

„Aufenthaltsrecht, Sozialleistungen und Arbeitserlaubnis für Unionsbürger und -bürgerinnen sowie ihre Familienangehörigen“

Rechtsanwalt Ronald Reimann, Berlin

Fortbildungsveranstaltung für den Flüchtlingsrat Berlin

Freitag, 22.06.2012 – Berlin

1. Rechtliche Grundlagen der Freizügigkeitsberechtigung von Unionsbürgern

Artikel 21 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV)

Jeder Unionsbürger hat das Recht, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten (...) frei zu bewegen und aufzuhalten.

RL 2004/38 EG – „Unionsbürgerrichtlinie“

Diese Richtlinie regelt

- a) die Bedingungen, unter denen Unionsbürger und ihre Familienangehörigen das Recht auf Freizügigkeit und Aufenthalt innerhalb des Hoheitsgebiets der Mitgliedstaaten genießen;
- b) das Recht auf Daueraufenthalt der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten;
- c) die Beschränkungen der in den Buchstaben a) und b) genannten Rechte aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit.

Freizügigkeitsgesetz/EU i.d.F. vom 19.8.2007

§ 2 : Definition der Freizügigkeitsberechtigten

(2) *Gemeinschaftsrechtlich freizügigkeitsberechtigt sind:*

1. *Unionsbürger, die sich als **Arbeitnehmer, zur Arbeitssuche** oder zur **Berufsausbildung** aufhalten wollen,*
2. *Unionsbürger, wenn sie zur Ausübung einer selbständigen Erwerbstätigkeit berechtigt sind (**niedergelassene selbständige Erwerbstätige**),*
3. *Unionsbürger, die, ohne sich niederzulassen, als selbständige Erwerbstätige Dienstleistungen im Sinne des Artikels 50 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft erbringen wollen (**Erbringer von Dienstleistungen**), wenn sie zur Erbringung der Dienstleistung berechtigt sind,*
4. *Unionsbürger als **Empfänger von Dienstleistungen**,*
5. ***nicht erwerbstätige Unionsbürger** unter den Voraussetzungen des § 4,*
6. ***Familienangehörige** unter den Voraussetzungen der §§ 3 und 4,*
7. *Unionsbürger und ihre Familienangehörigen, die ein **Daueraufenthaltsrecht** erworben haben.*

2. Voraussetzungen für das Freizügigkeitsrecht

- 2.1. Arbeitnehmer
- 2.2. Erhalt des Status als Arbeitnehmer trotz Arbeitslosigkeit
- 2.3. Auszubildende
- 2.4. Arbeitssuchende
- 2.5. Niedergelassene Selbstständige
- 2.6. Erhalt des Status als Selbstständiger trotz Beschäftigungslosigkeit
- 2.7. Nichterwerbstätigkeit
- 2.8. Dienstleistungserbringer/Dienstleistungsempfänger

---- *siehe Artikel Asylmagazin 06/2012*----

3. Freizügigkeitsberechtigung der (drittstaatsangehörigen) Familienangehörigen

Familienangehöriger gem. § 3 Abs. 2 FreizügG/EU ist

- der **Ehegatte**,
- der **gleichgeschlechtliche Lebenspartner** (§ 3 Abs. 6 FreizügG/EU)
- die **Abkömmlinge** des freizügigkeitsberechtigten Unionsbürgers (Kinder, Enkel, Urenkel etc.) oder des (drittstaatsangehörigen) Ehegatten, die das **21. Lebensjahr noch nicht vollendet** haben
oder
- die das **21. Lebensjahr vollendet** haben, sofern ihnen vom Unionsbürger oder seinem Ehegatten (bzw. Lebenspartner) **Unterhalt gewährt** wird,
- die **Verwandten in gerader aufsteigender Linie** (Eltern, Großeltern, Urgroßeltern etc.) des freizügigkeitsberechtigten Unionsbürgers oder des (drittstaatsangehörigen) Ehegatten, denen vom Unionsbürger, seinem Ehegatten bzw. dessen Lebenspartner Unterhalt gewährt wird.
- Rechtsprechung: Familienangehöriger ist auch der drittstaatsangehörige Elternteil, der das Sorgerecht für einen minderjährigen Unionsbürger ausübt, unabhängig davon, ob Existenzmittel vorhanden sind (VGH Baden-Württemberg, Urteil vom 22.3.2010, 11 S 1626/08).

Wichtig: Der **Familienangehörige** muss nicht selbst Unionsbürger sein, sondern **kann auch ein sogenannter „Drittstaatsangehöriger“ sein**, also z.B. Russe, Vietnamesische oder Türke. Ist der **Familienangehörige selbst Unionsbürger**, genießt er ein eigenes Freizügigkeitsrecht, wenn er eine der Voraussetzungen in § 2 Abs. 2 FreizügG/EU erfüllt.

Anders als nach dem Aufenthaltsgesetz sind **deutsche Sprachkenntnisse nicht nachzuweisen** - weder vor noch nach der Einreise!

Beim Nachzug von Ehegatten und Kindern bis zum 21. Lebensjahr spielt die **Sicherung des Lebensunterhaltes** überhaupt keine Rolle (Ausnahme: Nachzug zu „Nichterwerbstätigen Unionsbürgern“), beim Nachzug anderer Familienangehörigen im Sinne von § 3 Abs. 2 spielt die „Sicherung des Lebensunterhaltes“ nur eine abgeschwächte Rolle, es genügt, wenn tatsächlich Unterhalt gewährt wird. Eine solche Unterhaltsgewährung liegt bereits dann 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 ermöglicht, zumindest einen Teil des Lebensunterhalts regelmäßig zu decken“ (Allgemeine Verwaltungsvorschrift der Bundesregierung zum FreizügG/EU vom 27.7.09, 3.2.2.1.)

ABER: *„Anders verhält es sich allerdings in den Fällen, in denen § 3 Abs. 2 Nr. 2 darauf abstellt, ob Unterhalt gewährt wird. Hier genügt es gerade nicht, wenn diese ihren Angehörigen faktisch Unterhalt gewähren, etwa indem sie sie kostenfrei in ihre Wohnung aufnehmen und sie verköstigen, ohne dass dies ausreichen würde, um diese Personen von Leistungen nach dem SGB II oder XII freizustellen. Anders gesprochen: In den Fällen, in denen der freizügigkeitsberechtigte Unionsbürger bzw. sein Ehegatte oder Lebenspartner schon nicht in der Lage ist seinen eigenen Unterhalt und den seiner Kernfamilie aus eigenen Einkünften zu sichern, ist er auch nicht in der Lage weiteren Personen Unterhalt zu gewähren“* (LABO Berlin, VAB, C 3.2.2.).

Eine „außergewöhnliche Härte“ oder sonstige besondere Voraussetzungen müssen nicht gegeben sein, um den Nachzug zu ermöglichen.

Deutsche Staatsangehörige können sich auf das FreizügG/EU für den Nachzug ihrer Angehörigen nicht berufen (sog. „Inländerdiskriminierung“). Etwas anderes gilt nur dann, wenn sie von ihrer Freizügigkeit Gebrauch gemacht haben, also z.B. in einem anderen EU-Staat arbeiten und den Familiennachzug dort betrieben haben („Rückkehrerfälle“). Das Bundesverwaltungsgericht verlangt hierfür ein „erhebliches und nachhaltiges Gebrauchmachen vom Freizügigkeitsrecht“. Kurzfristige oder touristische Aufenthalte in einem anderen Mitgliedstaat oder die Inanspruchnahme einzelner Dienstleistungen dort sollen hierfür nicht ausreichend sein. Dies gilt insbesondere auch für einen vorübergehenden Aufenthalt in Dänemark zum Zwecke der Eheschließung. Vielmehr ist der tatsächlich dauerhafte Aufenthalt (Umzug) in einen anderen Mitgliedstaat erforderlich (BVerwG, Urteil vom 11.01.2011 - 1 C 23.09 -). Deutsche Staatsangehörige, die daneben auch die Staatsangehörigkeit eines anderen Mitgliedsstaates der EU besitzen, aber noch nie von ihrer Freizügigkeit Gebrauch gemacht haben, können sich gleichfalls nicht auf das FreizügG/EU berufen (vgl. EuGH, Urteil vom 05.05.2011 - RS C-434/09 – McCarthy)

Einreisevisum für Familienangehörige erforderlich?

Nein, wenn Familienangehöriger selbst Unionsbürger ist. Ja, wenn Familienangehöriger Drittstaatsangehöriger ist (§ 2 Abs. 4).

Aber: EuGH-Urteil in der Rechtssache Metock (Urteil vom 25.07.2008 C-127/08) – Unerlaubte Einreise oder illegaler Aufenthalt rechtfertigt keine Versagung des Freizügigkeitsrechts

4. Erhalt des Freizügigkeitsrechtes trotz Wegfall des Freizügigkeitsgrundes beim „stamberechtigten“ Familienangehörigen

Tod des Stamberechtigten

- nach einem Jahr Aufenthalt als Familienangehöriger und Erfüllung von § 2 Abs. 1-3 oder 5 FreizügG/EU bleibt eigene Freizügigkeit erhalten. Aber nur auf „persönlicher Grundlage“, keine Vermittlung der Freizügigkeit an weitere Familienangehörige, nur familiärer Aufenthalt nach AufenthG möglich (§ 3 Abs. 3 FreizügG/EU)
- Kinder des Verstorbenen behalten Freizügigkeit, wenn sie sich in Ausbildung befinden, bis zum Abschluss der Ausbildung

Trennung/Scheidung von Ehepartnern

- Anders als nach AufenthG bleibt das Freizügigkeitsrecht des Ehegatten oder Lebenspartners eines Freizügigkeitsberechtigten, der selbst nicht Unionsbürger ist, bis zur **rechtskräftigen Scheidung bestehen**. Zur Vermeidung von Missbrauch verlangt die ausländerbehördliche Praxis eine angemessene Frist – 6 Monate - zwischen Familiennachzug (Einreise) und Trennung vom Unionsbürger, um das Freizügigkeitsrecht bestehen zu lassen.
- Auch wenn die **Ehe geschieden** oder aufgehoben wird oder bei Beendigung der Lebenspartnerschaft bleibt das Aufenthaltsrecht der drittstaatsangehörigen Familienangehörigen unter bestimmten Bedingungen erhalten. Für Drittstaatsangehörige führt die Scheidung oder Aufhebung der Ehe bzw. die Beendigung der Lebenspartnerschaft nicht zum Verlust ihres gemeinschaftsrechtlichen Aufenthaltsrechts, wenn
 - sie selbst die Voraussetzungen des § 2 Abs. 2 Nr. 1 bis 3 oder Nr. 5 erfüllen **und wenn**
 - **die Ehe** bis zur Einleitung des gerichtlichen Scheidungs- oder Aufhebungsverfahrens bzw. die Lebenspartnerschaft bis zur Beendigung mindestens **3 Jahre bestanden** hat, davon mindestens 1 Jahr im Bundesgebiet, **oder**
 - ihnen durch Vereinbarung mit dem Unionsbürger oder durch gerichtliche Entscheidung das **Sorgerecht** für die Kinder des Unionsbürgers übertragen wurde **oder**
 - es zur Vermeidung einer **besonderen Härte**, zum Beispiel bei häuslicher Gewalt, erforderlich ist **oder**

„Aufenthaltsrecht, Sozialleistungen und Arbeitserlaubnis für Unionsbürger und -bürgerinnen sowie ihre Familienangehörigen“

- ihnen durch Vereinbarung mit dem Unionsbürger oder durch gerichtliche Entscheidung das Recht zum persönlichen **Umgang** mit einem **minderjährigen Kind** zugesprochen wurde, und dieser nur in Deutschland erfolgen darf.

5. Erwerb des Daueraufenthaltsrechts für Unionsbürger und ihre Familienangehörigen

- nach **fünfjährigem rechtmäßigem Aufenthalt** in Deutschland, § 4a FreizügG/EU
Rechtmäßige Aufenthalte nur auf Grund nationaler Regelungen genügen hierfür jedoch nicht (EuGH, Große Kammer, Urteil vom 21.12.2011, C-424/10 u.a.); Rechtmäßige Aufenthaltszeiten vor dem Beitritt eines Mitgliedsstaates werden angerechnet, wenn der Betroffene die Voraussetzungen der Freizügigkeit erfüllt (ebd.)
- Erleichterungen bei **Arbeitnehmern und Selbständigen**:
 - nach drei Jahren und Eintritt des Rentenalters oder Vorruhestandsregelung
 - bei voller Erwerbsminderung in Folge Arbeitsunfalles oder Berufskrankheit **oder** nach 2 Jahren Aufenthalt
- Erleichterungen bei **Familienangehörigen bei Tod des Unionsbürgers**:
 - nach zweijährigem ständigem Aufenthalt bei ihm
 - bei Tod infolge Arbeitsunfall oder Berufskrankheit
 -

Rechtliche Folge

Daueraufenthaltsrecht ist unabhängig vom Fortbestand eines besonderen Freizügigkeitstatbestandes nach § 2 FreizügG/EU und begründet besonderen Schutz vor Verlust der Freizügigkeit („Ausweisung“), § 6 Abs. 4 FreizügG/EU.

Familiennachzug ist ohne Weiteres möglich, soweit die Anforderungen nach § 3 Abs. 2 erfüllt sind.

6. Verlust des Rechtes auf Freizügigkeit, wenn die Voraussetzungen nicht bzw. nicht mehr gegeben sind

Für das Freizügigkeitsrecht von Unionsbürgern ist es nicht erforderlich, dass der Unionsbürger alle Voraussetzungen erfüllt, die gemäß § 2 Abs. 2 für ein Freizügigkeitsrecht als *Arbeitnehmer, Arbeitssuchender, Selbstständiger, Auszubildender* oder *Nichterwerbstätiger* verlangt werden. Vielmehr gilt für Unionsbürger und ihre Angehörigen zunächst eine „Vermutung der Freizügigkeit“ (Gesetzliche Begründung zum Zuwanderungsgesetz, BT-DrS. 15/420, S. 106; GK-AufenthG, § 11 FreizügG/EU Rn. 29; Hailbronner, Ausländerrecht, § 11 FreizügG/EU Rn. 38 f.; Kurzidem, in: Kluth/Hund/Maaßen: Zuwanderungsrecht, § 6 Rn. 8; OVG Hamburg, Beschluss vom 6.3.2008 – 3 Bs 281/07 – bei www.asyl.net). Diese Vermutung führt dazu, dass für jeden Unionsbürger so lange von der Rechtmäßigkeit seines Aufenthalts auszugehen ist, bis die Ausländerbehörde von der ihr eingeräumten Möglichkeit Gebrauch gemacht hat, den Verlust oder das Nichtbestehen des Freizügigkeitsrechts festzustellen (BSG, Urteil vom 19.10.2010 – B 14 AS 23/10 R –, ASYLMAGAZIN 5/2011, S. 176 ff.; so auch Ziffer 5.5.1.3. der Allgemeinen Verwaltungsvorschrift zum Freizügigkeitsgesetz/EU vom 26.10.2009). In der Praxis der Sozialämter und Arbeitsagenturen (JobCenter) ist demgegenüber häufig festzustellen, dass diese ohne Berücksichtigung der Vermutung der Freizügigkeit selbst darüber entscheiden, ob sich ein Unionsbürger aus ihrer Sicht auf sein Freizügigkeitsrecht berufen kann oder nicht. Damit maßen sich diese Behörden eine Entscheidungskompetenz an, die ihnen nicht zusteht. Dass dies rechtswidrig ist, erkennt auch die Bundesagentur für Arbeit in ihren Arbeitshinweisen zum SGB II an (Arbeitshinweis der Bundesagentur für Arbeit zu § 7 SGB II, 7.2d, siehe bei www.harald-thome.de unter »SGB II – Hinweise«). Diese stellen klar, dass nur die zuständige Ausländerbehörde gemäß § 5 Abs. 5 FreizügG/EU den Verlust der Freizügigkeit feststellen darf.

„Auf Unionsbürger und ihre Familienangehörigen, die nicht oder nicht mehr nach Gemeinschaftsrecht freizügigkeitsberechtigt sind und auch kein Aufenthaltsrecht nach § 2 Abs. 5 genießen, findet dieses Gesetz keine Anwendung, sondern die Betroffenen unterliegen dem allgemeinen Ausländerrecht. Entsprechend dem Grundsatz, dass Unionsbürger und ihre Angehörigen weitestgehend aus dem Geltungsbereich des allgemeinen Ausländerrechts herausgenommen werden, setzt dies einen Feststellungsakt der zuständigen Behörde voraus. Damit gilt für den in § 1 beschriebenen Personenkreis

„Aufenthaltsrecht, Sozialleistungen und Arbeitserlaubnis für Unionsbürger und -bürgerinnen sowie ihre Familienangehörigen“

zunächst eine Vermutung der Freizügigkeit.“ (Gesetzliche Begründung zum Zuwanderungsgesetz, BT-DrS. 15/420, S. 106)

„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. Die Ausreisepflicht nach § 7 Abs 1 Satz 1 FreizügG/EU wird erst mit dieser Verlustfeststellung begründet“ (Bundessozialgericht, Urteil vom 19.10.2010, B 14 AS 23/10 R).

7. Einschränkungen bei der Arbeitsaufnahme für Bulgaren und Rumänen bis zum 31.12.2013

Freizügigkeit als Arbeitnehmer (§ 2 Abs. 2 Nr. 1) ist beschränkt, alle sonstigen Freizügigkeitsrechte, also insbesondere auch das Recht zur Arbeitssuche bestehen!

Bulgaren und Rumänen dürfen nur beschäftigt werden, wenn sie von der Bundesagentur für Arbeit eine Arbeitsgenehmigung-EU erhalten haben.

7.1. Ausnahmen:

- **Tätigkeiten gem. §§ 2-12 BeschV** (Beschäftigungen, die Drittstaatsangehörige ohne Zustimmung der Arbeitsagentur aufnehmen können; Verbot der Schlechterstellung von Unionsbürgern, § 284 Abs. 6 Satz 2 SGB III):
 - **Praktika:** im Rahmen einer Ausbildung oder eines Studiums in Deutschland, eines EU-Programms oder eines anerkannten internationalen Austauschprogramms, oder ein Regierungspraktikum (§ 2 BeschV).
 - Tätigkeiten, die die Voraussetzungen für **Hochqualifizierte** nach § 19 Abs. 2 AufenthG erfüllen.
 - **Führungskräfte** in der Leitung eines Unternehmens (§ 4 BeschV).
 - **Wissenschaftler, Forscher, Techniker, Lehrer**, die aus öffentlichen Mitteln finanziert werden (§ 5 BeschV).
 - **Geschäftstätigkeiten für Unternehmen mit Sitz im Ausland** oder in Deutschland, wenn die Mitarbeiter gewöhnlich im Ausland beschäftigt sind (§ 6 BeschV).
 - Für **einzelne Darbietungen, Auftritte, Vorträge o.ä.** für höchstens drei Monate innerhalb eines Jahres (§ 7 Nr. 1-3 BeschV).
 - **Beteiligte an** internationalen, von der Bundesrepublik anerkannten, **Sportveranstaltungen** (§ 12 BeschV).
 - **Berufssportler** bei nachgewiesener Qualifikation und einem bestimmten Mindesteinkommen (§ 7 Nr. 4 BeschV).
 - **Fotomodelle u.ä.**, wenn die Beschäftigung der Bundesagentur für Arbeit angezeigt wurde.
 - **Europäische Freiwilligendienste** und karitative oder religiöse Beschäftigungen (§ 9 BeschV).
 - **Bestimmte Ferienjobs** (§ 10 BeschV).
- **Studierende** entsprechend der Regelung in § 16 AufenthG: 90 ganze Tage (Arbeitstage, nicht Kalendertage) oder 180 halbe Tage. Nach einem Jahr regelmäßiger Tätigkeit folgt daraus ein Anspruch auf die (unbefristete) Arbeitsberechtigung-EU.
- **Volle Arbeitnehmerfreizügigkeit für Bulgaren und Rumänen mit Hochschulabschluss, die einen qualifiziertem Arbeitsplatz nachweisen - § 12b ArGV**

„Bulgaren und Rumänen“ mit im In- oder Ausland erworbenen Hochschulabschluss oder vergleichbarer Qualifikation wird ohne Vorrangprüfung eine Arbeitserlaubnis-EU für eine ihrer Qualifikation entsprechende Beschäftigung sowie ihren freizügigkeitsberechtigten Familienangehörigen erteilt, § 12a ArGV. Lebensunterhaltsicherung ist nicht gefordert, die Tätigkeit sollte aber mindestens ca. 300 bis 400 €/Monat an mindestens ca 10 bis 12 Std./Woche umfassen. Die Bezahlung muss jedoch auch der Qualifikation entsprechen.

7.2. **Voraussetzungen für die Erteilung der (befristeten) Arbeitserlaubnis-EU an Bulgaren und Rumänen:**

- „**nicht qualifizierte Tätigkeit**“: es gilt der „Anwerbestopp“. Bei Bewerbung vom Ausland aus darf Arbeitserlaubnis-EU nur erteilt werden, wenn die ungelernete Tätigkeit in der BeschV erwähnt wird oder eine zwischenstaatliche Vereinbarung besteht, häufig bei Saisonarbeit (§ 284 Abs. 4 Satz 1 SGB III).
- „**nicht qualifizierte Tätigkeit**“ **bei bestehendem Wohnsitz in Deutschland:** Arbeitserlaubnis-EU kann erteilt werden, aber Vorrangprüfung des Arbeitsmarktes erfolgt sowie Prüfung der Beschäftigungsbedingungen. Die Vorrangprüfung darf sich nur auf Deutsche und Unionsbürger mit freiem Arbeitsmarktzugang beziehen, gegenüber Drittstaatsangehörigen besteht Vorrang des Bulgaren und Rumänens (§ 284 Abs. 4 Satz 2 SGB III).
- bei Tätigkeiten, die eine **abgeschlossene Berufsausbildung** erfordern kann unabhängig vom Wohnsitz eine Arbeitserlaubnis-EU, aber **Vorrangprüfung** erfolgt.

7.3. **Voraussetzungen für die Arbeitsberechtigung-EU:**

- Nach 12monatiger erlaubter Teilnahme am deutschen Arbeitsmarkt erhalten auch Bulgaren und Rumänen die Arbeitsberechtigung-EU
- Aufgrund des Benachteiligungsverbotes erhalten Bulgaren und Rumänen in entsprechender Anwendung der Beschäftigungsverfahrensordnung eine Arbeitsberechtigung-EU nach dreijährigem rechtmäßigen Aufenthalt in Deutschland (analog § 9 Abs. 1 Nr. 2 BeschVerfV) bzw. bei als Minderjährigen nach Deutschland gekommenen, wenn sie hier einen Schulabschluss erworben haben, eine berufsvorbereitende Maßnahme abgeschlossen haben oder einen Ausbildungsplatz gefunden haben (entsprechend der Niederlassungserlaubnis nach § 35 AufenthG).

7.4. **Arbeitsmarktzugang für Familienangehörige von Bulgaren und Rumänen**

- Für Familienangehörige von Bulgaren und Rumänen gelten die gleichen Beschränkungen wie für diese Unionsbürger selbst.
- Ist der Bulgare/Rumäne berechtigterweise Arbeitnehmer erhalten seine Familienangehörigen auch eine Arbeitsberechtigung-EU ohne eigene Vorbeschäftigung, wenn der Arbeitnehmer bereits 12 Monate am Arbeitsmarkt teilgenommen hat, unabhängig von der Dauer des eigenen Vor-Aufenthaltes (§ 12a Abs. 2 Satz 2 ArGV).
- Ehegatten erhalten aufgrund des Benachteiligungsverbotes entsprechend § 29 Abs. 5 AufenthG eine Arbeitserlaubnis, wenn der Ehepartner, von dem das Aufenthaltsrecht abgeleitet wird, eine solche Erlaubnis hat.
- Familienangehörigen von Fachkräften (Forschern, Wissenschaftlern, Führungskräften und leitenden Angestellten, Akademikern) erhalten ohne Vorrangprüfung eine Arbeitserlaubnis-EU (§ 8 BeschVerfV).
- Entsprechend § 9 BeschVerfV erhalten Familienangehörige nach dreijährigem rechtmäßigen Aufenthalt eine Arbeitsberechtigung-EU.

8. **Der Ausschluss von Arbeitssuchenden Unionsbürgern von Leistungen nach SGB II bzw. XII**

§ 7 Abs. 1 SGB II

§ 7 Leistungsberechtigte

(1) Leistungen nach diesem Buch erhalten Personen, die

1. das 15. Lebensjahr vollendet und die Altersgrenze nach § 7a noch nicht erreicht haben,
2. erwerbsfähig sind,
3. hilfebedürftig sind und
4. ihren gewöhnlichen Aufenthalt in der Bundesrepublik Deutschland haben (erwerbsfähige Leistungsberechtigte).

„Aufenthaltsrecht, Sozialleistungen und Arbeitserlaubnis für Unionsbürger und -bürgerinnen sowie ihre Familienangehörigen“

Ausgenommen sind

1. Ausländerinnen und Ausländer, die weder in der Bundesrepublik Deutschland Arbeitnehmerinnen, Arbeitnehmer oder Selbständige noch auf Grund des § 2 Abs. 3 des Freizügigkeitsgesetzes/EU frei-zügigkeitsberechtigt sind, und ihre Familienangehörigen **für die ersten drei Monate ihres Aufenthalts**,

2. Ausländerinnen und Ausländer, deren **Aufenthaltsrecht sich allein aus dem Zweck der Arbeitssuche ergibt**, und ihre Familienangehörigen,

3. Leistungsberechtigte nach § 1 des Asylbewerberleistungsgesetzes.

Satz 2 Nr. 1 gilt nicht für Ausländerinnen und Ausländer, die sich mit einem Aufenthaltstitel nach Kapitel 2 Abschnitt 5 des Aufenthaltsgesetzes in der Bundesrepublik Deutschland aufhalten.

§ 8 Abs. 2 SGB II

(1) Erwerbsfähig ist, wer nicht wegen Krankheit oder Behinderung auf absehbare Zeit außerstande ist, unter den üblichen Bedingungen des allgemeinen Arbeitsmarktes mindestens drei Stunden täglich erwerbstätig zu sein.

(2) Im Sinne von Absatz 1 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.**

§ 23 SGB XII Sozialhilfe für Ausländerinnen und Ausländer

(3) **Ausländer**, die eingereist sind, um Sozialhilfe zu erlangen, oder **deren Aufenthaltsrecht sich allein aus dem Zweck der Arbeitssuche ergibt**, sowie ihre Familienangehörigen **haben keinen Anspruch auf Sozialhilfe**. Sind sie zum Zweck einer Behandlung oder Linderung einer Krankheit eingereist, soll Hilfe bei Krankheit insoweit nur zur Behebung eines akut lebensbedrohlichen Zustandes oder für eine unaufschiebbare und unabweisbar gebotene Behandlung einer schweren oder ansteckenden Erkrankung geleistet werden.

Arbeitnehmer und alle sonstigen Freizügigkeitsberechtigten mit Ausnahme der Arbeitssuchenden aus den neuen und alten EU-Staaten erhalten immer SGB II, wenn sie bedürftig sind

Gleiches gilt für **die Familienangehörigen** dieser Personen

8.1. § 7 Abs. 2 und das Europäische Fürsorgeabkommen

Rechtlich nicht abschließend geklärt ist die Frage, ob der gesetzliche Ausschluss von Unionsbürgern, deren Freizügigkeitsrecht sich allein aus der Arbeitssuche ergibt, wegen Verstoßes gegen gemeinschaftsrechtliche Vorgaben unanwendbar ist.

Mit Urteil vom 19.10.2010 hat das **Bundessozialgericht** (B 14 AS 23/10 R) aber entschieden, dass der **Ausschluss gegen das Europäische Fürsorgeabkommen verstößt** und daher für Staatsangehörige aus den Unterzeichnerstaaten nicht gilt. Das EFA gilt für Staatsangehörige aus **Frankreich, Belgien, Dänemark, Estland, Griechenland, Irland, Island, Italien, Luxemburg, Malta, Niederlande, Norwegen, Portugal, Schweden, Spanien, die Türkei und Großbritannien**.

Staatsangehörige dieser Länder können sich daher auf das EFA berufen, der gesetzliche Ausschluss in § 7 Abs. 2 SGB II greift nicht.

ABER: Die Bundesregierung hat wegen der Entscheidung des BSG von der Möglichkeit nach Art. 16 Buchstabe b) EFA Gebrauch gemacht, einen Vorbehalt hinsichtlich der Anwendung des

„Aufenthaltsrecht, Sozialleistungen und Arbeitserlaubnis für Unionsbürger und -bürgerinnen sowie ihre Familienangehörigen“

EFA auf Unionsbürger erklärt. Dieser Vorbehalt bewirkt, dass die Anwendbarkeit des EFA auf Personen, die Leistungen der Grundsicherung für Arbeitsuchende geltend machen, entfällt. Diese Änderung ist seit dem 19.12.2011 in Kraft. Die JobCenter versagen seitdem die Leistungen nach SGB II auch für Staatsangehörige aus den EFA-Vertragsstaaten und heben bereits bestehende positive Leistungsbescheide wieder auf.

Die rechtliche Wirksamkeit des im Nachhinein erklärten Vorbehalts ist umstritten. So hält das LSG Berlin-Brandenburg den Vorbehalt für rechtswidrig. Leistungen sind daher weiterhin unter Berufung auf das EFA zu bewilligen (Beschluss vom 09. Mai 2012, L 19 AS 794/12, bei www.asyl.net).

8.2. § 7 Abs. 2 und die EU-VO 883/2004

Ein weiteres Argument für die Leistungsgewährung an Arbeitssuchende trotz § 7 Abs. 2 SGB II ist das Gleichbehandlungsgebot in der EU-VO 883/2004. Art. 4 der am 1.5.2010 in Kraft getretenen Verordnung garantiert Unionsbürgern, die sich in einem anderen Mitgliedsstaat aufhalten, Gleichbehandlung bei den Leistungen der Sozialen Sicherheit. Gemäß Art 3 Abs. 3 i.V.m. Art. 70 der VO gilt dies auch für die in Anhang X der VO aufgeführten "besonderen beitragsunabhängigen Geldleistungen". Anhang X VO 883/2004/EG in der durch VO EG 988/2009 zum 1.5.2010 aktualisierten Fassung nennt für Deutschland als besondere beitragsunabhängige Geldleistungen a) die Grundsicherung nach dem 4. Kapitel SGB XII sowie b) die Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts der Grundsicherung für Arbeitsuchende nach dem SGB II.

Ein Teil der Rechtsprechung leitet aus der VO EG 883/2004 ein Anspruch auf ALG II für alle Unionsbürger (auch bisher nicht erwerbstätige Rumänen und Bulgaren) nach den gleichen Maßstäben wie für Deutsche ab (z.B. LSG Hessen, Beschluss vom 14.07.2011 - L 7 AS 107/11 B, in: www.fluechtlingsinfo-berlin.de/fr/docs/C2376.pdf; LSG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 30.09.2011, L 14 AS 1148/11 B, in: www.fluechtlingsinfo-berlin.de/fr/docs/C2375.pdf).

8.3. Arbeitssuchende Unionsbürger und SGB XII (Sozialhilfe)

Der Vorbehalt der Bundesregierung gegen die Anwendbarkeit des EFA betrifft ausschließlich SGB II. Daher sind Unionsbürger auf der Grundlage des EFA im Bereich der Sozialhilfe genauso zu behandeln wie Deutsche. Der Ausschluss in § 23 Abs. 3 SGB XII für Ausländer bei Einreise zum Sozialhilfebezug, Einreise zum Zweck der Krankenbehandlung oder zur Arbeitssuche ist somit für EFA-Angehörige unwirksam.

Gemäß § 16 SGB I sind die JobCenter gesetzliche verpflichtet, bei Ablehnung von Leistungen den Antrag ans Sozialamt weiterzuleiten. Betroffene sollten sich zusätzlich immer auch ans Sozialamt wenden, und beim Sozialgericht die "Beiladung" des Sozialhilfeträgers beantragen. Die Berliner Sozialverwaltung geht gleichfalls davon aus, dass Unionsbürger, die wegen des Vorbehalts keine Leistungen nach SGB II erhalten, aufgrund des für das SGB XII weiter geltenden EFA nunmehr vom Sozialamt Hilfe zum Lebensunterhalt erhalten müssen (vgl. dazu ausführlich Rundschreiben SenSoz Berlin vom 24.02.2012, in: www.fluechtlingsinfo-berlin.de/fr/pdf/SenGesSoz_EFA_SGBXII_240212.pdf).

8.4. Eilrechtsschutz beantragen!

Angesichts der ungeklärten Rechtsfragen dürften in **Eilverfahren gute Erfolgsaussichten** bestehen, da dem Interesse des Einzelnen an einer vorläufigen Leistungsgewährung ein höheres Gewicht beizumessen ist als dem öffentlichen Interesse, welches angesichts der im

„Aufenthaltsrecht, Sozialleistungen und Arbeitserlaubnis für Unionsbürger und -bürgerinnen sowie ihre Familienangehörigen“

Eilverfahren nicht zu klärenden Rechtsfragen zurückzutreten muss (LSG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 11.1.2010, L 25 AS 1831/09 B ER; LSG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 8.6.2009, L 10 AS 617/09; LSG Niedersachsen-Bremen v. 2.11.07 – L 6 AS 664/07 ER, LSG Baden-Württemberg v. 23.7.08 – L 7 AS 3031/08 ER-B, LSG NRW v. 16.7.2008 – L 19 B 111/08 AS ER, OVG Bremen v. 10.9.08 – S 2 B 424/08, LSG Bayern v. 5.11.08 – L 11 B 771/08 AS ER).

Einige Gerichte lehnen Eilanträge aber ab, weil der Antragsteller in seinem Heimatland Sozialleistungen in Anspruch nehmen könne und daher nicht bedürftig im Sinne des § 7 SGB II sei (u.a. LSG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 27.1.2010, L 29 AS 1820/09 B ER; LSG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 23.12.2009, L 34 AS 1350/09 B).

9. Zugang von Unionsbürgern zu sonstigen sozialen Leistungen

- **Integrationkurs**

Es besteht kein gesetzlicher Rechtsanspruch auf Teilnahme (§ 44 Abs.1 AufenthG). Das Verbot der Schlechterstellung von Unionsbürgern steht dem allerdings entgegen. Gem. § 11 Abs.1 FreizügG/EU, § 2,4 Abs.1 Nr.3 IntV können Unionsbürger in jedem Falle gem. § 44 Abs. 4 AufenthG nach Kapazität zugelassen werden. Die Teilnahme müssen Unionsbürger nicht bezahlen. Das ergibt sich zwar nicht unmittelbar aus der IntV, folgt aber aus dem allgemeinen Diskriminierungsgebot in Art. 12 EG-Vertrag, weil Spätaussiedlern ebenfalls die kostenlose Teilnahme ermöglicht wird.

Ein Verpflichtung zur Teilnahme durch die Behörden ist unzulässig, § 44a AufenthG ist nicht anwendbar. Aber eine Verpflichtung im Rahmen einer Integrationsvereinbarung bei Bezug nach Leistungen gem. SGB II ist zulässig.

- **Sozialversicherungsleistungen**

Freizügigkeitsberechtigte Unionsbürger haben Zugang zu allen Sozialversicherungsleistungen. Das ergibt sich bereits aus Art.39 Abs.2 EG-Vertrag (Arbeitnehmer-Diskriminierungsverbot), soweit die Leistungen Inländern im Hinblick auf Arbeitnehmereigenschaft oder Wohnort gewährt werden. Die nähere Ausgestaltung des Diskriminierungsverbots erfolgt durch Art.3 Abs.1 VO (EWG) 1408/71 sowie Art.4 VO (EG) 883/2004.

- **Kindergeld und andere Familienleistungen:**

Freizügigkeitsberechtigte Unionsbürger mit Wohnsitz in Deutschland haben Anspruch auf alle Familienleistungen wie

- Kindergeld (§ 62 Abs.2 EStG),
- Elterngeld (§ 1 Abs.1 und 7 BEEG),
- Unterhaltsvorschuss (§ 1 Abs.2a UHVorschG),
- Wohngeld (§ 3 Abs.5 WoGG) und
- Wohnberechtigungsschein (§ 5 WoBindG iVm § 27 WoFG).

Kindergeld wird darüber hinaus auch gezahlt, wenn das Kind in einem anderen Land der EU lebt, es sei denn, der sorgeberechtigte Elternteil wohnt und arbeitet selbst in einem anderen EU-Staat.

Bei einem Wohnsitz im EU-Ausland, aber einem Arbeitsplatz in Deutschland, besteht ebenfalls Anspruch auf Familienleistungen, soweit eine vergleichbare Leistung vom Wohnsitzstaat nicht oder nicht in dieser Höhe erbracht wird. Dies gilt auch für Familienangehörige des EU-Bürgers und auch für nur entsandte Arbeitnehmer. Ggf. wird nur eine anteilige Leistung erbracht und die Leistung im Herkunftsland entsprechend berücksichtigt.

- **Jugendhilfe, Ausbildungsbeihilfen**

„Aufenthaltsrecht, Sozialleistungen und Arbeitserlaubnis für Unionsbürger und -bürgerinnen sowie ihre Familienangehörigen“

Alle freizügigkeitsberechtigten Unionsbürger und ihre Familienangehörigen haben uneingeschränkt Anspruch auf die vollen Leistungen zur Förderung der Berufsausbildung nach §§ 59ff SGB III und auf Leistungen der Jugendhilfe nach SGB VIII.

Komplizierter wird die Sache bei Leistungen nach dem BAföG:

Begibt sich ein Unionsbürger zum Zwecke eines Studiums nach Deutschland und leitet hieraus (§ 4 FreizügG/EU) die Freizügigkeit ab, besteht kein Anspruch auf BAföG.

Hält er sich aber bereits aus anderen Gründen in Deutschland auf, oder hat einen großen Teil der Ausbildung in einer deutschen weiterführende Schule erhalten, besteht der Anspruch. Nach der Rechtsprechung des EuGH genügt ein dreijähriger Voraufenthalt zur Feststellung des notwendigen Bezugs zu dem Staat, in dem die Ausbildung absolviert werden soll, als Anknüpfungspunkt und BAföG ist zu gewähren.