf den Zugang zum Arbeitsmarkt für bulgarische, rumänische und kroatische Staatsbürger eingegangen. Durch die Auflistung von Praxistipps und hilfreicher Internetseiten sowie einer tabellarischen Zusammenfassung gesetzlicher Regelungen ist diese Publikation sehr praxisorientiert gestaltet.

Zur besseren Lesbarkeit wird in der Broschüre auf die explizite Nennung weiblicher Personen- und Personengruppenbezeichnungen verzichtet, jedoch sind stets beide Geschlechter gemeint.

Wir hoffen, dass sich auch die 2. Auflage der Arbeitshilfe in Ihrem Beratungsalltag bewährt und bedanken uns herzlich bei Claudius Voigt, dem Autor der Broschüre, für die kompakte, praxisorientierte Darstellung sehr komplexer Sachverhalte.

Marta Bociek

Referentin für Migrationssozialarbeit,
Der Paritätische Gesamtverband

1. Einführung



Die Diskussion über die Zukunft der Europäischen Union wird gegenwärtig mit einer Intensität geführt, wie schon lange nicht mehr: Sollen die Nationalstaaten Souveränität abgeben zugunsten einer Entwicklung hin zu den „Vereinigten Staaten von Europa“? Oder soll Europa weniger und die einzelnen Staaten mehr zu bestimmen haben?

Diese Diskussion bezieht sich gegenwärtig in erster Linie auf Fragen der Finanz- und Wirtschaftspolitik – ist also vom Alltag der europäischen Bürger scheinbar weit entfernt. Und doch: Die Entwicklung Europas hat unmittelbare Auswirkungen auf die „Unionsbürger“: Bereits jetzt ist die Bedeutung der Europäischen Union viel größer, als dies auf den ersten Blick den Anschein hat.

Wer weiß schon, dass es so etwas wie eine Europäische Staatsbürgerschaft schon jetzt gibt? Wer weiß schon, dass unmittelbar aus dieser europäischen Staatsbürgerschaft das Recht erwächst, sich als EU-Bürger in jedem anderen EU-Staat dauerhaft niederzulassen, ohne dafür irgendwen um Erlaubnis fragen zu müssen? Wer weiß schon, dass EU-Bürger grundsätzlich in keinem Staat innerhalb der Europäischen Union sozialrechtlich schlechter behandelt werden dürfen als die eigenen Staatsangehörigen?

Unionsbürger sind also in vielerlei Hinsicht gegenüber den „drittstaatsangehörigen“ Ausländern privilegiert und in Deutschland den deutschen Staatsbürgern nahezu rechtlich gleichgestellt.

Soweit die Theorie. Die Praxis indes sieht insbesondere nach der Erfahrung von Zuwanderern und Beratungsstellen oftmals anders aus: Zuwanderer aus EU-Staaten müssen häufig ohne jegliche Sozialleistungen leben, ihnen wird die Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums verweigert, eine Freizügigkeitsbescheinigung, die es nach einer am 29. Januar 2013 in Kraft getretenen Gesetzesänderung nun ohnehin nicht mehr gibt, wurde nicht immer ausgestellt. Oftmals wird keine Krankenversicherung gewährt und für manche Betroffene ist es nicht möglich, eine Arbeit aufzunehmen. Diese Situation kann in bestimmten Fällen nur mit dem Begriff der „sozialen Entrechtung“ angemessen beschrieben werden.

Woran liegt das? Dieser Widerspruch hat im Wesentlichen zwei Ursachen: Erstens ist die Rechtslage äußerst unübersichtlich und kompliziert. Neben den nationalen Gesetzen sind eine Vielzahl Europäischer Rechtsnormen zu beachten – Verträge, Abkommen, Richtlinien, Verordnungen, Verwaltungsvorschriften.

Zu vielen zentralen Fragen hat sich noch keine höchstgerichtliche Rechtsprechung ausgebildet, manches ist schlichtweg noch ungeklärt. Dies führt auch in Behörden gelegentlich zu Fehlentscheidungen und bei Beratungsstellen zu großen Unsicherheiten.

Und zweitens ist das deutsche Recht an zentralen Stellen von Ausschlüssen und Ausnahmen geprägt, die wohl mit den Europäischen Regelungen nicht zu vereinbaren sind. Nach dem deutschen Gesetz besteht zum Beispiel ein Ausschluss von Leistungen nach dem SGB II für Personen, die sich nur zur Arbeitsuche in Deutschland aufhalten. Nach zentralen Europäischen Richtlinien und Verordnungen darf ein Unionsbürger aber nicht schlechter gestellt werden als ein deutscher Staatsbürger. Zudem muss nach dem Grundgesetz immer die Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums sichergestellt werden. Diese Widersprüche sind nur sehr schwer aufzulösen.

Die vorliegende Broschüre soll versuchen, einen möglichst differenzierten, aber dennoch verständlichen Überblick über die Rechtslage und die wichtigsten Streitpunkte zu liefern. Sie richtet sich dabei in erster Linie an die Beratungsstellen, die Unionsbürger als Klienten beraten und versteht sich dabei als parteiisch. Das Anliegen dieser Broschüre ist es, den betroffenen Menschen zu ihrem Recht zu verhelfen, sich als Unionsbürger in Deutschland aufhalten zu dürfen und dabei auch die entsprechende Soziale Teilhabe durchsetzen zu können.

Praxishinweis: Die Europäische Kommission hat im Internet eine Informationsseite eingerichtet, an die sich alle EU-Bürger wenden können, wenn sie sich in einem anderen EU-Staat aufhalten und Fragen zu ihren Rechten haben. Rechtsanwälte und andere Experten leisten dort telefonisch oder per E-Mail eine kostenlose Beratung in allen Sprachen der Europäischen Union und sichern zu, innerhalb von einer Woche eine Antwort zu geben. Auch Beratungsstellen können sich an diesen Dienst wenden.

http://europa.eu/europedirect/index_de.htm

Praxishinweis: Ein weiterer Dienst der Europäischen Kommission leistet darüber hinaus Unterstützung bei Auseinandersetzungen mit nationalen Behörden, falls die EU-Vorgaben nicht richtig beachtet werden sollten – also zum Beispiel der Kindergeldantrag abgelehnt wurde, obwohl nach den Europäischen Vorgaben Deutschland für das Kindergeld zuständig sein müsste. Der Aufgabenbereich erstreckt sich unter anderem auf den gesamten Bereich der Sozialen Sicherung. Der Dienst „Solvit“ setzt sich in derartigen Fällen mit den nationalen Behörden in Verbindung und hat das Ziel, eine außergerichtliche Lösung zugunsten des Unionsbürgers zu erreichen. Auch dieser Dienst ist kostenlos und strebt an, innerhalb von zehn Wochen eine Lösung zu finden.

http://ec.europa.eu/solvit/site/index_de.htm

1.1 Für wen gilt das Recht auf Freizügigkeit?

Zuwanderer aus anderen EU-Staaten sind in den letzten Jahren die mit Abstand größte Gruppe von Neuzuwanderern in Deutschland geworden: Nach Angaben des Bundesamtes für Migration und Flüchtlinge sind unter den zehn zuzugsstärksten Nationalitäten im Jahr 2011 insgesamt acht Unionsstaaten. Auf den ersten drei Plätzen liegen dabei Polen, Rumänien und Bulgarien.

Die Gründe dafür sind vielfältig. In vielen Fällen handelt es sich um klassische Arbeitsmigration: Aufgrund der relativ guten Arbeitsmarktlage in Deutschland und einer zum Teil extrem hohen (Jugend-)Arbeitslosigkeit in anderen EU-Staaten versuchen zahlreiche Neuzuwanderer in Deutschland einen Arbeitsplatz zu finden. Insbesondere Fachkräfte wie Ärzte und Ingenieure werden durch die Bundesagentur für Arbeit sogar gezielt angeworben, um einen Fachkräftemangel in Deutschland abzumildern.

Gerade aus den osteuropäischen Staaten findet jedoch auch eine „Armutsmigration“ statt. Ein Teil der Bevölkerung in Bulgarien, Rumänien und anderen osteuropäischen Staaten sind als Verlierer der politischen und wirtschaftlichen Wende extremer sozialer und politischer Ausgrenzung ausgesetzt – und nicht selten als Angehörige der Roma auch rassistischen Übergriffen. Die Arbeitslosenquote liegt in den Roma-Ghettos in den Großstädten Bulgariens und Rumäniens bei über 80 Prozent.¹

So unterschiedlich die Gründe für eine Migration nach Deutschland auch sein mögen, so gleich ist bei allen die rechtliche Grundlage: Als Unionsbürger sind sie zunächst einmal per se und ohne Einschränkung freizügigkeitsberechtigt – sie haben das Recht auf Einreise und Aufenthalt.

Dieses Recht gilt für alle Staatsangehörigen der gegenwärtig 28 Mitgliedsstaaten der Europäischen Union. Dies sind (außer Deutschland):

- Belgien (seit 1952)
- Bulgarien (seit 2007)
- Dänemark (seit 1973)
- Estland (seit 2004)
- Finnland (seit 1995)
- Frankreich (seit 1952)
- Griechenland (seit 1981)
- Irland (seit 1973)
- Italien (seit 1952)
- Kroatien (seit 1. Juli 2013)
- Lettland (seit 2004)
- Litauen (seit 2004)
- Luxemburg (seit 1952)
- Malta (seit 2004)
- Niederlande (seit 1952)
- Österreich (seit 1995)
- Polen (seit 2004)
- Portugal (seit 1986)
- Rumänien (seit 2007)
- Schweden (seit 1995)
- Slowakei (seit 2004)
- Slowenien (seit 2004)
- Spanien (seit 1986)
- Tschechien (seit 2004)
- Ungarn (seit 2004)
- Vereinigtes Königreich (seit 1973)
- Zypern (seit 2004).

Darüber hinaus gilt aufgrund ihrer Mitgliedschaft im Europäischen Wirtschaftsraum (EWR) das gleiche Recht auf Freizügigkeit für die Staatsangehörigen von

- Island
- Liechtenstein und
- Norwegen.

Für Staatsangehörige der Schweiz besteht ein eigenes Freizügigkeitsabkommen, nachdem ebenfalls das Recht auf Freizügigkeit in den EU-Staaten besteht. Wenn im Folgenden der Begriff „Unionsbürger“ verwendet wird, umfasst er auch die letztgenannten Staatsangehörigen.

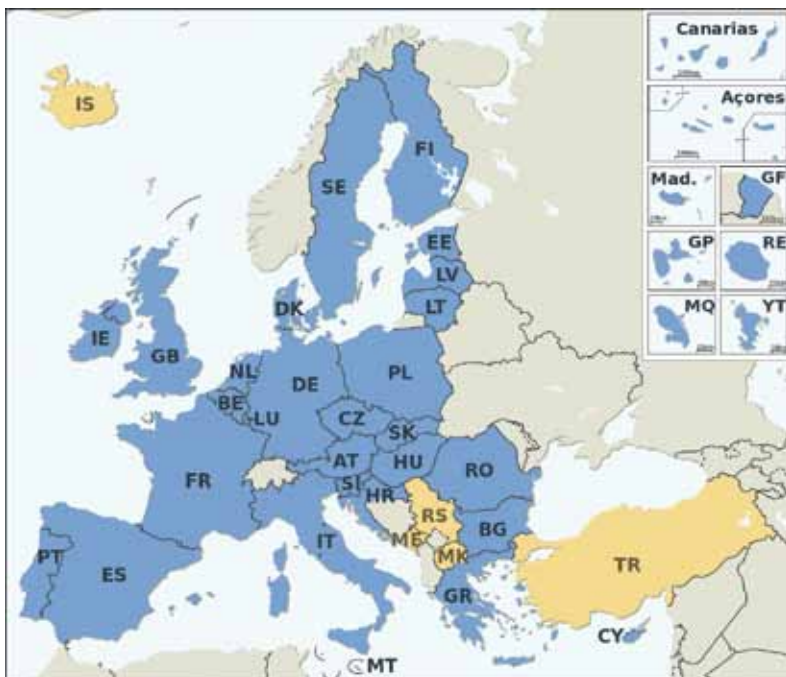
Das Recht auf Freizügigkeit gilt zudem für die Familienangehörigen von Unionsbürgern, die selbst Dritt-

¹ Vgl.: Caritas Österreich – Auslandshilfe: „Situation der Roma in Europa“, 2008, <http://www.caritas-steiermark.at/auslandshilfe/projektschwerpunkte/minderheit-der-roma/>

staatsangehörige sind. Wer als Familienangehöriger gilt, wird im Kapitel 2.2.5 ausführlich beschrieben.

Im Folgenden eine Übersichtskarte zu den Mitgliedsstaaten der EU (blau) und den offiziellen Beitrittskandidaten (gelb):

Für deutsche Staatsangehörige und ihre drittstaats-



Quelle: Alexrk2, via Wikimedia Commons

angehörigen Familienangehörigen gilt das Freizügigkeitsrecht nicht. Die Fragen des Familiennachzugs sind in diesem Fall im Aufenthaltsgesetz geregelt.

Allerdings kann auch auf einen deutschen Staatsangehörigen und seine Familienangehörigen das Freizügigkeitsrecht Anwendung finden, wenn der Deutsche sein Recht auf Freizügigkeit wahrgenommen

hat und nun nach Deutschland zurückkehrt, nachdem er längere Zeit im EU-Ausland gelebt hat. Er gilt dann als so genannter „Rückkehrerfall“.²

Ein Deutscher, der zugleich die Staatsangehörigkeit eines anderen EU-Staates besitzt, unterliegt ebenfalls nicht dem Freizügigkeitsrecht, sondern dem Aufenthaltsgesetz und dessen Regelungen zum Familiennachzug.

Praxishinweis: Der Familiennachzug zu Unionsbürgern nach dem Freizügigkeitsgesetz ist in vielen Bereichen großzügiger geregelt, als der Familiennachzug zu Deutschen nach dem Aufenthaltsgesetz (z. B. in Bezug auf Altersgrenzen und Sprachkennntniserfordernisse). Es empfiehlt sich also zu prüfen, ob ein „Rückkehrerfall“ vorliegt, und daher ausnahmsweise auch der Familiennachzug zu einem deutschen Staatsbürger nach den großzügigeren Regelungen des Freizügigkeitsgesetzes erfolgen kann. Ein Rückkehrerfall liegt vor, wenn der Deutsche nach einem längeren Aufenthalt in einem anderen EU-Staat nach Deutschland zurückkehrt. Er behält dann seine Rechte als Unionsbürger, die er durch die Inanspruchnahme der Freizügigkeit gleichsam „aktiviert“ hat, ausnahmsweise auch in Deutschland.

² Vgl.: AVwV FreizügG, 1.3

1.2 Welche gesetzlichen Regelungen gelten?

Die grundlegenden Regelungen zum politischen und rechtlichen Rahmen der Europäischen Union sind im Vertrag über die Europäische Union (EUV) und im Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) sowie der Charta der Grundrechte der Europäischen Union³ festgelegt. Diese bilden das so genannte „Primärrecht“.

Daneben bestehen auf Europäischer Ebene zu spezielleren Fragen Verordnungen und Richtlinien, die als „Sekundärrecht“ bezeichnet werden. Zu den Fragen des Aufenthaltsrechts und des Zugangs zu Sozialleistungen sind hier insbesondere die Unionsbürgerrichtlinie oder Freizügigkeitsrichtlinie⁴ sowie die Verordnung zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit⁵ von Bedeutung. Diese Europäischen Regelungen müssen bei der Auslegung des nationalen Rechts auf jeden Fall zwingend beachtet werden; zum Teil gelten sie auch unmittelbar, obwohl im deutschen Gesetz gegenteilige Regelungen enthalten sind.

Auf nationaler Ebene finden die europäischen Regelungen in unterschiedlichen Gesetzen Ausdruck. Für die hier behandelten Fragen sind vor allem das Freizügigkeitsgesetz⁶ und die unterschiedlichen Leistungsgesetze (z. B. das Sozialgesetzbuch II und III) relevant.

Zu guter Letzt existieren darüber hinaus Verordnungen (z. B. die Beschäftigungsverfahrensverordnung, Beschäftigungsverordnung, Arbeitsgenehmigungsverordnung) sowie jeweils entsprechende Verwaltungsvorschriften⁷, Durchführungsanweisungen und Anwendungshinweise. Diese sind für die Behörden als bindende Vorgaben zu beachten, für Gerichte allerdings nicht verbindlich.

3 <http://eur-lex.europa.eu/JOHtml.do?uri=OJ:C:2010:083:SOM:de:HTML>

4 Richtlinie 2004/38/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten vom 29.4.2004. (www.asyl.net/fileadmin/user_upload/gesetztexte/Unionsbuergerrichtlinie.pdf)

5 Verordnung (EG) Nr. 883/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit

6 http://www.gesetze-im-internet.de/freiz_gg_eu_2004/index.html

7 Besonders wichtig sind für die aufenthaltsrechtlichen Fragen die Allgemeinen Verwaltungsvorschriften zum Freizügigkeitsgesetz (AVwV FreizügG); http://www.verwaltungsvorschriften-im-internet.de/bsvwvbund_26102009_MI19371156524.htm

Praxishinweis: Die jeweils aktuellste Fassung von deutschen Gesetzen, Verordnungen und Verwaltungsvorschriften sind auf den Internetseiten www.verwaltungsvorschriften-im-internet.de bzw. www.gesetze-im-internet.de zu finden.

Neben den Rechtsgrundlagen ist es in der Beratung zudem wichtig, die aktuelle Rechtsprechung deutscher Gerichte und des Europäischen Gerichtshofs zu beachten.

Praxishinweis: Eine gute Rechtsprechungsdatenbank zu ausländer- und sozialrechtlichen Themen besteht auf der Seite des Informationsverbundes Asyl und Migration: www.asyl.net/index.php?id=rechtsprechungsdatenbank

Eine sehr ausführliche Zusammenstellung von Gerichtsurteilen zum Aufenthalts- und Sozialrecht findet sich auf der Seite des Berliner Flüchtlingsrats: www.fluechtlingsrat-berlin.de/gesetzgebung.php#Rec

2. Das Recht auf Einreise und Aufenthalt

Das Aufenthaltsrecht von Unionsbürgern in Deutschland (und natürlich allen anderen EU-Staaten) ergibt sich als allgemeines Recht direkt aus den Europäischen Verträgen. In Artikel 20 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) heißt es:

„Es wird eine Unionsbürgerschaft eingeführt. Unionsbürger ist, wer die Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaats besitzt. Die Unionsbürgerschaft tritt zur nationalen Staatsbürgerschaft hinzu, ersetzt sie aber nicht.“

Aufgrund dieser Europäischen Staatsbürgerschaft besteht unter anderem „das Recht, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten“ (Art. 20 Abs. 2a AEUV).

Dieses allgemeine Recht auf Freizügigkeit wird in der Unionsbürgerrichtlinie konkretisiert und zum Teil mit bestimmten Bedingungen verknüpft. In Deutschland ist das Aufenthaltsrecht für Unionsbürger im Freizügigkeitsgesetz geregelt. Dieses unterscheidet, ähnlich wie die Unionsbürgerrichtlinie, verschiedene Kategorien der Freizügigkeit (z. B. als Arbeitnehmer oder als Nicht-Erwerbstätiger). In der Praxis ist es oftmals entscheidend, in welcher dieser Kategorien sich ein Unionsbürger befindet. Aus diesem Grund sollen im Folgenden die unterschiedlichen Stufen des Freizügigkeitsrechts mit seinen jeweiligen „Schubladen“ dargestellt werden. Im ersten Teil wird es nur um die aufenthaltsrechtlichen Regelungen gehen, in einem zweiten Teil sollen ausführlich die sozialrechtlichen Voraussetzungen und Ausschlüsse des Zugangs zu Sozialleistungen dargestellt werden.

Egal, in welcher „Schublade“ man sich jedoch befindet – in allen Fällen gilt: Ein Unionsbürger benötigt weder ein Visum, noch einen anderen Aufenthaltstitel. Ein Familienangehöriger benötigt unter bestimmten Bedingungen ein Visum für die Einreise, aber ein Aufenthaltstitel ist anschließend keinesfalls erforderlich – auch wenn der Familienangehörige Drittstaatsangehöriger ist.⁸

Praxishinweis: Der elementare Unterschied zwischen Unionsbürgern und ihren Familienangehörigen im Vergleich zu anderen Ausländern ist: Unionsbürger und ihre Familienangehörigen haben immer ein Aufenthaltsrecht, solange die Ausländerbehörde nicht festgestellt hat, dass dieses nicht (mehr) besteht. Andere Ausländer haben nur dann ein Aufenthaltsrecht, wenn die Ausländerbehörde ihnen den Aufenthalt ausdrücklich erlaubt hat.



⁸ Vgl.: § 2 Abs. 4 FreizügG

2.1 Das Aufenthaltsrecht bis zu drei Monaten

Unionsbürger und ihre Familienangehörigen haben das Recht auf einen dreimonatigen voraussetzungslosen Aufenthalt. Hierfür müssen sie nichts anderes vorweisen als einen gültigen Pass oder Personalausweis. Weitere Voraussetzungen bestehen nicht. Das dreimonatige voraussetzungslose Aufenthaltsrecht kann sowohl für einen Kurzaufenthalt genutzt werden, als „auch zur Vorbereitung eines längerfristigen Aufenthalts“⁹.

Die Familienangehörigen, die selbst nicht Unionsbürger sind, benötigen für die Einreise in manchen Fällen ein Einreisevisum. Eine Visumpflicht besteht nicht, wenn sie im Besitz einer Aufenthaltskarte eines anderen Unionsstaates¹⁰ oder im Besitz eines nationalen Aufenthaltstitels eines Schengen-Staates sind¹¹.

Beispiel 1: Ein französischer Staatsbürger reist mit seiner marokkanischen Ehefrau, die in Frankreich eine Aufenthaltserlaubnis besitzt, nach Deutschland ein. Die Ehefrau benötigt kein Visum und hat wie ihr Ehemann ein voraussetzungsloses Aufenthaltsrecht.

Beispiel 2: Eine norwegische Staatsbürgerin reist mit ihrem kosovarischen Ehemann nach Deutschland ein. Der kosovarische Ehemann lebte mit der Norwegerin bislang in Polen und hat eine polnische Aufenthaltskarte für Familienangehörige eines Unionsbürgers. Damit benötigt er für die Einreise nach Deutschland kein Visum. Er hat wie seine Frau ein voraussetzungsloses dreimonatiges Aufenthaltsrecht.

Beispiel 3: Eine rumänische Staatsbürgerin reist mit ihrem russischen Ehemann, der im Besitz eines rumänischen Aufenthaltstitels ist, nach Deutschland ein. Der russische Ehemann benötigt für die Einreise ein Visum, da der rumänische Aufenthaltstitel nicht ausreicht, weil Rumänien (noch) kein Schengen-Staat ist. Allerdings hat er nach der Einreise, genau wie seine rumänische Frau, ein dreimonatiges voraussetzungsloses Aufenthaltsrecht.

⁹ AVwV FreizügG, 2.5.1

¹⁰ AVwV FreizügG, 2.4.3

¹¹ Art. 21 SDÜ (Schengener Durchführungsübereinkommen). Schengen-Staaten sind alle EU- bzw. EWR-Staaten bis auf Bulgarien, Rumänien, Zypern, Irland und Großbritannien.

Praxishinweis: Auch wenn die Visumpflicht nicht eingehalten werden sollte, ist die Zurückweisung an der Grenze in aller Regel nicht möglich, da dies unverhältnismäßig wäre. Auch die Verweigerung der Ausstellung einer Aufenthaltskarte wegen des Visumsverstoßes wäre rechtswidrig.¹² Die Ausstellung eines Visums für drittstaatsangehörige Familienangehörige ist immer kostenfrei.¹³

Praxishinweis:

- ⇒ Eine Ausweisung wegen der Inanspruchnahme von Sozialhilfeleistungen ist rechtswidrig.¹⁴
- ⇒ Der Anspruch auf Leistungen nach dem SGB II besteht für Personen, die bereits in den ersten drei Monaten Arbeitnehmer oder Selbstständige sind bzw. unfreiwillig arbeitslos geworden sind oder ihre Selbstständigkeit aufgeben mussten sowie für deren Familienangehörige. Für Personen, die innerhalb der ersten drei Monate Arbeitssuchende sind, ist der Anspruch umstritten (vgl.: Kap. 3).
- ⇒ Der Anspruch auf Leistungen nach dem SGB XII besteht, wenn die Einreise nicht zum Zweck des Sozialhilfebezugs erfolgt ist (vgl. Kap. 3).

¹² EUGH, Urteil vom 25. Juli 2002, Rs. C-459/99, – MRAX; vgl. AVwV FreizügG, 2.4.2.2 ff

¹³ § 2 Abs. 6 FreizügG

¹⁴ Die Unionsbürgerrichtlinie ermöglicht zwar eine „administrative“ Ausweisung wegen der unangemessenen Inanspruchnahme von Sozialhilfeleistungen innerhalb der ersten drei Monate, diese Regelung ist jedoch nicht in das Freizügigkeitsgesetz aufgenommen worden (Art. 6 i.V.m. Art. 14 Abs. 1 UnionsRL).

2.2 Das Aufenthaltsrecht für mehr als drei Monate

Das Aufenthaltsrecht nach drei Monaten ist nicht mehr voraussetzungslos, sondern an bestimmte Kriterien geknüpft. Dies ist sowohl in Artikel 7 UnionsRL als auch in § 2 FreizügG geregelt. Es bestehen folgende Kategorien des Aufenthaltsrechts:

- Zum Zweck der Arbeitsuche, als Arbeitnehmer oder für eine Berufsausbildung
- Als selbstständig Erwerbstätiger
- Als Dienstleistungserbringer
- Als Empfänger von Dienstleistungen
- Als Nicht-Erwerbstätiger
- Als Familienangehöriger
- Mit Daueraufenthaltsrecht nach fünfjährigem Aufenthalt

Es wird schnell deutlich, dass prinzipiell jeder Unionsbürger in eine dieser Kategorien hineinpasst und insofern auch grundsätzlich immer das Recht auf Freizügigkeit bestehen dürfte. Allerdings sind die Voraussetzungen, die für die jeweilige Kategorie erfüllt werden müssen, unterschiedlich. Und auch die Folgen sind in den verschiedenen Kategorien unterschiedlich – gerade was den Anspruch auf Leistungen nach dem SGB II angeht.

Daher ist es in der Beratung sehr wichtig zu prüfen, welches die passende „Schublade“ ist – insbesondere deshalb, weil durchaus eine Hierarchie unter den Schubladen besteht: Es gibt gute und weniger gute, was die soziale und ausländerrechtliche Absicherung angeht. Welche Kategorie die passende ist, hängt immer von den tatsächlichen Gegebenheiten ab und ist auch nur temporär gültig. Das heißt: Man kann während eines Aufenthalts durchaus mehrfach zwischen den Kategorien wechseln, wenn sich die Lebenssituation ändert.

Im Folgenden sollen nur die wichtigsten Kategorien dargestellt werden. Die Kategorie „Dienstleistungsempfänger“ soll auf Grund ihrer Komplexität ebenso ausgespart bleiben wie die Kategorie „Dienstleistungserbringer“.

2.2.1 Zum Zweck der Arbeitsuche

In der Beratungspraxis ist ein großer Teil der Klienten Mitglied dieser Gruppe. Sowohl nach dem Freizügigkeitsgesetz¹⁵ als auch nach der Unionsbürgerrichtlinie¹⁶ besteht das Recht auf Aufenthalt zum Zweck der Arbeitsuche – für die „alten“ wie für die „neuen“ Unionsbürger gleichermaßen. Systematisch werden sie in beiden Regelungen als Teil der Gruppe der „Arbeitnehmer“ angesiedelt.¹⁷

Das Aufenthaltsrecht zur Arbeitsuche besteht grundsätzlich unbefristet. Es gilt (über die ersten drei Monate hinaus), *„solange die Unionsbürger nachweisen können, dass sie weiterhin Arbeit suchen und dass sie eine begründete Aussicht haben, eingestellt zu werden.“*¹⁸

In den Allgemeinen Verwaltungsvorschriften zum Freizügigkeitsgesetz heißt es dazu:

*„Begründete Aussicht, einen Arbeitsplatz zu finden, kann angenommen werden, wenn der Arbeitssuchende aufgrund seiner Qualifikation und des aktuellen Bedarfs am Arbeitsmarkt voraussichtlich mit seinen Bewerbungen erfolgreich sein wird. Dies ist zu verneinen, wenn er keinerlei ernsthafte Absichten verfolgt, eine Beschäftigung aufzunehmen.“*¹⁹

Das Recht zur Arbeitsuche endet keinesfalls automatisch, auch eine Befristung des Freizügigkeitsrechts ist rechtswidrig, da mit einer Befristung inhaltlich keine individuelle Entscheidung zu den tatsächlichen Erfolgsaussichten getroffen wird.

Ausreichende Existenzmittel einschließlich eines ausreichenden Krankenversicherungsschutzes sind weder im Freizügigkeitsgesetz noch in der Unionsbürgerrichtlinie an irgendeiner Stelle als Voraussetzung

¹⁵ § 2 Abs. 2 Nr. 1 FreizügG

¹⁶ Art. 14 Abs. 4b i. V. m. Art. 7 Abs. 1a. UnionsRL

¹⁷ Art. 45 AEUV begründet primärrechtlich das Recht auf Aufenthalt zur Arbeitsuche als unmittelbaren Bestandteil der Arbeitnehmerfreizügigkeit.

¹⁸ Art. 14 Abs. 4b UnionsRL

¹⁹ AVwV FreizügG, 2.2.1.3

für das Aufenthaltsrecht zur Arbeitsuche genannt. Insofern steht auch die Inanspruchnahme von Sozialhilfeleistungen während eines Aufenthalts zur Arbeitsuche dem Aufenthaltsrecht nicht entgegen! Die Unionsbürgerrichtlinie bringt dies sogar sehr deutlich auf den Punkt: „In keinem Fall sollte eine Ausweisungsmaßnahme (wegen des unangemessenen Sozialhilfebezugs, d. Verf.) gegen Arbeitnehmer, Selbstständige oder Arbeitssuchende in dem vom Gerichtshof definierten Sinne erlassen werden, außer aus Gründen der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit.“²⁰

Obwohl also eindeutig die Inanspruchnahme von Sozialleistungen ausländerrechtlich für Arbeitssuchende unschädlich ist, heißt dies noch nicht, dass Arbeitssuchende auch Leistungen der Grundsicherung für Arbeitssuchende erhalten. Gerade für diese Gruppe ist in den Leistungsgesetzen ein Ausschluss formuliert worden, der in Kapitel 3 detailliert dargestellt werden soll.

Praxishinweis: Um die Erfolgsaussichten der Arbeitsuche gegenüber der Ausländerbehörde dokumentieren zu können, empfiehlt sich in jedem Fall eine Meldung bei der Agentur für Arbeit als arbeitslos bzw. arbeitssuchend. Auch tatsächliche Bemühungen (Bewerbungsschreiben und -anrufe, Bewerbungsgespräche, Qualifizierungsmaßnahmen, Praktika usw.) sollten nicht nur unternommen sondern auch möglichst gut dokumentiert werden.

Ebenso wichtig ist es, zu klären, ob neben der Arbeitsuche ein weiterer Aufenthaltsgrund gegeben ist – etwa, weil zuvor bereits eine Erwerbstätigkeit ausgeübt worden ist, oder weil ein Aufenthaltsrecht als Familienangehöriger besteht (vgl. Kap. 2.2.2 ff.). Dies hätte insbesondere den Vorteil, dass der Leistungsausschluss des SGB II nicht greifen würde.

Praxishinweis:

- ⇒ Eine Ausweisung wegen der Inanspruchnahme von Sozialhilfeleistungen ist rechtswidrig.²¹
- ⇒ Der Anspruch auf Leistungen nach dem SGB II ist umstritten, dürfte aber aufgrund europarechtlicher Vorgaben entgegen den Regelungen des SGB II in aller Regel bestehen²². (vgl.: Kap. 3)

2.2.2 Als Arbeitnehmer

Für Arbeitnehmer besteht das uneingeschränkte Recht auf Freizügigkeit.²³

In der Praxis ist immer wieder umstritten, ob auch mit einem relativ geringen Einkommen und wenigen Wochenstunden Arbeitszeit die Kriterien für die Kategorie „Arbeitnehmer“ erfüllt sind. Der Europäische Gerichtshof hat dazu in ständiger Rechtsprechung folgende Definition formuliert:

„Als ‚Arbeitnehmer‘ ist jeder anzusehen, der eine tatsächliche und echte Tätigkeit ausübt, wobei Tätigkeiten außer Betracht bleiben, die einen so geringen Umfang haben, dass sie sich als völlig untergeordnet und unwesentlich darstellen. Das wesentliche Merkmal des Arbeitsverhältnisses besteht nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs darin, dass jemand während einer bestimmten Zeit für einen anderen nach dessen Weisung Leistungen erbringt, für die er als Gegenleistung eine Vergütung erhält. Weder die begrenzte Höhe der Vergütung noch die Herkunft der Mittel für diese Vergütung oder der Umstand, dass der Betreffende die Vergütung durch andere Mittel zur Bestreitung des Lebensunterhalts wie eine aus öffentlichen Mitteln des Wohnmitgliedstaats gezahlte finanzielle Unterstützung zu ergänzen sucht, kann irgendeine Auswirkung auf die Arbeitnehmerzugehörigkeit im Sinne des Unionsrechts haben.“²⁴

Im Klartext heißt das: Man ist nicht erst dann Arbeitnehmer, wenn das Arbeitseinkommen den Lebensunterhalt decken kann. Genauso wenig darf verlangt werden, dass die Tätigkeit der Sozialversicherungs-

21 Art. 7 i.V.m. Art. 14 UnionsRL

22 Vgl.: Frings (2008): „Sozialrecht für Zuwanderer“, S. 77ff

23 Art. 45 AEUV, Art. 7 UnionsRL, § 2 Abs. 2 Nr. 1 FreizügG

24 EUGH, Urteil vom 04.02.2010 - Genc, C-14/09

pflicht unterliegt. Auch ein Minijob kann die Arbeitnehmereigenschaft begründen.²⁵

Die Verwaltungsvorschriften zum Freizügigkeitsgesetz gehen von einer Mindeststundenzahl von 10 bis 12 Wochenstunden aus, mit denen eine Arbeitnehmereigenschaft begründet werden könne. Durch die Rechtsprechung des EUGH und des Bundesverwaltungsgerichts ist diese Angabe mittlerweile überholt: Auch eine Tätigkeit mit einem Monatseinkommen von 175 Euro bei einer Wochenstundenzahl von 5,5 ist bereits als ausreichend beurteilt worden.²⁶ Ferner kann eine Beschäftigung im Rahmen eines Praktikums die Arbeitnehmereigenschaft begründen.

Ausreichende Existenzmittel einschließlich eines ausreichenden Krankenversicherungsschutzes sind weder im Freizügigkeitsgesetz noch in der Unionsbürgerrichtlinie an irgendeiner Stelle als Voraussetzung für das Aufenthaltsrecht als Arbeitnehmer genannt. Insofern steht auch die Inanspruchnahme von Sozialhilfeleistungen während eines Aufenthalts als Arbeitnehmer dem Aufenthaltsrecht nicht entgegen.

Praxishinweis:

⇒ Eine Ausweisung wegen der Inanspruchnahme von Sozialhilfeleistungen ist rechtswidrig.²⁷

⇒ Der Anspruch auf Leistungen nach dem SGB II besteht. (vgl.: Kap. 3)

Für bulgarische und rumänische Staatsbürger besteht noch bis zum 31.12.2013 eine Einschränkung beim Arbeitsmarktzugang. Das gleiche gilt nunmehr auch für kroatische Staatsbürger – längstens bis zum 30.6.2020. Um eine Beschäftigung in einem Anstellungsverhältnis aufnehmen zu können, benötigen sie eine Arbeitsgenehmigung-EU, die in der Regel nur nachrangig durch die ZAV erteilt wird.²⁸ Allerdings existieren zahlreiche Ausnahmen, für die auch ohne Zustimmung der Arbeitsverwaltung ein Arbeitsmarktzugang besteht (siehe Kap. 4).

25 Vgl.: AVwV FreizügG 2.2.1.1

26 EUGH, Urteil vom 04.02.2010 - Genc, C-14/09, BVerwG, Urteil vom 19.04.2012 - 1 C 10.11

27 Art. 7 i.V.m. Art. 14 UnionsRL

28 § 284 SGB III

Für alle übrigen Unionsbürger und ihre Familienangehörigen gilt: Der Zugang zum Arbeitsmarkt ist ohne Einschränkungen möglich. Für die Aufnahme einer Beschäftigung sind sie deutschen Staatsangehörigen gleichgestellt.

⇒ 2.2.2.1 Die Aufrechterhaltung des Aufenthaltsrechts als Arbeitnehmer bei Arbeitslosigkeit

Es besteht eine Schutzregelung, nach der Arbeitnehmer nach einer unverschuldeten Arbeitslosigkeit trotz Verlusts des Arbeitsplatzes weiterhin im Status „Arbeitnehmer“ bleiben:

⇒ Bei vorübergehender Erwerbsunfähigkeit wegen einer Krankheit oder eines Unfalls.

⇒ Wenn der Arbeitnehmer seinen Arbeitsplatz freiwillig aufgibt, weil er eine Berufsausbildung aufnimmt, die mit der früheren Tätigkeit in einem Zusammenhang steht.

⇒ Bei unfreiwilligem Verlust des Arbeitsplatzes aus Gründen, auf die der Arbeitnehmer keinen Einfluss hat. Wenn die Beschäftigung zuvor mehr als ein Jahr ausgeübt worden ist, bleibt der Status des Arbeitnehmers unbefristet erhalten, solange die Arbeitslosigkeit unfreiwillig ist und der Arbeitnehmer nicht wegen Erreichen des Rentenalters oder einer Erwerbsunfähigkeit den Arbeitsmarkt dauerhaft verlässt.

⇒ Wenn die Beschäftigung weniger als ein Jahr ausgeübt worden ist, bleibt der Status des Arbeitnehmers für sechs Monate bestehen.²⁹

⇒ Die Unfreiwilligkeit wird durch die Agentur für Arbeit bescheinigt. Solange eine solche Bescheinigung noch nicht vorliegt, ist davon auszugehen, dass der Verlust des Arbeitsplatzes unfreiwillig erfolgt ist.³⁰ „Die Bestätigung erfolgt, wenn der Arbeitnehmer die Aufnahme einer anderen zumutbaren Tätigkeit nicht verweigert oder alle erforderlichen Maßnahmen zur Beseitigung der Arbeitslosigkeit ergreift.“³¹

29 § 2 Abs. 3 FreizügG

30 AVwV FreizügG, 2.3.1.2

31 AVwV FreizügG, 2.3.1.2

Praxishinweis: Die Arbeitslosigkeit ist immer dann unfreiwillig, wenn die Agentur für Arbeit im Falle eines Anspruchs auf Arbeitslosengeld I keine Sperrzeit verhängen würde. Unfreiwillig ist der Arbeitsplatzverlust zum Beispiel bei betriebsbedingter Kündigung, dem Auslaufen eines befristeten Arbeitsvertrags, der Kündigung wegen Krankheit usw. Die Arbeitslosigkeit ist solange unfreiwillig, wie der Betroffene weiterhin Bemühungen unternimmt, die Arbeitslosigkeit zu überwinden, d.h. die Anforderungen des Jobcenters oder der Agentur für Arbeit erfüllt.

Solange der Arbeitnehmerstatus aufrechterhalten bleibt, besteht eindeutig der Anspruch auf Leistungen nach dem SGB II. Eine Ausweisung wegen des Bezugs von Sozialhilfeleistungen ist nicht möglich.³²

³² Art. 14 Abs. 2 und 4 UnionsRL

2.2.3 Als Selbstständiger

Selbstständige sind den Arbeitnehmern gleichgestellt. Sofern ein Unionsbürger in Deutschland als niedergelassener Selbstständiger ein Gewerbe ausübt, besteht für ihn das Recht auf Aufenthalt.³³

Eine selbstständige Tätigkeit als niedergelassener Selbstständiger besteht dann, wenn diese weisungsungebunden *„tatsächlich und auf unbestimmte Zeit mittels einer festen Einrichtung ausgeübt werden. Der formelle Akt der Registrierung ist nicht ausreichend.“*³⁴

Ausreichende Existenzmittel einschließlich eines ausreichenden Krankenversicherungsschutzes sind weder im Freizügigkeitsgesetz noch in der Unionsbürgerrichtlinie an irgendeiner Stelle als Voraussetzung für das Aufenthaltsrecht als Selbstständiger genannt. Insofern steht auch die Inanspruchnahme von Sozialhilfeleistungen während eines Aufenthalts als Selbstständiger dem Aufenthaltsrecht nicht entgegen. Auch die Tatsache, dass kein Krankenversicherungsschutz besteht, begründet nicht die Möglichkeit, das Aufenthaltsrecht zu beenden.

³³ Art. 49 AEUV, Art. 7 UnionsRL, § 2 Abs. 2 Nr. 2 FreizügG

³⁴ BSG, 19.10.2010, B 14 AS 23/10R

Praxishinweis:

- ⇒ Eine Ausweisung wegen der Inanspruchnahme von Sozialhilfeleistungen ist rechtswidrig.³⁵
- ⇒ Der Anspruch auf ergänzende Leistungen nach dem SGB II besteht. (vgl.: Kap. 3)
- ⇒ Die Ausübung einer selbstständigen Tätigkeit sollte gegenüber der Ausländerbehörde durch die Vorlage einer Gewerbebeantragung, einer Steuernummer, einer Gewinne-Verluste-Rechnung, des Geschäftskonzepts, einer kaufmännischen Buchführung oder der Rechnungen an unterschiedliche Auftraggeber, nachgewiesen werden.

Anders als bei Arbeitnehmern ist auch für Staatsangehörige Bulgariens, Rumäniens und Kroatiens keine Arbeitserlaubnis für die selbstständige Tätigkeit erforderlich. Es gelten dieselben Voraussetzungen, die auch deutsche Staatsbürger zur Ausübung einer selbstständigen Tätigkeit erfüllen müssen (etwa: Beantragung einer Steuernummer oder eines Gewerbescheins). Auch die selbstständige Tätigkeit als Prostituierte kann das Aufenthaltsrecht zum Zwecke der Ausübung einer selbstständigen Tätigkeit begründen.

³⁵ Art. 7 i.V.m. Art. 14 UnionsRL

⇒ 2.2.3.1 Die Aufrechterhaltung des Aufenthaltsrechts als Selbstständiger bei Aufgabe der selbstständigen Tätigkeit

Für Selbstständige, die ihre selbstständige Tätigkeit unfreiwillig aufgeben müssen, gelten bezüglich der Aufrechterhaltung des Status eines Selbstständigen dieselben Regelungen wie bei Arbeitnehmern.³⁶

- ⇒ Bei vorübergehender Erwerbsunfähigkeit wegen einer Krankheit oder eines Unfalls.
- ⇒ Wenn der Selbstständige seine selbstständige Tätigkeit freiwillig aufgibt, weil er eine Berufsausbildung aufnimmt, die mit der früheren Tätigkeit in einem Zusammenhang steht.
- ⇒ Bei unfreiwilliger Aufgabe der selbstständigen Tätigkeit aus Gründen, auf die der Selbstständige keinen Einfluss hat. Wenn die Selbstständigkeit zuvor mehr als ein Jahr ausgeübt worden ist, bleibt der Status des Selbstständigen unbefristet erhalten, solange die Arbeitslosigkeit unfreiwillig ist und der Selbstständige nicht wegen Erreichen des Rentenalters oder einer Erwerbsunfähigkeit den Arbeitsmarkt dauerhaft verlässt.
- ⇒ Wenn die Selbstständigkeit weniger als ein Jahr ausgeübt worden ist, bleibt der Status des Selbstständigen für sechs Monate bestehen.³⁷

Praxishinweis: Unfreiwillig ist die Aufgabe der selbstständigen Tätigkeit zum Beispiel wegen Schwangerschaft oder Krankheit, wegen Insolvenz, wegen eines Scheiterns der ursprünglichen Geschäftsidee usw. Die Arbeitslosigkeit ist solange unfreiwillig, wie der Betroffene weiterhin Bemühungen unternimmt, die Arbeitslosigkeit zu überwinden, d.h. die Anforderungen des Jobcenters oder der Agentur für Arbeit erfüllt.

Solange der Status des Selbstständigen aufrechterhalten bleibt, besteht eindeutig der Anspruch auf Leistungen nach dem SGB II. Eine Ausweisung wegen des Bezugs von Sozialhilfeleistungen ist nicht möglich.³⁸

³⁶ Art. 7 Abs. 3 UnionsRL; AVwV FreizügG, 2.3.1.2

³⁷ § 2 Abs. 3 FreizügG i.V.m. Art. 7 Abs. 3 UnionsRL

³⁸ Art. 14 Abs. 2 und 4 UnionsRL

2.2.4 Als Nicht-Erwerbstätiger

In der Praxis ist die Unterscheidung zwischen der Kategorie der Nicht-Erwerbstätigen und der Arbeitssuchenden manchmal nicht ganz leicht – aber bezogen auf die ausländerrechtlichen Voraussetzungen sehr wichtig. Unter Nicht-Erwerbstätigen sind diejenigen zu verstehen, die weder erwerbstätig sind, noch Arbeit suchen, noch aus sonstigen Gründen freizügigkeitsberechtigt sind. In der Praxis handelt es sich in erster Linie um Rentner, Studierende (sofern diese keine Nebenbeschäftigung ausüben) sowie dauerhaft erwerbsunfähige Personen.

Praxishinweis: Bei den Nicht-Erwerbstätigen und ihren Familienangehörigen handelt es sich um die einzige Gruppe im Freizügigkeitsgesetz, die als Voraussetzung ihrer Freizügigkeit über ausreichende Existenzmittel und einen ausreichenden Krankenversicherungsschutz verfügen müssen.³⁹

Die Gruppe der Nicht-Erwerbstätigen ist daher streng von der Gruppe der Arbeitssuchenden oder denjenigen, die aus anderen Gründen über ein Freizügigkeitsrecht verfügen, zu unterscheiden. Nichterwerbstätig sind diejenigen Unionsbürger, die über keine Verbindung zum Arbeitsmarkt verfügen – Rentner, Studierende, dauerhaft erwerbsunfähige Personen.

Der Begriff der ausreichenden Existenzmittel ist im Gesetz nicht genau definiert. In den Allgemeinen Verwaltungsvorschriften heißt es dazu:

„Das Gesetz nennt keinen festen Betrag für die Höhe der Existenzmittel. Dies wäre gemäß Artikel 8 Absatz 4 Freizügigkeitsrichtlinie unzulässig. Es ist eine Vergleichsberechnung unter Einbeziehung der regionalen, sozialhilferechtlichen Bedarfssätze erforderlich. Zugleich müssen die persönlichen Umstände in jedem Einzelfall berücksichtigt werden. Der danach erforderliche Betrag darf nicht über dem Schwellenwert liegen, unter dem Deutschen Sozialhilfe gewährt wird. Ein bestimmter Schwellenwert kann hier nicht genannt werden, da die Werte regional unterschiedlich sind.“⁴⁰

³⁹ § 4 FreizügG

⁴⁰ AVwV FreizügG, 4.1.2.3

Dies bedeutet, dass als ausreichende Existenzmittel eigene Mittel in Höhe des Regelsatzes nach dem SGB XII zuzüglich der Warmmiete gelten dürften. Die Freibeträge dürfen dabei also ebenso wenig berücksichtigt werden wie die Leistungen der Sozialhilfe, die nicht der Sicherung des Lebensunterhalts dienen (etwa Hilfe zur Pflege, Eingliederungshilfe usw.).⁴¹

Praxishinweis: Die Frage, ob ein Klient zur Gruppe der Nicht-Erwerbstätigen zählt (und daher über ausreichende Existenzmittel verfügen muss), ist abhängig von der tatsächlichen Situation. So gehört ein Rentner, der einen Nebenjob ausübt, nicht zur Gruppe der Nicht-Erwerbstätigen sondern zur Gruppe der Arbeitnehmer.⁴² Dasselbe gilt etwa für einen Studenten, der nebenbei arbeitet. In diesen Fällen wäre für das Aufenthaltsrecht das Vorliegen ausreichender Existenzmittel keine Voraussetzung!

Falls ein nichterwerbstätiger Unionsbürger nicht über ausreichende Existenzmittel verfügt und daher Sozialhilfeleistungen beantragt, kann dies für die Ausländerbehörde ein Anlass sein, das Vorliegen der Freizügigkeitsvoraussetzungen zu überprüfen.

Allerdings darf die Tatsache des Sozialhilfebezugs keinesfalls automatisch zu einer Beendigung des Aufenthaltsrechts führen.⁴³ Die Entscheidung über den Verlust des Aufenthaltsrechts muss vielmehr im Rahmen einer Ermessensentscheidung die persönliche Situation berücksichtigen und das individuelle Interesse der Betroffenen gegenüber dem öffentlichen Interesse abwägen.

41 Vgl.: Diakonisches Werk: „Sozialleistungen für Unionsbürgerinnen und Unionsbürger in Deutschland“, S. 15

42 Vgl.: OVG Hamburg, Beschluss vom 05.01.2012 - 3 Bs 179/11: „Ein 81 Jahre alter EU-Bürger, der neben einer geringen Altersrente ein zusätzliches Einkommen von monatlich 525 € brutto für eine nicht nur kurzfristige und tatsächlich ausgeübte, abhängige Beschäftigung im Umfang von 16 Stunden pro Woche erzielt, ist als freizügigkeitsberechtigter Arbeitnehmer i.S. des § 2 Abs. 2 Nr. 1 FreizügG/EU anzusehen. Eine solche Beschäftigung ist nicht als für die Eigenschaft als Arbeitnehmer völlig untergeordnete und unwesentliche außer Betracht zu lassen. Das Alter von 81 Jahren allein steht der Eigenschaft als Arbeitnehmer nicht entgegen.“

43 AVwV FreizügG, 5.4.1.: „Die Ausländerbehörde kann innerhalb der ersten fünf Jahre des Aufenthalts den Fortbestand der Erteilungsvoraussetzungen aus besonderem Anlass prüfen. Ein besonderer Anlass liegt insbesondere dann vor, wenn nichterwerbstätige Unionsbürger oder deren Familienangehörige Leistungen nach SGB II oder SGB XII in Anspruch nehmen wollen. Dies entspricht Artikel 14 Absatz 2 Freizügigkeitsrichtlinie. Der Bezug von Leistungen nach den genannten Sozialgesetzbüchern darf jedoch nicht automatisch zur Verlustfeststellung führen.“

Nur im Falle eines „unangemessenen“ Sozialhilfebezugs wäre eine Aufenthaltsbeendigung rechtmäßig.⁴⁴

Praxishinweis:

- ⇒ Nur für Nicht-Erwerbstätige und ihre Familienangehörigen ist das Aufenthaltsrecht von ausreichenden Existenzmitteln abhängig. Nur bei dieser Gruppe kann ein Verlust des Aufenthaltsrechts wegen des unangemessenen Bezugs von Sozialhilfeleistungen festgestellt werden.
- ⇒ Das Aufenthaltsrecht endet nicht automatisch. Die Ausländerbehörde hat in ihrer Ermessensentscheidung alle Gesichtspunkte zu berücksichtigen, die für einen Verbleib in Deutschland sprechen. Die Beratung sollte diese Argumente sammeln und gegenüber der Ausländerbehörde vortragen.
- ⇒ Ein Anspruch auf Leistungen (in der Regel des SGB XII) besteht. Die Inanspruchnahme gefährdet aber unter Umständen das Aufenthaltsrecht.
- ⇒ Das Sozialamt oder das Jobcenter darf keine Entscheidung über den Verlust des Aufenthaltsrechts wegen des Sozialhilfebezugs treffen. Diese Entscheidung trifft allein die Ausländerbehörde.⁴⁵

2.2.5 Als Familienangehöriger

Familienangehörige von freizügigkeitsberechtigten Unionsbürgern verfügen ebenfalls über ein Freizügigkeitsrecht – unabhängig davon, ob sie selbst ebenfalls

44 Erwägungsgrund Nr. 16 UnionsRL: „Solange die Aufenthaltsberechtigten die Sozialhilfeleistungen des Aufnahmemitgliedstaats nicht unangemessen in Anspruch nehmen, sollte keine Ausweisung erfolgen. Die Inanspruchnahme von Sozialhilfeleistungen sollte daher nicht automatisch zu einer Ausweisung führen. Der Aufnahmemitgliedstaat sollte prüfen, ob es sich bei dem betreffenden Fall um vorübergehende Schwierigkeiten handelt, und die Dauer des Aufenthalts, die persönlichen Umstände und den gewährten Sozialhilfebetrag berücksichtigen, um zu beurteilen, ob der Leistungsempfänger die Sozialhilfeleistungen unangemessen in Anspruch genommen hat, und in diesem Fall seine Ausweisung zu veranlassen.“

45 Vgl.: BSG, Urteil vom 19.10.2010, B 14 AS 23/10 R, Randnummer 14: „Denn es entspricht der gesetzlichen Konzeption des Freizügigkeitsrechts, von der Rechtmäßigkeit des Aufenthalts auszugehen, solange die Ausländerbehörde nicht von ihrer Möglichkeit Gebrauch gemacht hat, den Verlust oder das Nichtbestehen des Aufenthaltsrechts nach § 5 Abs 5 FreizügG/EU festzustellen und die Bescheinigung über das gemeinschaftsrechtliche Aufenthaltsrecht einzuziehen.“

Unionsbürger sind oder drittstaatsangehörige Familienangehörige. Der Familiennachzug im Sinne des Freizügigkeitsgesetzes beinhaltet sowohl den tatsächlichen Nachzug (d. h. der Unionsbürger lebt bereits in Deutschland) als auch die gleichzeitige Einreise. Unerheblich ist auch, ob die Ehe bzw. Lebenspartnerschaft in Deutschland geschlossen wird oder bereits vor der Einreise bestanden hat.

Der Begriff des Familienangehörigen ist in § 3 FreizügG sowie in Art. 2 Nr. 2 UnionsRL geregelt.

Danach besteht ein Freizügigkeitsrecht für

- ⇒ den Ehegatten oder eingetragene gleichgeschlechtliche Lebenspartner⁴⁶ (auch wenn sie dauernd getrennt leben),
- ⇒ Verwandte in absteigender Linie des freizügigkeitsberechtigten Unionsbürgers (also Kinder, Enkel usw.) oder seines Ehegatten (also Stiefkinder, Stiefenkel usw.) bis zu einem Alter von einschließlich 20 Jahren,
- ⇒ Verwandte in absteigender Linie des freizügigkeitsberechtigten Unionsbürgers (also Kinder, Enkel usw.) oder seines Ehegatten (also Stiefkinder, Stiefenkel usw.) ab einem Alter von 21 Jahren, wenn ihnen Unterhalt gewährt wird,
- ⇒ Verwandte in aufsteigender Linie des Unionsbürgers (also Eltern, Großeltern usw.) oder seines Ehegatten (also Schwiegereltern usw.), wenn ihnen Unterhalt gewährt wird.

Der Unterhalt für die beiden letztgenannten Gruppen muss einen Teil des Bedarfs abdecken und muss keineswegs existenzsichernd sein. Auch Naturalunterhalt (Betreuung, Pflege, kostenloses Wohnrecht usw.) wird als Unterhaltsleistung gewertet. Ergänzend zum Unterhalt kann ein Anspruch auf Sozialleistungen bestehen.⁴⁷ Lediglich für die Familienangehörigen von

⁴⁶ Bislang waren eingetragene Lebenspartner gegenüber Ehegatten im Freizügigkeitsgesetz schlechter gestellt. Da dies eindeutig der UnionsRL widerspricht, sieht ein am 25. Oktober 2012 verabschiedeter Gesetzentwurf der Bundesregierung (BT 17/10746) die Gleichstellung auch im Freizügigkeitsgesetz vor.

⁴⁷ AVwV FreizügG, 3.2.2.1: „Eine solche Unterhaltsgewährung liegt vor, wenn dem Verwandten tatsächlich Leistungen zukommen, die vom Ansatz her als Mittel der Bestreitung des Lebensunterhalts angesehen werden können. Dazu gehört eine fortgesetzte regelmäßige Unterstützung in einem Umfang, der es

Nicht-Erwerbstätigen besteht die Voraussetzung, dass ausreichende Existenzmittel einschließlich eines Krankenversicherungsschutzes vorhanden sind.

- ⇒ Ausnahmsweise kann auch dann ein Aufenthaltsrecht abgeleitet werden, wenn nicht der EU-Bürger seinem Verwandten den Unterhalt gewährt, sondern es sich umgekehrt verhält. Dies ist der Fall, wenn es sich bei dem EU-Bürger um einen freizügigkeitsberechtigten Minderjährigen handelt, der von einem drittstaatsangehörigen Elternteil tatsächlich betreut wird, diese Betreuung erforderlich ist und keine öffentlichen Mittel in Anspruch genommen werden.⁴⁸

- ⇒ Ein Aufenthaltsrecht als Familienangehöriger kann für die werdenden Eltern auch über ein ungeborenes Kind bestehen. Auch wenn dies im Freizügigkeitsgesetz nicht ausdrücklich vorgesehen ist, ergibt sich dies aus einer analogen Anwendung der Regelungen zum Aufenthaltsgesetz. Nach Nr. 28.1.4 der Allgemeinen Verwaltungsvorschrift zum Aufenthaltsgesetz greift ein familiäres Aufenthaltsrecht u. U. schon vor der Geburt, da dies aufgrund der „ausländerrechtlichen Vorwirkung des Schutzgebots des Art. 6 GG“ zwingend sein kann. Da Unionsbürger nicht schlechter gestellt werden dürfen als andere Ausländer, muss dies zweifellos auch auf Unionsbürger angewandt werden. Auch das Bundessozialgericht hat in einem Fall bereits ein solches familiäres Aufenthaltsrecht festgestellt und aus diesem Grund die Gewährung von SGB-II-Leistungen angeordnet (vgl. Kapitel 3).

ermöglicht, zumindest einen Teil des Lebensunterhalts regelmäßig zu decken. Maßstab ist dabei das Lebenshaltungsniveau in dem EU-Mitgliedstaat, in dem sich der Familienangehörige ständig aufhält. Es ist nicht erforderlich, dass derjenige, dem Unterhalt gewährt wird, einen Anspruch auf Unterhaltsgewährung hat oder seinen Unterhalt nicht selbst bestreiten könnte. Auf die Gründe für die Unterstützung kommt es ebenfalls nicht an. Allein die Tatsache, dass der Unterhaltsberechtigte Sozialleistungen in Anspruch nimmt, steht einer tatsächlichen Unterhaltsgewährung nicht entgegen.“

⁴⁸ AVwV FreizügG, 3.2.2.2; EUGH, Urteil vom 19. Oktober 2004, Rs. C-200/02 – Zu/Chen, Rn. 42 ff.

Praxishinweis:

- ⇒ Die Familienangehörigen von Arbeitnehmern, Selbstständigen und Daueraufenthaltsberechtigten haben einen Anspruch auf Leistungen nach dem SGB II bzw. SGB XII wie die „Stammberechtigten“. Dieser steht dem Aufenthaltsrecht nicht entgegen.⁴⁹
- ⇒ Die Familienangehörigen von Arbeitssuchenden haben nach dem Wortlaut des SGB II keinen Anspruch auf Leistungen der Grundsicherung für Arbeitsuchende. Die Rechtmäßigkeit dieses Ausschlusses ist stark umstritten.
- ⇒ Die Familienangehörigen von Nicht-Erwerbstätigen haben einen Anspruch auf Leistungen nach dem SGB II oder SGB XII wie die Stammberechtigten. Allerdings kann bei ihnen der Leistungsbezug im Rahmen einer Ermessensentscheidung zum Verlust des Aufenthaltsrechts führen. Der Sozialhilfebezug führt jedoch nicht automatisch zu einem Verlust des Aufenthaltsrechts.

Anders als im Aufenthaltsgesetz kennt das Freizügigkeitsgesetz keine weiteren Voraussetzungen für den Familiennachzug. Insbesondere die Voraussetzung von Deutschkenntnissen vor der Einreise wird für einen Familiennachzug nach dem Freizügigkeitsgesetz nicht verlangt. Ebenso sind die Altersgrenzen wesentlich großzügiger als im Aufenthaltsgesetz. Insofern ist es in manchen Fällen günstig, das Freizügigkeitsgesetz auch beim Familiennachzug zu einem deutschen Staatsbürger anzuwenden. Dies geht allerdings nur dann, wenn es sich bei dem Deutschen um einen sogenannten „Rückkehrerfall“ handelt, d. h. der Deutsche bereits seine Freizügigkeit durch einen längeren Aufenthalt im EU-Ausland wahrgenommen hat und nun nach Deutschland zurückkehrt.⁵⁰

⇒ 2.2.5.1 Die Aufrechterhaltung des Aufenthaltsrechts als Familienangehöriger

Die Familienangehörigen behalten auch nach dem Tod oder Wegzug des Unionsbürgers unter bestimmten Voraussetzungen ein eigenständiges Aufenthaltsrecht:

- ⇒ Beim Tod des Unionsbürgers behalten Familienangehörige, die nicht Unionsbürger sind, ein eigenständiges Recht auf Aufenthalt, wenn sie sich vor dem Tod des Unionsbürgers mindestens ein Jahr als seine Familienangehörigen im Bundesgebiet aufgehalten haben. Hierfür ist es allerdings zudem erforderlich, dass sie in eigener Person eine der Freizügigkeitsvoraussetzungen aus § 2 Abs. 2 FreizügG erfüllen (also z. B. Arbeitnehmer oder Selbstständiger bzw. Arbeitssuchender sind).⁵¹
- ⇒ Ehegatten, die nicht Unionsbürger sind, behalten bei Scheidung oder Aufhebung der Ehe bzw. Lebenspartnerschaft ein Aufenthaltsrecht, wenn
 - die Ehe bis zur Einleitung des gerichtlichen Scheidungs- oder Aufhebungsverfahrens mindestens drei Jahre bestanden hat, davon mindestens ein Jahr im Bundesgebiet oder
 - ihnen durch Vereinbarung der Ehegatten oder durch gerichtliche Entscheidung die elterliche Sorge für die Kinder des Unionsbürgers übertragen wurde oder
 - es zur Vermeidung einer besonderen Härte erforderlich ist, insbesondere weil dem Ehegatten wegen der Beeinträchtigung seiner schutzwürdigen Belange ein Festhalten an der Ehe nicht zugemutet werden konnte (z. B. im Falle von psychischer oder physischer Misshandlung durch den Ehegatten), oder
 - ihnen durch Vereinbarung der Ehegatten oder durch gerichtliche Entscheidung das Recht zum persönlichen Umgang mit dem minderjährigen Kind nur im Bundesgebiet eingeräumt wurde.

Auch in diesen Fällen ist jeweils weitere Voraussetzung, dass die Familienangehörigen in eigener Person eine der Freizügigkeitsvoraussetzungen aus § 2 Abs. 2 FreizügG erfüllen (also z. B. Arbeitnehmer oder Selbstständiger bzw. Arbeitssuchender sind).⁵²

⁴⁹ Vgl. BSG, Urteil vom 25.1.2012, B 14 AS 138/11 R

⁵⁰ Vgl.: AVwV FreizügG, 3.0.2

⁵¹ § 3 Abs. 3 FreizügG

⁵² § 3 Abs. 3 FreizügG

⇒ 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.⁵³ Unter Ausbildungseinrichtung ist hierbei auch der Besuch einer allgemeinbildenden Schule (auch Grundschule) zu verstehen.⁵⁴

⁵³ § 3 Abs. 4 FreizügG

⁵⁴ AVwV FreizügG, 3.4.2

Praxishinweis: In allen Fällen, in denen das Aufenthaltsgesetz günstigere Regelungen vorsieht (z. B. im Falle des eigenständigen Aufenthaltsrechts nach § 31 oder § 34 AufenthG), müssen diese auch auf Freizügigkeitsberechtigte angewandt werden. Dies ergibt sich aus dem Günstigkeitsprinzip des § 11 Abs. 1 Satz 5 FreizügG.

2.3 Die Bescheinigungen über das Aufenthaltsrecht (Freizügigkeitsbescheinigung und Aufenthaltskarte)

2.3.1. Für Unionsbürger

Seit dem 29. Januar 2013 ist die Freizügigkeitsbescheinigung ersatzlos gestrichen. Durch diese sehr sinnvolle Gesetzesänderung hat sich an der Rechtslage an sich nichts geändert, jedoch erfolgte hiermit eine Klarstellung: Seitdem ist es nicht mehr möglich, z. B. für die Gewährung von Kindergeld, dem Integrationskurs oder anderen Sozialleistungen eine Freizügigkeitsbescheinigung zu verlangen. Obwohl dieses schon in der Vergangenheit rechtswidrig war, musste die Freizügigkeitsbescheinigung in der Praxis jedoch häufig vorgelegt werden. Nunmehr gilt: Die Meldebescheinigung ist das einzige Dokument, das verlangt werden kann, um den rechtmäßigen Aufenthalt nachzuweisen.

Freizügigkeitsberechtigte Unionsbürger hatten und haben ein Aufenthaltsrecht unabhängig davon, ob sie eine „Freizügigkeitsbescheinigung“ besaßen oder nicht. Das Aufenthaltsrecht besteht, solange die Ausländerbehörde nicht durch einen begründeten Bescheid festgestellt hat, dass das Aufenthaltsrecht nicht (mehr) besteht.

Die Freizügigkeitsbescheinigung diente lediglich dazu, das Bestehen des Rechts gegenüber anderen Behörden leichter dokumentieren zu können. Die Freizügigkeitsbescheinigung hatte jedoch nur einen so genannten „deklaratorischen Charakter“ und war auch in der Vergangenheit zur Begründung des Aufenthaltsrechts nicht erforderlich.⁵⁵

In der Praxis führte die Frage der (Nicht-)Ausstellung einer Freizügigkeitsbescheinigung immer wieder zu Unklarheiten. Oftmals verweigerten Ausländerbehörden die Ausstellung der Bescheinigung. Dies war in aller Regel rechtswidrig. In den Verwaltungsvorschriften zum Freizügigkeitsgesetz sind folgende Punkte sehr klar geregelt:

- ⇒ Die Freizügigkeitsbescheinigung war unverzüglich auszustellen.
- ⇒ Sie war von Amts wegen (d.h. ohne Antrag) auszustellen.

⁵⁵ AVwV FreizügG, 5.0 ff

- ⇒ Sie war regelmäßig unbefristet auszustellen. Ausnahmsweise konnte sie befristet ausgestellt werden, wenn der geplante Aufenthalt von vornherein vorübergehender Natur war. Dies war im Falle der Arbeitsuche und auch im Falle befristeter Arbeitsverträge regelmäßig jedoch nicht der Fall.
- ⇒ Sie sollte keinen Hinweis auf den Grund der Freizügigkeit erkennen lassen.
- ⇒ Auch minderjährigen Freizügigkeitsberechtigten war eine Bescheinigung auszustellen.
- ⇒ Eine persönliche Vorsprache bei der Ausländerbehörde war nicht erforderlich, die Anmeldung beim Einwohnermeldeamt reichte aus.
- ⇒ Eine Überprüfung der Angaben des Freizügigkeitsberechtigten zu seinen Freizügigkeitsvoraussetzungen darf nur ausnahmsweise stattfinden.⁵⁶

Die Freizügigkeitsbescheinigung hatte nur eine „eingeschränkte Bedeutung“. Insofern war die Praxis einiger Behörden (Familienkassen, Jobcenter, BAMF usw.), die Vorlage der Freizügigkeitsbescheinigung zu fordern, um dort einen Antrag auf Leistungen stellen zu können, eindeutig rechtswidrig.

Praxishinweis:

- ⇒ Der Aufenthalt eines Unionsbürgers ist rechtmäßig, solange die Ausländerbehörde nicht durch einen Verwaltungsakt den Verlust der Freizügigkeit festgestellt hat.
- ⇒ Da in der Praxis die Freizügigkeitsbescheinigung europarechtswidrig zu einer Art „Ersatzaufenthaltstitel“ geworden war, hat der Bundestag am 25. Oktober 2012 die ersatzlose Streichung der Freizügigkeitsbescheinigung beschlossen.⁵⁷ Diese Gesetzesänderung ist zum 29. Januar 2013 in Kraft getreten. Nunmehr ist die Meldebescheinigung oder alternativ ein anderer geeigneter Nachweis über den Lebensmittelpunkt (Mietvertrag, Schulbescheinigung, Arbeitsvertrag usw.) eindeutig ausreichend, um den gewöhnlichen und rechtmäßigen Aufenthalt dokumentieren zu können.

⁵⁶ AVvV FreizügG, 5.0ff

⁵⁷ Bundestags-Drucksache BT 17/10746

2.3.2. Für drittstaatsangehörige Familienangehörige

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

- ⇒ Die Aufenthaltskarte ist innerhalb von sechs Monaten, nachdem der Familienangehörige die entsprechenden Angaben gemacht hat, auszustellen. Eine Bescheinigung hierüber ist unverzüglich auszustellen.
- ⇒ Sie ist von Amts wegen (d.h. ohne Antrag) auszustellen.
- ⇒ Sie ist regelmäßig mit einer Gültigkeitsdauer von fünf Jahren auszustellen.
- ⇒ Sie ist kostenfrei auszustellen.
- ⇒ Sie ist unabhängig von einem eventuellen Visumsverstoß auszustellen.⁵⁸

Praxishinweis: Der Aufenthalt eines drittstaatsangehörigen Familienangehörigen ist unabhängig vom Vorliegen einer Aufenthaltskarte rechtmäßig, solange die Ausländerbehörde nicht durch einen Verwaltungsakt den Verlust der Freizügigkeit festgestellt hat.

⁵⁸ AVvV FreizügG, 5.2ff

2.4 Der Verlust des Aufenthaltsrechts

Innerhalb der ersten fünf Jahre des Aufenthalts kann die Ausländerbehörde aus besonderem Anlass das Fortbestehen des Rechts auf Freizügigkeit überprüfen. Als besonderer Anlass gilt in der Regel der Antrag auf Leistungen nach dem SGB II oder SGB XII. Die Folge einer solchen Überprüfung kann unter bestimmten und gesetzlich sehr eng umgrenzten Voraussetzungen die Feststellung über das Nicht-Bestehen eines Freizügigkeitsrechts sein.

Wegen der Inanspruchnahme von Sozialhilfeleistungen kann nur im folgenden Fall eine Verlustfeststellung des Rechts auf Freizügigkeit getroffen werden:

Unionsbürger in der Kategorie „Nicht-Erwerbstätige“ und ihre Familienangehörigen, die unangemessene Sozialhilfeleistungen beziehen (siehe Kapitel 2.2.4).

Praxishinweis: Bei allen anderen Gruppen (mit Ausnahme der Nicht-Erwerbstätigen) besteht das Freizügigkeitsrecht immer unabhängig vom Vorliegen ausreichender Existenzmittel. Bei ihnen kann aus Gründen der Sozialhilfebedürftigkeit also in keinem Fall eine Verlustfeststellung getroffen werden. Dies betrifft vor allem:

- ⇒ Arbeitnehmer, die ergänzende Leistungen nach dem SGB II beziehen, und ihre Familienangehörigen,
- ⇒ Arbeitnehmer oder Selbstständige, deren Status bei unfreiwilliger Arbeitslosigkeit für sechs Monate oder sogar unbefristet fortbesteht, und ihre Familienangehörigen und
- ⇒ Arbeitsuchende. Bei ihnen kann allerdings der Verlust des Freizügigkeitsrechts festgestellt werden, wenn objektiv keine Aussicht mehr besteht, dass eine Arbeitsstelle gefunden wird oder tatsächlich keine Arbeitssuche stattfindet.

Das Freizügigkeitsrecht endet nicht automatisch, sondern nur durch eine Ermessensentscheidung (begründeter Bescheid) der Ausländerbehörde in der alle Gesichtspunkte, die für ein Weiterbestehen des Aufenthaltsrechts sprechen, gegenüber dem möglichen öffentlichen Interesse einer Verlustfeststellung nachvollziehbar gegeneinander abgewogen werden müssen. Andernfalls wäre eine Verlustfeststellung schon aus formalen Gründen ermessensfehlerhaft und damit rechtswidrig.

Gegen einen solchen Verwaltungsakt können Rechtsmittel (Widerspruch oder Klage vor dem Verwaltungsgericht) eingelegt werden. Nach einem Aufenthalt von fünf Jahren kann keine Verlustfeststellung mehr getroffen werden, auch wenn die Voraussetzungen schon zuvor nicht mehr vorgelegen haben. Nach einem fünfjährigen rechtmäßigen Aufenthalt besteht das Daueraufenthaltsrecht.⁵⁹

Die Verlustfeststellung führt zwar zum Eintreten einer Ausreisepflicht, es besteht aber keine Wiedereinreisepflicht.

⁵⁹ AVwV FreizügG, 5.5

2.5 Das Daueraufenthaltsrecht

Der Verlust des Freizügigkeitsrechts ist nur in den ersten fünf Jahren des Aufenthalts möglich.⁶⁰ Nach fünf Jahren rechtmäßigen Aufenthalts besteht per Gesetz ein Recht zum Daueraufenthalt (§ 4a FreizügG), das nur noch durch eine Ausweisung aus Gründen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung beendet werden kann (insbesondere bei schweren Straftaten).

Nach Entstehen des Daueraufenthaltsrechts ist es unerheblich, ob die Freizügigkeitsvoraussetzungen des § 2 Abs. 2 FreizügG weiterhin vorliegen oder vielleicht bereits vorher nicht mehr vorgelegen haben. Eine Ausweisung von Nicht-Erwerbstätigen aufgrund des Sozialhilfebezugs ist damit nicht mehr möglich. Ausschlüsse vom Sozialleistungszugang sind nach Entstehen des Daueraufenthaltsrechts nicht mehr anwendbar.

Praxishinweis:

- ⇒ Das Bestehen des Daueraufenthaltsrechts wird Unionsbürgern auf Antrag unverzüglich bescheinigt.
- ⇒ Drittstaatsangehörigen Familienangehörigen mit Daueraufenthaltsrecht wird innerhalb von sechs Monaten nach Antragstellung eine „Daueraufenthaltskarte“ ausgestellt.⁶¹

Die Voraussetzungen für das Recht auf Daueraufenthalt sind allein zeitlicher Natur. Weitere Voraussetzungen (etwa die Sicherung des Lebensunterhalts, Deutschkenntnisse, Rentenbeitragszahlungen usw.) werden nicht verlangt.

Folgende Voraufenthaltszeiten werden für das Daueraufenthaltsrecht vorausgesetzt:

- ⇒ Bei einem Unionsbürger fünf Jahre ständiger, rechtmäßiger Aufenthalt nach dem Freizügigkeitsgesetz. Der Aufenthalt eines Unionsbürgers ist solange rechtmäßig, wie die Ausländerbehörde keine Feststellung über das Nichtbestehen des Aufent-

haltsrechts getroffen hat. Das Vorliegen einer Freizügigkeitsbescheinigung in den fünf Jahren ist nicht erforderlich.

- ⇒ Bei einem drittstaatsangehörigen Familienangehörigen fünf Jahre ständiger, rechtmäßiger Aufenthalt als freizügigkeitsberechtigter Familienangehöriger des Unionsbürgers. Auch hier ist der Aufenthalt unabhängig vom Vorliegen einer Aufenthaltskarte rechtmäßig, solange die Ausländerbehörde nicht das Gegenteil festgestellt hat.⁶²

Für bestimmte Gruppen bestehen verkürzte Voraufenthaltszeiten. Diese sind in § 4a Abs. 2 bis 5 FreizügG geregelt und sollen an dieser Stelle nicht im Detail dargestellt werden.

Der für das Entstehen des Daueraufenthaltsrechts vorausgesetzte fünfjährige ständige Aufenthalt kann durch folgende Abwesenheitszeiten unterbrochen werden, ohne dass dies den Erwerb des Daueraufenthaltsrechts beeinflussen würde:

- ⇒ Abwesenheiten bis zu insgesamt sechs Monaten im Jahr,
- ⇒ Abwesenheit zur Ableistung des Wehrdienstes oder eines Ersatzdienstes,
- ⇒ 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.⁶³

Nach Erwerb des Daueraufenthaltsrechts führt eine Abwesenheit aus einem seiner Natur nach nicht nur vorübergehenden Grund von mehr als zwei aufeinander folgenden Jahren zum Verlust des Daueraufenthaltsrechts.⁶⁴

⁶⁰ Vgl. AVwV FreizügG, 5.5.1.3

⁶¹ § 5 Abs. 6 FreizügG

⁶² Vgl.: BVerwG, Urteil vom 31.05.2012 - 10 C 8.12

⁶³ § 4a Abs. 6 FreizügG

⁶⁴ § 4a Abs. 7 FreizügG

3. Zugang zu existenzsichernden Leistungen (SGB II und SGB XII)

Wohl kaum ein Rechtsgebiet ist in der Praxis der Migrationsberatungsstellen mit einer so großen Rechtsunsicherheit verbunden, wie die Frage des Zugangs zu den Leistungen des SGB II (und in Ausnahmefällen auch des SGB XII) für Unionsbürger und ihre Familienangehörigen. Die Ursache hierfür liegt auf der einen Seite in klaren Ausschlussformulierungen im SGB II, die sich gezielt auf Unionsbürger beziehen. Auf der anderen Seite existieren im höherrangigen europäischen Recht eine Reihe von Normen, die diesen Ausschluss in vielen Fällen als rechtswidrig erscheinen lassen.

Im Klartext: Die Aussicht, gegen einen ablehnenden Bescheid des Jobcenters durch eine Klage vor dem Sozialgericht erfolgreich zu sein, ist relativ hoch. Allerdings existiert zu den meisten der im Folgenden dargestellten Fragen bislang keine höchstrichterliche Rechtsprechung. Da es sich allerdings bei den Leistungen des SGB II und SGB XII um die staatlich geschuldete Sicherstellung eines menschenwürdigen Existenzminimums handelt, sollte im Zweifel eine ablehnende Entscheidung durch ein Sozialgericht überprüft werden.

Trotz der unklaren Rechtslage deutet vieles darauf hin, dass die Leistungsausschlüsse im nationalen Recht auf mittlere Sicht nicht haltbar sein und vom Bundessozialgericht und dem Europäischen Gerichtshof klargestellt werden dürften.⁶⁵

Im Folgenden soll zunächst die geltende Rechtslage insbesondere im SGB II dargestellt und anschließend die damit in Widerspruch stehenden europäischen Regelungen beschrieben werden.

Praxishinweis: Bei Anträgen auf Leistungen nach dem SGB II sind die Jobcenter verpflichtet, Dolmetscher- und Übersetzungskosten für Unionsbürger von Amts wegen zu übernehmen:

„Bei Erstkontakten (schriftlich und mündlich) sind notwendige Übersetzungen bzw. Dolmetscherdienste in jedem Fall von der BA bzw. dem jeweiligen Jobcenter zu veranlassen und zu erstatten. Die Kosten für Übersetzungen von Schriftstücken von Staatsangehörigen aus Staaten der EU, (...) ihre Familienangehörigen (...), Staatsangehörigen aus Staaten des Europäischen Wirtschaftsraumes (...) sowie die Kosten für entsprechende Dolmetscherdienste werden in allen Fällen (also auch bei weiteren Kontakten) von Amts wegen übernommen.“⁶⁶

⁶⁵ Vgl.: Frings: „Sozialleistungen für Unionsbürger/innen nach der VO 883/2004“, März 2012; Classen: „Sozialleistungen für MigrantInnen nach SGB II, SGB XII und AsylbLG“, September 2012

⁶⁶ HEGA 05/11 - 08 – Handlungsempfehlung und Geschäftsanweisung der Bundesagentur für Arbeit: Inanspruchnahme von Dolmetscher- und Übersetzungsdiensten sowie Regelungen für den Einsatz und die Verwendung von Dienstaussweisen. www.arbeitsagentur.de/nn_164884/zentraler-Content/HEGA-Internet/A20-Intern/Dokument/HEGA-05-2011-VV-Dolmetscher-Uebersetzungsdienste.html

3.1 Die Voraussetzungen für den Anspruch auf Leistungen nach dem SGB II

Als Voraussetzungen des Zugangs zu den Leistungen des SGB II bestehen neben den allgemeinen Regelungen einige spezielle Vorschriften, die nur für Ausländer relevant sind. Diese ausländerrechtlichen Voraussetzungen, die in § 7 SGB II geregelt sind, bestehen aus folgenden Hürden:

- ⇒ Bestehen eines gewöhnlichen und rechtmäßigen Aufenthalts in Deutschland (§ 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 SGB II)
- ⇒ Bestehen der ausländerrechtlichen Erwerbsfähigkeit (§ 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 i. V. m. § 8 Abs. 2 SGB II)
- ⇒ Leistungsausschluss für Ausländer, die weder in der Bundesrepublik Deutschland Arbeitnehmer oder Selbständige noch aufgrund des § 2 Absatz 3 des Freizügigkeitsgesetzes/EU freizügigkeitsberechtigt sind, und ihre Familienangehörigen für die ersten drei Monate ihres Aufenthalts (§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 SGB II)
- ⇒ Leistungsausschluss für Ausländer, deren Aufenthaltsrecht sich allein aus dem Zweck der Arbeitssuche ergibt, und ihre Familienangehörigen (§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II) sowie
- ⇒ Leistungsausschluss für Leistungsberechtigte nach § 1 Asylbewerberleistungsgesetz (§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 SGB II).

Mit Ausnahme des letztgenannten Ausschlusses sind diese Hürden und Spezialvoraussetzungen vor allem für Leistungsansprüche von Unionsbürgern relevant. Daher sollen diese im Folgenden detailliert dargestellt werden.

3.1.1 Gewöhnlicher und rechtmäßiger Aufenthalt

Das SGB II setzt für einen Leistungsanspruch gemäß § 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 SGB II einen Wohnsitz oder den gewöhnlichen Aufenthalt im Bundesgebiet voraus.⁶⁷

Falls kein Wohnsitz in Deutschland besteht, ist der gewöhnliche Aufenthalt entscheidend. Dieser ist folgendermaßen definiert:

„In erster Linie ist für die Begründung des gewöhnlichen Aufenthaltes der Wille des Hilfeempfängers maßgebend, einen bestimmten Ort zum Mittelpunkt seiner Lebensbeziehungen zu machen. Nach der Rechtsprechung ist dabei nicht der rechtliche Wille, sondern der tatsächlich zum Ausdruck kommende Wille entscheidend.“⁶⁸

Für die Begründung des gewöhnlichen Aufenthalts genügt es, *„dass der Betreffende sich an einem Ort oder Gebiet ,bis auf weiteres‘ im Sinne eines zukunftsorientierten Verbleibs aufhält und dort den Mittelpunkt seiner Lebensverhältnisse hat.“⁶⁹*

Neben dem gewöhnlichen Aufenthalt ist auch die Rechtmäßigkeit des Aufenthalts entscheidend. Bezogen auf Unionsbürger stellt die Bundesagentur für Arbeit in Hinblick auf die alte Rechtsordnung folgendes fest:

„Freizügigkeitsberechtigten Unionsbürgern wird bei einem Aufenthalt von mehr als drei Monaten von Amts wegen durch die Meldestelle eine deklaratorische Bescheinigung über das Aufenthaltsrecht ausgestellt (§ 5 Abs. 1 FreizügG/EU), die grundsätzlich ohne zeitliche Begrenzung gilt. Diese Bescheinigung sollte bei einer Antragstellung auf Leistungen nach dem SGB II mit dem Mietvertrag vom antragstellenden Unionsbürger vorgelegt werden, um den gewöhnlichen Aufenthalt in der Bundesrepublik darzulegen. Hat der Unionsbürger (noch) keine

⁶⁷ Vgl.: § 30 SGB I

⁶⁸ Bundesagentur für Arbeit, Fachliche Hinweise (FH) zu § 7 SGB II, Randnummer 7.2, zu finden unter: http://www.arbeitsagentur.de/nn_166486/zentraler-Content/A01-Allgemein-Info/A015-Oeffentlichkeitsarbeit/Allgemein/IW-SGB-II-Fachliche-Hinweise.html

⁶⁹ a.a.O.

*solche Bescheinigung, dann darf daraus nicht geschlossen werden, dass der gewöhnliche Aufenthalt nicht vorliegt.*⁷⁰

Die Bundesagentur für Arbeit vertritt in den Fachlichen Hinweisen, die jedenfalls für die Jobcenter, die als Gemeinsame Einrichtung (früher: Arge) organisiert sind, bindende Wirkung haben, also eine völlig richtige Rechtsauffassung: Die Freizügigkeitsbescheinigung war für die Begründung eines rechtmäßigen und gewöhnlichen Aufenthalts nicht erforderlich. Der rechtmäßige und gewöhnliche Aufenthalt besteht auch ohne Freizügigkeitsbescheinigung, solange die Ausländerbehörde nicht durch eine Ermessensentscheidung (begründeter Bescheid!) das Gegenteil festgestellt hat. Fragen rund um die Freizügigkeitsbescheinigung haben sich zwischenzeitlich erledigt, da diese seit dem 29. Januar 2013 ersatzlos gestrichen worden ist.

3.1.2 Ausländerrechtliche Erwerbsfähigkeit

Das SGB II setzt zudem für eine Leistungsberechtigung voraus, dass die Erwerbsfähigkeit gegeben ist (§ 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 SGB II). Für Ausländer bedeutet dies neben der gesundheitlichen Erwerbsfähigkeit auch das Vorliegen der ausländerrechtlichen Erwerbsfähigkeit.

Nach § 8 Abs. 2 SGB II *„können Ausländerinnen und Ausländer nur erwerbstätig sein, wenn ihnen die Aufnahme einer Beschäftigung erlaubt ist oder erlaubt werden könnte. Die rechtliche Möglichkeit, eine Beschäftigung vorbehaltlich einer Zustimmung nach § 39 des Aufenthaltsgesetzes aufzunehmen, ist ausreichend.“*

Während alle anderen Unionsbürger und ihre Familienangehörigen keinerlei Einschränkungen bezüglich dem Arbeitsmarktzugang unterliegen, besitzen Unionsbürger aus Bulgarien und Rumänien bis Ende 2013 und Unionsbürger aus Kroatien längstens bis Juni 2020 lediglich einen nachrangigen Arbeitsmarktzugang. In der Vergangenheit war vor den Sozialgerichten umstritten, ob für sie daher eine ausländerrechtliche Erwerbsfähigkeit besteht oder nicht.

⁷⁰ a.a.O., Randnummer 7.2b

Die Fachlichen Hinweise zu § 8 Abs. 2 SGB II der Bundesagentur für Arbeit stellen zu dieser Frage fest:

„Erlaubt werden könnte die Aufnahme einer Beschäftigung, wenn eine Zulassung zum Arbeitsmarkt zwar noch nicht erfolgt ist, aber die rechtlichen Voraussetzungen grundsätzlich eröffnet sind. Durch die Einführung des § 8 Abs. 2 S. 2 wurde gesetzlich klargestellt, dass bereits ein sog. nachrangiger Zugangs (unter dem Vorbehalt einer Arbeitsmarktprüfung) ausreicht. Die Vorschrift betrifft Drittstaatsangehörige und Unionsbürger aus Bulgarien und Rumänien. Es kommt somit darauf an, dass zumindest rechtlich-theoretisch eine Zustimmung zur Aufnahme einer Beschäftigung durch die Bundesagentur für Arbeit erteilt werden könnte, auch wenn in Bezug auf den angestrebten Arbeitsplatz ggf. eine Vorrangprüfung dies verhindert oder den bisherigen Zugang verhindert hat.“⁷¹

Auch zu dieser Frage vertritt die Bundesagentur für Arbeit eine nachvollziehbare und völlig richtige Position. In der Konsequenz bedeutet dies, dass alle Unionsbürger aus Bulgarien, Rumänien und Kroatien und ihre Familienangehörigen (auch wenn ihnen noch keine Arbeitserlaubnis erteilt worden ist) im ausländerrechtlichen Sinne erwerbsfähig sind und somit auch diese Voraussetzung für eine Leistungsberechtigung erfüllen. Die Leistungsablehnung mit der Begründung einer fehlenden ausländerrechtlichen Erwerbsfähigkeit widerspräche nicht nur der (völlig korrekten) Rechtsauffassung der Bundesagentur für Arbeit, sondern auch der Absicht des Gesetzgebers.

3.1.3 Ausschluss innerhalb der ersten drei Monate des Aufenthalts

§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 SGB II sieht einen Leistungsausschluss für Ausländer innerhalb der ersten drei Monate des Aufenthalts vor. Hiernach erhalten keine Leistungen des SGB II

„Ausländerinnen und Ausländer, die weder in der Bundesrepublik Deutschland Arbeitnehmerinnen, Arbeitnehmer oder Selbständige noch aufgrund des § 2 Absatz 3 des

⁷¹ FH zu § 8 SGB II, Randnummer 8.15, zu finden unter: <http://www.arbeitsagentur.de/zentraler-Content/A01-Allgemein-Info/A015-Oeffentlichkeitsarbeit/Publikation/pdf/Gesetzestext-08-SGB-II-Erwerbsfaehigkeit.pdf>

Freizügigkeitsgesetzes/EU freizügigkeitsberechtigt sind, und ihre Familienangehörigen für die ersten drei Monate ihres Aufenthalts“.

Aus der Formulierung ergibt sich umgekehrt:

Leistungen erhalten Ausländer also selbst nach dem Gesetzeswortlaut auch innerhalb der ersten drei Monate, wenn sie:

- ⇒ Arbeitnehmer (eine geringfügige Beschäftigung reicht aus),
- ⇒ Selbstständige (eine nicht-existenzsichernde Selbstständigkeit reicht aus),
- ⇒ Personen, die Arbeitnehmer oder Selbstständige waren und diese Tätigkeit bereits innerhalb der ersten drei Monate des Aufenthalts unverschuldet aufgeben mussten oder unfreiwillig gekündigt wurden,
- ⇒ Familienangehörige der oben genannten Gruppen sind.⁷²

Der Leistungsausschluss innerhalb der ersten drei Monate des Aufenthalts gilt außerdem nicht für

- ⇒ Familienangehörige von deutschen Staatsbürgern (vgl. Urteil des Bundessozialgerichts, Urteil vom 30.1.2013, B 4 AS 37/12 R)
- ⇒ Familienangehörige von Ausländern mit einem humanitären Aufenthaltstitel (§§ 22 bis 26 AufenthG)
- ⇒ Unionsbürger, die Opfer von Menschenhandel und Zwangsprostitution sind
- ⇒ Unionsbürger, die Opfer von Arbeitsausbeutung sind (vgl. Fachliche Hinweise der Bundesagentur für Arbeit zu § 7 SGB II; Rand-Nr. 7.5f und 7.5g)

In allen Fällen, in denen der Leistungsausschluss des SGB II greift, besteht dennoch die Pflicht des Staates, im Rahmen einer pflichtgemäßen Ermessensentscheidung zumindest Nothilfe in Form eines unabwiesbaren Bedarfs nach § 23 Abs. 1 Satz 3 SGB XII gewähren zu

müssen. Diese Pflicht ergibt sich unmittelbar aus dem Grundsatz der Menschenwürde (Art. 1 GG). Daher sollte in der Beratung darauf geachtet werden, dass Anträge auf Leistungen nach dem SGB II bei einer Ablehnung von Amts wegen weiter geleitet werden an das zuständige Sozialamt. Es besteht eine Weiterleitungspflicht des unzuständigen Leistungsträgers an den zuständigen Leistungsträger nach § 16 Abs. 2 SGB I.

Der Antrag gilt als gestellt, wenn er bei der unzuständigen Behörde eingegangen ist. Die zuständige Behörde muss dann ab diesem Datum (auch rückwirkend) Leistungen erbringen.

3.1.4 Ausschluss bei einem Aufenthaltsrecht allein zum Zweck der Arbeitsuche

Über einen Aufenthalt von drei Monaten hinaus besteht gemäß § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II ein Leistungsausschluss nach dem SGB II für „Ausländerinnen und Ausländer, deren Aufenthaltsrecht sich allein aus dem Zweck der Arbeitsuche ergibt, und ihre Familienangehörigen“.

Dieser Leistungsausschluss, der wortgleich auch in § 23 SGB XII für die Sozialhilfe zu finden ist, greift bis zu fünf Jahre, da danach das Daueraufenthaltsrecht erworben worden ist. Für die Beratungsstellen und Betroffenen stellt dieser Leistungsausschluss die gravierendste Ausschlussregelung dar: Nach dem Wortlaut des Gesetzes sollen Betroffene langfristig von existenzsichernden Leistungen ausgeschlossen werden.

Aus der Formulierung ergibt sich, dass der Leistungsausschluss nur für Ausländer gilt, deren Aufenthaltsrecht sich *allein* aus dem Zweck der Arbeitsuche ergibt. Im Umkehrschluss bedeutet dies, dass für folgende Gruppen ein Leistungsanspruch besteht – da sich ihr Aufenthaltsrecht eben nicht allein aus dem Zweck der Arbeitsuche ergibt:

- ⇒ Arbeitnehmer (eine geringfügige Beschäftigung reicht aus),
- ⇒ Selbstständige (eine nicht-existenzsichernde Selbstständigkeit reicht aus),

⁷² Vgl: FH zu § 7 SGB II, Randnummer 7.5b

- ⇒ Personen, die Arbeitnehmer oder Selbstständige waren und diese Tätigkeit unverschuldet aufgeben mussten oder unfreiwillig gekündigt wurden, bleiben für sechs Monate leistungsberechtigt nach einer weniger als einjährigen Tätigkeit,
- ⇒ Personen, die Arbeitnehmer oder Selbstständige waren und diese Tätigkeit unverschuldet aufgeben mussten oder unfreiwillig gekündigt wurden, bleiben unbefristet leistungsberechtigt nach einer mehr als einjährigen Tätigkeit. Der Status des „Arbeitnehmers“ oder Selbstständigen endet erst, wenn die Person den deutschen Arbeitsmarkt dauerhaft verlässt, z. B. weil sie für mehr als sechs Monate ohne wichtigen Grund ihren Aufenthalt nicht in Deutschland hat.⁷³
- ⇒ Familienangehörige der oben genannten Gruppen. Dazu gehören auch volljährige Kinder bis einschließlich 20 Jahre sowie ältere Kinder und Enkel, Eltern und Großeltern und Schwiegereltern, wenn ihnen ein Teil des Unterhalts gewährt wird. Auch über ein ungeborenes Kind kann für die Elternteile ein Aufenthaltsrecht als Familienangehöriger begründet werden, so dass der Leistungsausschluss nicht greift.⁷⁴
- ⇒ Unionsbürger und ihre Familienangehörigen, die ein Daueraufenthaltsrecht erworben haben (spätestens nach einem fünfjährigen rechtmäßigen Aufenthalt),
- ⇒ Unionsbürger bzw. ihre Familienangehörigen, die ein (günstigeres) Aufenthaltsrecht nach dem Aufenthaltsgesetz beanspruchen könnten (z. B. Ehegatten deutscher Staatsbürger, Opfer von Menschenhandel und Zwangsprostitution⁷⁵),
- ⇒ Unionsbürger, die als Nicht-Erwerbsfähige freizügigkeitsberechtigt sind und ihre Familienangehörigen. Für diese dürfte allerdings in erster Linie ein Leistungsanspruch nach dem SGB XII gegeben

sein. Zudem kann die Inanspruchnahme von Sozialhilfeleistungen (nur!) bei dieser Gruppe unter Umständen das Aufenthaltsrecht gefährden.

Auch hier gilt – bereits völlig unabhängig von der im Folgenden dargestellten Kollision mit übergeordneten Rechtsvorschriften:

In allen Fällen, in denen der Leistungsausschluss des SGB II bzw. XII greift, besteht dennoch die Pflicht des Staates, im Rahmen einer pflichtgemäßen Ermessensentscheidung zumindest Nothilfe in Form eines unabweisbaren Bedarfs nach § 23 Abs. 1 Satz 3 SGB XII gewähren zu müssen. Diese Pflicht ergibt sich unmittelbar aus dem Grundsatz der Menschenwürde (Art. 1 GG). Daher sollte in der Beratung darauf geachtet werden, dass Anträge auf Leistungen nach dem SGB II bei einer Ablehnung von Amts wegen weiter geleitet werden an das zuständige Sozialamt. Es besteht eine Weiterleitungspflicht des unzuständigen Leistungsträgers an den zuständigen Leistungsträger nach § 16 Abs. 2 SGB I.

Der Antrag gilt als gestellt, wenn er bei der unzuständigen Behörde eingegangen ist. Die zuständige Behörde muss dann ab diesem Datum (auch rückwirkend) Leistungen erbringen.

73 vgl. Fachliche Hinweise der Bundesagentur für Arbeit zu § 7 SGB II; Rand Nr. 7.5c

74 vgl.: Urteil des Bundessozialgerichts vom 30.1.2013; Aktenzeichen B 4 AS 54/12 R: „Eine schwangere Unionsbürgerin, die sich bei zeitnaher Geburt des Kindes auch auf ein Aufenthaltsrecht wegen einer bevorstehenden Familiengründung im Bundesgebiet berufen kann, ist nicht von SGB II-Leistungen ausgeschlossen.“

75 Vgl.: FH zu § 7 SGB II, Randnummer 7.5g

3.2 Konflikte des Leistungsausschlusses mit europäischem und anderem höherrangigen Recht

So detailliert die Leistungsausschlüsse im SGB II (und SGB XII) auch formuliert sein mögen, so umstritten ist in der Rechtsprechung deren Anwendbarkeit. In den sozialgerichtlichen Verfahren zur Frage des Ausschlusses von Leistungen des SGB II werden die Jobcenter trotz klarer Formulierungen im Gesetz immer wieder zu einer (vorläufigen) Leistungserbringung verpflichtet.

Zusätzlich stehen zahlreiche europäische Rechtsnormen ganz offensichtlich in einem Widerspruch zu den deutschen Regeln eines dauerhaften Leistungsausschlusses. Allein: Eine Klarheit über die (Nicht-)Anwendbarkeit der Leistungsausschlüsse besteht bislang nicht, da bislang weder der Europäische Gerichtshof noch das Bundessozialgericht endgültig über diese existenziellen Fragen entschieden haben.⁷⁶

Solange dies so ist, ist den Betroffenen und den Beratungsstellen dringend zu empfehlen, gegen Leistungsablehnungen per Widerspruch und (Eil-)Klage beim Sozialgericht vorzugehen: Für die Betroffenen Unionsbürger steht oftmals die nackte Existenz auf dem Spiel und die Aussichten auf positive Entscheidungen der Gerichte sind (jedenfalls in Eilverfahren) relativ gut.

Die zentralen Streitpunkte sollen im Folgenden dargestellt werden.

3.2.1 Leistungsausschluss des deutschen Sozialrechts vs. Diskriminierungsverbot des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV)

„Unbeschadet besonderer Bestimmungen der Verträge ist in ihrem Anwendungsbereich jede Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit verboten.“

Diesen Grundsatz eines Diskriminierungsverbots stellt Art. 18 Satz 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) als Europäisches Primärrecht klar. In der Rechtsprechung ist umstritten, ob die Leistungsausschlüsse des deutschen Sozialrechts diesem Gleichbehandlungsgrundsatz widersprechen.⁷⁷ Auch der Europäische Gerichtshof hat in der Entscheidung „Trojani“⁷⁸ festgestellt, dass jedem Unionsbürger ein unbedingtes Recht auf gleichberechtigte Teilhabe an allen Sozialleistungen des Aufnahmestaats zukommt, solange der erlaubte Aufenthalt andauert.⁷⁹

Das Landessozialgericht Berlin-Brandenburg sieht in dem Leistungsausschluss für Arbeitsuchende ebenfalls eine Verletzung des Diskriminierungsverbots aus Art. 18 AEUV:

„Die Regelung des § 7 Abs. 1 Satz 2 SGB II ist gemeinschaftsrechtlich auszulegen. Bei der hier im einstweiligen Rechtsschutzverfahren nur möglichen und gebotenen summarischen Prüfung ergibt die gemeinschaftsrechtliche Auslegung von § 7 Abs. 1 Satz 2 SGB II, dass für Ausländer, die Unionsbürger sind, aufgrund der nach Art. 12 EGV (jetzt: Art. 18 AEUV, d. Verf.) verbotenen Diskriminierung wegen der Staatsangehörigkeit kein Leistungsausschluss besteht, jedenfalls nicht nach Ablauf eines dreimonatigen Aufenthaltes (Art. 24 Abs. 2 Richtlinie 2004/38/EG) im Bundesgebiet.“⁸⁰

Ob also der Leistungsausschluss nach § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II für freizügigkeitsberechtigte Unionsbürger

⁷⁶ Beim Bundessozialgericht sind gegenwärtig zwei Verfahren anhängig, die sich mit folgenden Leitfragen auseinandersetzen: „Gilt der Leistungsausschluss gem § 7 Abs 1 S 2 SGB 2 für Unionsbürger (hier schwedische Staatsangehörige) unter Berücksichtigung des von der Bundesregierung erklärten Vorbehaltes zur Anwendbarkeit des EuFüRsAbk und des Gleichbehandlungsgrundsatzes nach Art 4 EGV 883/2004?“ (B 4 AS 9/13 R) sowie „Zu den Voraussetzungen des Leistungsausschlusses nach § 7 Abs 1 S 2 Nr 2 SGB 2 für Unionsbürger.“ (B 14 AS 16/13 R).

⁷⁷ Vgl.: Frings: „Sozialrecht für Zuwanderer“ (2008), S. 72 ff

⁷⁸ EUGH v. 7.9.2004, C-456/02

⁷⁹ Frings: „Sozialrecht für Zuwanderer“ (2008), S. 72

⁸⁰ LSG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 25.4.2007, L 19 B 116/07 AS ER

mit dem Diskriminierungsverbot aus Art. 18 AEUV vereinbar ist, ist zumindest umstritten.

3.2.2 Leistungsausschluss des deutschen Sozialrechts vs. Gleichbehandlungsgebot in der Unionsbürgerrichtlinie (UnionsRL)

Ähnlich wie Art. 18 AEUV enthält auch Art. 24 der Unionsbürgerrichtlinie ein Diskriminierungsverbot für freizügigkeitsberechtigte Unionsbürger in Form eines Gleichbehandlungsgebots:

„(1) Vorbehaltlich spezifischer und ausdrücklich im Vertrag und im abgeleiteten Recht vorgesehener Bestimmungen genießt jeder Unionsbürger, der sich aufgrund dieser Richtlinie im Hoheitsgebiet des Aufnahmemitgliedstaats aufhält, im Anwendungsbereich des Vertrags die gleiche Behandlung wie die Staatsangehörigen dieses Mitgliedstaats. (...)

(2) Abweichend von Absatz 1 ist der Aufnahmemitgliedstaat jedoch nicht verpflichtet, anderen Personen als Arbeitnehmern oder Selbstständigen, Personen, denen dieser Status erhalten bleibt, und ihren Familienangehörigen während der ersten drei Monate des Aufenthalts oder gegebenenfalls während des längeren Zeitraums nach Artikel 14 Absatz 4 Buchstabe b (der Aufenthalt zur Arbeitssuche, d. Verf.) einen Anspruch auf Sozialhilfe (...) zu gewähren.“

Mit der hier formulierten Einschränkung für Unionsbürger während der ersten drei Monate des Aufenthalts bzw. während des darüber hinaus gehenden Aufenthalts zur Arbeitssuche werden die Leistungsausschlüsse des SGB II offiziell als europarechtskonform begründet.

Allerdings bestehen hier zwei Fragen:

1. Ist diese Einschränkung mit dem Diskriminierungsverbot aus Art. 18 AEUV (der höherrangiges europäisches „Primärrecht“ darstellt) vereinbar? und
2. Kann diese Einschränkung aus Art. 24 Abs. 2 UnionsRL überhaupt auf die Leistungen des deutschen SGB II bezogen werden? Ist die Grundsicherung für Arbeits-

chende (SGB II) überhaupt eine Leistung der „Sozialhilfe“? Oder ist sie vielmehr eine Leistung, die die Integration in den Arbeitsmarkt fördern soll? Im letztgenannten Fall wäre eine Einschränkung des Leistungsanspruchs nicht mit europäischem Recht vereinbar.

Der Europäische Gerichtshof hat sich am 4.6.2009 in den Entscheidungen „Vatsouras/Koupatantze“⁸¹ mit dieser Frage auseinandergesetzt. Er hat im Ergebnis offen gelassen, ob die Leistung des SGB II eine Leistung der Sozialhilfe ist oder eine Leistung, die die Integration in den Arbeitsmarkt fördern soll. Er hat allerdings geäußert, dass zumindest einiges dafür spreche, dass es sich um eine Leistung der Arbeitsmarktintegration handeln könne. In diesem Fall wäre ein Leistungsausschluss zumindest nach einer bestimmten Mindestaufenthaltsdauer europarechtswidrig, nachdem der Unionsbürger eine tatsächliche Verbindung zum deutschen Arbeitsmarkt aufgebaut habe, indem er tatsächlich und ernsthaft Arbeit gesucht habe.⁸²

Das Landessozialgericht Niedersachsen-Bremen äußert in einem Beschluss vom 11.8.2011 ähnliche Zweifel und spricht einem arbeitssuchenden Kläger im Eilverfahren entgegen dem Gesetzeswortlaut die Leistungen des SGB II zu:

„Denn es ist zweifelhaft, ob der in § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II vorgesehene Leistungsausschluss für arbeitssuchende Unionsbürger (noch) europarechtskonform ist. In einer Vielzahl von Entscheidungen der Landessozialgerichte in Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes und im Schrifttum wird diese Frage mit uneinheitlichen Begründungen bejaht oder verneint (vgl. die umfangreichen Nachweise im Senatsbeschluss vom 26. Februar 2010 - L 15 AS 30/10 B ER). Umstritten ist dabei insbesondere, ob Artikel 24 Abs. 2 der Unionsbürgerrichtlinie gegen Europäisches Primärrecht verstößt und das Arbeitslosengeld II als Sozialhilfe i. S. dieser Vorschrift anzusehen ist. Eine höchstrichterliche Klärung dieser schwierigen und komplexen Rechtsfragen steht bislang aus. Vor diesem Hintergrund haben die Landessozialgerichte – soweit ersichtlich – in jüngster Zeit in Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes ganz überwiegend aufgrund einer Folgenabwägung zugunsten der Antragsteller entschieden (vgl. Beschlüsse des LSG Berlin-

⁸¹ EUGH, 4.6.2009 – C22/08 Vatsouras und C23/08 Koupatantze

⁸² Vgl.: Classen: „Sozialleistungen für MigrantInnen nach SGB II, SGB XII und AsylbLG“, S. 7

Brandenburg vom 30. November 2010 - L 34 AS 1501/10 B ER, L 34 AS 1518/10 B PKH -, vom 17. Mai 2011 - L 28 AS 566/11 B ER - und vom 30. Juni 2011 - L 25 AS 535/11 B ER -; Beschluss des Bayerischen LSG, Beschluss vom 22. Dezember 2010 - L 16 AS 767/10 B ER - sowie Beschluss des Hessischen LSG vom 14. Juli 2011 - L 7 AS 107/11 B ER-).⁸³

Eine endgültige Klärung dieser Frage wird erst durch höchstrichterliche Entscheidungen des Bundessozialgerichts oder des Europäischen Gerichtshofs erfolgen.

3.2.3 Leistungsausschluss des deutschen Sozialrechts vs. Gleichbehandlungsgebot der Verordnung zur Koordination der Systeme der Sozialen Sicherheit (VO 883/2004)

Eine relativ neue Rechtsgrundlage im Europäischen Recht zur Durchsetzung von Leistungsansprüchen ergibt sich aus dem Gleichbehandlungsgebot des Art. 4 der Verordnung 883/2004, die erst seit Mai 2010 in Kraft ist.

Hier wird postuliert:

„Sofern in dieser Verordnung nichts anderes bestimmt ist, haben Personen, für die diese Verordnung gilt, die gleichen Rechte und Pflichten aufgrund der Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats wie die Staatsangehörigen dieses Staates.“

Im Unterschied zur Unionsbürgerrichtlinie lässt die Verordnung 883/2004 (die zudem auch in Deutschland unmittelbar, d. h. auch ohne Umsetzung in nationales Recht, Anwendung finden muss) kaum einen Interpretationsspielraum dahingehend, für welche Leistungen dieses Gleichbehandlungsgebot gilt und für welche nicht. In Art. 3 Abs. 3 der Verordnung wird ausdrücklich festgestellt, dass die Verordnung (und damit das Gleichbehandlungsgebot) auch für „die besonderen beitragsunabhängigen Geldleistungen gemäß Artikel 70“ gelte. Zu Artikel 70 wiederum existiert ein Anhang X, in dem für jeden EU-Staat definiert ist, welche Leistung in diesem Staat als eine „beitragsunabhängige Geldleistung“ im Sinne des Art. 70 der Verordnung gilt. Für Deutschland sind hier ausdrücklich genannt:

⇒ die Grundsicherung im Alter und bei Erwerbsminderung sowie die

⇒ „Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts der Grundsicherung für Arbeitsuchende“.

Im Klartext heißt dies: Personen, für die die Verordnung gilt (und dies sind gem. Art. 2 Abs. 1 der Verordnung alle Unionsbürger mit einem Wohnsitz in dem jeweiligen EU-Staat), dürfen – unabhängig vom Aufenthaltsgrund – in Deutschland unter anderem hinsichtlich der Leistungen des SGB II nicht schlechter gestellt werden als deutsche Staatsbürger.⁸⁴

In der Rechtsprechung der Sozialgerichte wird in der jüngeren Vergangenheit immer häufiger ein Leistungsanspruch nach dem SGB II auch für arbeitssuchende Unionsbürger aufgrund des Gleichbehandlungsgebots der VO 883/2004 gesehen. Das LSG Berlin-Brandenburg stellt etwa in einem Beschluss vom 23.5.2012 fest:

„Dies legt jedenfalls bei isolierter Betrachtung den Schluss nahe, dass sich aus der VO 883/2004 für alle Unionsbürger ein Anspruch auf Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach dem SGB II nach den gleichen Maßstäben wie für Deutsche ergibt, auch wenn ihr Aufenthaltsrecht nur auf der Arbeitssuche beruht; damit wäre § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II unvereinbar (...).“⁸⁵

Auch das LSG Hessen kommt zu einem ähnlichen Ergebnis:

„Der Leistungsausschluss widerspricht dem europarechtlich eng ausgestalteten Gleichbehandlungsgebot aus Art. 4 i.V.m. 70 VO (EG) 883/2004 - VO - die am 1. Mai 2010 in Kraft getreten ist.“⁸⁶

Zusammenfassend ist festzustellen, dass das Gleichbehandlungsgebot aus der VO 883/2004 in seiner Konsequenz so weit geht, wie dies in keiner anderen Rechtsgrundlage auf europäischer Ebene bislang der Fall war. *„Im Ergebnis leitet sich aus der Verordnung ein Anspruch auf ALG II für alle Unionsbürger (auch bisher nicht erwerbstätige Rumänen und Bulgaren) nach den gleichen Maßstäben wie für Deutsche ab.“⁸⁷* Die Rechtsprechung

⁸³ Landessozialgericht Niedersachsen-Bremen, Beschluss vom 11.8.2011; L 15 AS 188/11 B ER

⁸⁴ Vgl.: Frings: „Sozialleistungen für Unionsbürger/innen nach der VO 883/2004, S. 13ff

⁸⁵ LSG Berlin-Brandenburg, 23.05.2012, L 25 AS 837/12 B ER

⁸⁶ LSG Hessen, Beschluss vom 14.7.2011, 7 AS 107/11 B ER

⁸⁷ Classen: „Rechtsmittel gegen die Ablehnung von ALG II für Unionsbürger

bezieht sich in zunehmendem Maße auf das Gleichbehandlungsgebot der Verordnung, die erst vor gut zwei Jahren in Kraft getreten ist.⁸⁸ Letzte Klarheit über die Anwendbarkeit der Verordnung und ihr Verhältnis zu den übrigen europäischen Rechtsnormen wird allerdings erst der Europäische Gerichtshof bringen.

3.2.4 Leistungsausschluss des deutschen Sozialrechts vs. Gleichbehandlungsgebot des Europäischen Fürsorgeabkommens

In Artikel 1 des Europäischen Fürsorgeabkommens von 1953 findet sich ein weiteres Gleichbehandlungsgebot:

„Jeder der Vertragsschließenden verpflichtet sich, den Staatsangehörigen der anderen Vertragsschließenden, die sich in irgendeinem Teil seines Gebietes, auf das dieses Abkommen Anwendung findet, erlaubt aufhalten und nicht über ausreichende Mittel verfügen, in gleicher Weise wie seinen eigenen Staatsangehörigen und unter den gleichen Bedingungen die Leistungen der sozialen und Gesundheitsfürsorge (im Folgenden als „Fürsorge“ bezeichnet) zu gewähren, die in der in diesem Teil seines Gebietes geltenden Gesetzgebung vorgesehen sind.“

Das EFA gilt allerdings nicht für alle Unionsbürger, sondern nur für Angehörige der folgenden Staaten, sofern sie sich erlaubt in Deutschland aufhalten:

- ⇒ Belgien, Dänemark, Estland, Frankreich, Griechenland, Irland, Island, Italien, Luxemburg, Malta, Niederlande, Norwegen, Portugal, Schweden, Spanien, Türkei und Großbritannien.

„Fürsorgeleistungen“ für die der Gleichbehandlungsgrundsatz gilt, sind in Deutschland

- ⇒ die Leistungen der Sozialhilfe nach dem SGB XII sowie
- ⇒ die Leistungen der Grundsicherung für Arbeitsuchende nach dem SGB II.⁸⁹

– deutscher Vorbehalt gegen das EFA wirkungslos“, September 2012

⁸⁸ Eine gut sortierte Übersicht über positive Rechtsprechung zur VO 883/2004, aber auch zu gegenteiligen Entscheidungen findet sich in der oben genannten Arbeitshilfe von Georg Classen. Download unter: www.fluechtlingsinfo-berlin.de/fr/pdf/EFA_Vorbehalt_Kommentar.pdf

⁸⁹ BSG, Urteil vom 19.10.2010, B 14 AS 23/10 R

Dies bedeutet: Für diejenigen Staatsangehörigen, die unter die Regelungen des EFA fallen, da sie sich in Deutschland erlaubt aufhalten (was bei Unionsbürgern und ihren Familienangehörigen grundsätzlich immer der Fall ist), gelten die Ausschlüsse des § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 und 2 SGB II (Ausschluss von Leistungen des SGB II innerhalb der ersten drei Monate bzw. bei Aufenthalt nur zur Arbeitsuche) und des § 23 Abs. 3 SGB XII (Ausschluss bei Einreise zum Sozialhilfebezug bzw. bei Aufenthalt nur zur Arbeitsuche) nicht.

Die Bundesregierung hat allerdings zwischenzeitlich einen Vorbehalt zur Gültigkeit des EFA beim Europarat hinterlegt, der am 19.12.2011 in Kraft getreten ist.⁹⁰ Danach soll der Gleichbehandlungsgrundsatz nicht mehr für die Leistungen des SGB II gelten. Für die Leistungen der Sozialhilfe nach dem SGB XII mit Ausnahme der Leistungen zur Überwindung besonderer sozialer Schwierigkeiten nach § 67 SGB XII gilt das EFA auch nach Verkündung des Vorbehalts weiterhin.

Diese Situation macht die Frage der Anwendbarkeit des EFA in der Praxis äußerst unübersichtlich:

- ⇒ Zahlreiche Sozialgerichte vertreten die Auffassung, der Vorbehalt bezüglich der Leistungen nach dem SGB II sei rechtswidrig und sprechen daher den vom EFA erfassten Ausländern dennoch Leistungen nach dem SGB II zu.⁹¹
- ⇒ Unter der Annahme, der Vorbehalt bezgl. der Leistungen des SGB II sei *nicht* rechtswidrig und damit gültig, hätten auch erwerbsfähige Staatsangehörige, für die das EFA gilt, Anspruch auf Leistungen der Sozialhilfe nach dem SGB XII – auch wenn sie eingereist sein sollten, um Sozialhilfe zu beziehen oder wenn sie nur zur Arbeitssuche aufenthaltsberechtigt wären. In diesem Fall müsste Sozialhilfe nach dem SGB XII auch geleistet werden, obwohl eine Erwerbsfähigkeit besteht, da ein Anspruch auf

⁹⁰ Wortlaut: „Die Regierung der Bundesrepublik Deutschland übernimmt keine Verpflichtung, die im Zweiten Buch Sozialgesetzbuch – Grundsicherung für Arbeitsuchende – in der jeweils geltenden Fassung vorgesehenen Leistungen an Staatsangehörige der übrigen Vertragsstaaten in gleicher Weise und unter den gleichen Bedingungen wie den eigenen Staatsangehörigen zuzuwenden.“, vgl.: Bundesagentur für Arbeit: Geschäftsanweisung SGB II Nr. 8 vom 23.02.2012, http://www.arbeitsagentur.de/nn_166486/zentraler-Content/HEGA-Internet/A07-Geldleistung/Dokument/GA-SGB-2-NR-08-2012-02-23.html

⁹¹ Z. B. LSG Bayern, Beschluss vom 14.8.2012, L 16 AS 568/12 B ER; LSG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 9.5.2012, L 19 AS 794/12 B ER; LSG Rheinland-Pfalz, Beschluss vom 21.8.2012, L 3 AS 250/12 B ER.

Leistungen nach dem SGB II „dem Grunde nach“ eben *nicht* besteht.⁹² Auch diese Position wird von einigen Sozialgerichten vertreten.⁹³

- ⇒ Eine dritte Position vertritt die Auffassung, die Anwendbarkeit des EFA sei nunmehr auf wenige Fälle – nämlich längerfristig, aber nicht dauerhaft erwerbsunfähige Personen aus den EFA-Unterzeichnerstaaten – beschränkt: Diese hätten nach dem EFA einen unmittelbaren Anspruch auf Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach dem SGB XII. Für alle anderen erwerbsfähigen Unionsbürger (auch diejenigen aus den EU-Staaten, die das EFA nicht unterzeichnet haben) greift der weiter gehende Gleichbehandlungsgrundsatz aus der VO 883/2004 bzw. aus Art. 18 AEUV.

Danach besteht auch für alle erwerbsfähigen Unionsbürger (auch Arbeitsuchende) ein gleichrangiger Anspruch auf Leistungen nach dem SGB II sowie für dauerhaft erwerbsunfähige Personen ein gleichrangiger Anspruch auf Leistungen nach der Grundsicherung des SGB XII.⁹⁴ Dieser Auffassung ist als der am weitesten reichenden und konsequentesten Position zuzustimmen.⁹⁵

3.2.5 Leistungsausschluss des deutschen Sozialrechts vs. Grundgesetzliche Verpflichtung des Staates zur Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimum

Neben den bisher dargestellten – einigermaßen bürokratischen – europäischen Rechtsnormen muss bei allen Entscheidungen deutscher Behörden und Ge-

92 § 21 Abs. 1 SGB XII regelt einen Ausschluss von Leistungen nach dem SGB XII für Personen, die „dem Grunde nach“ Leistungen nach dem SGB II erhalten könnten. Im Falle eines Leistungsausschlusses für Ausländer gem. § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 oder 2 SGB II besteht aber, „dem Grunde nach“ gerade *kein* Leistungsanspruch nach dem SGB II – insofern besteht Anspruch auf Leistungen nach dem SGB II trotz Erwerbsfähigkeit.

93 Z. B. LSG NRW, Beschlüsse vom 2.10.2012, L 19 AS 1393/12 B ER und L 19 AS 1394/12, LSG NRW, Beschluss vom 29.6.2012, L 19 AS 973/12 B ER, LSG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 28.6.2012, L 14 AS 933/12 B ER

94 Siehe oben (Nr. 3.2.3)

95 Weitere Informationen zum Europäischen Fürsorgeabkommen und dessen Anwendung finden Sie in einem Skript von Georg Classen: „Rechtsmittel gegen Ablehnung von ALG II für Unionsbürger - deutscher Vorbehalt gegen das EFA wirkungslos“ unter: http://www.fluechtlingsinfo-berlin.de/fr/pdf/EFA_Vorbehalt_Kommentar.pdf

richte selbstverständlich auch die bundesdeutsche Verfassung beachtet werden. Und darin stellt gleich zu Beginn der Artikel 1 Abs. 1 GG in einer bewundernswerten Schlichtheit fest:

„Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt.“

Aus diesem programmatischen Grundsatz hat sich im Zusammenspiel mit Art. 20 Abs. 1 GG⁹⁶ (dem so genannten Sozialstaatsgebot) in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ein sehr konkreter Rechtsanspruch entwickelt, der für alle Menschen in Deutschland in Form eines Menschenrechts gilt: *„Das Grundrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums“*.⁹⁷

In seinem Urteil vom 18. Juli 2012 zur Verfassungswidrigkeit des Asylbewerberleistungsgesetzes hat das Verfassungsgericht mit bemerkenswerter Klarheit festgestellt:

*„Art. 1 Abs. 1 GG begründet diesen Anspruch als Menschenrecht. (...) Das Grundrecht steht deutschen und ausländischen Staatsangehörigen, die sich in der Bundesrepublik Deutschland aufhalten, gleichermaßen zu (...) Die in Art. 1 Abs. 1 GG garantierte Menschenwürde ist migrationspolitisch nicht zu relativieren.“*⁹⁸

Zugleich stellt das Verfassungsgericht fest, dass die Höhe eines menschenwürdigen Existenzminimums sich an den Regelleistungen des SGB II orientieren muss, da nur bei diesen in einem sachgerechten und objektiv nachvollziehbaren Verfahren ein tatsächlicher Bedarf, der das physische und soziokulturelle Existenzminimum decken kann, ermittelt worden sei. In der Konsequenz erklärten die höchsten Richter die Grundleistungen des Asylbewerberleistungsgesetzes für verfassungswidrig und ordneten an, diese der Höhe nach an die Leistungen des SGB II anzupassen.

Aus den Formulierungen des Urteils lässt sich nur der Schluss ziehen, dass ein Ausschluss einer ganzen Bevölkerungsgruppe (nämlich der arbeitssuchenden Unionsbürger) selbst von den Leistungen eines rein

96 „Die Bundesrepublik Deutschland ist ein demokratischer und sozialer Bundesstaat.“

97 Bundesverfassungsgericht, Urteil vom 18.7.2012, 1 BvL 10/10
98 Ebd.

physischen Existenzminimums ganz offensichtlich verfassungswidrig ist. Dieser Ausschluss erfolgt nämlich allein aus migrationspolitischen Erwägungen – was die Richter eindeutig verboten haben:

„Migrationspolitische Erwägungen, die Leistungen an Asylbewerber und Flüchtlinge niedrig zu halten, um Anreize für Wanderungsbewegungen durch ein im internationalen Vergleich eventuell hohes Leistungsniveau zu vermeiden, können von vornherein kein Absenken des Leistungsstandards unter das physische und soziokulturelle Existenzminimum rechtfertigen.“

Sofern dies für Asylbewerber und Flüchtlinge gilt, so muss es selbstverständlich auch für die Gruppe der Unionsbürger gelten.

Zudem stellt das Bundesverfassungsgericht weiter fest: *„Art. 1 Abs. 1 GG in Verbindung mit Art. 20 Abs. 1 GG verlangt, dass das Existenzminimum in jedem Fall und zu jeder Zeit sichergestellt sein muss. (...) Ausländische Staatsangehörige verlieren den Geltungsanspruch als soziale*

Individuen nicht dadurch, dass sie ihre Heimat verlassen und sich in der Bundesrepublik Deutschland nicht auf Dauer aufhalten (...) Die einheitlich zu verstehende menschenwürdige Existenz muss daher ab Beginn des Aufenthalts in der Bundesrepublik Deutschland realisiert werden.“

Eine verfassungskonforme Auslegung der gesetzlichen Vorgaben im SGB II und SGB XII muss also zwingend dazu führen, für Unionsbürger sowohl die Ausschlüsse innerhalb der ersten drei Monate eines Aufenthalts als auch bei einem alleinigen Aufenthaltszweck der Arbeitssuche nicht anzuwenden. Die Leistungen zur Sicherstellung eines menschenwürdigen Existenzminimums (entsprechend der Regelleistungen des SGB II oder SGB XII) müssen in jedem Fall – unabhängig von Aufenthaltsgrund oder Aufenthaltsstatus – erbracht werden.⁹⁹

⁹⁹ vgl. Klindgreen, Thorsten: Staatsangehörigkeit als Differenzierungskriterium im Sozialleistungsrecht – Zur Vereinbarkeit von § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II mit europäischem Unions- und deutschem Verfassungsrecht. In: Die Sozialgerichtsbarkeit – Zeitschrift für das aktuelle Sozialrecht; 3/2013. <http://www.diesozialgerichtsbarkeit.de/ce/staatsangehoerigkeit-als-differenzierungskriterium-im-sozialleistungsrecht/search/staatsangeh%F6rigkeit+als+differenzierungskriterium/target/search/detail.html>

3.3 Zusammenfassung: Die geklärten und die umstrittenen Ansprüche

3.3.1 Die geklärten Ansprüche

In den meisten Fällen ist der Anspruch rechtlich unstrittig. Manchmal müssen die Behörden dennoch durch gute Argumente überzeugt werden. Rechtlich unumstritten sind die Leistungsansprüche auf Leistungen des SGB II (bzw. SGB XII) bei folgenden Gruppen:

1. Unionsbürger und Familienangehörige mit Daueraufenthaltsrecht (i. d. R. nach fünfjährigem Aufenthalt),
2. Arbeitnehmer, auch wenn sie nur wenige Stunden arbeiten und wenig verdienen,
3. Selbstständige, wenn sie nur wenige Aufträge haben und kaum Gewinn erwirtschaften,
4. Arbeitnehmer und Selbstständige, die unfreiwillig arbeitslos geworden sind.
 - Nach weniger als einem Jahr Erwerbstätigkeit: sechs Monate Leistungsanspruch,
 - Nach einem Jahr oder mehr Erwerbstätigkeit: unbefristeter Leistungsanspruch,

5. Als Nicht-Erwerbstätiger (z. B. Rentner). In diesem Fall kann allerdings bei einem „unangemessenen Sozialhilfebezug“ das Aufenthaltsrecht gefährdet sein,
6. Familienangehörige (i. d. R. auch Eltern, Großeltern, Schwiegereltern, erwachsene Kinder usw.) der bislang genannten Personenkreise,
7. Unionsbürger und ihre Familienangehörigen mit einem (theoretisch möglichen) Aufenthaltsgrund nach dem Aufenthaltsgesetz, z. B. Familienangehörige von Deutschen (§ 28 AufenthG), Opfer von Menschenhandel und Zwangsprostitution (§ 25 Abs. 4a AufenthG), Aufenthaltsrecht aus anderen humanitären Gründen.

3.3.2 Die umstrittenen Ansprüche

In manchen Fällen ist der Anspruch rechtlich umstritten. Die deutschen Leistungsgesetze sehen einen Leistungsausschluss vor, der mit höherrangigem EU-Recht und dem Grundgesetz nicht vereinbar ist. Diese umstrittenen Leistungsansprüche müssen häufig vor dem Sozialgericht durchgesetzt werden.

Strittig sind die Leistungsansprüche nach SGB II bzw. XII insbesondere bei folgenden Gruppen:

1. Unionsbürger und ihre Familienangehörigen in den ersten drei Monaten des Aufenthalts, wenn sie in dieser Zeit noch nicht als Selbstständige oder Arbeitnehmer (geringfügig) arbeiten.
2. Auch nach Ablauf von drei Monaten bei Unionsbürgern und ihren Familienangehörigen, die nur zur Arbeitssuche aufenthaltsberechtigt sind, sofern sie nicht auch zu einer der oben genannten Gruppen zählen.

Aufgrund einer Reihe von Gleichbehandlungsgeboten und Diskriminierungsverboten im europäischen Primär- und Sekundärrecht sind die Leistungsausschlüsse in den deutschen Leistungsgesetzen SGB II bzw. SGB XII nach Auffassung vieler Experten rechtswidrig und dürfen nicht angewendet werden. Viele Klagen vor den Sozialgerichten werden zugunsten der Betroffenen entschieden. Die Gleichbehandlungsgebote und Diskriminierungsverbote des Europarechts sind insbesondere:

- ⇒ Art. 18 AEUV (Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union)
- ⇒ Art. 24 UnionsRL (Unionsbürgerrichtlinie)
- ⇒ Art. 4 VO 883/2004 (Verordnung zur Koordinierung der Sozialen Sicherheit in Europa)
- ⇒ Art. 1 EFA (Europäisches Fürsorgeabkommen, gilt nicht für alle EU-Bürger)
- ⇒ Zudem widerspricht ein Ausschluss von den Leistungen zur Sicherung eines menschenwürdigen Existenzminimums dem Grundgesetz Art. 1 Abs. 1 GG (Grundgesetz).

Praxishinweis:

- ⇒ Anträge auf Leistungen müssen vom Jobcenter bzw. Sozialamt entgegen genommen werden, auch wenn diese den Antrag für unbegründet oder unzulässig halten (§ 20 Abs. 3 SGB X).
- ⇒ Falls eine Behörde sich für nicht zuständig hält, ist sie verpflichtet, einen Antrag unverzüglich an die zuständige Behörde weiter zu leiten (§ 16 SGB I).
- ⇒ Die Behörde ist verpflichtet, auf Verlangen einen schriftlichen und begründeten Bescheid zu erlassen (§ 33 und 35 SGB X).
- ⇒ In den Fällen der Ablehnung von Leistungsanträgen aufgrund des ausländerrechtlichen Ausschlusses sollten Widerspruch und Klage eingelegt werden. Zudem sollte ein Eilantrag beim Sozialgericht gestellt werden (§ 86b Abs. 2 SGG), in dem auch die Dringlichkeit der Entscheidung dargestellt werden sollte (Mittellosigkeit, drohender Verlust einer Wohnung usw.)
- ⇒ Ein Verfahren vor dem Sozialgericht ist gerichtskostenfrei, ein Rechtsanwalt ist nicht unbedingt erforderlich.
- ⇒ Wenn ein Rechtsanwalt für ein Gerichtsverfahren hinzugezogen werden soll, kann dafür Prozesskostenhilfe beantragt werden.
- ⇒ Viele konkrete Hinweise zum allgemeinen Sozialrecht, zu Widerspruch, Klage, den Pflichten einer Behörde usw. finden sich in dem Buch „Sozialleistungen für MigrantInnen und Flüchtlinge“ von Georg Classen¹⁰⁰ und in dem Buch „Leitfaden Alg II / Sozialhilfe“ von Frank Jäger und Harald Thomé¹⁰¹.

¹⁰⁰ Georg Classen: Sozialleistungen für MigrantInnen und Flüchtlinge (2008), S. 212ff. Printversion vergriffen, Download unter: http://www.fluechtlingsinfo-berlin.de/fr/pdf/Classen_Sozialleistungen_fuer_MigrantInnen_und_Fluechtlinge.pdf

¹⁰¹ Frank Jäger, Harald Thomé: „Leitfaden Alg II / Sozialhilfe“ (2013)

4. Zugang zum Arbeitsmarkt für bulgarische, rumänische und kroatische Staatsangehörige

Unionsbürger können grundsätzlich jede abhängige Beschäftigung in Deutschland aufnehmen, ohne dafür eine Arbeitserlaubnis beantragen zu müssen. Dies gilt grundsätzlich auch für ihre freizügigkeitsberechtigten Familienangehörigen – unabhängig von deren Staatsangehörigkeit. Zur Aufnahme einer selbstständigen Erwerbstätigkeit müssen sie ebenfalls nur die Voraussetzungen erfüllen, die auch von deutschen Selbstständigen verlangt werden.¹⁰²

Bis zum 31. Dezember 2013 gilt allerdings noch für bulgarische und rumänische Staatsbürger und längstens bis zum 30. Juni 2020 noch für kroatische Staatsbürger eine Einschränkung für die Aufnahme einer abhängigen Beschäftigung (nicht für selbstständige Tätigkeiten!):

Nur Staatsbürger aus Bulgarien, Rumänien und Kroatien benötigen für die Aufnahme einer Beschäftigung in der Regel eine Arbeitsgenehmigung-EU. Diese kann als Arbeitserlaubnis-EU für eine konkrete Tätigkeit ausgestellt werden oder als Arbeitsberechtigung-EU (etwa nach einer einjährigen Zulassung zum deutschen Arbeitsmarkt) für jede Tätigkeit gelten.¹⁰³ Allerdings bestehen eine ganze Reihe von Ausnahmen, in denen bereits jetzt ein arbeitserlaubnisfreier Zugang zu bestimmten Tätigkeiten gegeben ist.

Ein bislang bestehender Aufenthaltstitel mit Arbeitserlaubnis die ein bulgarischer, rumänischer oder kroatischer Staatsbürger bereits vor dem Beitritt der EU besaß, gilt auch nach dem Beitritt als Arbeitsgenehmigung-EU fort.

Praxishinweis: Zuständig für die Prüfung eines Antrags auf eine Arbeitserlaubnis EU ist die

⇒ Zentrale Auslands- und Fachvermittlung (ZAV) der Bundesagentur für Arbeit, die an bundesweit vier Standorten das Prüfverfahren durchführt. Der zuständige Standort hängt vom Sitz des möglichen Beschäftigungsbetriebes ab.¹⁰⁴

⇒ Die zentrale Hotline der ZAV zu Arbeitserlaubnisfragen: Telefon 0228 713-2000
Erreichbar: Mo, Mi, Fr. von 8:00 – 12:30 Uhr,
Di. und Do. von 8:00 – 16:30 Uhr

⇒ Unter www.zav.de finden sich ausführliche Informationen zum Verfahren, zu speziellen Berufsgruppen sowie die notwendigen Formulare zum Download.

Für die Erteilung einer Arbeitserlaubnis-EU an rumänische, bulgarische und kroatische Staatsbürger führt die ZAV in der Regel eine Arbeitsmarktprüfung durch, die sich aus einer Vorrangprüfung und einer Prüfung der Beschäftigungsbedingungen zusammensetzt. Im Rahmen der Vorrangprüfung wird festgestellt, ob für die konkrete Tätigkeit bevorrechtigte Deutsche oder andere Unionsbürger zur Verfügung stehen. In der Prüfung der Beschäftigungsbedingungen wird insbesondere festgestellt, ob für die Tätigkeit ein tariflicher oder ortsüblicher Lohn gezahlt wird.¹⁰⁵

Solange keine unbeschränkte Arbeitsberechtigung ausgestellt worden ist, kann für eine Beschäftigung in einem Zeitarbeitsunternehmen keine Arbeitserlaubnis ausgestellt werden.¹⁰⁶

Praxishinweis: Am 1. Juli 2013 ist eine wichtige neue gesetzliche Regelung in Kraft getreten: Die alte Beschäftigungsverfahrensverordnung (BeschV) und Beschäftigungsverordnung (BeschV) sind zusammengefasst worden zu einer neuen Beschäftigungsverordnung (BeschV), zu finden unter: http://www.gesetze-im-internet.de/beschv_2013/. Im folgenden beziehen sich die Paragrafenangaben ausschließlich auf diese neue Beschäftigungsverordnung.

Zusätzlich gilt für Unionsbürger aus den neuen Beitrittsstaaten weiterhin die Arbeitsgenehmigungsverordnung (ArGV), zu finden unter: <http://www.gesetze-im-internet.de/argv/>

¹⁰² Art. 23 UnionsRL

¹⁰³ § 284 SGB III

¹⁰⁴ Eine Übersicht zu den Standorten mit Adresse und Kontaktdaten ist zu finden unter: <http://www.arbeitsagentur.de/Dienststellen/besondere-Dst/ZAV/downloads/ZAV-Gesamt/zav-Dienstleistungen.pdf>

¹⁰⁵ Eine detaillierte Darstellung des Verfahrens findet sich in den Durchführungsanweisungen (DA) der Bundesagentur für Arbeit zu § 39 AufenthG; zu finden unter: <http://www.arbeitsagentur.de/zentraler-Content/A01-Allgemein-Info/A015-Oeffentlichkeitsarbeit/Publikation/pdf/DA-Aufenthalts-gesetz.pdf>

¹⁰⁶ § 6 Abs. 1 Nr. 2 ArGV

Praxishinweis: Sofern alle erforderlichen Angaben vorliegen (auch eine Arbeitsplatzbeschreibung durch den Arbeitgeber), hat die ZAV für die Prüfung höchstens zwei Wochen Zeit. Sollte die ZAV innerhalb von zwei Wochen nicht mitteilen, dass weitere Unterlagen erforderlich sind, gilt die Zustimmung als erteilt.¹⁰⁷ Diese so genannte „Zustimmungsfiktion“ muss – anders als die ZAV behauptet – auch auf Unionsbürger angewandt werden, da dies in § 284 Abs. 6 SGB II ausdrücklich so vorgesehen ist.

Praxishinweis: Nach Auffassung der ZAV können neu einreisende Bulgaren, Rumänen und Kroaten innerhalb der ersten drei Monate des Aufenthalts nur Beschäftigungen ausüben, die in der Beschäftigungsverordnung oder der Arbeitsgenehmigungsverordnung ausdrücklich genannt sind und die in der Regel arbeitserlaubnisfrei sind (z.B. Praktika, Freiwilliges soziales Jahr, Bundesfreiwilligendienst, hochqualifizierte Tätigkeiten, Ausbildungsberufe, Ausbildungen, Saisontätigkeiten). Für alle anderen erlaubnispflichtigen (Helfer-)Tätigkeiten könne eine Arbeitserlaubnis erst erteilt werden, wenn der gewöhnliche Aufenthalt in Deutschland bestehe. Dies sei erst nach einem dreimonatigen Aufenthalt der Fall.¹⁰⁸

Diese Rechtsauffassung ist sehr fraglich, da ein gewöhnlicher Aufenthalt in Deutschland auch schon vor Ablauf von drei Monaten – manchmal ab dem ersten Tag des Aufenthalts – begründet werden kann (vgl. Kap.3.1.1). Es kommt auf den Lebensmittelpunkt und den tatsächlichen subjektiven Willen an: Wenn etwa der Wohnsitz im Herkunftsstaat aufgegeben wird, in Deutschland die Schule besucht wird etc. und damit der gewöhnliche Aufenthalt von Anfang an in Deutschland besteht, müsste auch bereits innerhalb der ersten drei Monate eine Arbeitserlaubnis erteilt werden können.

¹⁰⁷ § 36 Abs. 1 BeschV BeschVerfV, nähere Infos unter: http://www.arbeitsagentur.de/nn_164862/zentraler-Content/HEGA-Internet/A05-Beruf-Qualifizierung/Dokument/HEGA-07-2012-Blaue-Karte.html

¹⁰⁸ Vgl.: Bundesagentur für Arbeit: DA zur Arbeitsgenehmigungsverordnung. <http://www.arbeitsagentur.de/zentraler-Content/A01-Allgemein-Info/A015-Offentlichkeitsarbeit/Publication/pdf/DA-Arbeitsgenehmigungsverordnung.pdf>

Abweichend von diesen Regelungen bestehen eine ganze Reihe von Ausnahmen, in denen auf eine Arbeitsmarktprüfung ganz oder teilweise verzichtet wird. Da es für Bulgaren, Rumänen und Kroaten zum Teil sehr schwierig sein kann eine Arbeitserlaubnis zu erhalten, sollen im Folgenden die Ausnahmen detailliert dargestellt werden.

Erleichterungen beim Arbeitsmarktzugang bestehen bei folgenden Personen, die bereits in Deutschland leben:

- ⇒ Nach einer einjährigen Zulassung zum deutschen Arbeitsmarkt. Davon ist auszugehen, wenn der Betroffene innerhalb eines Jahres ununterbrochen Inhaber einer oder mehrerer Arbeitserlaubnisse war oder er ein Jahr lang zustimmungsfrei beschäftigt war (z. B. in einem Praktikum im Rahmen einer schulischen oder hochschulischen Ausbildung). Ihnen ist eine unbeschränkte Arbeitsberechtigung zu erteilen. Auch die Familienangehörigen erhalten dann eine unbeschränkte Arbeitsberechtigung für jede Tätigkeit. (§ 12 a ArGV)¹⁰⁹.
- ⇒ Fachkräfte, die eine Hochschulausbildung oder eine vergleichbare Qualifikation besitzen, benötigen zur Ausübung einer der beruflichen Qualifikation entsprechenden Beschäftigung keine Arbeitserlaubnis. Auch ihre freizügigkeitsberechtigten Familienangehörigen benötigen – unabhängig von einem Hochschulabschluss – keine Arbeitserlaubnis (§ 12 b Abs. 1 ArGV).¹¹⁰
- ⇒ Für Beschäftigungen, die eine qualifizierte Berufsausbildung voraussetzen, wird eine Arbeitserlaubnis ohne Vorrangprüfung erteilt. Für die Familienangehörigen wird eine Arbeitserlaubnis für alle Tätigkeiten ohne Vorrangprüfung erteilt. In beiden Fällen führt die ZAV aber eine Prüfung der Beschäftigungsbedingungen durch (§ 12b Abs. 2 ArGV).¹¹¹
- ⇒ Keiner Arbeitserlaubnis bedürfen rumänische, bulgarische und kroatische Auszubildende für eine qualifizierte, mindestens zweijährige betriebliche

¹⁰⁹ vgl. Bundesagentur für Arbeit: Arbeitsgenehmigungsverfahren-EU (Juli 2013); <http://www.arbeitsagentur.de/Dienststellen/besondere-Dst/ZAV/downloads/AMZ/2013/amz-ae-verfahren-eu-rum-bul-kro-pdf.pdf>

¹¹⁰ Ebd.

¹¹¹ Ebd.

Ausbildung in einem staatlich anerkannten oder vergleichbar geregelten Ausbildungsberuf (§ 12c ArGV).¹¹²

- ⇒ Keiner Arbeitserlaubnis bedürfen Rumänen, Bulgaren und Kroaten für eine Saisonbeschäftigung. Saisonbeschäftigung besteht in den Bereichen Land- und Forstwirtschaft, in der Obst- und Gemüseverarbeitung, in Sägewerken sowie im Hotel- und Gaststättengewerbe. Die Höchstdauer der Beschäftigung ist auf **sechs Monate** im Kalenderjahr beschränkt. Der Zeitraum für die Beschäftigung von Saisonarbeitnehmern ist für einen Betrieb in der Regel auf acht Monate im Kalenderjahr beschränkt. Für Saisonbeschäftigung wird eine Mindestarbeitszeit von 30 Wochenstunden bei durchschnittlich mindestens sechs Stunden täglich vorausgesetzt. Für eine Saisonbeschäftigung bulgarischer, rumänischer oder kroatischer Staatsangehöriger wird kein besonderes Zulassungsverfahren durchgeführt (§ 12d ArGV).¹¹³
- ⇒ Bulgarische, rumänische und kroatische Staatsangehörige, die bereits drei Jahre in Deutschland leben, benötigen für die Aufnahme einer Beschäftigung keine Arbeitserlaubnis-EU mehr – unabhängig davon, ob sie zuvor bereits eine Beschäftigung ausgeübt haben oder nicht (§ 9 Abs. 1 Nr. 2 BeschV).
- ⇒ Studierende aus Bulgarien, Rumänien und Kroatien benötigen keine Arbeitserlaubnis für Beschäftigungen bis zu 120 Tage im Jahr sowie für studentische Nebentätigkeiten (§ 16 Abs. 3 AufenthG).
- ⇒ Praktika im Rahmen einer (hoch-)schulischen Ausbildung oder im Rahmen eines EU-geförderten Programms (z.B. ESF) können ohne Arbeitserlaubnis durchgeführt werden (§ 15 BeschV).
- ⇒ Die Teilnahme am Bundesfreiwilligendienst oder am Freiwilligen Sozialen Jahr ist ohne Arbeitserlaubnis möglich (§ 14 BeschV).

Die Einschränkungen des Arbeitsmarktzugangs gelten für rumänische und bulgarische Staatsbürger längstens bis zum 31. Dezember 2013. Ab dem 1. Januar 2014 benötigen rumänische und bulgarische Staatsangehörige in keinem Fall mehr eine Arbeitserlaubnis. Die Einschränkungen gelten für kroatische Staatsbürger zunächst bis zum 30. Juni 2015, können dann allerdings nochmals für bis zu fünf Jahre verlängert werden. Spätestens ab dem 30. Juni 2020 benötigen kroatische Staatsbürger keine Arbeitserlaubnis mehr.

Praxishinweis: Gegen die Ablehnung eines Antrags auf Arbeitserlaubnis können Rechtsmittel eingelegt werden (Widerspruch und Klage vor dem Sozialgericht). Ein Verfahren vor dem Sozialgericht ist gerichtskostenfrei.

Der Bundestag hat im Aufenthaltsgesetz im Juni 2013 auch eine wichtige Änderung des Arbeitsmarktzugangs für Ausländer mit einem familiären Aufenthalt beschlossen: In § 27 Abs. 5 AufenthG ist künftig geregelt, dass jeder Familienangehörige – unabhängig vom Status des Stammberechtigten – eine Berechtigung zu jeder Erwerbstätigkeit besitzt. Da Unionsbürger jedoch nicht schlechter gestellt werden dürfen als Drittstaatsangehörige (§ 11 Abs. 1 Satz 11 FreizügG), müsste diese Regelung auch auf Familienangehörige von Bulgaren, Rumänen und Kroaten angewandt werden – unabhängig davon, ob der Familienangehörige ein Drittstaatsangehöriger oder selbst rumänischer, bulgarischer oder kroatischer Staatsangehöriger ist. In diesem Fall dürfte der Familienangehörige mit Verweis auf das Schlechterstellungsverbot ohne Arbeitserlaubnis-EU jede Tätigkeit ausüben. Hiervon müssten dann allerdings gegebenenfalls auch der Arbeitgeber und der Zoll überzeugt werden.

¹¹² Ebd.

¹¹³ Ebd.; Ein Informationsblatt zur Saisonbeschäftigung ist zu finden unter: <http://www.arbeitsagentur.de/Dienststellen/besondere-Dst/ZAV/downloads/AMZ/MB-ZAV-Vermittlung-kroatische-Saisonarbeitnehmer.pdf>

5. Ausbildungsförderung

Bei den Leistungen der Ausbildungsförderung bestehen für Unionsbürger spezielle ausländerrechtliche Voraussetzungen, um diese erhalten zu können. Die Ausbildungsförderung unterteilt sich in die Förderung einer schulischen oder hochschulischen Ausbildung, die im BAföG geregelt ist und die Leistungen zur Förderung einer (betrieblichen oder überbetrieblichen) Berufsausbildung (einschließlich der Berufsvorbereitung), die in § 56ff SGB III geregelt ist. Die ausländerrechtlichen Voraussetzungen sind in beiden Rechtsgebieten nahezu identisch, da § 59 SGB III auf die Regelungen des § 8 BAföG verweist.

Nach § 8 BAföG können Unionsbürger und ihre freizügigkeitsberechtigten Familienangehörigen nur gefördert werden, wenn sie

- ⇒ ein Daueraufenthaltsrecht besitzen; in der Regel also nach einem fünfjährigen Aufenthalt (§ 8 Abs. 1 Nr. 2 BAföG),
- ⇒ als Ehegatte, Lebenspartner oder Kind eines freizügigkeitsberechtigten Unionsbürgers ein abgeleitetes Freizügigkeitsrecht als Familienangehöriger besitzen (§ 8 Abs. 1 Nr. 3 BAföG),
- ⇒ als Kind über 20 Jahre nur deshalb kein abgeleitetes Freizügigkeitsrecht als Familienangehöriger (mehr) besitzen, weil ihnen kein Unterhalt geleistet wird (§ 8 Abs. 1 Nr. 3 BAföG),
- ⇒ als Kind nach dem Tod oder Wegzug des Unionsbürgers, von dem sie ihr Aufenthaltsrecht ableiten, für eine Ausbildung in Deutschland verbleiben (§ 8 Abs. 1 Nr. 3 BAföG i. V. m. § 3 Abs. 4 FreizügG),
- ⇒ vor Beginn der Ausbildung in Deutschland eine Beschäftigung ausgeübt haben, die mit der jetzt begonnenen Ausbildung in einem inhaltlichen Zusammenhang steht (§ 8 Abs. 1 Nr. 4 BAföG).

Praxishinweis: Ein Anspruch auf Ausbildungsförderung besteht jedenfalls dann, wenn die Einreise nicht allein zum Zwecke der Ausbildung erfolgt ist.

Nach der Rechtsprechung des EUGH kann ein Anspruch auf Ausbildungsförderung auch dann bestehen, wenn sich kein Elternteil oder Ehegatte in Deutschland aufhält, durch die ein abgeleitetes Aufenthaltsrecht bestehen würde, wenn sich der Unionsbürger bereits mehrere – jedoch weniger als fünf – Jahre in Deutschland aufhält und somit eine tatsächliche Verbindung zur Gesellschaft des Aufnahmestaats aufgebaut hat.¹¹⁴ Diese Vorgabe ist im deutschen Recht nicht umgesetzt, da hier ein Aufenthalt von fünf Jahren vorausgesetzt wird. In derartigen Fällen sollten Rechtsmittel gegen einen ablehnenden Bescheid eingelegt werden mit Verweis auf die entsprechende Rechtsprechung des EUGH.¹¹⁵ Zudem würde die Fünf-Jahresfrist eine unzulässige Schlechterstellung gegenüber vielen drittstaatsangehörigen Ausländern bedeuten (vgl. § 8 Abs. 2 und 2a BAföG).

Die Regelungen des BAföG gelten entsprechend für den Zugang zur Berufsausbildungsbeihilfe nach dem SGB III¹¹⁶ inkl. der berufsvorbereitenden Bildungsmaßnahmen¹¹⁷. Für die Einstiegsqualifizierung gemäß § 54a SGB III besteht indes keine spezielle ausländerrechtliche Voraussetzung.

114 Vgl.: Frings: Sozialrecht für Zuwanderer (2008), S. 84f); Classen: Sozialleistungen für MigrantInnen und Flüchtlinge (2008), S. 181ff.

115 EUGH, Urteil vom 15.3.2005, C-209/03 (Bidar). In diesem Fall hat der EUGH eine Aufenthaltszeit von drei Jahren als ausreichend angesehen.

116 Vgl.: § 59 Abs. 1 SGB III

117 Vgl.: § 52 Abs. 2 SGB III

6. Weitere Sozialleistungen

Zu den Ansprüchen auf weitere Sozialleistungen, insbesondere zur Frage der Krankenversicherung und des Kindergeldes, sollen an dieser Stelle Hinweise auf ausführliche Arbeitshilfen, Broschüren und andere Veröffentlichungen genügen.

Krankenversicherung:



Frings, Dorothee: **Sozialleistungen für Unionsbürger/innen nach der VO 883/2004 (März 2012)**. Download unter: http://www.fluechtlingsinfo-berlin.de/fr/pdf/Frings_Sozialleistungen_883-2004.pdf



Deutscher Caritasverband: **Orientierungshilfe zum Krankenversicherungsschutz für Personen ohne ausreichende Absicherung im Krankheitsfall (September 2012)**. Download unter: <http://www.caritas.de/fuerprofis/fachthemen/gesundheit/orientierunginsachen-krankenversicherung>



Mehlhorn, Claudia: **Problemfeld Krankenversicherung in der Praxis der SGB-II-Bearbeitung“ (fortlaufend aktualisiert)**. Ausführlicher Reader über Zugänge zur gesetzlichen und privaten Krankenversicherung mit wichtigen Hinweisen zu rechtlichen Regelungen für Ausländer. Die Autorin ist Dipl.-Verwaltungswirtin und führt Schulungen zum Krankenversicherungsrecht durch. Das Script ist als pdf-Datei gegen einen Unkostenbeitrag von 15 Euro zu bestellen bei: claudiamehlhorn@alice-dsl.de. Weitere Infos gibt es unter <http://kv-schulung.de>


Kindergeld:





Frings, Dorothee: **Sozialleistungen für Unionsbürger/innen nach der VO 883/2004 (März 2012)**. Download unter: http://www.fluechtlingsinfo-berlin.de/fr/pdf/Frings_Sozialleistungen_883-2004.pdf


7. Literaturempfehlungen und hilfreiche Internetseiten

Buchempfehlungen:


 Classen, Georg: **Sozialleistungen für MigrantInnen und Flüchtlinge (2008)**. Von-Loeper-Literaturverlag, ISBN 978-3-86059-416-2. Printauflage ist vergriffen; Download unter: www.fluechtlingsinfo-berlin.de/fr/pdf/Classen_Sozialleistungen_fuer_MigrantInnen_und_Fluechtlinge.pdf


 Frings, Dorothee: **Sozialrecht für Zuwanderer (2008)**. Nomos-Verlagsgesellschaft, ISBN 978-8329-2958-9.

 Jäger, Frank; Thomé, Harald: **Leitfaden Alg II / Sozialhilfe von A-Z (2013)**. DVS-Verlag, ISBN 978-3-932246-65-4. Weitere Infos und Bestellmöglichkeit unter: http://www.tacheles-sozialhilfe.de/literatur/Leitfaden_Flyer.pdf


 Mappes-Niediek, Norbert: **Arme Roma, böse Zigeuner – Was an den Vorurteilen über die Zuwanderer stimmt (2012)**. Chr.-Links-Verlag, ISBN: 978-3-86153-684-0. Hintergrundinformationen über die Situation in den osteuropäischen Herkunftsländern. Der Autor ist freier Journalist für verschiedene Medien, u.a. für die Frankfurter Rundschau.


Arbeitshilfen und Broschüren:

 Bundesarbeitsgemeinschaft Wohnungslosenhilfe: **Hilfen für Migrantinnen und Migranten in Wohnungsnot und sozialen Schwierigkeiten (April 2013)**. Download unter: <http://www.bagw.de>


 Classen, Georg: **Deutscher Vorbehalt gegen das Europäische Fürsorgeabkommen EFA (August 2012)**. Download unter: www.fluechtlingsinfo-berlin.de/fr/pdf/EFA_Vorbehalt_Kommentar.pdf


 Classen, Georg: **Sozialleistungen für MigrantInnen nach SGB II, SGB XII und AsylbLG (September 2012)**. Download unter: www.fluechtlingsinfo-berlin.de/fr/pdf/Classen_SGB_II_XII_AsyblLG.pdf


 Classen, Georg: **Alg II und Sozialhilfe für Ausländer (Mai 2012)**. Download unter: www.fluechtlingsinfo-berlin.de/fr/pdf/SGB-II-XII-Leitfaden.pdf


 Deutscher Caritasverband: **Freizügigkeit der Unionsbürger/innen – Zugang zu Transferleistungen (Februar 2013)**. Download unter: <http://www.caritas.de/fuerprofis/fachthemen/migration/rechtevoneu-buergernindeutschland>


 Deutscher Caritasverband: **Orientierungshilfe zum Krankenversicherungsschutz für Personen ohne ausreichende Absicherung im Krankheitsfall (September 2012)**. Download unter: <http://www.caritas.de/fuerprofis/fachthemen/gesundheit/orientierunginsachenkrankenversicherung>


 Deutscher Gewerkschaftsbund: **Grenzenlos faire Mobilität? Zur Situation von mobilen Beschäftigten aus den mittel- und osteuropäischen Staaten (September 2012)**. Download unter: www.dgb.de/search/++co++e816517a-1c3f-11e2-a080-00188b4dc422


 Deutscher Gewerkschaftsbund, Bezirke Sachsen und Berlin-Brandenburg: **Entsendung nach Deutschland – Informationen für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer (Mai 2011)**. Download unter: http://www.igr-elbe-neisse.org/data/files/20/Entsendung%20nach%20Deutschland_EURES-TriRegio_de.pdf


 Deutsches Institut für Menschenrechte: **Arbeitsausbeutung und Menschenhandel – Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern zu ihren Rechten verhelfen (Juni 2012)**. Download unter: http://www.institut-fuer-menschenrechte.de/uploads/tx_commerce/handreichung_arbeitsausbeutung_und_menschenhandel.pdf


 Deutsches Rotes Kreuz: **Gesundheitsversorgung für EU-Bürgerinnen und Bürger in Deutschland (2013)**. http://www.asyl.net/fileadmin/user_upload/redaktion/Dokumente/Arbeitshilfen/2013-08-DRK_Gesundheitsver_EU-Buerger.pdf

 Deutscher Verein für öffentliche und private Fürsorge: **Rechtlicher Rahmen zur Erwerbsintegration von Menschen ohne deutschen Pass Handreichung des Deutschen Vereins (März 2013)**. Download unter: https://www.deutscher-verein.de/05-empfehlungen/empfehlungen_archiv/2013/DV-42-12-Handreichung-rechtlicher-Rahmen-der-Erwerbsintegration

 Frings, Dorothee: **Sozialleistungen für Unionsbürger/innen nach der VO 883/2004 (März 2012)**. Download unter: www.fluechtlingsinfo-berlin.de/fr/pdf/Frings_Sozialleistungen_883-2004.pdf


 Diakonisches Werk: **Handreichung Sozialleistungen für Unionsbürgerinnen und Unionsbürger in Deutschland (Oktober 2011)**. Download unter: http://www.diakonie.de/media/Texte_12_2011_Sozialleistungen_fuer_Unionsbuerger.pdf


 Diakonisches Werk Bremen u.a: **Menschenhandel zur Arbeitsausbeutung – Praktische Tipps für Beratungsstellen (Februar 2013)**. Download unter: <http://www.vij-stuttgart.de/images/pdf/booklet.pdf>


 Steffen, Eva: **Zugang zu Sozialleistungen für Unionsbürger (Mai 2011)**. Download unter: www.fluechtlingsinfo-berlin.de/fr/pdf/Steffen_Sozialrecht_EU.pdf


Im Internet:

Rechtliche Grundlagen und Verwaltungsvorschriften

 www.gesetze-im-internet.de
 Alle Gesetze auf dem aktuellen Stand online abrufbar.


 www.verwaltungsvorschriften-im-internet.de
 Verwaltungsvorschriften (z. B. zum Freizügigkeitsgesetz) online abrufbar.


 www.arbeitsagentur.de
 → Veröffentlichungen → Weisungen → Arbeitgeber → **Durchführungsanweisungen: Verwaltungsvorschriften zum Arbeitsgenehmigungsrecht.**
 → Veröffentlichungen → Weisungen → Arbeitslosengeld II → **Fachliche Hinweise SGB II: Verwaltungsvorschriften zum SGB II**


 www.zav.de
 Informationen und Formulare zum Thema Arbeitserlaubnis


 www.eur-lex.europa.eu
 Alle rechtlichen Grundlagen des EU-Rechts, in allen Sprachen.


Praxisrelevante Informationen


 www.europa.eu/europedirect/
 Seite der Europäischen Kommission in allen Sprachen mit Informationen zur EU und Links zu kostenlosen Beratungsangeboten


 www.dvka.de
 Seite der Deutschen Verbindungsstelle Krankenversicherung Ausland mit vielen Informationen zum Krankenversicherungsrecht


 www.fluechtlingsrat-berlin.de
 Informationen und Rechtssprechungsübersicht insbesondere zum Sozialrecht für MigrantInnen

 www.asyl.net
 Rechtssprechungsdatenbank zum Ausländer- und Sozialrecht; Fachzeitschrift „Asylmagazin“, Informationen und Arbeitshilfen

 www.sozialgerichtsbarkeit.de
 Rechtssprechungsdatenbank der Sozialgerichte

 www.faire-mobilitaet.de
 Website eines DGB-Projekts mit umfangreichen Informationen zu arbeitsrechtlichen Fragen und Problemen.

 www.iq-niedersachsen.de
 Webseite des Landesnetzwerks „Integration durch Qualifizierung (IQ)“ mit umfangreichen, auch bundesweiten Informationen zu den Themen Arbeitsmigration und Anerkennung ausländischer Berufsqualifikationen

 www.einwanderer.net
 Seite des Projekts „Qualifizierung der Flüchtlingsberatung“ mit Informationen und Arbeitshilfen

8. Anhang

Anhang 1: Prüfschema

Leistungsanspruch SGB II besteht, sofern die allgemeinen Voraussetzungen vorliegen:

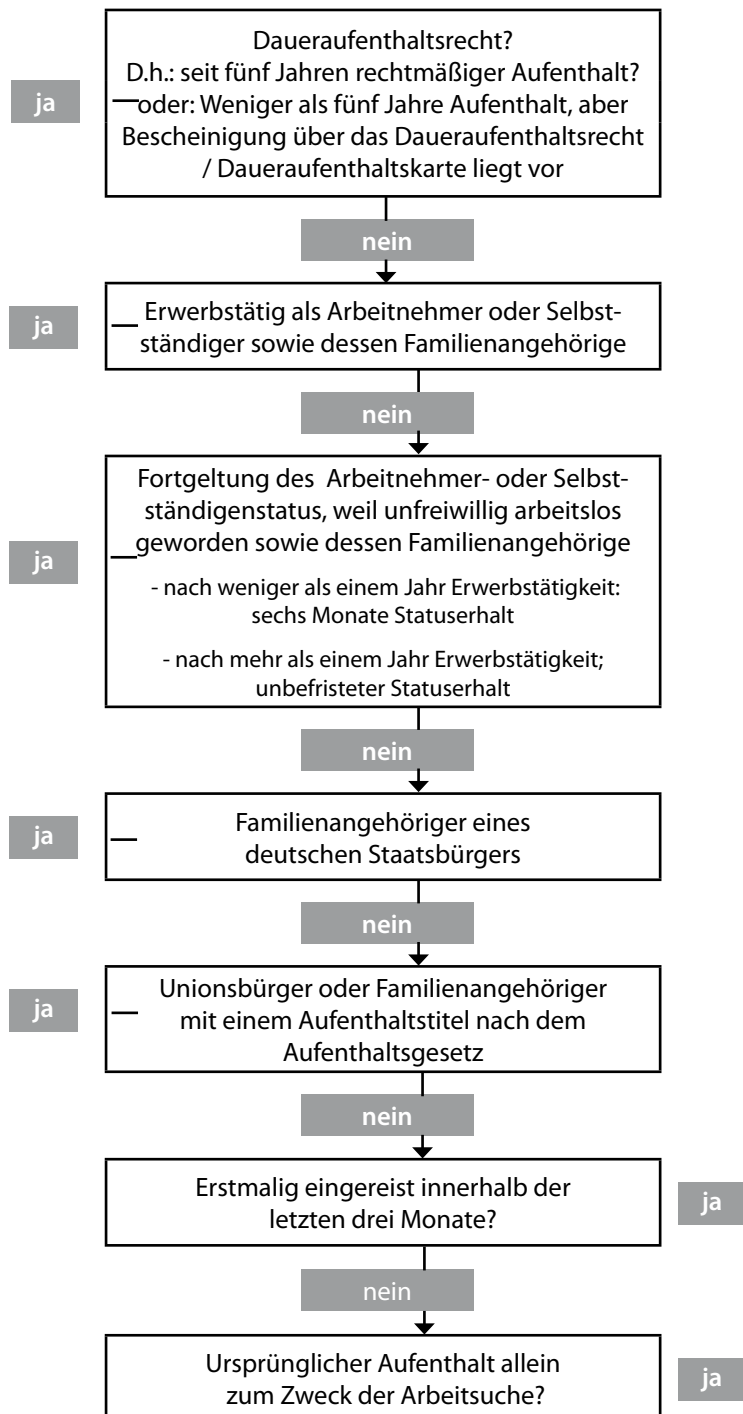
u.a.:

⇒ **Gewöhnlicher Aufenthalt**

(durch Meldebescheinigung nachzuweisen – Freizügigkeitsbescheinigung ist *keine* Voraussetzung und mittlerweile abgeschafft, auch die Aufenthaltskarte hat nur deklaratorischen Charakter)

⇒ **Erwerbsfähigkeit**

(besteht ausländerrechtlich bei allen Unionsbürgern und deren freizügigkeitsberechtigten Familienangehörigen, eine Arbeitserlaubnis muss *nicht* vorliegen)



Leistungsanspruch SGB II besteht nach dem Wortlaut des § 7 nicht.

Dieser Ausschluss ist rechtlich äußerst umstritten, da er mit Europarecht nicht vereinbar sein dürfte.

Eilanträge beim Sozialgericht haben daher große Aussicht auf Erfolg, Nach Europarecht gilt grundsätzlich für jeden Unionsbürger mit rechtmäßigem Aufenthalt ein Gleichbehandlungsgebot auch bezogen auf die Leistungen nach dem SGB II.

Vor allem folgende Rechtsnormen können nach der überwiegenden Rechtsprechung entgegen dem Wortlaut des Gesetzes für einen Leistungsanspruch sprechen:

- ⇒ Art. 18 AEUV
- ⇒ Art. 24 Abs. 1 UnionsRL
- ⇒ Art. 4 i.V.m. Art. 70 VO 883/2004
- ⇒ Art. 1 i.V.m. Art. 20 GG

Umstritten ist zudem die Geltung eines Anspruchs nach dem Europäischen Fürsorgeabkommen für arbeitsuchende Staatsangehörige der EFA-Staaten (→ Art. 1 EFA).

Für diese sind bei einem Ausschluss aus dem SGB II jedoch in jedem Fall Leistungen nach dem SGB XII zu erbringen. Der Antrag ist dann von Amts wegen an das Sozialamt weiter zu leiten.

Anhang 2:

2.1. Zugang zum SGB II innerhalb der ersten drei Monate

Zugang zum SGB II ist rechtlich umstritten für

Erstmalig eingereiste, nicht erwerbstätige und auch nicht früher erwerbstätige Ausländer und ihre Familienangehörigen innerhalb der ersten drei Monate des Aufenthalts (§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 SGB II)

- ⇒ Leistungsausschluss besteht nur nach dem SGB II, nicht jedoch nach dem SGB XII (Sozialhilfe). Nach § 23 Abs. 3 SGB XII besteht jedoch kein Anspruch auf Sozialhilfe, wenn die Einreise zum Zwecke des Sozialhilfebezugs erfolgte („Um-zu-Regelung“)
- ⇒ Nothilfe nach dem SGB XII für unabdingbar erforderliche Bedarfe muss dennoch geleistet werden

Staatsangehörige der Unterzeichnerstaaten des Europäischen Fürsorgeabkommens (EFA)

- ⇒ Gemäß Art. 1 des Europäischen Fürsorgeabkommens (EFA) dürfen Angehörige folgender Staaten nicht von Fürsorgeleistungen ausgeschlossen werden: Belgien, Dänemark, Deutschland, Estland, Frankreich, Griechenland, Irland, Island, Italien, Luxemburg, Malta, Niederlande, Norwegen, Portugal, Schweden, Spanien, Vereinigtes Königreich sowie der Türkei (Bundessozialgericht B 14 AS 23/10 R).
- ⇒ Die Bundesregierung hat einen Vorbehalt hinterlegt, nach dem das EFA nicht mehr für die Leistungen des SGB II gelten sollen.
- ⇒ Die Gültigkeit dieses Vorbehalts ist rechtlich umstritten.
- ⇒ Staatsangehörige der EFA-Staaten haben jedoch unstrittig Anspruch auf Leistungen nach dem SGB XII.

Zugang zum SGB II ist unstrittig für

Arbeitnehmer (§ 2 Abs. 2 Nr. 1 FreizügG)

- ⇒ Auch eine geringfügige Beschäftigung begründet den Arbeitnehmerstatus, es besteht ein Anspruch auf ergänzende Leistungen.
- ⇒ Eine Wochenarbeitszeit von wenigen Stunden (laut EuGH C-14/09 5,5 Wochenstunden) kann bereits ausreichend sein; ein Mindesteinkommen für den Arbeitnehmerstatus ist nicht festgelegt.
- ⇒ Auch eine betriebliche Berufsausbildung im dualen Ausbildungssystem begründet den Arbeitnehmerstatus.

Selbstständige (§ 2 Abs. 2 Nr. 2 FreizügG)

- ⇒ Auch wenn die selbstständige Tätigkeit nicht existenzsichernd ist, besteht Anspruch auf ergänzende Leistungen.
- ⇒ Für die Aufnahme einer selbstständigen Tätigkeit müssen lediglich die gewerberechtlichen Voraussetzungen eingehalten werden. Eine selbststän-

dige Tätigkeit ist auch für neue EU-Bürger ohne Arbeitsmarktprüfung möglich. Eine selbstständige Tätigkeit muss auf längerfristige Gewinnerzielung ausgerichtet sein.

Bei unfreiwilliger Arbeitslosigkeit innerhalb der ersten drei Monate des Aufenthalts (§ 2 Abs. 3 Satz 2 FreizügG)

- ⇒ Z. B. nach betriebsbedingter Kündigung oder Kündigung wegen Krankheit sowie nach Auslaufen befristeter Verträge.
- ⇒ Die Arbeitnehmereigenschaft bleibt für sechs Monate erhalten, solange die Ausländerbehörde nicht formal feststellt, dass eine neue Anstellung nicht mehr gefunden werden kann.
- ⇒ Auch nach einer kurzfristigen Vorbeschäftigungszeit bleibt der Arbeitnehmerstatus fortbestehen.
- ⇒ Voraussetzung ist die Arbeitslos- / Arbeitssuchendmeldung bei der Agentur für Arbeit.

Bei unfreiwilliger Aufgabe der Selbstständigkeit innerhalb der ersten drei Monate des Aufenthalts (§ 2 Abs. 3 Satz 2 FreizügG i. V. m. Art. 7 Abs. 3 Buchst. c UnionsRL)

- ⇒ Z. B. nach Insolvenz des Gewerbes oder wegen Krankheit.
- ⇒ Die Selbstständigeigenschaft bleibt für sechs Monate erhalten.

Bei vorübergehender Erwerbsminderung wegen Krankheit oder Unfall (§ 2 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 FreizügG)

- ⇒ Nach vorangegangener Beschäftigung oder Selbstständigkeit für die Zeit der Erwerbsminderung wegen Krankheit.

Bei Aufnahme einer Berufsausbildung, wenn zwischen der Ausbildung und der früheren Erwerbstätigkeit ein Zusammenhang besteht (§ 2 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 FreizügG)

- ⇒ Der Zusammenhang ist nicht erforderlich, wenn die Erwerbstätigkeit unfreiwillig aufgegeben wurde.

Familienangehörige der genannten Personengruppen (§ 3 FreizügG)

- ⇒ Familienangehörige sind: Kinder und Enkel unter 21 Jahren, Ehegatten und eingetragene Lebenspartner.
- ⇒ Außerdem: Kinder und Enkel über 21 Jahren, Eltern und Großeltern der genannten Personen oder ihrer Ehegatten, soweit ihnen Unterhalt gewährt wird. Der Unterhalt muss nicht existenzsichernd sein.
- ⇒ Für die Familienangehörigen gilt der gleiche Zugang zu Sozialleistungen wie für die „Stammberechtigten“, sie müssen nicht selbst Arbeitnehmer oder Selbstständige sein.
- ⇒ Auch für Familienangehörige von Deutschen ist der Ausschluss nicht anwendbar (vgl.: BSG, Urteil vom 30. Januar 2013, B 4 AS 37/12 R).

Bei einem Aufenthaltsrecht nach dem Aufenthaltsgesetz (vgl. § 11 Abs. 1 Satz 5 FreizügG)

- ⇒ Z. B. wegen Unmöglichkeit der Ausreise aus gesundheitlichen Gründen oder als Familienangehörige von Deutschen oder Drittstaatsangehörigen.
- ⇒ Das Aufenthaltsgesetz muss auch auf EU-Bürger angewandt werden, wenn dies im Einzelfall günstigere Regelungen enthält.
- ⇒ Im Fall eines humanitären Aufenthaltsrechts besteht Leistungsberechtigung nach dem SGB II, im Falle eines anderen Aufenthaltsrechts (z.B. familiäres Aufenthaltsrecht) innerhalb der ersten drei Monate nach SGB XII.

In dringenden Notlagen

- ⇒ Auch wenn kein Leistungsanspruch besteht, muss das Sozialamt im Rahmen der Sozialhilfe eine Nothilfe leisten, also zumindest Lebensmittel, Unterkunft und erforderliche Krankenbehandlung sowie die Kosten der Ausreise.

2.2 Zugang zum SGB II bei einem Aufenthalt von mehr als drei Monaten

Bei einem Aufenthalt von mehr als drei Monaten sind Unionsbürger und ihre Familienangehörigen gemäß § 2 Abs. 2 FreizügG freizügigkeitsberechtigt.

Zugang zum SGB II ist rechtlich umstritten für

Erstmalig eingereiste Unionsbürger und ihre Familienangehörigen, deren Aufenthaltsrecht sich allein aus dem Zweck der Arbeitsuche ergibt (§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II)

- ⇒ Gemäß § 2 Abs. 2 Nr. 1 FreizügG besteht ein Recht auf Freizügigkeit zum Zweck der Arbeitsuche.
- ⇒ Dieser Ausschluss ist rechtlich äußerst umstritten, da er mit Europarecht nicht vereinbar sein dürfte.
- ⇒ Eilanträge beim Sozialgericht haben daher große Aussicht auf Erfolg. Nach Europarecht gilt grundsätzlich für jeden Unionsbürger mit rechtmäßigem Aufenthalt ein Gleichbehandlungsgebot auch bezogen auf die Leistungen nach dem SGB II.

Vor allem folgende Rechtsnormen können nach der überwiegenden Rechtsprechung entgegen dem Wortlaut des Gesetzes für einen Leistungsanspruch sprechen:

- ⇒ Art. 18 AEUV
- ⇒ Art. 24 Abs. 1 UnionsRL
- ⇒ Art. 4 i.V.m. Art. 70 VO 883/2004
- ⇒ Art. 1 i.V.m. Art. 20 GG

Umstritten ist zudem die Geltung eines Anspruchs nach dem Europäischen Fürsorgeabkommen für arbeitssuchende Staatsangehörige der EFA-Staaten (→ Art. 1 EFA).

Für diese sind bei einem Ausschluss aus dem SGB II jedoch in jedem Fall Leistungen nach dem SGB XII zu erbringen. Der Antrag ist dann von Amts wegen an das Sozialamt weiter zu leiten.

Zugang zum SGB II ist unstrittig für

Arbeitnehmer (§ 2 Abs. 2 Nr. 1 FreizügG)

- ⇒ Auch eine geringfügige Beschäftigung begründet den Arbeitnehmerstatus, es besteht ein Anspruch auf ergänzende Leistungen.
- ⇒ Eine Wochenarbeitszeit von wenigen Stunden (laut EUGH C-14/09 z. B. 5,5 Wochenstunden) kann bereits ausreichend sein; ein Mindesteinkommen für den Arbeitnehmerstatus ist nicht festgelegt.
- ⇒ Auch eine betriebliche Berufsausbildung im dualen Ausbildungssystem begründet den Arbeitnehmerstatus.

Selbstständige (§ 2 Abs. 2 Nr. 2 FreizügG)

- ⇒ Auch wenn die selbstständige Tätigkeit nicht existenzsichernd ist, besteht Anspruch auf ergänzende Leistungen.
- ⇒ Für die Aufnahme einer selbstständigen Tätigkeit müssen lediglich die gewerberechtlichen Voraus-

setzungen eingehalten werden. Eine selbstständige Tätigkeit ist auch für neue EU-Bürger ohne Arbeitsmarktprüfung möglich. Eine selbstständige Tätigkeit muss auf längerfristige Gewinnerzielung ausgerichtet sein.

Bei unfreiwilliger Arbeitslosigkeit nach weniger als einem Jahr Beschäftigung (§ 2 Abs. 3 Satz 2 FreizügG)

- ⇒ Z. B. nach betriebsbedingter Kündigung oder Kündigung wegen Krankheit sowie bei Auslaufen eines befristeten Vertrags.
- ⇒ Die Arbeitnehmereigenschaft bleibt für sechs Monate erhalten.
- ⇒ Auch nach einer sehr kurzfristigen Vorbeschäftigungszeit besteht der Arbeitnehmerstatus fort.

- ⇒ Voraussetzung ist die Arbeitslos- / Arbeitssuchendmeldung bei der Agentur für Arbeit sowie tatsächliche Bemühungen zur Überwindung der Arbeitslosigkeit.

Bei unfreiwilliger Arbeitslosigkeit nach mehr als einem Jahr Beschäftigung

(§ 2 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 FreizügG)

- ⇒ Z. B. nach betriebsbedingter Kündigung oder Kündigung wegen Krankheit sowie nach Auslaufen eines befristeten Vertrags.
- ⇒ Die Arbeitnehmereigenschaft bleibt dauerhaft erhalten.
- ⇒ Voraussetzung ist die Arbeitslos- / Arbeitssuchendmeldung bei der Agentur für Arbeit sowie tatsächliche Bemühungen zur Überwindung der Arbeitslosigkeit.

Bei unfreiwilliger Aufgabe der Selbstständigkeit nach weniger als einem Jahr Erwerbstätigkeit

(§ 2 Abs. 3 Satz 2 FreizügG i. V. m. Art. 7 Abs. 3 Bst. c UnionsRL)

- ⇒ Z. B. nach Insolvenz oder Aufgabe des Gewerbes wegen Krankheit.
- ⇒ Die Selbstständigeneigenschaft bleibt für sechs Monate erhalten.

Bei unfreiwilliger Arbeitslosigkeit nach mehr als einem Jahr Selbstständigkeit

(§ 2 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 FreizügG)

- ⇒ Die Selbstständigeneigenschaft bleibt dauerhaft erhalten.

Bei vorübergehender Erwerbsminderung wegen Krankheit oder Unfall (§ 2 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 FreizügG)

- ⇒ Nach vorangegangener Beschäftigung oder Selbstständigkeit für die Dauer der vorübergehenden Erwerbsminderung.

Bei Aufnahme einer Berufsausbildung, wenn zwischen der Ausbildung und der früheren Erwerbstätigkeit ein Zusammenhang besteht

(§ 2 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 FreizügG)

- ⇒ Der Zusammenhang ist nicht erforderlich, wenn die Erwerbstätigkeit unfreiwillig aufgegeben wurde.

Nicht-Erwerbstätige (§ 2 Abs. 2 Nr. 5 i. V. m. § 4 FreizügG)

- ⇒ In der Praxis insbesondere StudentInnen und RentnerInnen bzw. dauerhaft erwerbsunfähige Personen, so dass es regelmäßig um SGB XII-Leistungen gehen dürfte.
- ⇒ Nicht-Erwerbstätige sind die einzige Gruppe, die für das Recht auf Aufenthalt ausreichende Existenzmittel und Krankenversicherungsschutz nachweisen müssen.
- ⇒ Dennoch sind sie nicht von der Inanspruchnahme von Leistungen nach SGB II bzw. XII ausgeschlossen. Allerdings kann die ABH im Fall des Leistungsbezugs nach einer Einzelfallprüfung feststellen, dass das Aufenthaltsrecht nicht mehr besteht.
- ⇒ Die Inanspruchnahme von Sozialleistungen hat keinesfalls den automatischen Verlust des Aufenthaltsrechts zur Folge, sondern die ABH muss dies in einem Verwaltungsverfahren formal feststellen.

EU-Bürger mit Daueraufenthaltsrecht

(§ 4a FreizügG)

- ⇒ Nach fünfjährigem rechtmäßigem Aufenthalt besteht für Unionsbürger und ihre Familienangehörigen in jedem Fall ein Anspruch auf Daueraufenthalt mit uneingeschränktem Anspruch auf Sozialleistungen. In Ausnahmefällen kann bereits vor Ablauf der fünf Jahre das Daueraufenthaltsrecht entstehen.

Familienangehörige der genannten Personengruppen

(§ 2 Abs. 2 Nr. 6 i. V. m. §§ 3 und 4 FreizügG)

- ⇒ Familienangehörige sind: Kinder und Enkel unter 21 Jahren, Ehegatten und eingetragene Lebenspartner.
- ⇒ Außerdem: Kinder und Enkel über 21 Jahren, Eltern und Großeltern der genannten Personen oder ihrer Ehegatten, soweit ihnen Unterhalt gewährt wird. Der Unterhalt muss nicht existenzsichernd sein.
- ⇒ Für die Familienangehörigen gilt der gleiche Zugang zu Sozialleistungen wie für die „Stammberechtigten“, sie müssen nicht selbst Arbeitnehmer oder Selbstständige sein.

⇒ Auch ein ungeborenes Kind kann ein familiäres Aufenthaltsrecht begründen (vgl. Bundessozialgericht, Urteil vom 30. Januar 2013, B 4 AS 54/12 R).

Bei einem Aufenthaltsrecht nach dem Aufenthaltsgesetz (vgl. § 11 Abs. 1 FreizügG)

⇒ Z. B. wegen Unmöglichkeit der Ausreise aus gesundheitlichen Gründen, für Opfer von Menschenhandel und Zwangsprostitution oder als Familienangehörige von Deutschen oder Drittstaatsangehörigen.

⇒ Das Aufenthaltsgesetz muss auch auf EU-Bürger angewandt werden, wenn dies im Einzelfall günstigere Regelungen enthält.

In dringenden Notlagen

⇒ Auch wenn kein Leistungsanspruch besteht, muss das Sozialamt im Rahmen der Sozialhilfe eine Nothilfe leisten, also zumindest Lebensmittel, Unterkunft und erforderliche Krankenbehandlung sowie die Kosten der Ausreise.

2.3. Zugang zum Arbeitsmarkt

Ein unbeschränkter Zugang zur Beschäftigung besteht für

Angehörige der alten EU-Staaten sowie der 2004 beigetretenen Mitgliedsstaaten und ihre Familienangehörigen

- ⇒ Belgien, Frankreich, Italien, Luxemburg, Niederlande, Dänemark, Finnland, Irland, Großbritannien, Griechenland, Portugal, Spanien, Österreich, Schweden, Malta, Zypern, Estland, Lettland, Litauen, Polen, Ungarn, Slowenien, Slowakei, Tschechien
- ⇒ gilt auch für die Schweiz, Liechtenstein, Norwegen und Island
- ⇒ Es bestehen keine Einschränkungen beim Arbeitsmarktzugang, eine Arbeitserlaubnis muss nicht beantragt werden

Ein nachrangiger Zugang zur Beschäftigung besteht für

Angehörige von Rumänien, Bulgarien und Kroatien und ihre Familienangehörigen, die unter keine der unten genannten Ausnahmen fallen

- ⇒ § 284 SGB III
- ⇒ Einschränkungen beim Zugang zur Beschäftigung für rumänische und bulgarische Staatsangehörige gilt nur noch bis zum 31.12.2013
- ⇒ Einschränkungen beim Zugang zur Beschäftigung gelten für kroatische Staatsangehörige zunächst bis 30. Juni 2015, längstens bis 30. Juni 2020.
- ⇒ Für eine Beschäftigung muss eine Arbeitserlaubnis-EU bei der ZAV beantragt werden; eine Arbeitsmarktprüfung mit Vorrangprüfung und Prüfung der Beschäftigungsbedingungen wird in der Regel durchgeführt.

Eine Arbeitsgenehmigung-EU ist nicht erforderlich für Rumänen, Bulgaren und Kroaten

Nach einem Jahr Vorbeschäftigung in Deutschland

- ⇒ § 12a ArGV
- ⇒ Nach einem Jahr Zulassung zum deutschen Arbeitsmarkt wird eine unbeschränkte Arbeitsberechtigung-EU für jede Tätigkeit erteilt.
- ⇒ Gilt auch für die Familienangehörigen

Nach drei Jahren Aufenthalt

- ⇒ § 9 Abs. 1 BeschV
- ⇒ Die BeschV ist nach dem Meistbegünstigungsprinzip auch auf EU-Bürger anzuwenden.

Bei Beschäftigung als Auszubildender im Rahmen einer qualifizierten betrieblichen Ausbildung in einem staatlich anerkannten Ausbildungsberuf

- ⇒ § 12 c ArGV

Als Fachkräfte

- ⇒ 12b Abs. 1 ArGV
- ⇒ Fachkräften mit einem Hochschulabschluss oder einer vergleichbaren Qualifikation benötigen keine Arbeitserlaubnis für eine dem Abschluss entsprechende Beschäftigung
- ⇒ Gilt auch für ihre Familienangehörigen (für jede Tätigkeit)

Für qualifizierte Beschäftigung in einem Arbeitsplatz, der eine qualifizierte Berufsausbildung voraussetzt

- ⇒ § 12c ArGV
- ⇒ Arbeitserlaubnis-EU ist zwar erforderlich, wird jedoch ohne Vorrangprüfung erteilt, aber mit Prüfung der Beschäftigungsbedingungen
- ⇒ Gilt auch für Familienangehörige für jede Tätigkeit

Bei Tätigkeit als Saisonarbeitnehmer im Bereich der Land- und Forstwirtschaft, im Hotel- und Gaststättengewerbe, in der Obst- und Gemüseverarbeitung sowie in Sägewerken

- ⇒ § 12e ArGV

- ⇒ mind. sechs Stunden täglich, für maximal sechs Monate

Wenn sie einen Aufenthaltstitel nach dem Aufenthaltsgesetz besitzen, der die Beschäftigung erlaubt

- ⇒ § 11 Abs. 1 Satz 11 FreizügG i. V. m. § 284 Abs. 6 SGB III)

Für andere zustimmungsfreie Beschäftigungen (§ 284 Abs. 6 SGB III)

- ⇒ Praktikum im Rahmen einer Ausbildung oder eines Studiums oder eines ESF-geförderten Programms in Deutschland (§ 15 BeschV)
- ⇒ Beschäftigungen im Rahmen gesetzlicher (FSJ, Buf-Di) oder europäischer Freiwilligendienste bzw. karitative oder religiöse Beschäftigung (§ 14 BeschV)
- ⇒ daneben sieht die Beschäftigungsverordnung zustimmungsfreie Tätigkeiten in einigen anderen, teils sehr speziellen Bereichen vor (etwa für Mannequins, Dressmen, Künstler, Berufssportler)

Für rumänische, bulgarische und kroatische Familienangehörige von EU-Bürgern, die ein Freizügigkeitsrecht als Selbstständige oder Nicht-Erwerbstätige besitzen

- ⇒ Art. 23 UnionsRL i. V. m. dem Anhang zu den entsprechenden Beitrittsakten
- ⇒ danach bestehen die Einschränkungen beim Arbeitsmarktzugang nur für Arbeitnehmer und ihre Familienangehörigen
- ⇒ Nach dem neuen § 27 Abs. 5 AufenthG müssten unabhängig davon auch alle Familienangehörigen rumänischer, bulgarischer und kroatischer Staatsangehöriger eine Berechtigung zur Ausübung jeder Erwerbstätigkeit besitzen, da sie gem. § 11 Abs. 1 Satz 11 FreizügG nicht schlechter gestellt werden dürfen als andere Ausländer.

Für rumänische, bulgarische und kroatische Familienangehörige von EU-Bürgern mit Daueraufenthaltsrecht

- ⇒ Art. 23 UnionsRL

Abkürzungsverzeichnis

ABH	Ausländerbehörde
ArGV	Arbeitsgenehmigungsverordnung
AVwV	Allgemeine Verwaltungsvorschrift
Art.	Artikel
AufenthG	Aufenthaltsgesetz
BA	Bundesagentur für Arbeit
BAföG	Bundesausbildungsförderungsgesetz
BeschV	Beschäftigungsverordnung
BeschVerfV	Beschäftigungsverfahrensverordnung
BSG	Bundessozialgericht
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
DA	Durchführungsanweisung
EFA	Europäisches Fürsorgeabkommen
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
FH	Fachliche Hinweise
FreizügG	Freizügigkeitsgesetz / EU
GG	Grundgesetz
i. V. m.	in Verbindung mit
LSG	Landessozialgericht
Rz	Randziffer
SG	Sozialgericht
SGB II	Sozialgesetzbuch Zweites Buch – Grundsicherung für Arbeitsuchende
SGB III	Sozialgesetzbuch Drittes Buch – Arbeitsförderung
SGB X	Sozialgesetzbuch Zehntes Buch – Sozialverwaltungsverfahren und Sozialdatenschutz
SGB XII	Sozialgesetzbuch Zwölftes Buch – Sozialhilfe
UnionsRL	Unionsbürgerrichtlinie; Richtlinie 2004/38/EG vom 29.4.2009
VO	Verordnung
ZAV	Zentrale Auslands- und Fachvermittlung der Bundesagentur für Arbeit



Oranienburger Str. 13-14
10178 Berlin
Tel. 030-2 46 36-0
Fax 030-2 46 36-110

www.paritaet.org
info@paritaet.org