

## Das Freizügigkeitsrecht der Unionsbürger

### Voraussetzungen für Erwerb und Verlust des unionsrechtlichen Aufenthalts

#### Inhalt

- I. Unionsbürger in Deutschland – Zahlen und Fakten
- II. Aufenthaltsrechtliche Bedeutung der Freizügigkeit – Die Vermutung der Freizügigkeit
- III. Freizügigkeitsberechtigte
  1. Arbeitnehmer
  2. Erhalt des Status als Arbeitnehmer trotz Arbeitslosigkeit
  3. Auszubildende
  4. Arbeitssuchende
  5. Niedergelassene Selbstständige
  6. Erhalt des Status als Selbstständiger trotz Beschäftigungslosigkeit
  7. Nichterwerbstätigkeit
  8. Dienstleistungserbringer/Dienstleistungsempfänger
- IV. Fazit

### I. Unionsbürger in Deutschland – Zahlen und Fakten

Am 31.12.2011 lebten fast 2,6 Millionen Unionsbürger in Deutschland<sup>1</sup>. Unionsbürger stellen damit knapp 38 % der sogenannten ausländischen Wohnbevölkerung, die insgesamt rund 6,9 Millionen Menschen umfasst. Im Jahre 2011 ist die Zahl der Unionsbürger in Deutschland stark gestiegen, nämlich um insgesamt 155.860 Personen. Vor allem aus den mittel- und osteuropäischen Staaten sind viele Menschen zugezogen.<sup>2</sup> Daneben hat sich aber auch die Zahl der in Deutschland lebenden Staatsbürger aus den von der Euro-Krise besonders betroffenen Staaten Griechenland, Italien, Portugal und Spanien erhöht.<sup>3</sup>

In der Vergangenheit spielten aufenthaltsrechtliche Fragen von Unionsbürgern keine größere Rolle in der Praxis der Flüchtlings- und Migrationsberatungsstellen. Dies hat sich spätestens seit 2004 geändert, als am 1. Mai Estland, Lettland, Litauen, Malta, Polen, die Slowakei,

Slowenien, Tschechien, Ungarn und Zypern der EU beitraten. Zum 1. Januar 2007 folgten Bulgarien und Rumänien. Mit dem Beitritt dieser wirtschaftlich überwiegend schwächeren Mitgliedsstaaten ist für die Staatsangehörigen dieser Länder die Möglichkeit geschaffen worden, unter wesentlich erleichterten rechtlichen Bedingungen innerhalb der EU zu reisen und sich in einem anderen Mitgliedsstaat niederzulassen. Seitdem ist ein verstärkter Zuzug von Menschen aus diesen Ländern zu verzeichnen, denen es häufig nicht sofort gelingt, sich wirtschaftlich zu integrieren. In Bezug auf Roma aus den neu beigetretenen Staaten kommt hinzu, dass diese in anderen Ländern der EU Schutz vor massiver ethnischer Diskriminierung und rassistischer Verfolgung in ihren Heimatländern suchen<sup>4</sup>.

Der Aufenthaltsstatus für Unionsbürger unterscheidet sich grundsätzlich vom Aufenthaltsstatus sogenannter »Drittstaatsangehöriger«, also von Ausländern und Ausländerinnen, die nicht aus der EU stammen bzw. nicht mit einem Unionsbürger familiär verbunden sind. Ist auf Letztere das Aufenthaltsgesetz anzuwenden, richtet sich der Aufenthaltsstatus der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen nach dem Freizügigkeitsgesetz/EU. Flüchtlings- und Migrationsberatungsstellen fällt es häufig schwer, die für diese Personengruppe geltende Rechtslage zutreffend zu beurteilen. Aber auch die ausländerbehördliche Praxis zeigt große Unsicherheiten im Umgang mit dem Freizügigkeitsrecht, bis hin zu krassen Fehlentscheidungen.

Dieser Beitrag erläutert die grundlegenden Voraussetzungen, die von Unionsbürgern erfüllt werden müssen, damit sie sich auf das Freizügigkeitsrecht als *Arbeitnehmer*, *Arbeitssuchende*, *Auszubildende*, *Selbstständige* oder *Nichterwerbstätige* berufen können.

### II. Aufenthaltsrechtliche Bedeutung der Freizügigkeit – Die Vermutung der Freizügigkeit

Unionsbürger benötigen für die Einreise nach Deutschland kein Visum und für ihren Aufenthalt in Deutsch-

\* Der Autor ist Referent in der Leitstelle des DRK-Suchdienstes, u. a. mit der Schwerpunktaufgabe Familienzusammenführung; siehe [www.drk-suchdienst.de](http://www.drk-suchdienst.de). Die hier geäußerten Ansichten sind die des Verfassers und werden nicht unbedingt vom DRK geteilt.

<sup>1</sup> Statistisches Bundesamt, ausführliche Statistiken bei [www.destatis.de](http://www.destatis.de), dort unter *Zahlen und Fakten*.

<sup>2</sup> So stieg im vergangenen Jahr die Zahl der Polen in Deutschland um 49.000 Personen, die der Ungarn um fast 14.000. Ebenfalls deutlich erhöht hat sich die Zahl der Immigranten aus Rumänien (plus 32.700) und Bulgarien (plus 19.000).

<sup>3</sup> Im Jahr 2011 um 16.700 Personen, darunter 7.000 aus Griechenland. Statistisches Bundesamt, Pressemitteilung vom 4. April 2012.

<sup>4</sup> Siehe hierzu: »Roma als Rat suchende Unionsbürger«, in: *Sozialleistungen für Unionsbürgerinnen und Unionsbürger in Deutschland*, Handreichung der Diakonie für die Beratung (Oktober 2011), abrufbar unter [www.asyl.net/index.php?id=341](http://www.asyl.net/index.php?id=341).

land keine Aufenthaltserlaubnis (§2 Abs.4 Satz 1 FreizügG/EU<sup>5</sup>). Ihr Aufenthalt ist daher als rechtmäßig anzusehen, völlig unabhängig davon, ob der Unionsbürger einen gültigen Personalausweis oder Reisepass besitzt, sich in Deutschland melderechtlich hat erfassen lassen oder bei einer Ausländerbehörde oder einem Bürgeramt vorgespochen hat. Auch der Besitz der Freizügigkeitsbescheinigung gem. § 5 Abs. 1 oder eines sonstigen behördlichen Dokuments über das Freizügigkeitsrecht ist nicht erforderlich. Unionsbürger müssen vor der Einreise nach Deutschland auch kein Visumverfahren durchlaufen.

Damit sind Unionsbürger gegenüber Drittstaatsangehörigen aufenthaltsrechtlich privilegiert. Der Aufenthalt von Drittstaatsangehörigen, die dem AufenthG unterliegen, ist grundsätzlich nur dann rechtmäßig, wenn sie vor der Einreise eine Einreiseerlaubnis (Visum) erhalten haben und sie für ihren Aufenthalt im Bundesgebiet einen von der Ausländerbehörde ausgestellten Aufenthaltstitel besitzen (vgl. § 4 AufenthG).

Das weitgehende Freizügigkeitsrecht der Unionsbürger hat seine Grundlage in Artikel 21 des *Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union* (AEUV)<sup>6</sup>, der – quasi als Grundrecht – bestimmt, dass jeder Unionsbürger das Recht hat, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten. Einzelheiten des Freizügigkeitsrechtes sind in der Europäischen Richtlinie 2004/38/EG vom 29. April 2004 – der sogenannten Unionsbürgerrichtlinie<sup>7</sup> – geregelt, unter anderem die Bedingungen, unter denen Unionsbürger und ihre Familienangehörigen das Recht auf Freizügigkeit und Aufenthalt innerhalb des Hoheitsgebiets der Mitgliedstaaten genießen. Diese europäische Richtlinie hat der deutsche Gesetzgeber im Wesentlichen mit dem am 1. Januar 2005 in Kraft getretenen *Gesetz über die allgemeine Freizügigkeit von Unionsbürgern – FreizügG/EU* sowie ergänzend mit dem (ersten) Richtlinienumsetzungsgesetz vom 19. August 2007 in nationales Recht transformiert.

**Fall:** Frau S., bulgarische Staatsangehörige, lebt in Stuttgart seit 6 Monaten auf der Straße. Sie hat keine Arbeit, bettelt um Geld und verköstigt sich in einer Suppenküche. Sie hatte noch keinerlei Kontakt zu irgendeiner deutschen Behörde.

Für das Freizügigkeitsrecht von Unionsbürgern ist es nicht erforderlich, dass der Unionsbürger alle Voraussetzungen erfüllt, die gem. § 2 Abs.2 für ein Freizügigkeitsrecht als *Arbeitnehmer, Arbeitssuchender, Selbstständiger, Auszubildender* oder *Nichterwerbstätiger* verlangt werden (vgl. Kap. III. zu den jeweiligen Voraussetzungen). Vielmehr

gilt für Unionsbürger und ihre Angehörigen zunächst eine »Vermutung der Freizügigkeit«.<sup>8</sup> Diese Vermutung führt dazu, dass für jeden Unionsbürger solange 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.<sup>9</sup>

Frau S. aus Bulgarien kann sich auf ihr Freizügigkeitsrecht als Unionsbürgerin berufen, denn es gilt auch für sie die Vermutung der Freizügigkeit und die Ausländerbehörde hat ihr gegenüber bislang keine Feststellung über den Verlust der Freizügigkeit getroffen. Sie ist daher als Freizügigkeitsberechtigte zu behandeln, auch wenn sie weder einer Arbeit nachgeht noch selbstständig beschäftigt ist.

In der Praxis der Sozialämter und Arbeitsagenturen (Job-Center) 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.<sup>10</sup> Diese stellen klar, dass nur die zuständige Ausländerbehörde den Verlust der Freizügigkeit feststellen darf.

### III. Freizügigkeitsberechtigte

§ 2 Abs.2 benennt in Anlehnung an die Begrifflichkeiten in der Unionsbürgerrichtlinie verschiedene Fallgruppen von Freizügigkeitsberechtigten. Für Unionsbürger, die längerfristig oder dauerhaft in Deutschland leben wollen, kommt es darauf an, dass sie diese in § 2 Abs. 2 genannten Voraussetzungen erfüllen. Anderenfalls droht ihnen, dass die Ausländerbehörde den Entzug des Freizügigkeitsrechtes durch eine schriftliche behördliche Entscheidung auf der Grundlage von § 5 Abs. 5 feststellt.

Die Frage, ob ein Unionsbürger das Freizügigkeitsrecht in Anspruch nehmen kann und unter welchen Voraussetzungen dies der Fall ist, ist auch für den Zugang zu sozialen Leistungen in Deutschland entscheidend.<sup>11</sup> So sieht z. B.

<sup>8</sup> 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 – (asyl.net, M12842).

<sup>9</sup> 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.

<sup>10</sup> Arbeitshinweis der Bundesagentur für Arbeit zu § 7 SGB II, 7.2d, siehe bei www.harald-thome.de unter »SGB II – Hinweise«.

<sup>11</sup> Der Zugang von Unionsbürgern zu Sozialleistungen ist nicht Gegenstand dieses Aufsatzes, vgl. hierzu ausführlich die Handreichung »So-

<sup>5</sup> Im Folgenden sind alle zitierten Paragraphen ohne Gesetzesangabe solche des FreizügG/EU.

<sup>6</sup> Auch »Vertrag von Lissabon« genannt, siehe bei www.asyl.net unter »Gesetzestexte«.

<sup>7</sup> Bei www.asyl.net unter »Gesetzestexte«.

§ 7 Abs. 1 S. 2 SGB II einen Leistungsausschluss *arbeits-suchender* Unionsbürger vor, während ein Unionsbürger als *Arbeitnehmer* grundsätzlich (ergänzende) Leistungen nach SGB II beanspruchen kann. In der Beratungspraxis ist es daher erforderlich, die freizügigkeitsrechtlichen Vorfragen nach dem Status des Unionsbürgers zu klären, um Fragen nach dem Zugang zu sozialen Leistungen zutreffend beantworten zu können. Nachfolgend werden daher die einzelnen Fallgruppen und spezifische Probleme eingehend erörtert.

### 1. Arbeitnehmer

Als erste Gruppe freizügigkeitsberechtigter Unionsbürger werden in § 2 Abs. 2 Nr. 1 Unionsbürger genannt, die sich als Arbeitnehmer in Deutschland aufhalten wollen bzw. dies bereits tun. Die Frage, wer im rechtlichen Sinn als Arbeitnehmer anzusehen ist, richtet sich dabei nicht nach nationalen Vorschriften. So kommt es für die Arbeitnehmereigenschaft z. B. nicht darauf an, ob ein Arbeitsverhältnis sozialversicherungspflichtig ist oder als geringfügige Beschäftigung anzusehen ist. Vielmehr ist der Arbeitnehmerbegriff europarechtlich zu bestimmen. Nach Gemeinschaftsrecht gilt als Arbeitnehmer im Sinne des § 2 Abs. 2 Nr. 1, wer *im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses während einer bestimmten Zeit eine tatsächliche, echte und nicht nur völlig untergeordnete oder unwesentliche Tätigkeit für einen anderen nach dessen Weisung ausübt, für die er als Gegenleistung eine Vergütung erhält*. Diese Definition ist vom Europäischen Gerichtshof (EuGH) in Luxemburg entwickelt worden.<sup>12</sup>

**Fall:** Die Polin D. arbeitet als angestellte Reinigungskraft. Einen schriftlichen Arbeitsvertrag besitzt sie nicht. Ihre Wochenarbeitszeit beträgt 5 ½ Stunden. Sie erhält einen tariflichen Stundenlohn von 7,87 € sowie Urlaubsgeld (125,00 €). Eine Freizügigkeitsbescheinigung wird ihr verweigert, da sie nur geringfügig beschäftigt sei.

Noch nicht abschließend geklärt ist die Frage, wie hoch der Verdienst bzw. der zeitliche Umfang einer Tätigkeit sein müssen, damit eine Beschäftigung nicht als völlig untergeordnet oder unwesentlich angesehen wird. Das Bundesministerium des Innern verlangt einen Verdienst von 400,- € netto im Monat sowie eine Beschäftigung von 10–12 Stunden wöchentlich<sup>13</sup>. In seinem Urteil vom 4.2.2010 in Sachen Genc hat der Europäische Gerichts-

hof auch eine Tätigkeit mit einer Wochenarbeitszeit von 5,5 Stunden und einem monatlichen Nettoverdienst von 175 € als geeignet angesehen, die Arbeitnehmereigenschaft zu vermitteln. Entscheidend sei eine Gesamtbewertung, bei der es u. a. auf die Arbeitszeit, die Höhe der Vergütung, den Anspruch auf bezahlten Urlaub, die Geltung eines Tarifvertrages, Lohnfortzahlung im Krankheitsfall sowie auf die Dauer des bisherigen Arbeitsverhältnisses ankomme.<sup>14</sup>

Das Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg hat in einem Grundsatzurteil vom 30. März 2011<sup>15</sup> – in Anlehnung an das Urteil Genc des EuGH – ausdrücklich darauf hingewiesen, dass der Arbeitnehmerbegriff im Zweifel extensiv auszulegen ist. Daher sind auch sozialversicherungsfreie geringfügige Beschäftigungsverhältnisse (»Minijobs«) nicht von vornherein ungeeignet, die Arbeitnehmereigenschaft zu vermitteln. Ein Einkommen aus Erwerbstätigkeit, das der Höhe nach 25 bis 30 % der Beträge erreicht, die den Bedarf nach SGB II ausmachen, könne nicht als unerheblich angesehen werden. Eine Wochenarbeitszeit von rund 14 % der Arbeitszeit eines voll Erwerbstätigen ist – so dass OVG – zwar sehr gering, aber ebenfalls *noch nicht völlig untergeordnet*.<sup>16</sup>

Daher ist auch die Beschäftigung der Polin D. trotz des geringen zeitlichen Umfangs und des niedrigen Verdienstes als nicht völlig unwesentlich oder untergeordnet anzusehen, so dass D. Arbeitnehmerin im europarechtlichen Sinne und damit freizügigkeitsberechtigt ist.

Die Befristung eines Arbeitsvertrages ist für das Bestehen der Arbeitnehmerfreizügigkeit unerheblich, auch kommt es nicht darauf an, dass eine vereinbarte Probezeit erfolgreich überstanden ist. Irrelevant für die Frage, ob Freizügigkeit als Arbeitnehmer besteht, ist es auch, ob der Lebensunterhalt durch die Erwerbstätigkeit gesichert werden kann oder ein ausreichender Krankenversicherungsschutz besteht.<sup>17</sup> Unentgeltliche Praktikanten- oder Volontärtätigkeiten begründen allerdings keine Arbeitnehmereigenschaft, da es an dem Merkmal der Gewährung einer Gegenleistung (Vergütung) fehlt.<sup>18</sup>

Arbeitnehmer benötigen für die Arbeitsaufnahme keiner Arbeitsgenehmigung der Bundesagentur für Arbeit oder sonst einer behördlichen Erlaubnis. Vielmehr darf jeder Arbeitgeber einen Unionsbürger ohne Weiteres einstellen. Der Arbeitgeber sollte sich lediglich belegen lassen, dass es sich bei dem Mitarbeiter um einen Unionsbürger handelt, z. B. durch Vorlage des Passes. Auch eine

zualleistungen für Unionsbürgerinnen und Unionsbürger in Deutschland“, a. a. O. (Fn. 4).

<sup>12</sup> Insbesondere Urteile vom 3.6.1986 – 139/85 (Kempf) –, Rn. 14 und vom 30.3.2006 – C-10/05 (Mattern und Citokic) –, Rn. 22, abrufbar bei [www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu).

<sup>13</sup> Siehe VAB – Verfahrenshinweise der Ausländerbehörde Berlin, C.2.2.2.1.-1., Stand 9.3.2012, abrufbar bei [www.berlin.de](http://www.berlin.de), dort unter »Ausländerbehörde«.

<sup>14</sup> EuGH, Urteil vom 4.2.2010 – C-14/09 (Genc) – ([asyl.net](http://asyl.net), M16603).

<sup>15</sup> OVG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 30.3.2011 – 12 B 15.10 – ([asyl.net](http://asyl.net), M18882).

<sup>16</sup> Ebd., Rn. 33f.

<sup>17</sup> EuGH, Urteil vom 3.6.1986, a. a. O. (Fn. 12).

<sup>18</sup> Hoffmann, in HK-AuslR, Rn. 10 zu § 2 FreizügG/EU.

Freizügigkeitsbescheinigung ist nicht erforderlich, um arbeiten zu dürfen bzw. einen Arbeitsvertrag abzuschließen. Allerdings ist es für Unionsbürger ratsam, sich eine solche Bescheinigung ausstellen zu lassen, um ihren Status nachweisen zu können.

Lediglich für Bulgaren und Rumänen gilt dies noch nicht in vollem Umfang. Die Beitrittsverträge zur Europäischen Union sehen vor, dass die Arbeitnehmerfreizügigkeit für maximal sieben Jahre, also bis zum 31.12.2013, beschränkt werden darf. Deutschland hat hiervon Gebrauch gemacht. Bulgaren und Rumänen haben daher erst ab dem 1.1.2014 einen vollständig freien Zugang zum deutschen Arbeitsmarkt. Bis dahin benötigen sie im Regelfall für die Zulassung zum Arbeitsmarkt einer Arbeitserlaubnis der Bundesagentur für Arbeit.<sup>19</sup> Die anderen Freizügigkeitsrechte – also z. B. als Arbeitssuchender oder Selbstständiger – gelten für Bulgaren und Rumänen aber im gleichen Umfang wie für alle anderen Unionsbürger.

## 2. Erhalt des Status als Arbeitnehmer trotz Arbeitslosigkeit

Das Freizügigkeitsrecht als Arbeitnehmer bleibt Unionsbürgern, die unverschuldet nicht mehr einer Erwerbstätigkeit nachgehen können, unter bestimmten Voraussetzungen erhalten. Dies bedeutet, dass in diesen Fällen die Unionsbürger weiterhin Arbeitnehmer im Sinne von § 2 Abs. 2 Nr. 1 sind, obwohl sie tatsächlich nicht arbeiten. Dieser Erhalt des Arbeitnehmerstatus hat Auswirkungen auf sozialrechtliche Ansprüche<sup>20</sup> und für den Erhalt des Daueraufenthaltsrechts<sup>21</sup>.

**Fall:** Der Lette Y. ist als Webdesigner bei einer Werbeagentur beschäftigt. Wegen einer schwer wiegenden Erkrankung wird er voraussichtlich für acht Monate nicht arbeiten können. Er erhält Krankengeld von der Krankenversicherung. Nach der Rückkehr an seinen Arbeitsplatz erhält er die Kündigung, weil die Firma zu wenige Aufträge hat. Zu diesem Zeitpunkt war er insgesamt elf Monate beschäftigt.

Gemäß § 2 Abs. 3 bleibt der Status von Arbeitnehmern erhalten bei

- vorübergehender Erwerbsminderung infolge Krankheit oder Unfall,
- unfreiwilliger durch die zuständige Agentur für

Arbeit bestätigter Arbeitslosigkeit nach mehr als einem Jahr Tätigkeit oder

- Aufnahme einer Berufsausbildung, wenn zwischen der Ausbildung und der früheren Erwerbstätigkeit ein Zusammenhang besteht; der Zusammenhang ist nicht erforderlich, wenn der Unionsbürger seinen Arbeitsplatz unfreiwillig verloren hat.

Der Lette Y. ist während seiner Erkrankung weiterhin *Arbeitnehmer* im Sinne des Freizügigkeitsrechts, da er nur vorübergehend erwerbsgemindert war. Auch die spätere Kündigung ändert nichts am Arbeitnehmerstatus, denn sie erfolgte aus betriebsbedingten Gründen und nicht wegen eines Fehlverhaltens von Y. Allerdings bleibt ihm dieser Status nach der Kündigung nur für sechs Monate erhalten, denn er war insgesamt noch nicht ein Jahr beschäftigt (§ 2 Abs. 3 Satz 2). Ist er nach Ablauf der sechs Monate auf Arbeitssuche, dann gilt er ab diesem Zeitpunkt freizügigkeitsrechtlich als *Arbeitssuchender* (hierzu III.4).

Nach einer mehr als einjährigen durchgängigen Beschäftigung besteht das Freizügigkeitsrecht fort, wenn die Agentur für Arbeit die Unfreiwilligkeit des Eintretens der Arbeitslosigkeit bestätigt (§ 2 Absatz 3 Satz 1 Nummer 2). Diese Bestätigung erfolgt, wenn die Arbeitslosigkeit auf Gründen beruht, die der Arbeitnehmer nicht zu vertreten hat und er die Aufnahme einer anderen zumutbaren Tätigkeit nicht verweigert oder alle erforderlichen Maßnahmen zur Beseitigung der Arbeitslosigkeit ergreift.<sup>22</sup>

## 3. Auszubildende

Der Begriff der Berufsausbildung im Sinne des § 2 Abs. 2 Nr. 1 ist gemeinschaftsrechtlich weit gefasst und umfasst sowohl die betriebliche Berufsausbildung als auch eine Berufsausbildung an einer sonstigen Ausbildungseinrichtung. Damit sind Ausbildungen nach dem Berufsbildungsgesetz bzw. der Handwerksordnung gemeint, aber auch Ausbildungsgänge an berufsbildenden Schulen, sofern dort eine Ausbildungsvergütung gezahlt wird. Unentgeltliche Praktika oder sonstige berufsvorbereitende Maßnahmen<sup>23</sup> unterfallen nicht dem Begriff der Ausbildung und begründen daher kein Freizügigkeitsrecht. Ist die Ausbildungsvergütung hoch genug – siehe unter III.1 –, ist der Auszubildende vom Status her gleichzeitig *Arbeitnehmer*.

<sup>19</sup> Ausführliche Angaben zum Verfahren zur Arbeitsgenehmigung-EU für bulgarische und rumänische Staatsangehörige sind zu finden unter: [www.zav.de](http://www.zav.de), dort »Arbeitsmarktzulassung, Merkblätter«.

<sup>20</sup> Wer als *Arbeitnehmer* nach FreizügG/EU gilt, obwohl er tatsächlich nicht arbeitet, hat weiterhin Anspruch auf SGB II als Arbeitnehmer (vgl. § 7 Abs. 1 Satz 2 SGB II) und darf nicht als *Arbeitssuchender* gem. § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II behandelt werden.

<sup>21</sup> Eine Verlustfeststellung nach § 5 Abs. 5 darf nicht erfolgen (vgl. Kurzidem, in: Kluth/Hund/Maaßen: Zuwanderungsrecht, § 6 Rn. 14).

<sup>22</sup> Allgemeine Verwaltungsvorschrift der Bundesregierung zum Freizügigkeitsgesetz/EU, 2.3.1.2.

<sup>23</sup> Z. B. Maßnahmen nach SGB III, Berufsvorbereitungsjahr oder der Besuch von Deutschkursen.

## 4. Arbeitssuchende

Gem. § 2 Abs. 2 Nr. 1 genießen Arbeitssuchende das volle Freizügigkeitsrecht. Arbeitssuchender ist derjenige, der im Anschluss an seine Einreise eine Arbeit sucht und die begründete Aussicht hat, eingestellt zu werden. Für das Freizügigkeitsrecht als Arbeitssuchender ist es nicht erforderlich, einen Nachweis über die Sicherung des Lebensunterhaltes für die Dauer der Arbeitssuche zu erbringen oder krankenversichert zu sein. Vielmehr genügt die bloße Erklärung, einen Arbeitsplatz zu suchen, um die Bescheinigung über die Freizügigkeit zu erhalten<sup>24</sup>.

Die Dauer der Arbeitssuche nach der Einreise ist gemeinschaftsrechtlich unbegrenzt.<sup>25</sup> *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 erst dann zu verneinen, wenn er keinerlei ernsthafte Absichten verfolgt, eine Beschäftigung aufzunehmen.<sup>26</sup> Nach Auffassung des Landessozialgerichtes Berlin-Brandenburg kommt es wegen der besonderen Gesetzeslage in Deutschland noch nicht einmal darauf an, ob eine begründete Erfolgsaussicht für eine Einstellung besteht, weil der deutsche Gesetzgeber dieses Merkmal nicht in das FreizügG/EU übernommen hat.<sup>27</sup> Das Freizügigkeitsrecht zur Arbeitssuche gilt in vollem Umfang auch für die Staatsangehörigen von Bulgarien und Rumänien.<sup>28</sup> Der Nachweis der Arbeitssuche kann durch eine entsprechende Bescheinigung der zuständigen Bundesagentur für Arbeit geführt werden.

## 5. Niedergelassene Selbstständige

Freizügigkeit gem. § 2 Abs. 2 Nr. 2 genießen auch niedergelassene selbstständige Erwerbstätige. Dies sind Unionsbürger, die eine nicht weisungsgebundene und nicht untergeordnete, auf Kontinuität angelegte selbstständige Erwerbstätigkeit aufnehmen wollen bzw. bereits ausüben.

**Fall:** Die Rumänin V. kommt nach Deutschland, um hier zu arbeiten. Von einer Beratungsstelle wird sie darüber informiert, dass sie bis Ende 2013 eine abhängige Beschäftigung nur mit Arbeitserlaubnis antreten darf und die Arbeitserlaubnis kaum

zu erhalten sei. Daraufhin entschließt sie sich, ein eigenes Ein-Frau-Unternehmen (»Reinigung nach Hausfrauenart«) zu gründen. Über Handzettel und Aushänge in Supermärkten findet sie alsbald zwei Familien, bei denen sie einmal in der Woche putzt. Ihr Verdienst reicht aber nicht aus, um davon zu leben. Sie sucht daher weitere Auftraggeber.

Selbstständige dürfen in Deutschland ohne Einschränkungen oder Behinderungen tätig werden. Allerdings müssen sie sich den geltenden standes- und berufsrechtlichen Regelungen unterwerfen. Die Niederlassungsfreiheit umfasst neben dem Recht zur Aufnahme und Ausübung eigener selbstständiger Tätigkeiten auch das Recht zur Gründung und Leitung von Unternehmen, Zweigniederlassungen oder Tochtergesellschaften. Danach können sich in Deutschland insbesondere Handwerker, freiberuflich Tätige, Gewerbetreibende und Kaufleute niederlassen und tätig werden. Als Nachweis dürfte eine Steuernummer vom Finanzamt genügen. Diese wird vergeben, wenn eine selbstständige Tätigkeit beim Finanzamt angemeldet wird. Hierzu ist das Formular *Fragebogen zur steuerlichen Erfassung* beim Finanzamt einzureichen<sup>29</sup> und die Betriebsaufnahme beim Gewerbeamt anzuzeigen bzw. eine Gewerbeerlaubnis einzuholen.<sup>30</sup>

Nach der Rechtsprechung ist es aber erforderlich, dass die Tätigkeit tatsächlich ausgeübt wird. Nicht erforderlich ist, dass der Gewinn aus der selbstständigen Tätigkeit das notwendige Existenzminimum deckt. Voraussetzung ist aber, dass eine wirtschaftliche Tätigkeit auf unbestimmte Zeit mittels einer festen Einrichtung in einem anderen Mitgliedstaat tatsächlich ausgeübt wird, sodass alleine ein formaler Akt wie die Registrierung eines Gewerbes nicht ausreichend ist.<sup>31</sup>

Die Rumänin V. kann sich daher auf die Freizügigkeit als Selbstständige berufen. Die Freizügigkeit für Selbstständige gilt für alle Unionsbürger und ist auch für Bulgaren und Rumänen nicht beschränkt. V. muss aber ihr Gewerbe anmelden und ist zur Entrichtung von Steuern verpflichtet. Die Tatsache, dass sie noch zu wenige Kunden hat, um aus ihrer Tätigkeit ihren Lebensunterhalt zu bestreiten, ändert am Freizügigkeitsrecht nichts. Dieses setzt nämlich nicht voraus, dass der Lebensunterhalt gesichert ist oder Krankenversicherungsschutz besteht.<sup>32</sup>

<sup>24</sup> So ausdrückliche die VAB – Verfahrenshinweise der Ausländerbehörde Berlin (a. a. O., Fn. 13), C.2.2.2.1.-2,

<sup>25</sup> EuGH, Urteil vom 26. Februar 1991 – C-292/89 (Antonissen) –, abrufbar bei [www.eur-lex.europa.eu](http://www.eur-lex.europa.eu); Allgemeine Verwaltungsvorschrift der Bundesregierung zum Freizügigkeitsgesetz/EU, 2.2.1.3.

<sup>26</sup> Allgemeine Verwaltungsvorschrift der Bundesregierung zum Freizügigkeitsgesetz/EU, 2.2.1.3.

<sup>27</sup> LSG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 11.11.2009 – L 10 AS 1801/09 – (asyl.net, M16545).

<sup>28</sup> Nur die Freizügigkeit als Arbeitnehmer ist noch bis zum 31.12.2013 beschränkt; siehe oben III.1.

<sup>29</sup> Abrufbar unter [www.formulare-bfinv.de](http://www.formulare-bfinv.de) (Formular »Aufnahme einer selbstständigen, gewerblichen oder freiberuflichen Tätigkeit«).

<sup>30</sup> Je nachdem, ob Gewerbebefreiheit besteht – dann ist nur die Anmeldung erforderlich –, oder ob eine Erlaubnis erteilt werden muss (z. B. Gastronomie); Erläuterungen bei <http://www.ihk-berlin.de> unter »Recht und Fair Play«/Gewerberecht.

<sup>31</sup> BSG, Urteil vom 19.10.2010, a. a. O. (Fn. 9)

<sup>32</sup> Die Rumänin V. kann einen Antrag auf ergänzende Leistungen nach SGB II stellen.

## 6. Erhalt des Status als Selbstständiger trotz Beschäftigungslosigkeit

So wie Arbeitnehmer im Falle unverschuldeter Arbeitslosigkeit ihren Status als Arbeitnehmer erhalten,<sup>33</sup> können nach § 2 Abs. 3 auch Selbstständige ihren Status in den folgenden Fällen behalten:

- Bei vorübergehender Erwerbsminderung infolge Krankheit oder Unfall.
- Bei Einstellung der selbstständigen Tätigkeit aufgrund von Umständen, auf die die Betroffenen keinen Einfluss hatten, wenn sie zuvor die Tätigkeit mehr als ein Jahr lang ausgeübt hatten.
- Bei Aufnahme einer Berufsausbildung, wenn zwischen der Ausbildung und der früheren Erwerbstätigkeit ein Zusammenhang besteht.

**Fall:** Die Rumänin V. wird schwanger. Zwei Monate vor der Geburt ihres Kindes stellt sie ihre Gewerbetätigkeit ein und möchte die Reinigungstätigkeit erst wieder aufnehmen, wenn ihr Kind ein Jahr alt ist.

Schwangerschaft wird in der Rechtsprechung als Umstand anerkannt, auf den die Selbstständige keinen Einfluss hat. Schwangerschaft gehört nicht zu den im Sinne des Gesetzes beeinflussbaren Umständen. Das Landessozialgericht Berlin-Brandenburg<sup>34</sup> hat dies mit dem Schutzauftrag des Grundgesetzes für die Familie und dem Verbot geschlechtsspezifischer Benachteiligung begründet: So liefe es diesem Schutzauftrag zuwider, wenn der Entschluss, ein Kind zu bekommen, mit einem derart schwerwiegenden Nachteil wie dem Verlust des Rechts auf Freizügigkeit und damit auch des Rechts auf den Aufenthalt im Inland verbunden wäre. Zum anderen dürften nicht alleine für Frauen rechtliche Nachteile aus einer Tatsache eintreten, die sie zwangsläufig nicht alleine herbeiführen können.

Die Rumänin V. ist daher weiter als Selbstständige freizügigkeitsberechtigt und dies – da sie länger als ein Jahr selbstständig war – dauerhaft, sofern sie die Absicht hat, die Erwerbstätigkeit wieder aufzunehmen.<sup>35</sup> Unter Berücksichtigung von § 10 Abs. 1 Nr. 3 SGB II ist ab Vollendung des dritten Lebensjahres des Kindes von ihr eine Wiederaufnahme der selbstständigen Tätigkeit zu verlangen, sofern keine besonderen Umstände bestehen.

Für die Beurteilung der Frage, ob die Einstellung einer selbstständigen Tätigkeit unfreiwillig erfolgte, ist ein groß-

zügiger Maßstab anzulegen.<sup>36</sup> Andere Gründe für eine unverschuldete Betriebseinstellung sind z. B. eine mangelnde Auftragslage und daraus resultierend zu geringem Umsatz. Geht das Unternehmen in Konkurs und beruht dies auf – nicht vorsätzlichen – unternehmerischen Fehlentscheidungen, so wird auch dies dem Selbstständigen nicht angelastet und er behält sein Freizügigkeitsrecht.<sup>37</sup>

## 7. Nichterwerbstätige

Gemäß § 2 Abs. 2 Nr. 5 genießen nicht erwerbstätige Unionsbürger nur dann Freizügigkeit, wenn sie zusätzlich die Voraussetzungen erfüllen, die in § 4 genannt sind. Für diese Personengruppe verlangt das Gesetz daher, dass sie über *ausreichenden Krankenversicherungsschutz* und *ausreichende Existenzmittel* verfügen.

**Fall:** Die Italienerin M. ist nach Hannover gekommen, um eine Boutique zu eröffnen. Sie sucht intensiv nach geeigneten Ladenräumen und ist mit einer Bank im Gespräch über einen Existenzgründungskredit. Ihre Ersparnisse, von denen sie bislang gelebt hat, gehen zu Ende. Die Ausländerbehörde fordert sie auf, Einkommen oder Vermögen sowie eine Krankenversicherung nachzuweisen. Anderenfalls soll ihr die Freizügigkeitsbescheinigung entzogen werden und sie soll nach Italien zurückgeschickt werden. Sie sei nicht erwerbstätig und müsse daher ausreichende Existenzmittel nachweisen, so die ABH.

In der Praxis bestehen bezüglich des Freizügigkeitsrechts der *Nichterwerbstätigen* erhebliche Unsicherheiten und kursieren – zum Teil gewollte<sup>38</sup> – Fehlinformationen. Häufig werden *Arbeitssuchende* fälschlich als *Nichterwerbstätige* behandelt. Nichterwerbstätige sind nur diejenigen Unionsbürger, die in Deutschland leben, aber weder eine selbstständige oder unselbstständige Tätigkeit ausüben noch die Absicht haben, dies zu tun. Somit betrifft dies vor allem Rentner und Rentnerinnen, die erst im Rentenalter nach Deutschland kommen,<sup>39</sup> Studentinnen und Studenten sowie sonstige »wirtschaftlich Gesicherte«, die in Deutschland von ihrem Vermögen leben wollen, ohne zu arbeiten.

Nur dieses Freizügigkeitsrecht als Nichterwerbstätiger setzt voraus, dass ausreichender Krankenversicherungsschutz besteht und ausreichende Existenzmittel vorhan-

<sup>33</sup> Siehe oben III.2.

<sup>34</sup> LSG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 20.05.2008 – L 15 B 54/08 SO ER –, abrufbar bei [www.sozialgerichtsbarkeit.de](http://www.sozialgerichtsbarkeit.de).

<sup>35</sup> Als Selbstständige im Sinne des FreizügG/EU hat sie Anspruch auf Leistungen nach SGB II, obwohl sie de facto nicht erwerbstätig ist.

<sup>36</sup> So zum Beispiel VAB – Verfahrenshinweise der Ausländerbehörde Berlin (a. a. O., Fn. 13), C.2.3..

<sup>37</sup> Ebd.

<sup>38</sup> Vgl. Georg Classen, *Arbeitslosengeld II nur für erwerbstätige Rumänen und Bulgaren? Problematische Merkblätter zu den Rechten der Unionsbürger*, Mai 2012, abrufbar bei [www.harald-thome.de](http://www.harald-thome.de).

<sup>39</sup> Anderenfalls ist zu prüfen, ob sie die Voraussetzungen für ein Verbleiberecht bzw. das Daueraufenthaltsrecht nach § 4a FreizügG/EU erfüllen.

den sind! Von *Arbeitnehmern, Selbstständigen, Arbeitssuchenden* und *Auszubildenden* darf dies nicht verlangt werden.

Die Italienerin M. ist zwar aktuell noch nicht erwerbstätig, sie will aber eine selbstständige Existenz in Deutschland gründen. Das Freizügigkeitsrecht als Selbstständige umfasst bereits diese »Gründungsphase«. Ihr Aufenthaltsrecht ist daher nicht davon abhängig, ob sie ihren Lebensunterhalt bestreiten kann und krankenversichert ist.

Neu zuziehende Rentner, Studierende oder sonstige Nichterwerbstätige müssen für ihr Freizügigkeitsrecht über Existenzmittel verfügen, die zur Bestreitung des Lebensunterhaltes ausreichen. Die Höhe des Betrages für die erforderlichen Existenzmittel darf *nicht über dem Schwellenbetrag liegen, unter dem Sozialhilfe gewährt wird* (Art. 8 Abs. 4 Satz 2 der Unionsbürgerrichtlinie). In Deutschland wird dieser Schwellenbetrag durch die Regelbedarfe nach SGB II markiert. Daher ist auf den Regelbedarf von öffentlichen Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhaltes nach SGB II<sup>40</sup> ohne Berücksichtigung der Freibeträge für Erwerbstätige zuzüglich der Höhe der tatsächlich gezahlten Warmmiete abzustellen (Faustformel Regelsatz plus Miete). Ein Entzug des Freizügigkeitsrechts wegen fehlender Existenzmittel darf aber nicht schematisch erfolgen. Art. 8 Abs. 4 der Unionsbürgerrichtlinie verbietet den Behörden, einen festen Betrag für die Existenzmittel festzulegen. Vielmehr ist immer die persönliche Situation des Betroffenen zu berücksichtigen. Daraus folgt, dass etwa dann, wenn die Existenzmittel geringfügig unter dem geforderten *Regelsatz plus Miete* bleiben, dennoch von ausreichenden Existenzmitteln ausgegangen werden kann, solange keine öffentlichen Mittel in Anspruch genommen werden.<sup>41</sup>

### 8. Dienstleistungserbringer und Dienstleistungsempfänger

Nach § 2 Abs. 2 Nr. 3 und 4 sind auch Unionsbürger, die – ohne sich niederzulassen – als selbstständige Erwerbstätige Dienstleistungen in Deutschland erbringen wollen sowie Unionsbürger als Empfänger von Dienstleistungen freizügigkeitsberechtigt. Die Dienstleistungsfreiheit gewährt dem Dienstleistungserbringer aber nur das Recht, zum Zweck der Erbringung seiner Leistung *vorübergehend* grenzüberschreitend in Deutschland tätig zu werden. Im Gegensatz zur Niederlassungsfreiheit erfasst die Dienstleistungsfreiheit die vorübergehende und

gelegentliche, also zeitlich begrenzte und auf die Durchführung eines Auftrags gerichtete Tätigkeit. Das Dienstleistungsunternehmen behält dabei in seinem Herkunftsland seinen Unternehmenssitz oder unterhält dort seine Niederlassung. Diese Dienstleistungsfreiheit begründet aber keinen dauerhaften Aufenthalt in Deutschland.

Unionsbürger haben auch die Möglichkeit, zum Empfang von Dienstleistungen in das Bundesgebiet einzureisen, etwa als Touristen, Geschäftsreisende oder zur Krankenhausbehandlung. Auch hier handelt es sich um vorübergehende Aufenthalte, die somit lediglich ein Aufenthaltsrecht für die Dauer der Inanspruchnahme der Dienstleistung begründen. Sobald der Lebensmittelpunkt dauerhaft ins Inland verlegt wird, richtet sich die Frage der Freizügigkeit danach, ob die Voraussetzungen als *Arbeitnehmer, Arbeitssuchender, Selbstständiger, Auszubildender* oder *Nichterwerbstätiger* erfüllt sind. Nach der Rechtsprechung des EuGH<sup>42</sup> ist es nicht möglich, sich auf unbestimmte Zeit als Erbringer oder Empfänger einer Dienstleistung in einem anderen Mitgliedsstaat aufzuhalten.

Die Erbringung oder der Empfang von Dienstleistungen ist daher rechtlich nicht geeignet, einen Daueraufenthalt zu begründen.

## IV. Fazit

Der Aufenthalt auf der Grundlage des FreizügG/EU für Unionsbürger und ihre Familienangehörigen ist wesentlich einfacher zu begründen und zu sichern als für Ausländer, die dem Aufenthaltsgesetz unterliegen. Insbesondere ist die Freizügigkeit – mit Ausnahme der *Nichterwerbstätigen*, die auch nicht vorhaben, einer Beschäftigung nachzugehen (siehe III. 7) – weder von der Sicherung des Lebensunterhaltes (ausreichende Existenzmittel) noch vom Bestehen eines ausreichenden Krankenversicherungsschutzes abhängig.

Die Kenntnis der Einzelheiten, die für die einzelnen Freizügigkeitsrechte erforderlich sind, ist bei vielen Behörden noch immer nicht in ausreichendem Maße vorhanden. Beratungsstellen können hier mit dem erforderlichen Fachwissen gute Unterstützung leisten, um den Betroffenen zu ihrem Freizügigkeitsrecht zu verhelfen.

<sup>40</sup> Regelbedarf für Volljährige/allein Erziehende: 374 €; Ehepartner 2 x 337 € = 674 €, 18 bis unter 25-jährige Kinder im Haushalt der Eltern: 299 €, Kinder von 0 bis 5 Jahren: 219 €, Kinder von 6 bis 13 Jahren: 251 €, Kinder von 14 bis 17 Jahren: 287 €.

<sup>41</sup> VAB – Verfahrenshinweise der Ausländerbehörde Berlin (a. a. O., Fn. 13), C.4.1.

<sup>42</sup> EuGH, Urteil vom 19.10.2004 – C-200.02 (Chen u. a. ) –, abrufbar bei [www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu).