

**„Freizügigkeitsrecht, Arbeitserlaubnis und
Sozialleistungen
für EU-Bürger und –bürgerinnen und ihre
Familienangehörige“
Fortbildungsveranstaltung des Flüchtlingsrats Berlin
am 23. April 2010**

Referent: Rechtsanwalt Ronald Reimann - Kanzlei für Aufenthaltsrecht
www.aufenthaltsrecht.net
kontakt@aufenthaltsrecht.net

**1. Rechtliche Grundlagen der Freizügigkeitsberechtigung von
Unionsbürgern**

**Artikel 21 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union
(Ex-Artikel 18 EGV)**

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

RL 2004/38 EG – „Unionsbürgerrichtlinie“

Artikel 1:

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.*

„Arbeitnehmer“

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. Nach der Vorgabe des BMI ist in der Regel ein **Verdienst** von 400,- Euro netto im Monat als ausreichend anzusehen. Ebenso eine Beschäftigung von 10-12 Stunden wöchentlich. Eine eventuelle Befristung der Arbeitsverträge ist unerheblich. Ob der Lebensunterhalt durch die Erwerbstätigkeit gesichert ist, spielt für die Freizügigkeit keine Rolle. Die **Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs** (EuGH - Rs. 3/81; Rs. 139/85) erachtet auch Tätigkeiten mit einer **Wochenarbeitszeit von 5,5 Stunden** und einem **monatlichen Netto von 175 €** als geeignet, die Arbeitnehmereigenschaft zu vermitteln (EuGH, Urteil in Sachen Genc vom 4.2.2010, C-14/09). 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, Dauer des bisherigen Arbeitsverhältnisses ankomme.

Arbeitnehmerfreizügigkeit: Erhalt des Status als Arbeitnehmer trotz Arbeitslosigkeit

Gemäß § 2 Abs. 3 FreizügG/EU bleibt der Status von Arbeitnehmern und selbständig Erwerbstätigen erhalten bei

- vorübergehender Erwerbsminderung infolge Krankheit oder Unfall,
- unfreiwilliger durch die zuständige Agentur für Arbeit bestätigter Arbeitslosigkeit oder Einstellung einer selbständigen Tätigkeit infolge von Umständen, auf die der Selbständige keinen Einfluss hatte, nach mehr als einem Jahr Tätigkeit,
- 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.

Bei unfreiwilliger durch die zuständige Agentur für Arbeit bestätigter Arbeitslosigkeit **nach weniger als einem Jahr Beschäftigung** bleibt das Recht auf Freizügigkeit (nur) während der Dauer von sechs Monaten unberührt, § 2 Abs. 3 Satz 2 FreizügG/EU. Bei einer Beschäftigung von länger als einem Jahr bleibt der Status während der anschließenden ununterbrochenen, unfreiwilligen Arbeitslosigkeit fortlaufend erhalten.

„Arbeitssuchender“

Nach Gemeinschaftsrecht gilt als "**Arbeitssuchender**", wer im Anschluss an seine **Einreise** nachweislich eine Arbeit sucht und die begründete Aussicht hat, eingestellt zu werden. Nach Auffassung des LSG Berlin-Brandenburg kommt es in Deutschland auf die „begründete Erfolgsaussicht“ gar nicht an, weil der deutsche Gesetzgeber dieses Merkmal nicht in das FreizügG/EU übernommen hat (Urteil vom 11.11.2009, L 10 AS 1801/09). Die Dauer der Arbeitssuche nach der **Einreise** ist gemeinschaftsrechtlich **unbegrenzt**. Dies gilt auch für die Staatsangehörigen der 10 mittel- und osteuropäischen Mitgliedstaaten mit und ohne Arbeitsgenehmigung-EU. Dies folgt aus Art. 14 Abs. 4 Buchstabe b) der Unionsbürgerrichtlinie (BMI, Mitteilung vom

02.06.2006 an die Länderinnenminister). Der **Nachweis der Arbeitsuche** und der begründeten Aussicht eingestellt zu werden, kann durch eine entsprechende **Bescheinigung der zuständigen Bundesagentur für Arbeit** geführt werden. Die Sicherung des Lebensunterhaltes spielt auch für dieses Freizügigkeitsrecht keine Rolle.

„Berufsausbildung“

Der Begriff der Berufsausbildung im Sinne des § 2 Abs. 2 Nr. 1 ist gemeinschaftsrechtlich weit gefasst und umfasst sowohl eine Ausbildung an einer sonstigen Ausbildungseinrichtung als auch die die **betriebliche Berufsausbildung**.

Arbeitshilfe der Bundesagentur für Arbeit:

<http://www.einwanderer.net/fileadmin/downloads/ausbildungsfoerderung/ausbildung2.pdf>

„Selbstständig erwerbstätige Unionsbürger“

Diese dürfen in Deutschland ohne Einschränkungen oder Behinderungen tätig werden. Allerdings müssen sie sich den geltenden standes- und berufsrechtlichen Regelungen unterwerfen. Die Niederlassungsfreiheit umfasst das Recht zur Aufnahme und Ausübung selbstständiger Tätigkeiten sowie zur Gründung und Leitung von Unternehmen, Zweigniederlassungen oder Tochtergesellschaften durch Unionsbürger in Deutschland. Danach können sich in Deutschland insbesondere Handwerker, freiberuflich Tätige, Gewerbetreibende und Kaufleute niederlassen und tätig werden. Zu beachten sind lediglich die berufs- und gewerberechtlichen Vorgaben, wie sie auch für Inländer gelten. Als Nachweis dürfte eine Steuernummer vom Finanzamt genügen. Diese wird vergeben, wenn eine selbständige Tätigkeit beim Finanzamt angemeldet wird. Hierzu ist das Formular „Fragebogen zur steuerlichen Erfassung“ beim Finanzamt einzureichen. <https://www.formulare-bfinv.de/ffw/content.do>

Nach der Rechtsprechung ist aber erforderlich, dass *„die Erwerbstätigkeit selbständig und auf der Grundlage einer festen Einrichtung dauerhaft auf die Teilnahme am Wirtschaftsleben angelegt ist, wobei eine ernstzunehmende Gewinnerzielungsabsicht zu fordern ist“* (LSG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 11.11.2009, L 10 AS 1801/09).

„Erbringer und Empfänger von Dienstleistungen“

Diese sind, solange der Aufenthalt **vorübergehender** Natur ist, gleichfalls freizügigkeitsberechtigt. Die Dienstleistungsfreiheit gewährt dem **Dienstleistungserbringer** das Recht zum Zweck der Erbringung seiner Leistung vorübergehend in Deutschland tätig zu werden, und zwar unter denselben Voraussetzungen, wie sie für einen Inländer gelten. Unter Dienstleistungen im Sinne des Art. 49 ff. EGV sind also Leistungen zu verstehen, die grenzüberschreitend und in der Regel gegen Entgelt erbracht 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 hat in seinem Herkunftsland seinen Unternehmenssitz oder unterhält dort eine Niederlassung.

Unionsbürger haben die Möglichkeit auch zum **Empfang von Dienstleistungen** in das Bundesgebiet einzureisen. *„Der Empfang von Dienstleistungen vermittelt kein auf Dauer angelegtes Aufenthaltsrecht. Die*

Dauer des Aufenthaltsrechts orientiert sich an der Dauer der Dienstleistung. Sobald ein Unionsbürger seinen Hauptaufenthalt in einen anderen Mitgliedstaat verlegt, empfängt er nicht mehr vorübergehend Dienstleistungen“ (Allgemeine Verwaltungsvorschrift zum FreizügG/EU, 2.2.4).

„Nichterwerbstätige Unionsbürger“

Dieses – aber auch nur dieses! - Freizügigkeitsrecht setzt den Nachweis eines ausreichenden **Krankenversicherungsschutzes** und ausreichende **Existenzmittel** für den Unionsbürger und **alle** ihn begleitenden Familienangehörigen voraus. Bei Unionsbürger genügt für die Glaubhaftmachung dieser Voraussetzungen grundsätzlich die schriftliche Erklärung. Ein anderes Verfahren, welches hier eine generelle Prüfung der Voraussetzungen des § 4 S. 1 verlangen würde, wäre mit der RL nicht vereinbar (vgl. Art. 14 Abs. 2 sowie § 5 a Abs. 1 S. 1). Nur wenn **Zweifel** bestehen, ob diese materiellen Voraussetzungen erfüllt werden, ist zum einen der Nachweis eines Krankenversicherungsschutzes zu verlangen. Für die Beurteilung der Frage, ob der Unionsbürger für sich und ggf. für seine ihn begleitenden Familienangehörigen über ausreichende Existenzmittel verfügt, stellt die ausländerbehördliche Praxis auf den **Regelsatz** von öffentlichen Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhaltes (ALG II, Sozialgeld, Sozialhilfe) ohne Freibeträge nach dem SGB II und die Höhe der **Miete** ab (Regelsatz + Miete).

2. 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, Vietnamesen oder Türken. 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 **Familienangehörigen, die nicht zur Kernfamilie gehören**, 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.)

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.

Einreisevisum für Familienangehörige erforderlich?

§ 2 Abs. 4 S. 1 FreizügG/EU: Nein, wenn Familienangehöriger selbst Unionsbürger ist.

§ 2 Abs. 4 S. 2 FreizügG/EU: Ja, wenn Familienangehöriger Drittstaatsangehöriger ist

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

3. Erhalt des Freizügigkeitsrechtes trotz Wegfall des Freizügigkeitsgrundes beim „stammberechtigten“ Familienangehörigen

Tod des Stammberechtigten

- 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**
 - 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.

4. Erwerb des Daueraufenthaltsrechts für Unionsbürger und ihre Familienangehörigen

- nach **fünfjährigem rechtmäßigem Aufenthalt** in Deutschland, § 4a FreizügG/EU

STRITTIG: Muss Freizügigkeit nach EU-Recht 5 Jahre lang bestanden haben oder reichen auch andere Aufenthaltsrechte, z.B. nach AuslG, AufenthG oder AsylVfG aus?

Wie ist der 5jährige Voraufenthalt nachzuweisen?

Welche Rechtsfolgen hat es, wenn während eines Aufenthaltes als Freizügigkeitsberechtigter eine Voraussetzung der Freizügigkeit entfallen ist?

Restriktiv: Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg, Urteil vom 28.04.2009, Aktenzeichen 2 B 22.07, (Revision zugelassen): „*Der für den Erwerb eines Daueraufenthaltsrechts nach § 4a Abs. 1 FreizügG/EU erforderliche fünfjährige rechtmäßige Aufenthalt im Bundesgebiet setzt voraus, dass der Unionsbürger während dieser Zeit gemeinschaftsrechtlich freizügigkeitsberechtigt im Sinne des § 2 Abs. 2 FreizügG/EU gewesen ist. Der fünfjährige Aufenthalt muss nach dem Beitritt des Herkunftsstaats zur Europäischen Union erfolgen.*“

Günstiger: Allgemeine Verwaltungsvorschrift der Bundesregierung zum FreizügG/EU vom 27.7.09, 4a.1: „Das Entstehen des Daueraufenthaltsrechts gemäß § 4a Absatz 1 setzt nicht voraus, dass der fünfjährige Aufenthalt nach den Regeln des Freizügigkeitsrechts (AufenthG/EWG, Freizügigkeitsgesetz/EU) rechtmäßig war. Rechtmäßig ist jeder Aufenthalt, der entweder nach dem Freizügigkeitsgesetz/EU (früher: AufenthG/EWG) oder nach dem AufenthG (früher: AuslG) erlaubt ist. Bedingung ist jedoch, dass der Aufenthalt zuletzt nach Freizügigkeitsrecht rechtmäßig war, d. h. sich nach dem Freizügigkeitsgesetz/EU richtete.“

- Daueraufenthaltsrecht tritt auch ein, wenn abgeleitetes Freizügigkeitsrecht gem. § 3 Abs. 3-5 FreizügG/EU bestand, § 4a Abs. 5 FreizügG/EU
- 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.

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

- es gilt grundsätzlich eine Vermutung zugunsten des generellen Vorliegens der Voraussetzungen der Freizügigkeit; „Wegnahme“ der Freizügigkeit bedarf daher einer ausdrücklichen behördlichen Feststellung des Nichtbestehens der Freizügigkeit.

„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 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., Hamburgisches Obergerverwaltungsgericht, 3. Senat, Entscheidung vom 06.03.2008, 3 Bs 281/07).

- § 5 Abs. 5 FreizügG/EU: Feststellung, dass Voraussetzungen nach § 2 nicht oder nicht mehr vorliegen
- § 6 FreizügG/EU: Feststellung des Verlustes aus Gründen der öffentlichen Sicherheit, Ordnung oder Gesundheit

6. Einschränkungen bei der Arbeitsaufnahme für die Angehörigen der 12 neuen EU-Staaten bis 30.4.2011 bzw. 31.12.2013

- 1.5.2004: **Estland, Lettland, Litauen, Polen, Tschechien, Slowakei, Ungarn, Slowenien**
- 1.5.2004: Malta, Zypern (keine Einschränkungen)
- 1.1.2007: **Rumänien, Bulgarien**

Freizügigkeit als Arbeitnehmer im Sinne von § 2 Abs. 2 Nr. 1 FreizügG/EU ist beschränkt, alle sonstigen Freizügigkeitsrechte, also insbesondere auch das Recht zur Arbeitssuche bestehen!

Neu-Unionsbürger dürfen nur beschäftigt werden, wenn sie von der Bundesagentur für Arbeit eine Arbeitsgenehmigung-EU erhalten haben.

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 „Neu-Unionsbürger“ mit Hochschulabschluss, die einen qualifiziertem Arbeitsplatz nachweisen - § 12b ArGV**
„Neu-Unionsbürger“ 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.

Voraussetzungen für die Erteilung der (befristeten) Arbeitserlaubnis-EU an Neu-Unionsbürger:

- **„nicht qualifizierte Tätigkeit“:** es gilt der „Anwerbestopp“. Bei Bewerbung vom Ausland aus darf Arbeitserlaubnis-EU nur erteilt werden, wenn die ungelernte 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 Neu-Unionsbürgers (§ 284 Abs. 4 Satz 2 SGB III).
- bei Tätigkeiten, die eine **abgeschlossene Berufsausbildung** erfordern kann unabhängig vom Wohnsitz eine Arbeitserlaubnis-EU, aber **Vorrangprüfung** erfolgt.

Voraussetzungen für die Arbeitsberechtigung-EU:

- Nach 12monatiger erlaubter Teilnahme am deutschen Arbeitsmarkt erhalten auch Neu-Unionsbürger die Arbeitsberechtigung-EU
- Aufgrund des Benachteiligungsverbot es erhalten Neu-Unionsbürger 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. Arbeitsmarktzugang für Familienangehörige von (Neu-)Unionsbürgern

- Für Familienangehörige von Neu-Unionsbürgern gelten die gleichen Beschränkungen wie für diese Unionsbürger selbst.
- Ist der Neu-Unionsbürger 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 Benachteiligungsverbot es 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 rechtmäßigem Aufenthalt eine Arbeitsberechtigung-EU.
- Familienangehörige sonstiger Freizügigkeitsberechtigter (Selbständige, Rentner, etc.) unterfallen nicht der eingeschränkten Arbeitnehmerfreizügigkeit nach den Beitrittsverträgen. Aus Art. 23 der Unionsbürgerrichtlinie folgt daher, dass sie ohne weiteres zur Aufnahme einer Erwerbstätigkeit als Arbeitnehmer berechtigt sind.

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

§ 7 Abs. 1 SGB II

(1) Leistungen nach diesem Buch erhalten Personen, die

1. das 15. Lebensjahr vollendet und die Altersgrenze nach § 7a (65 +) noch nicht erreicht haben,
2. erwerbsfähig sind,
3. hilfebedürftig sind und
4. ihren gewöhnlichen Aufenthalt in der Bundesrepublik Deutschland haben (erwerbsfähige Hilfebedürftige).

Ausgenommen sind

1. Ausländer, die weder in der Bundesrepublik Deutschland Arbeitnehmer oder Selbständige noch auf Grund des § 2 Abs. 3 des Freizügigkeitsgesetzes/EU freizügigkeitsberechtigt sind, und ihre Familienangehörigen für die ersten drei Monate ihres Aufenthalts,
- 2. Ausländer, deren Aufenthaltsrecht sich allein aus dem Zweck der Arbeitssuche ergibt, und ihre Familienangehörigen,**
3. Leistungsberechtigte nach § 1 des Asylbewerberleistungsgesetzes.

§ 8 Abs. 2 SGB II

Ausländer, die als nicht erwerbsfähig gelten, weil ihnen die Aufnahme einer Beschäftigung nicht erlaubt ist oder erlaubt werden könnte.

§ 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

Rechtlich nicht abschließend geklärt ist die Frage, ob der gesetzliche Ausschluss von Unionsbürgern, deren Freizügigkeitsrecht sich allein aus der Arbeitssuche ergibt, rechtlich zulässig ist.

Umstritten ist, ob der gesetzliche Ausschluss mit Art. 24 Abs. 2 der Unionsbürgerrichtlinie vereinbar ist, wonach „Leistungen der Sozialhilfe“ an Arbeitsuchende ausgeschlossen werden dürfen. Sozialhilfe ist europarechtlich zu definieren.

- Bejahend: LSG Berlin-Brandenburg v. 5.9.07 - L 29 B 828/07 AS ER.
- Verneinend: LSG Bayern v. 12.3.08 – L 7 B 1104/07 AS ER.

Umstritten ist ferner, ob der gesetzliche Ausschluss mit dem EG-Vertrag vereinbar ist.

- Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot des Art. 12 EGV?
- Verstoß gegen Unionsbürgereigenschaft der Art. 17, 18 EGV?

Nach der Rechtsprechung des EuGH scheint der Status der Unionsbürgerschaft das Diskriminierungsverbot zu erweitern; ein sachlicher Grund reicht für die Diskriminierung nicht mehr aus, im Anwendungsbereich des Vertrages müssen Ausnahmen vom Gleichbehandlungsgebot ausdrücklich vorgesehen sein. Der Unionsbürgerstatus verpflichtet die Mitgliedstaaten insbesondere Differenzierungen zu unterlassen, die sich hinderlich auf die Mobilität innerhalb der EU auswirken könnten.

Rechtsprechung:

Keine Bedenken gegen den gesetzlichen Ausschluss: LSG NRW v. 15.6.07, LSG Berlin-Brandenburg v. 5.9.07 und des OVG Hamburg v. 15.11.07; aus jüngerer Zeit: LSG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 23.12.2009, L 34 AS 1350/09 B.

Gegenansicht: LSG Berlin-Brandenburg v. 25.4.07 – L 19 B 116/07 AS ER; v. 30.5.08 – L 14 B 282/08 AS ER; LSG Baden-Württemberg v. 23.7.08 – L 7 AS 3031/08 ER B.

Weiteres Argument: Der Leistungsausschluss verstößt gegen das Europäische Fürsorgeabkommen (EFA) und ist daher gegenüber Staatsangehörigen der Signatarstaaten unwirksam (so u.a. LSG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 11.11.2009, L 10 AS 1801/09).

Signatarstaaten sind: Belgien, Dänemark, Estland, Finnland, Frankreich, Griechenland, Irland, Island, Italien, Luxemburg, Malta, Niederland, Norwegen, Portugal, Schweden, Tschechien, Türkei, Großbritannien.

Über einen Teil der strittigen Rechtsfragen hat - auf Vorlagebeschluss des SG Nürnberg (Beschluss vom 18.12.07 – S 19 AS 691/07) - der **EuGH** mit **Urteil vom 4.6.2009** entschieden (EuGH C-22/08 <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62008J0022:DE:HTML>)

In dem Urteil heißt es auszugsweise wie folgt:

Das vorliegende Gericht möchte wissen, „ob Art. 24 Abs. 2 der Richtlinie 2004/38 mit Art. 12 EG in Verbindung mit Art. 39 EG vereinbar ist. Art. 24 Abs. 2 der Richtlinie 2004/38 sieht eine Abweichung vom Gleichbehandlungsgrundsatz vor, auf den sich andere Unionsbürger als Arbeitnehmer oder Selbständige, Personen, denen dieser Status erhalten bleibt, und ihre Familienangehörigen, die sich im Hoheitsgebiet eines Aufnahmemitgliedstaats aufhalten, berufen können. **Nach dieser Bestimmung ist der Aufnahmemitgliedstaat nicht verpflichtet, u. a. Arbeitsuchenden während des längeren Zeitraums, während dessen sie**

dort ein Aufenthaltsrecht haben, einen Anspruch auf Sozialhilfe zu gewähren. Die Staatsangehörigen eines Mitgliedstaats, die in einem anderen Mitgliedstaat eine Beschäftigung suchen, fallen in den Anwendungsbereich von Art. 39 EG und haben daher Anspruch auf die in Abs. 2 dieser Bestimmung vorgesehene Gleichbehandlung. Außerdem ist es angesichts der Einführung der Unionsbürgerschaft und der Auslegung, die das Recht der Unionsbürger auf Gleichbehandlung in der Rechtsprechung erfahren hat, nicht mehr möglich, vom Anwendungsbereich des Art. 39 Abs. 2 EG eine finanzielle Leistung auszunehmen, die den Zugang zum Arbeitsmarkt eines Mitgliedstaats erleichtern soll. **Es ist jedoch legitim, dass ein Mitgliedstaat eine solche Beihilfe erst gewährt, nachdem das Bestehen einer tatsächlichen Verbindung des Arbeitsuchenden mit dem Arbeitsmarkt dieses Staates festgestellt wurde** (Urteile vom 11. Juli 2002, D'Hoop, C-224/98, Slg. 2002, I-6191, Randnr. 38, und Ioannidis, Randnr. 30). **Das Bestehen einer solchen Verbindung kann sich u. a. aus der Feststellung ergeben, dass der Betroffene während eines angemessenen Zeitraums tatsächlich eine Beschäftigung in dem betreffenden Mitgliedstaat gesucht hat** (Urteil Collins, Randnr. 70). Folglich können sich die Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten, die auf Arbeitsuche in einem anderen Mitgliedstaat sind und tatsächliche Verbindungen mit dem Arbeitsmarkt dieses Staates hergestellt haben, auf Art. 39 Abs. 2 EG berufen, um eine finanzielle Leistung in Anspruch zu nehmen, die den Zugang zum Arbeitsmarkt erleichtern soll. Es ist Sache der zuständigen nationalen Behörden und gegebenenfalls der innerstaatlichen Gerichte, nicht nur das Vorliegen einer tatsächlichen Verbindung mit dem Arbeitsmarkt festzustellen, sondern auch die grundlegenden Merkmale dieser Leistung zu prüfen, insbesondere ihren Zweck und die Voraussetzungen ihrer Gewährung. (...) **Eine Voraussetzung wie die in § 7 Abs. 1 SGB II enthaltene, wonach der Betroffene erwerbsfähig sein muss, könnte ein Hinweis darauf sein, dass die Leistung den Zugang zur Beschäftigung erleichtern soll.** (...) **Finanzielle Leistungen, die unabhängig von ihrer Einstufung nach nationalem Recht den Zugang zum Arbeitsmarkt erleichtern sollen, können nicht als „Sozialhilfeleistungen“ im Sinne von Art. 24 Abs. 2 der Richtlinie 2004/38 angesehen werden.“**

Eine abschließende Entscheidung des EuGH über die Rechtswirksamkeit des deutschen Leistungsausschlusses ist damit – leider – noch nicht gegeben.

In **Eilverfahren** dürften aber – gerade unter Berufung auf den EuGH - **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 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).

Aber: Die Zulässigkeit des Ausschlusses der Neu-Unionsbürger wird auch mit § 8 Abs. 2 SGB II begründet. Nach dieser Vorschrift darf nur erwerbstätig sein, wem die Aufnahme einer Beschäftigung erlaubt ist oder erlaubt werden könnte. Die gesetzliche Möglichkeit, eine Arbeitserlaubnis-EU für einen konkreten Arbeitsplatz zu erhalten, wenn die Vorrangprüfung nichts Gegenteiliges ergibt, reicht nach der Auffassung eines Teils der Rechtsprechung (LSG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 27.1.2010, L 29 AS 1820/09 B ER, ebenso Beschluss aus dem Jahre 2005, L 25 B 1281/05 AS ER; LSG Rheinland-Pfalz v. 17.10.06, L 3 ER 175/06 AS) nicht, um diese Anforderung zu erfüllen. Dieser Auffassung wird in der Fachliteratur überwiegend entgegen getreten (Sieveking, Zur Bedeutung des Arbeitslosengeld II für Ausländer, ZAR 2004, 283 f; Hauck/Noftz, SGB II, 2006, § 8 Rn 20; Brühl in: LPK - SGB II, 2007, § 8 Rn 35). Auch die **Bundesagentur für Arbeit** (DH der BA zu SGB II, 8.15) beurteilt die Rechtsfrage anders. Es genügt die theoretische Möglichkeit, dass eine Arbeitsaufnahme erlaubt werden könnte.

In einer neueren Entscheidung des LSG NRW wird jedoch eine hinreichende Aussicht auf eine Arbeitserlaubnis-EU zumindest für eine geringfügige Tätigkeit angenommen und damit die Erwerbsfähigkeit im Sinne von § 8 Abs. 2 SGB II bejaht (LSG NRW v. 17.4.2008 - L 7 B 70/08 AS ER).

Soweit die Erwerbsfähigkeit abgelehnt wird, wird aber z.T. auf Ansprüche nach SGB XII verwiesen. Der Anspruch sei nicht nach § 21 SGB XII ausgeschlossen, weil es sonst zu einer verfassungswidrigen Totalverweigerung von Leistungen käme, die Unionsbürger deutlich schlechter stellen würde als andere – auch ausreisepflichtige Ausländer.

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

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.

(Stand: 20.04.2010)