

Neue Fachliche Hinweise der Bundesagentur für Arbeit zu § 7 SGB II

Die Bundesagentur für Arbeit hat neue [Fachliche Hinweise zu § 7 SGB II](#) veröffentlicht. Diese sind für Jobcenter-gE (gemeinsame Einrichtungen) verbindlich, für Jobcenter-zkT (Optionskommunen) nicht.

Auf über 80 Seiten hat die BA darin insbesondere die Anspruchsvoraussetzungen für Leistungen des SGB II für Ausländer*innen zum Teil sehr detailliert dargestellt, sowohl für Drittstaatsangehörige als auch für Unionsbürger*innen. An vielen Stellen hat die Bundesagentur für Arbeit ihre bisherige Rechtsauffassung verschärft, an einigen anderen Stellen aufgrund der Rechtsprechung verändert, ergänzt oder klar gestellt. Die Sozialgerichte sind an die Fachlichen Hinweise nicht gebunden. In vielen Fällen der Sozialen Beratung können die Hinweise Argumente liefern, um Leistungsansprüche für Klient*innen durchsetzen zu können. Im folgenden sollen Teile der neuen Hinweise vorgestellt und bewertet werden.

Gewöhnlicher Aufenthalt (7.6)

Die BA stellt klar, dass ein "rechtmäßiger Aufenthalt" keine zwingende Voraussetzung für einen gewöhnlichen Aufenthalt und damit für einen Zugang zum SGB II ist. Dies dürfte vor allem für zwei Konstellationen Bedeutung haben: Einerseits nach einem Umzug innerhalb Deutschlands trotz Bestehens einer Wohnsitzauflage, andererseits für Familiennachzugsfälle bei Verstoß gegen die Visumpflicht.

Unionsbürger*innen: Definition Arbeitnehmer*in (7.8)

"Arbeitnehmer*innen" und damit SGB II-berechtigt sind nach den FH wie bisher alle

Unionsbürger*innen, die mindestens acht Stunden in der Woche arbeiten. Auch bei weniger als acht Wochenstunden kann nach Auffassung der BA die Arbeitnehmer*innen-Eigenschaft erfüllt sein, wenn "insbesondere das Bestehen von Urlaubsansprüchen und Lohnfortzahlung im Krankheitsfall, die Anwendung von Tarifverträgen sowie der langjährige Bestand des Arbeitsverhältnisses" darauf hindeuten lassen. Womit die BA die genannte Grenze von acht Wochenstunden begründet, ist nicht ersichtlich, denn das von der BA ausdrücklich genannte [EuGH-Urteil "Genc"](#) sowie das darauf erfolgte [BVerwG-Urteil 1 C 10.11](#) hat eine Beschäftigung von 5,5 Wochenstunden ebenfalls als Arbeitnehmer*innentätigkeit beurteilt. Im Gegenteil: Das BVerwG hat die von der BA normalerweise geforderten acht Stunden (ein Arbeitstag pro Woche) als standardmäßige Mindestvoraussetzung sogar ausdrücklich verneint: *"Von daher findet die Auffassung des Beklagten, eine Beschäftigung gelte regelmäßig als völlig untergeordnet und unwesentlich, wenn durch sie weder wenigstens die Hälfte des Lebensunterhalts bestritten werden könne noch die (wöchentliche., C.V.) Arbeitszeit wenigstens dem Umfang eines vollen Arbeitstags eines tarifvertraglich Vollbeschäftigten entspreche, schon im Ansatz keine Stütze in der Rechtsprechung des EuGH."* ([BVerwG, Urteil vom 19.4.2012, 1 C 10.11](#))

Unionsbürger*innen: Fortbestand des Arbeitnehmer*innenstatus nach unfreiwilligem Verlust der Arbeit (7.11)

Nach Auffassung der BA kann die Unfreiwilligkeit des Verlusts einer Beschäftigung (wegen betriebsbedingter Kündigung, befristetem Vertrag o. ä) nicht einfach durch das Jobcenter geprüft werden, sondern (warum auch immer) nur durch die Agentur für Arbeit. Dies stellt sich in der Praxis als schwierig dar, insbesondere dann, wenn kein Anspruch auf ALG-I-Leistungen erworben wurde und die Arbeitsagentur sich somit als gar nicht zuständig sieht. Die BA stellt jedoch zurecht klar, dass bis zur Bestätigung der Arbeitsagentur über die Unfreiwilligkeit des Arbeitsplatzverlusts vom Fortbestehen des Freizügigkeitsrechts (als Arbeitnehmer*in) auszugehen sei. Auch die Verwaltungsvorschriften zum FreizügG erkennen eine solche "Unfreiwilligkeitsfiktion": *"Das Recht (als Arbeitnehmer*in) bleibt für Arbeitnehmer für die Zeit zwischen Beginn der unfreiwilligen Arbeitslosigkeit und Bestätigung der Agentur für Arbeit über die Unfreiwilligkeit des Eintretens der Arbeitslosigkeit bestehen."* ([Allgemeine Verwaltungsvorschrift zum FreizügG, Randnummer 2.3.1.2](#))

Unionsbürger*innen: Unterbrechungen des Aufenthalts (7.12)

Die BA weist zurecht darauf hin, dass vorübergehende Unterbrechungen des Aufenthalts - auch während der Fortgeltung des Arbeitnehmer*innenstatus - keine Auswirkung auf den Status und den SGB-II-Anspruch nach Rückkehr haben. Als vorübergehend werden dabei entsprechend § 4a Abs. 6 FreizügG Unterbrechungen von bis zu sechs Monate pro Jahr bzw. einer einmaligen bis zu zwölfmonatigen Abwesenheit aus einem wichtigen Grund (z. B. Schwangerschaft, Entbindung, schwere Krankheit, Studium, Ausbildung, Entsendung) bzw. wegen Ableistung des Wehr- oder Ersatzdienstes angesehen. Wenn bereits das Daueraufenthaltsrecht besteht (nach fünf Jahren) ist eine Unterbrechung des Aufenthalts von bis zu zwei Jahren auch für den SGB II-Anspruch unschädlich.

Unionsbürger*innen: Kein Leistungsausschluss in den ersten drei Monaten für Familienangehörige von erwerbstätigen Unionsbürger*innen

Die BA weist *nicht* ausdrücklich darauf hin, dass für Familienangehörige von Arbeitnehmer*innen oder Selbstständigen kein Leistungsausschluss innerhalb der ersten drei Monate besteht. Dies ergibt sich jedoch unmittelbar aus der Unionsbürgerrichtlinie ([Art. 24 Abs. 2 UnionRL](#)).

Unionsbürger*innen: Andere Aufenthaltsrechte als Arbeitsuche

Die BA hat in den Fachlichen Hinweisen nicht auf andere Aufenthalts- bzw. Freizügigkeitsrechte als die Arbeitsuche hingewiesen. Lediglich die Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 4a und b AufenthG für Opfer von Straftaten wie Menschenhandel, Zwangsprostitution oder illegaler Arbeitsausbeutung werden ausdrücklich als andere Aufenthaltsrechte (und damit SGB-II-Berechtigung) genannt. Weitere, im wesentlichen familiäre oder humanitäre Aufenthalts- und Freizügigkeitsrechte werden nicht benannt, obwohl sie bei der Klärung eines SGB-II-Anspruchs regelmäßig mit geprüft werden müssen. Dazu gehören unter anderem das fiktive Aufenthaltsrecht nach einer (theoretisch zu erteilenden) Aufenthaltserlaubnis nach dem AufenthG (etwa nach § 7 Abs. 1 Satz 3 AufenthG für Schwangere vor der Geburt des Kindes; [BSG-Urteil vom 30.1.2013, B 4 AS 54/12 R](#)) sowie das familiäre Aufenthaltsrecht für Kinder zum Zwecke des Schulbesuchs und der Ausbildung nach Art. 10 VO (EU) Nr. 492/2011; [BSG-Urteil vom 3.12.2015, B 4 AS 43/15 R](#)). Diese (für Jobcenter nicht einfach feststellbaren) Aufenthaltsrechte hätten sinnvollerweise in den Fachlichen Hinweisen ausdrücklich dargestellt werden sollen. Dies ist nicht erfolgt, so dass weiterhin mit Fehlentscheidungen zu rechnen bleiben wird. Hier sind unter anderem die familiären Aufenthaltsrechte ausführlich dargestellt: [Arbeitshilfe zum Leistungsausschluss im SGB II von Unionsbürger*innen anlässlich der Rechtsprechung des Bundessozialgerichtes: Vollständiger Ausschluss von Sozialleistungen nicht zulässig \(Dezember 2015\)](#)

Unionsbürger*innen ohne Freizügigkeitsgrund: Erst-Recht-Schluss, Weiterleitung an den SGB-XII-Träger (7.6)

Die BA vertritt die Auffassung, dass für Unionsbürger*innen, die keinen materiellen Freizügigkeitsgrund (mehr) erfüllen, ebenso wie für Arbeitsuchende, ein SGB II-Anspruch nicht bestehe. Dies entspricht der Rechtsprechung des EuGH ([Dano](#)) und des Bundessozialgerichts ([Entscheidungen vom 3. Dezember 2015, 16. Dezember 2015 und 20. Januar 2016](#)). Die BA hat jedoch vergessen darauf hinzuweisen, dass in diesen Fällen nach mittlerweile gefestigter Rechtsprechung des BSG stattdessen ein SGB-XII-Anspruch bestehen kann und daher der Antrag durch das Jobcenter gem. § 16 Abs. 2 SGB I von Amts wegen weiterzuleiten ist an das Sozialamt.

Familienangehörige von Deutschen: Kein Ausschluss in den ersten drei Monaten (7.14)

Die BA stellt klar, dass der dreimonatige SGB II-Ausschluss nach § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 SGB II für Familienangehörige von Deutschen nicht gilt. Die Definition des Begriffs der "Familienangehörigen" nimmt die BA dabei entsprechend der weiten Definition der Unionsbürger*innenrichtlinie vor (Verwandte in absteigender und aufsteigender Linie, bei Verwandten über 20 Jahren, wenn ein Teil des Unterhalts gewährt wird).

Drittstaatsangehörige: Familienangehörige von Personen mit humanitärem Aufenthaltstitel unterliegen nicht dem Leistungsausschluss in den ersten drei Monaten (7.40)

Die BA stellt klar, dass Familienangehörige von Personen mit einem Aufenthaltstitel aus humanitären Gründen (§§ 22 bis 26 AufenthG; Abschnitt 5), die selbst einen Aufenthaltstitel aus familiären Gründen erhalten (§§ 27 bis 36 AufenthG, Abschnitt 6), entgegen dem Wortlaut von § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 SGB II nicht dem Leistungsausschluss in den ersten drei Monaten unterliegen. Insofern ist der Leistungsausschluss in den ersten drei Monaten in der Praxis für Drittstaatsangehörige kaum anwendbar. Zudem besteht bei einem Ausschluss von SGB-II-Leistungen innerhalb der ersten drei Monate in der Regel Anspruch auf Leistungen nach dem SGB XII. Das Jobcenter müsste die Anträge daher

von Amts wegen weiterleiten an das Sozialamt (§ 16 Abs. 2 SGB I).

Verpflichtungserklärung: Leistungsanspruch trotz Verpflichtungserklärung (7.42)

Die BA stellt (wie bisher) klar, dass bei Vorliegen einer gültigen Verpflichtungserklärung dennoch ein Anspruch auf Leistungen nach dem SGB II besteht. Die Verpflichtungserklärung führt lediglich dazu, dass sich ein Erstattungsanspruch gegenüber dem Verpflichtungsgeber ergeben kann.

Verpflichtungserklärung: Wechsel des Aufenthaltstitels bei "Beibehaltung des Aufenthaltszwecks" führt nach BA-Auffassung nicht mehr zum Erlöschen der Verpflichtungserklärung (7.44)

Die BA vertritt neuerdings die Rechtsauffassung, dass der Wechsel des Aufenthaltstitels nicht zu einem Erlöschen der Verpflichtungserklärung führe, wenn der ursprüngliche "Aufenthaltszweck" fortbestehe. Dies sei insbesondere dann der Fall, wenn eine Person mit einer Aufenthaltserlaubnis nach § 23 Abs. 1 oder 2 AufenthG (Aufnahmeprogramm für Syrer*innen) einen Asylantrag stellt und nach der Flüchtlingsanerkennung eine neue Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 1 oder 2 (oder eine andere humanitäre Aufenthaltserlaubnis) erhalte. Diese Rechtsauffassung entspricht den Vorgaben des Bundesinnenministeriums. Gleichwohl ist sie rechtlich kaum haltbar: Die Zuerkennung der Flüchtlingseigenschaft ist ein anderer Aufenthaltzweck mit völlig anderen Voraussetzungen und Rechtsfolgen als die Aufenthaltserlaubnis im Rahmen eines humanitären Aufnahmeprogramms. Zudem ist die Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 1 bis 3 AufenthG immer zwingend unabhängig von der Lebensunterhaltssicherung zu erteilen. Eine Fortbestehen der Verpflichtungserklärung würde dem vollständig widersprechen. **Es empfiehlt sich dringend, mögliche Erstattungsforderungen des Jobcenters vor Gericht anzufechten, die Aussichten auf Erfolg sind unserer Auffassung nach sehr groß.**

Das Bundessozialgericht hat nämlich bereits in einem Beschluss vom 26.10.2010 ([B 8 AY 1/09 R](#)) sehr eindeutig festgestellt, dass eine Verpflichtungserklärung erlischt, wenn ein Aufenthaltstitel erteilt wird, für den die Sicherung des Lebensunterhalts überhaupt keine Voraussetzung ist:

"Eine entsprechende Verpflichtungserklärung darf aber nicht gefordert werden, wenn auch bei mangelnder Sicherung des Lebensunterhalts ein Rechtsanspruch auf Erteilung der Aufenthaltserlaubnis besteht (...), etwa aus humanitären Gründen (§ 5 Abs 3 Satz 1 iVm § 25 Abs 1 bis 3 AufenthG) oder zum Zwecke des Familiennachzugs zu Deutschen (§ 28 Abs 1 Satz 2 AufenthG). Dementsprechend verliert eine Verpflichtungserklärung auch ihre zunächst bestehende Wirksamkeit, wenn der Ausländer später ein von der Sicherung des Lebensunterhalts unabhängiges Aufenthaltsrecht erwirbt (...)."

Weitere Infos zu diesem Thema gibt es hier: http://www.ggua-projekt.de/fileadmin/downloads/tabellen_und_uebersichten/Verpflichtungserklaerung-dpww.pdf

Verpflichtungserklärung: Ermessensausübung nur in atypischen Fällen; Flüchtlingsanerkennung kein atypischer Fall (7.45)

Die BA schränkt die Ausübung von Ermessen bei der Heranziehung zu einer Erstattung stark ein: Insbesondere sei bei einer späteren Flüchtlingsanerkennung von im Rahmen eines Aufnahmeprogramms aufgenommenen Bürgerkriegsflüchtlingen nicht von einem

atypischen Fall auszugehen - und somit kein Ermessen auszuüben. Auch dies widerspricht der höchstrichterlichen Rechtsprechung, denn das Bundesverwaltungsgericht hat im Jahr 1998 im Falle eines humanitären Aufnahmeprogramms im Rahmen des Bosnien-Kriegs bereits entschieden: *"Die (...) anspruchsberechtigte Behörde hat bei atypischen Gegebenheiten nach Ermessen über die Heranziehung des Verpflichtungsgebers zu entscheiden. Ein Ausnahmefall in diesem Sinn liegt bei der Aufnahme der bosnischen Bürgerkriegsflüchtlinge in der Regel vor."* ([BVerwG, Urteil vom 24.11.1998 - 1 C 33/97](#)). Diese Beurteilung ist offenkundig übertragbar auf die aktuelle Situation von im Rahmen der Bundes- oder Länderaufnahmeprogramme syrischer Bürgerkriegsflüchtlinge. Der BA-Auffassung ist daher nicht zu folgen. In dem genannten Urteil heißt es weiter:

„Auf der anderen Seite dürfen keine überzogenen Erwartungen an die Opferbereitschaft der Verpflichteten zugrunde gelegt werden. Sowohl eine nach allgemeiner Einschätzung unvorhersehbare oder weit überdurchschnittliche Dauer des bürgerkriegsbedingten Aufenthalts wie auch Störungen im Verhältnis des Verpflichteten zu den von ihm unterstützten Flüchtlingen oder deren Verhalten auf dem Arbeitsmarkt können eine Begrenzung der Erstattungspflicht bewirken. Unter dem Gesichtspunkt einer gerechten Lastenverteilung wird aber auch zu berücksichtigen sein, daß die staatliche Fürsorge für die Bosnienflüchtlinge, die - anders als die von der Klägerin unterstützte Familie - ohne Visum eingereist sind, insgesamt von der Allgemeinheit getragen worden ist. Der Gedanke der Solidarität, von dem der IMK-Beschluß vom 22. Mai 1992 ausgegangen ist, wird im vorliegenden Zusammenhang erneut in den Blick zu nehmen und - vornehmlich auf der Grundlage einer etwaigen politischen Leitentscheidung - in die Ermessenserwägungen einzustellen sein.“

Unterrichtung der Ausländerbehörde (7.53a)

Die BA vertritt die Auffassung, dass die Jobcenter gem. § 87 Abs. 2 Nr. 1-3 AufenthG in Verbindung mit § 11 FreizügG eine generelle Übermittlungspflicht gegenüber den Ausländerbehörden hätten, wenn ein*e „freizügigkeitsberechtigte nichterwerbstätige“ Unionsbürger*in Leistungen nach dem SGB II beantrage: *„Stellen freizügigkeitsberechtigte nichterwerbstätige Personen einen Antrag auf Leistungen nach dem SGB II, so ist die zuständige Ausländerbehörde über die Antragstellung zu informieren.“*

Eine generelle Übermittlungspflicht in Bezug auf Drittstaatsangehörige bestehe demgegenüber nicht.

Dieser Rechtsauffassung kann nicht gefolgt werden, da es sich um eine unzulässige Diskriminierung von Unionsbürger*innen gegenüber Drittstaatsangehörigen handelt.