

Ausgeschlossen oder privilegiert?



4. aktualisierte Auflage 2021
Jetzt inkl. der neuen Regelungen
für britische Staatsangehörige.

Zur aufenthalts- und sozialrechtlichen
Situation von Unionsbürger*innen
und ihren Familienangehörigen

Publikationen zum Thema Migration

Herausgeber: Der Paritätische Gesamtverband

Im Internet unter www.der-paritaetische.de/themen/migration-und-internationale-kooperation/



Familienleistungen
Die Ansprüche für Menschen
ohne deutsche Staatsangehörig-
keit, Berlin 2020



**Anspruch auf SGB II-Leistungen
mit Aufenthaltsrecht nach
Art. 10 VO 492/2011 – Arbeits-
hilfe für die Beratung von
Unionsbürger*innen**, Berlin 2020



**Sprachmittlung in der Migra-
tions- und Flüchtlingsberatung**
Eine Arbeitshilfe für Fachkräfte
der Migrationssozialarbeit,
Berlin 2020



**Case Management in der Migra-
tionsberatung für erwachsene
Zuwanderer (MBE)**
2. aktualisierte Auflage, Berlin 2020



**Ausbildung und Arbeit als Wege
zu einem sicheren Aufenthalt?**
Die Ausbildungs- und Beschäfti-
gungsduldung,
Berlin 2020

Impressum

Herausgeber:

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

Telefon: +49 (0)30 24636-0

Telefax: +49 (0)30 24636-110

E-Mail: info@paritaet.org

Internet: www.paritaet.org

Verantwortlich im Sinne des Presserechts:

Dr. Ulrich Schneider

Autor:

Claudius Voigt, GGUA Münster

Redaktion:

Natalia Bugaj-Wolfram,

Der Paritätische Gesamtverband

Gestaltung:

Christine Maier, Der Paritätische Gesamtverband

Titelbild:

© Adobe Stock: Nelos (Titel)

4. aktualisierte Auflage, Oktober 2021

Gefördert durch:



Bundesministerium
des Innern

aufgrund eines Beschlusses
des Deutschen Bundestages

Inhalt

Vorwort	2
1. Einführung	3
2. Die aufenthaltsrechtlichen Regelungen	5
2.1 Welche gesetzlichen Regelungen gelten?	5
2.2 Für wen gilt das Recht auf Freizügigkeit?	6
2.3 Welche Regelungen gelten für britische Staatsangehörige?	8
2.4 In welchen Fällen gilt das Freizügigkeitsrecht auch für deutsche Staatsangehörige?	12
2.5 Das Recht auf Einreise und Aufenthalt	13
2.6 Das Aufenthaltsrecht für bis zu drei Monate	14
2.7 Das Aufenthaltsrecht für mehr als drei Monate	15
2.8 Zum Zweck der Arbeitsuche	17
2.9 Als Arbeitnehmer*in oder zur (betrieblichen) Berufsausbildung	18
2.10 Die Aufrechterhaltung des Freizügigkeitsrechts als Arbeitnehmer*in	21
2.11 Als Selbstständige	23
2.12 Die Aufrechterhaltung des Freizügigkeitsrechts als Selbstständige bei Aufgabe der selbstständigen Tätigkeit ...	25
2.13 Als Familienangehörige	26
2.14 Die Aufrechterhaltung des Freizügigkeitsrechts als Familienangehörige	32
2.15 Spezialfälle des Aufenthaltsrechts als Familienangehörige: Art. 21 und 20 AEUV, fiktives Aufenthaltsrecht nach AufenthG	34
2.16 Aufenthaltsrecht nach Art. 10 der Verordnung VO 492/2011 wegen des Schulbesuchs der Kinder	37
2.17 Aufenthaltsrecht von „nahestehenden Personen“	38
2.18 Als Nicht-Erwerbstätige	41
2.19 (Fiktive) Aufenthaltsrechte aus dem Aufenthaltsgesetz	43
2.20 Das Daueraufenthaltsrecht	45
2.21 Der Verlust des Aufenthaltsrechts	49
3. Zugang zu existenzsichernden Leistungen (SGB II, SGB XII und AsylbLG)	51
3.1 Leistungen nach dem SGB II	52
3.2 Sonderregelung für SGB-II-Leistungen für österreichische Staatsangehörige	53
3.3 Leistungen nach dem SGB II nach fünf Jahren gewöhnlichen Aufenthalts	54
3.4 Leistungen nach dem SGB XII	56
3.5 Sonderregelung für SGB-XII-Leistungen nach dem Europäischen Fürsorgeabkommen	56
3.6 Leistungen nach dem SGB XII nach fünf Jahren gewöhnlichem Aufenthalt	59
3.7 Die „Überbrückungsleistungen“ und „Härtefallleistungen“ nach SGB XII	59
3.8 Die Mitteilungspflicht an die Ausländerbehörde	62
3.9 Leistungen nach dem Asylbewerberleistungsgesetz (AsylbLG)	65
3.10 Kritik an den Leistungsausschlüssen	65
3.11 Was kann man gegen die Verweigerung von Leistungen tun? Praxistipps für die Rechtsdurchsetzung ...	67
3.12 Übersichtstabelle	71
4. Weitere Sozialleistungen und andere Soziale Rechte	72
4.1 Kindergeld	72
4.2 Elterngeld	74
4.3 Unterhaltsvorschuss	75
4.4 Wohngeld	77
4.5 Ausbildungsförderung	77
4.6 Gesundheitsversorgung	77
4.7 Eingliederungshilfe	78
4.8 Sprachförderung	79
4.9 Unterbringung bei Obdachlosigkeit	80

Vorwort

Die EU-Freizügigkeit ist sowohl eine der zentralen Säulen der Europäischen Union, als auch ein wichtiger Bestandteil des Migrationsgeschehens in Deutschland. Unionsbürger*innen machten im Jahr 2020 43,5 Prozent aller in Deutschland lebenden ausländischen Staatsangehörigen aus. Auch in der Migrationsberatung für erwachsene Zuwanderer (MBE) bilden sie eine quantitativ bedeutende Zielgruppe.

Aufgrund der Unionsbürgerschaft haben EU-Bürger*innen grundsätzlich das Recht, sich in jedem anderen EU-Staat, auch in Deutschland, dauerhaft niederzulassen, ohne dafür eine behördliche Erlaubnis zu benötigen. Trotzdem – oder gerade deswegen – sind aufenthalts- und sozialrechtliche Regelungen für diese Gruppe höchst komplex. Das führt zu einem hohen Beratungsbedarf und wirft auch bei den Fachkräften der Migrationssozialarbeit viele Fragen auf. Diesem Bedarf kommt der Paritätische Gesamtverband mit Fortbildungen und Handreichungen, wie die vorliegende Broschüre, entgegen.

Mit dieser Publikation erhalten Sie die bereits vierte Auflage der Arbeitshilfe zur Aufenthalts- und Sozialrechtlichen Situation von Unionsbürger*innen. Der Anlass zur Aktualisierung der Auflage von 2017 waren in der ersten Linie der „Brexit“ und die Neuregelungen zum Nachzug der „nahestehenden Personen“ durch das „Gesetz zur aktuellen Anpassung des Freizügigkeitsgesetzes/EU und weiterer Vorschriften an das Unionsrecht“. Zudem gab es seitdem eine Reihe von relevanten Gerichtsurteilen, die in der vorliegenden Fassung berücksichtigt wurden.

Neben seinen Informations- und Fortbildungsangeboten begleitet der Paritätische die Entwicklungen der Gesetzeslage und der Anwendung des geltenden Rechts, bezogen auf die sozialrechtliche Situation von Unionsbürger*innen. Der Verband beteiligt sich mit seinen Stellungnahmen, Pressemitteilungen, Befragungen und Fachveranstaltungen aktiv an der politischen Diskussion zur Ausgestaltung der EU-Migration in Deutschland. Die Grundlage für diese Arbeit bilden die Rückmeldungen aus der Beratungspraxis.

Wir danken den Kolleg*innen aus den Migrationsdiensten für den bisherigen Austausch und freuen und über weitere Impulse. Wir hoffen, dass sich die vorliegende Publikation als nützliche Arbeitshilfe für Ihre Beratungspraxis erweist. Ein besonderer Dank gilt Claudius Voigt, dem Autor dieser Broschüre, für die ausführliche und dennoch übersichtliche und praxisorientierte Darstellung der komplexen Rechtslage.

Natalia Bugaj-Wolfram
Referentin für Migrationssozialarbeit
Der Paritätische Gesamtverband

1. Einführung

Die Europäische Union ist im Umbruch. Erstmals hat mit Großbritannien ein Mitgliedsstaat die Möglichkeit eines Austritts nach Art. 50 des Vertrags von Lissabon wahrgenommen. Seit dem 1. Februar 2020 ist Großbritannien nicht mehr Mitglied der EU und seit dem 1. Januar 2021 ist auch der Übergangszeitraum abgelaufen, in dem weitestgehend noch alles beim Alten blieb. Mit diesem Datum sind britische Staatsangehörige zu Drittstaatsangehörigen geworden, für die die Regelungen des Freizügigkeitsrechts nur noch unter den speziellen Regelungen des Austrittsabkommens gelten. Diese werden in dieser Broschüre in ihren Grundzügen dargestellt.

Großbritannien ist jedoch keineswegs der erste Staat, der die EU (bzw. ihre Vorgängerorganisationen) wieder verlassen hat: Auch Algerien und Grönland haben nach ihrer Unabhängigkeit der damaligen Europäischen Gemeinschaft in den Jahren 1962 und 1985 den Rücken gekehrt.

Für die Staatsangehörigen der nunmehr 27 Mitgliedsstaaten hat die EU nicht nur eine abstrakte, sondern eine sehr praktische Bedeutung: Aus der Europäischen Staatsbürgerschaft („Unionsbürgerschaft“) ergibt sich grundsätzlich das Recht, sich als EU-Bürger*in in jedem anderen EU-Staat dauerhaft niederzulassen, ohne dafür irgendwen um Erlaubnis fragen zu müssen. Freizügigkeitsberechtigte Unionsbürger*innen dürfen grundsätzlich in keinem Staat innerhalb der Europäischen Union sozialrechtlich schlechter behandelt werden als die eigenen Staatsangehörigen.

Unionsbürger*innen sind also in vielerlei Hinsicht gegenüber den „drittstaatsangehörigen“ Ausländer*innen privilegiert und in Deutschland den deutschen Staatsbürger*innen nahezu rechtlich gleichgestellt.

Soweit die Theorie. Die Praxis sieht oftmals anders aus: Zuwandernde aus EU-Staaten müssen häufig ohne jegliche Sozialleistungen leben, ihnen wird in bestimmten Fällen die Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums verweigert. Oftmals ist es nicht möglich, eine Krankenversicherung zu erhalten und auch die Ansprüche auf Kindergeld sind nicht selten nur schwer durchzusetzen.

Eine Umfrage der Bundesarbeitsgemeinschaft der Freien Wohlfahrtspflege unter rund 400 Beratungsstellen hat im März 2021 besorgniserregende Ergebnisse zutage gefördert: In Jobcentern und Familienkassen ist nicht selten eine institutionelle Diskriminierung von Unionsbürger*innen festzustellen, Anträge werden gar nicht erst angenommen oder oftmals rechtswidrig abgelehnt, Unionsbürger*innen müssen eine Unzahl von teils irrelevanten Nachweisen vorlegen. Die Ergebnisse der Umfrage finden Sie hier:

→ <https://t1p.de/uuhd>

Eine ganze Reihe von Gesetzesverschärfungen hat die soziale Lage von Unionsbürger*innen in den vergangenen Jahren weiter verschärft.

Trotz eines bestehenden Aufenthaltsrechts leben bestimmte Gruppen von Unionsbürger*innen teilweise in prekären sozialen Verhältnissen – und sind (Arbeits-)Ausbeutung, familiärer Gewalt und sozialer Verelendung schutzlos ausgesetzt. Die Corona-Pandemie hat diese Situation nochmals zugespitzt: Viele Unionsbürger*innen – insbesondere in prekären Beschäftigungsverhältnissen – haben ihre Arbeit verloren. Sozialstaatliche Schutzmechanismen wie Kurzarbeitergeld oder Arbeitslosengeld II greifen in vielen Fällen nicht, etwa weil die Betroffenen nur im Minijob tätig waren oder schon länger als sechs Monate arbeitslos sind.

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

Praxistipps: Ansprechpartner*innen

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

→ www.europa.eu/europedirect/index_de.htm

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

→ www.ec.europa.eu/solvit/site/index_de.htm

Die Integrationsbeauftragte der Bundesregierung hat eine „**Gleichbehandlungsstelle EU-Arbeitnehmer**“ eingerichtet. Sie wendet sich primär an Arbeitnehmer*innen aus der EU und ihre Familienangehörige, aber auch an Fachleute der existierenden Beratungsstrukturen.

Die konkreten Aufgaben der Gleichbehandlungsstelle sind unter anderem, Arbeitnehmer*innen der EU und ihren Familienangehörigen unabhängige rechtliche und/oder sonstige Unterstützung durch Beratung und Verweisberatung anzubieten sowie Informationen über das Recht auf Arbeitnehmerfreizügigkeit in mehreren Amtssprachen der Mitgliedstaaten der EU bereitzustellen.

→ www.eu-gleichbehandlungsstelle.de

In vielen Kommunen gibt es Beratungsstellen, die Unionsbürger*innen unterstützen. Dies sind in erster Linie die **Migrationsberatung für erwachsene Zuwanderer (MBE)** und die **Jugendmigrationsdienste (JMD)**. Wo in Ihrer Nähe eine solche Beratungsstelle zu finden ist, können Sie hier nachsehen:

→ <https://t1p.de/xh7q>

→ <https://t1p.de/hie9>

Seit 2014 gibt es auch in Deutschland spezielle Projekte, die über den **Europäischen Hilfsfonds für die am stärksten benachteiligten Personen in Deutschland (EHAP)** gefördert werden. Zielgruppen sind dabei unter anderem besonders benachteiligte neuzugewanderte Unionsbürger*innen sowie deren Kinder, Wohnungslose und von Wohnungslosigkeit bedrohte Personen. Mehr Informationen und eine Übersicht über die Projektstandorte finden Sie hier:

→ <https://t1p.de/6jsz>

Der DGB führt gemeinsam mit anderen Partner*innen das Projekt „**Faire Mobilität**“ durch, das insbesondere die Aufgabe hat, mobile Beschäftigte (vor allem osteuropäische Arbeitnehmer*innen) in ihren Landessprachen arbeitsrechtlich und sozialrechtlich zu informieren und zu unterstützen. Das Projekt hat elf regionale Beratungsstellen, die sich auf unterschiedliche Branchen spezialisiert haben:

→ <http://www.faire-mobilitaet.de/beratungsstellen>

2. Die aufenthaltsrechtlichen Regelungen

2.1 Welche gesetzlichen Regelungen gelten?

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

Daneben bestehen auf Europäischer Ebene zu spezielleren Fragen Verordnungen und Richtlinien, die als **Sekundärrecht** bezeichnet werden. Zu den Fragen des Aufenthaltsrechts und des Zugangs zu Sozialleistungen sind insbesondere die Unionsbürgerrichtlinie (RL 2004/38/EG; UnionsRL), die Verordnung zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit (VO 883/2004) sowie die Freizügigkeitsverordnung (VO 492/2011) von Bedeutung. Diese Europäischen Regelungen müssen bei der Auslegung des nationalen Rechts auf jeden Fall zwingend beachtet werden; zum Teil gelten sie auch unmittelbar, obwohl im deutschen Gesetz gegenteilige Regelungen enthalten sind.

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

Zu guter Letzt existieren darüber hinaus Verwaltungsvorschriften und Durchführungsanweisungen. Diese sind für die Behörden als bindende Vorgaben zu beachten, für Gerichte allerdings nicht verbindlich.

Praxistipps: Fundstellen und Abkürzungen

Da viele Gesetze immer wieder geändert werden, ist es am sinnvollsten, diese aus dem Internet in der jeweils aktuellen Fassung herunterzuladen, statt sie in gedruckter Form zu kaufen. Daher wird hier für die wichtigsten neben der Abkürzung auch der Internetlink angegeben.

Europäische Rechtsgrundlagen:

Vertrag über die Europäische Union (EUV)

→ <https://t1p.de/xvwr>

Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV)

→ <https://t1p.de/v3id>

Unionsbürgerrichtlinie (UnionsRL), RL 2004/38/EG

→ <https://t1p.de/143c>

Verordnung über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Union (Freizügigkeitsverordnung); VO 492/2011/EU

→ <https://t1p.de/3ks2>

Verordnung zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit (Koordinierungsverordnung); VO 883/2004/EG

→ <https://t1p.de/mdl5>

Nationale Gesetze:

Freizügigkeitsgesetz (FreizügG)

→ <https://t1p.de/o6q2>

Aufenthaltsgesetz (AufenthG)

→ <https://t1p.de/ez0i>

Sozialgesetzbuch II (SGB II)

→ <https://t1p.de/wsv5>

Sozialgesetzbuch XII (SGB XII)

→ <https://t1p.de/feqz>

Verwaltungsvorschriften und Richtlinien:

Allgemeine Verwaltungsvorschriften zum Freizügigkeitsgesetz (AVV FreizügG)

→ <https://t1p.de/fdeu>

Fachliche Weisung der Bundesagentur für Arbeit zu § 7 SGB II

→ <https://t1p.de/dzch>

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

Praxistipp: Rechtsprechung

Eine **Rechtsprechungsdatenbank** zu ausländer- und sozialrechtlichen Themen mit Suchfunktion gibt es auf der Seite des Informationsverbundes Asyl und Migration:

→ <https://t1p.de/aytx>

Eine fortlaufend **aktualisierte Zusammenstellung der sozialgerichtlichen Rechtsprechung** zum Anspruch auf Sozialleistungen für Unionsbürger*innen finden Sie auf der Seite der GGUA Flüchtlingshilfe:

→ <https://t1p.de/3p13>

2.2 Für wen gilt das Recht auf Freizügigkeit?

Alle Unionsbürger*innen sowie ihre drittstaatsangehörigen Familienangehörigen sind zunächst einmal per se und ohne Einschränkung freizügigkeitsberechtigt – sie haben das Recht auf Einreise und Aufenthalt.

Dieses Recht gilt für alle Staatsangehörigen der gegenwärtig 27 Mitgliedsstaaten der Europäischen Union. Dies sind (außer Deutschland):

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

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

- **Island**
- **Liechtenstein**
- **und Norwegen.**

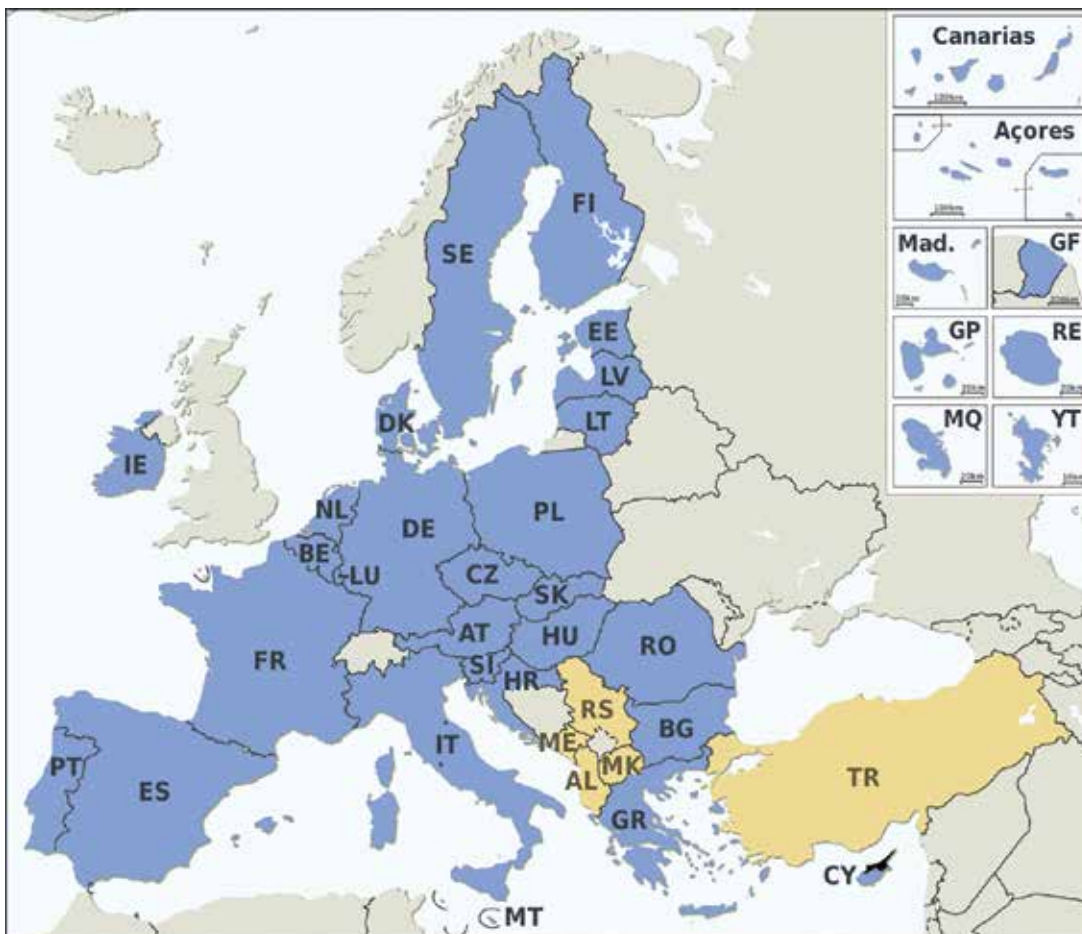
Für Staatsangehörige der **Schweiz** existiert ein eigenes Freizügigkeitsabkommen, nach dem ebenfalls das Recht auf Freizügigkeit in den EU-Staaten besteht.

Für **britische Staatsangehörige** gelten die Regelungen des Freizügigkeitsrechts auch nach dem Austritt Großbritanniens aus der EU weiter, wenn sie sich bereits vor dem 1.1.2021 freizügigkeitsberechtigt in Deutschland aufgehalten haben. In diesem Fall haben sie eine Art Bestandsschutz. Für britische Staatsangehörige, die erst ab dem 1.1.2021 neu nach Deutschland einreisen wollen, gelten hingegen meist die Regelungen des Aufenthaltsgesetzes – sie werden nun als Drittstaatsangehörige behandelt.

Wenn im Folgenden der Begriff „Unionsbürger*innen“ verwendet wird, umfasst er alle genannten Staatsangehörigen.

Das Recht auf Freizügigkeit gilt zudem für die Familienangehörigen von Unionsbürger*innen, die selbst Drittstaatsangehörige sind. Wer als Familienangehörige*r gilt, wird ab Kapitel 2.13 ausführlich beschrieben.

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



Quelle: Alexrk2, CC BY-SA 3.0 <<https://creativecommons.org/licenses/by-sa/3.0/>>, via Wikimedia Commons

2.3 Welche Regelungen gelten für britische Staatsangehörige?

Großbritannien ist zum 1. Februar 2020 aus der EU ausgetreten. Dabei wurde ein Übergangszeitraum vereinbart, nach dem bis zum 31. Dezember 2020 alle Regelungen des Freizügigkeitsrechts weiterhin galten – es änderte sich zunächst weder für Brit*innen in einem anderen EU-Staat, noch für deutsche Staatsangehörige in Großbritannien etwas. Dies ist seit dem 1. Januar 2021 anders. Seitdem wird unterschieden zwischen britischen Staatsangehörigen, die bereits vor dem 1. Januar 2021 freizügigkeitsberechtigt in Deutschland wohnten („Alt-Brit*innen“) und Personen, die danach erstmals neu nach Deutschland einreisen und sich hier aufhalten wollen („Neu-Brit*innen“).

→ „Alt-Brit*innen“:

Wer als britische*r Staatsangehörige*r oder deren drittstaatsangehörige*r Familienangehörige*r schon vor dem Jahr 2021 mit dem Lebensmittelpunkt in Deutschland gewohnt und dabei einen materiellen Freizügigkeitsgrund erfüllt hatte, behält automatisch ein Recht auf Aufenthalt nach dem Austrittsabkommen. Das Austrittsabkommen ist unmittelbar geltendes Recht. Es sind dann weitestgehend weiterhin die Regelungen des FreizügG anwendbar (§ 1 Abs. 1 Nr. 3 FreizügG, § 16 FreizügG). Dies gilt auch, wenn die Person am 31. Dezember 2020 selbst vorübergehend nicht in Deutschland war, aber hier ihren Lebensmittelpunkt hatte. Es gibt „unschädliche Unterbrechungszeiten“ (sechs Monate pro Jahr, in Ausnahmefällen ein Jahr pro Jahr und für Personen mit Daueraufenthaltsrecht sogar fünf Jahre), so dass man zuvor auch nicht unbedingt durchgehend in Deutschland gewesen sein muss, um sich auf die Rechte aus dem Austrittsabkommen berufen zu können.

Die Betroffenen erhalten von Amts wegen ein **„Aufenthaltsdokument-GB“**, mussten aber ihren Aufenthalt bis Ende Juni 2021 bei der Ausländerbehörde anzeigen (meist per online-Registrierung bei der Ausländerbehörde); eine Meldung bei der Meldebehörde reichte dafür nicht. Wenn die Frist verpasst wurde, ist dies weder eine Ordnungswidrigkeit noch eine Straftat, und auch das Aufenthaltsrecht geht dadurch nicht verloren. Sie sollten die Anzeige sobald wie möglich nachholen. Personen, die als Familienangehörige zuvor bereits im Besitz einer Aufenthaltskarte oder Daueraufenthaltskarte waren, müssen ihren Aufenthalt nicht anzeigen. Die Aufenthaltskarte und Daueraufenthaltskarten werden spätestens zum 1. Januar 2022 ungültig und werden dann von Amts wegen ausgetauscht.

Praxistipp: Aufenthaltstitel-GB

Das Aufenthaltstitel-GB ist ein **deklaratorisches Dokument**, das heißt: Es bescheinigt ein automatisch bestehendes Recht auf Aufenthalt. Das Recht auf Aufenthalt besteht aber auch ohne dieses Dokument – es kann dann jedoch in der Praxis schwerer glaubhaft gemacht werden. Insofern ist das Aufenthaltstitel-GB vergleichbar mit der früheren Freizügigkeitsbescheinigung.

- ➔ Das Aufenthaltstitel-GB ist in der Regel **zehn Jahre gültig**.
- ➔ Die selbstständige und unselbstständige **Erwerbstätigkeit** ist uneingeschränkt erlaubt.
- ➔ Das Aufenthaltstitel-GB kostet für Personen, die älter sind als 24 Jahre **37 Euro** und für Unter-25-Jährige **22,80 Euro**.

Bis zur Erstellung des neuen Aufenthaltstitels-GB muss die Ausländerbehörde auf Antrag eine **Fiktionsbescheinigung** ausstellen (§ 11 Abs. 4 FreizügG), mit der sowohl die Berechtigung zur Erwerbstätigkeit nachgewiesen als auch die Möglichkeit der Auslandsreise in andere Schengen-Staaten sichergestellt werden kann.

Das Aufenthaltstitel-GB berechtigt zusammen mit dem Nationalpass zur Einreise und zum Aufenthalt bis zu 90 Tage in den anderen Schengen-Staaten. Allerdings ist es damit weder möglich, ohne weiteres in die anderen Schengen-Staaten umzuziehen, noch dort zu arbeiten. Die langfristige Mobilität in der EU ist für britische Staatsangehörige durch den Austritt verloren gegangen.



Bildquellen: <https://www.buzer.de/gesetz/14266/a255008.htm>

https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/gesetzgebungsverfahren/DE/Downloads/referentenentwurfe/verordnung-zur-einfuehrung-von-aufenthaltstiteln-fuer-britische-staatsangehoerige.pdf?__blob=publicationFile&v=4

Für die **Familienangehörigen von freizügigkeitsberechtigten britischen Staatsangehörigen** (die Definition entspricht der relativ weitreichenden des FreizügG, siehe ab Kapitel 2.13) besteht ein Freizügigkeitsrecht auch dann, wenn sie erst ab dem 1. Januar 2021 zu der in Deutschland lebenden britischen Staatsbürger*in nachziehen (wollen). Voraussetzung ist in diesem Fall aber unter anderem,

- dass bei Ehegatten am 31. Dezember 2020 die Ehe bereits bestand,
- dass ein Kind oder Enkel zum Zeitpunkt des Nachzugs unter 21 Jahre alt ist, bzw.
- dass an Verwandte in aufsteigender oder absteigender Linie, die über 20 Jahre alt sind, Unterhalt geleistet wird.
- Für ab dem 1. Januar 2021 geborene Kinder und Enkel besteht ebenfalls ein Freizügigkeitsrecht als Familienangehörige.

Bei einem Nachzug ab dem 1. Januar 2021 müssen sie ihren Aufenthalt innerhalb von drei Monaten bei der Ausländerbehörde anzeigen.

- Auch für „nahestehende Personen“ (unverheiratete Lebensgefährt*innen, Pflegekinder, Verwandte in der Seitenlinie) von „Alt-Brit*innen“ kann unter bestimmten Voraussetzungen die Möglichkeit des Familiennachzugs bestehen (§ 3a FreizügG).
- Es gibt für die Kinder von „Alt-Brit*innen“ ein Verbleiberecht bis zum Abschluss einer Schulausbildung, wenn ein britischer Elternteil früher in Deutschland Arbeitnehmer*in war (entsprechend Art. 10 VO 492/2011) und ein Freizügigkeitsrecht nach dem Austrittsabkommen hatte (Art. 24 Abs. 2 des Austrittsabkommens). Gem. Art. 25 Abs. 2 des Austrittsabkommens wird dieses Recht auf die Kinder von früher selbstständig tätigen britischen Staatsangehörigen übertragen.

Praxistipp: Austrittsabkommen und weitere Informationen

Manche der nun geltenden Regelungen für britische Staatsangehörige und ihre Familienangehörigen sind sehr differenziert und kompliziert. Daher empfiehlt es sich in Zweifelsfällen, im Austrittsabkommen selbst nachzulesen. Der **Text des Austrittsabkommens und weitergehende Erläuterungen der EU-Kommission** finden sich hier:

→ <https://t1p.de/b5y7>

Ausführliche „**Anwendungshinweise zur „Umsetzung des Austrittsabkommens Vereinigtes Königreich – Europäische Union“**“ des Bundesinnenministeriums, die auch die Ausländerbehörden als Arbeitsgrundlage nutzen, gibt es hier:

→ <https://t1p.de/wwgq>

Eine informative **Broschüre des Bundesinnenministeriums** mit FAQs und verständlichen Erläuterungen gibt es hier:

→ <https://t1p.de/ykpp>

→ „Neu-Brit*innen“:

Britische Staatsangehörige, die keinen Bestandsschutz auf ihr Freizügigkeitsrecht geltend machen können, weil sie erstmals ab dem 1. Januar 2021 nach Deutschland einreisen und sich hier niederlassen wollen, oder weil sie ihr früheres Freizügigkeitsrecht verloren haben (z. B. weil sie über sechs Monate nicht in Deutschland ihren Lebensmittelpunkt hatten), werden nicht mehr nach dem FreizügG behandelt. Für sie gilt nun, wie für andere Drittstaatsangehörige, das Aufenthaltsgesetz.

Sie benötigen für die Einreise und einen dreimonatigen Aufenthalt jedoch kein Visum. Sie können für einen beabsichtigten längerfristigen Aufenthalt währenddessen direkt bei der Ausländerbehörde vor Ort einen Aufenthaltstitel beantragen (§ 41 Aufenthaltsverordnung, AufenthV). Die Voraussetzungen für den Aufenthaltstitel können insbesondere für eine geplante Erwerbstätigkeit als Fachkraft oder Selbstständige* (§§ 18 bis 21 AufenthG), für eine Ausbildung oder ein Studium (§§ 16 bis 17 AufenthG) sowie für den Familiennachzug (§§ 27 bis 36a AufenthG) erfüllt sein. Es gibt auch bestimmte Aufenthaltstitel für die Arbeits- oder Ausbildungsplatzsuche (§ 20 AufenthG, § 17 AufenthG).

Praxistipp: Fachkräfteeinwanderung

Ausführliche Informationen zu den generellen Aufenthaltsmöglichkeiten als Fachkraft gibt es hier:

→ www.make-it-in-germany.com

Praxistipp: Aufenthalt auch für Nicht-Fachkräfte möglich

„Neu-Brit*innen“ können – anders als die meisten anderen Drittstaatsangehörigen – unabhängig von ihrer Qualifikation für jede Beschäftigung in Deutschland eine Aufenthaltserlaubnis bekommen. Dies gilt auch für Helfer*innentätigkeiten (§ 26 Abs. 1 Beschäftigungsverordnung, BeschV). Hierfür erhalten sie dann eine Aufenthaltserlaubnis nach § 19c Abs. 1 AufenthG. Bedingung ist jedoch unter anderem die Zustimmung der Bundesagentur für Arbeit (BA), für die diese eine Vorrangprüfung (ob keine Deutschen oder Unionsbürger*innen für diesen Arbeitsplatz zur Verfügung stehen) und eine Prüfung der Beschäftigungsbedingungen (ob Tariflohn, ortsüblicher Lohn oder Mindestlohn gezahlt wird) durchführt.

Informationen zur Arbeitsmarktprüfung und zum Zustimmungsverfahren durch die BA finden Sie hier:

→ <https://t1p.de/gly5>

2.4 In welchen Fällen gilt das Freizügigkeitsrecht auch für deutsche Staatsangehörige?

Für deutsche Staatsangehörige und ihre drittstaatsangehörigen Familienangehörigen gilt das Freizügigkeitsrecht normalerweise nicht. Die Fragen des Familiennachzugs zu deutschen Staatsangehörigen sind in diesem Fall im Aufenthaltsgesetz geregelt.

Es gibt aber eine Ausnahme: In bestimmten Fällen müssen Fragen des Nachzugs von Familienangehörigen und „nahestehenden Personen“ auch zu deutschen Staatsangehörigen nach den Regelungen des Freizügigkeitsrecht geprüft werden. Dies ist in § 1 Abs. 1 Nr. 6 FreizügG geregelt und kann ein wichtiger Vorteil sein, da die Regelungen des Freizügigkeitsrechts weniger restriktiv sind als die des AufenthG.

Das FreizügG ist ausnahmsweise dann auf die Familienangehörigen von Deutschen anwendbar, wenn:

- ein*e deutsche*r Staatsangehörige*r gemeinsam mit der drittstaatsangehörigen Familienangehörigen zuvor bereits „nachhaltig“ das Recht auf Freizügigkeit in einem anderen Unionsstaat wahrgenommen hat und dann nach Deutschland zurückkehrt. Dies gilt dann als so genannter „Rückkehrerfall“, in dem ein „grenzüberschreitender Bezug“ vorliegt. Der Auslandsaufenthalt muss nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts hierfür jedenfalls über einen touristischen Kurzaufenthalt oder eine rein formale Wohnsitznahme hinausgehen (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 11. Januar 2011; 1 C 23/09).
- Die Staatsangehörige eines anderen EU-Staats ihr Recht auf Freizügigkeit in Deutschland wahrgenommen hat, deshalb (ggf. zusätzlich) die deutsche Staatsangehörigkeit erworben hat und danach mit drittstaatsangehörigen Familienangehörigen weiterhin in Deutschland leben will.

Praxistipp: Freizügigkeitsrecht für Familienangehörige von Deutschen

Der Familiennachzug zu Unionsbürger*innen nach dem Freizügigkeitsgesetz ist in vielen Bereichen großzügiger geregelt als der Familiennachzug zu Deutschen nach dem Aufenthaltsgesetz (z. B. keine Sprachkenntnisse beim Ehegattennachzug, Kindernachzug bis mind. 20 Jahre, auch Nachzug von Eltern bzw. Großeltern zu Volljährigen möglich usw.).

Es empfiehlt sich daher stets zu prüfen, ob gem. § 1 Abs. 1 Nr. 6 FreizügG ausnahmsweise auch der Familiennachzug zu Deutschen nach den großzügigeren Regelungen des Freizügigkeitsgesetzes erfolgen kann.

2.5 Das Recht auf Einreise und Aufenthalt

Das Aufenthaltsrecht von Unionsbürger*innen in Deutschland (und natürlich allen anderen EU-Staaten) ergibt sich als allgemeines Recht direkt aus den Europäischen Verträgen. In Artikel 20 Abs. 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) heisst es:

„Es wird eine Unionsbürgerschaft eingeführt. Unionsbürger ist, wer die Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaats besitzt. Die Unionsbürgerschaft tritt zur nationalen Staatsbürgerschaft hinzu, ersetzt sie aber nicht.“
 Die Unionsbürgerschaft ist somit „ein grundlegender Status der Angehörigen der Mitgliedstaaten“, hat der Europäische Gerichtshof formuliert.

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

Dieses allgemeine Recht auf Freizügigkeit aufgrund der Unionsbürgerschaft wird in Art. 21 AEUV konkretisiert: Die Freizügigkeitsgarantie gilt „vorbehaltlich der in den Verträgen und in den Durchführungsvorschriften vorgesehenen Beschränkungen und Bedingungen“, heisst es dort.

Derartige Durchführungsvorschriften sind unter anderem die Unionsbürgerrichtlinie (UnionsRL) sowie weitere Richtlinien und Verordnungen der EU, die das Recht auf Freizügigkeit konkretisieren und zum Teil mit bestimmten Bedingungen verknüpfen.

In Deutschland ist das Aufenthaltsrecht für Unionsbürger*innen im Freizügigkeitsgesetz geregelt. Dieses unterscheidet, ähnlich wie die Unionsbürgerrichtlinie, verschiedene Kategorien der Freizügigkeit (z. B. als Arbeitnehmer*in oder als Nicht-Erwerbstätige). In der Praxis ist es oftmals entscheidend, in welcher dieser Kategorien sich ein*e Unionsbürger*in befindet. Aus diesem Grund sollen im Folgenden die unterschiedlichen Stufen des Freizügigkeitsrechts mit seinen jeweiligen „Schubladen“ dargestellt werden.

Egal, in welcher „Schublade“ man sich jedoch befindet – in allen Fällen gilt: Ein*e Unionsbürger*in benötigt weder ein Visum, noch einen anderen Aufenthaltstitel. Das Freizügigkeitsrecht ergibt sich nämlich unmittelbar aus der Tatsache, Unionsbürger*in zu sein. Drittstaatsangehörige Familienangehörige benötigen zwar unter Umständen ein Visum für die Einreise, aber ein Aufenthaltstitel ist anschließend keinesfalls erforderlich (§ 2 Abs. 4 FreizügG).

Praxistipp: Vom Kopf auf die Füße

Der elementare Unterschied zwischen Unionsbürger*innen und ihren Familienangehörigen im Vergleich zu anderen Drittstaatsangehörigen ist:

- ➔ **Unionsbürger*innen und ihre freizügigkeitsberechtigten Familienangehörigen** haben ein Aufenthaltsrecht, solange die Ausländerbehörde nicht festgestellt hat, dass dieses nicht (mehr) besteht.
- ➔ **Andere Drittstaatsangehörige** haben nur dann ein Aufenthaltsrecht, wenn die Ausländerbehörde ihnen dieses Recht ausdrücklich verliehen hat.

Die Systematik ist im Freizügigkeitsgesetz also gleichsam vom Kopf auf die Füße gestellt. Unionsbürger*innen sowie ihre Familienangehörigen müssen sich daher auch nicht bei der Ausländerbehörde melden. Es genügt die Wohnsitzanmeldung bei der Meldebehörde (vgl. AVV FreizügG; 5.0ff).

2.6 Das Aufenthaltsrecht für bis zu drei Monate

Unionsbürger*innen und ihre freizügigkeitsberechtigten Familienangehörigen haben stets das Recht auf einen dreimonatigen voraussetzungslosen Aufenthalt. Hierfür müssen sie nichts anderes vorweisen als einen gültigen Pass oder Personalausweis. Weitere Voraussetzungen bestehen nicht. Das dreimonatige voraussetzungslose Aufenthaltsrecht kann sowohl für einen Kurzaufenthalt genutzt werden, als auch „auch zur Vorbereitung eines längerfristigen Aufenthalts“ (AVV FreizügG; Randnr. 2.3.1).

Die Familienangehörigen, die selbst nicht Unionsbürger*in sind, benötigen für die Einreise in manchen Fällen ein Einreisevisum. Eine Visumpflicht besteht nicht, wenn sie im Besitz einer Aufenthaltskarte eines anderen Unionsstaats (AVV FreizügG; Randnr. 2.4.3) oder im Besitz eines nationalen Aufenthaltstitels eines Schengen-Staats sind (Art. 21 SDÜ, Schengener Durchführungsübereinkommen). Mitglied im Schengen-Raum sind alle EU- bzw. EWR-Staaten bis auf Bulgarien, Irland, Kroatien, Rumänien, Zypern.

Beispiel 1:

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

Beispiel 2:

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

Beispiel 3:

Eine irische Staatsbürgerin reist mit ihrem russischen Ehemann, der im Besitz eines irischen Aufenthaltstitels ist, nach Deutschland ein. Der russische Ehemann benötigt für die Einreise ein Visum, da der irische Aufenthaltstitel nicht ausreicht, weil Irland kein Schengen-Staat ist. Allerdings hat er nach der Einreise genau wie seine irische Frau ein dreimonatiges voraussetzungsloses Aufenthaltsrecht.

Praxistipp: Erleichterungen bei Visumpflicht

Im Falle der Visumpflicht sollen die deutschen Botschaften „*alle erforderlichen Vorkehrungen treffen, um den Betroffenen die Beschaffung des Visums zu erleichtern. Im Rahmen der örtlichen Gegebenheiten sind ihre Anträge unverzüglich anzunehmen, zu bearbeiten und zu entscheiden*“ (AVV FreizügG; 2.44).

- Das Visum kann auch direkt an der Grenze eingeholt werden.
- Wenn die Visumpflicht nicht eingehalten werden sollte, ist die Zurückweisung an der Grenze in aller Regel nicht zulässig, da dies unverhältnismäßig wäre. Auch die Verweigerung der Ausstellung einer Aufenthaltskarte wegen des Visumsverstößes wäre rechtswidrig (EUGH, Urteil vom 25. Juli 2002, C-459/99; vgl. AVV FreizügG, 2.4.2.2 ff).
- Die Ausstellung eines Visums für drittstaatsangehörige Familienangehörige ist kostenfrei. (§ 2 Abs. 6 S. 1 FreizügG)

Hilfreiche Hinweise und einen interaktiven Check zum Thema Reisedokumente für Familienangehörige aus Nicht-EU-Staaten gibt es hier:

→ <https://t1p.de/nwlz>

Zusammenfassung:

- Eine Verlustfeststellung wegen der Inanspruchnahme von Sozialhilfeleistungen ist innerhalb der ersten drei Monate nicht möglich. Die Unionsbürgerrichtlinie ermöglicht zwar eine „administrative Ausweisung“ wegen der unangemessenen Inanspruchnahme von Sozialhilfeleistungen innerhalb der ersten drei Monate, diese Regelung ist jedoch nicht in das Freizügigkeitsgesetz aufgenommen worden (Art. 6 i. V. m. Art. 14 Abs. 1 UnionsRL).
- Der Anspruch auf Leistungen nach dem SGB II bzw. SGB XII besteht für Personen, die bereits in den ersten drei Monaten Arbeitnehmer*in oder Selbstständige sind bzw. unfreiwillig arbeitslos geworden sind sowie für deren Familienangehörige (vgl. Kapitel 3).

2.7 Das Aufenthaltsrecht für mehr als drei Monate

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

- Zum Zweck der Arbeitsuche
- Als Arbeitnehmer*in oder für eine Berufsausbildung
- Als selbstständig Erwerbstätige
- Als Dienstleistungserbringende
- Als Empfänger*innen von Dienstleistungen
- Als Nicht-Erwerbstätige
- Als Familienangehörige
- Mit Daueraufenthaltsrecht.
- Als eigenständiges Aufenthaltsrecht, das weder im FreizügG noch in der UnionsRL geregelt ist, besteht darüber hinaus ein **Aufenthaltsrecht für Kinder ehemaliger Arbeitnehmer*innen** nach Art. 10 VO 492/2011 bis zum Abschluss ihrer Schul- oder Berufsausbildung. Dieses Aufenthaltsrecht gilt nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts als Freizügigkeitsrecht „im Sinne des § 2 Abs. 1 FreizügG“ (BVerwG 1 C 48.18, Urteil vom 11. September 2019), vgl. Kapitel 2.16.
- In bestimmten Konstellationen, die oben nicht erfasst sind, kann sich ein **Freizügigkeitsrecht auch unmittelbar aus Art. 20 oder 21 des Vertrags über die Arbeitsweise der EU (AEUV)** ergeben (vgl. Kapitel 2.15)
- Zudem kann in Ausnahmefällen auch die Voraussetzung für die Erteilung eines **Aufenthaltstitels nach dem AufenthG** erfüllt sein, wenn dies eine bessere Rechtsstellung bedeuten sollte, als sie das FreizügG vorsieht (vgl. Kapitel 2.15 und 2.19).

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

Daher ist es in der Beratung sehr wichtig zu prüfen, welches die passende „Schublade“ ist – insbesondere deshalb, weil durchaus eine Hierarchie unter den Schubladen besteht: Es gibt gute und weniger gute, was die soziale und ausländerrechtliche Absicherung angeht. Welche Kategorie die passende ist, hängt immer von den tatsächlichen Gegebenheiten ab und ist auch nur temporär gültig. Das heißt: Man kann während eines Aufenthalts durchaus mehrfach zwischen den Kategorien wechseln, wenn sich die Lebenssituation ändert. Jede Behörde muss dabei eine eigenständige Prüfung der Freizügigkeitskategorie vornehmen, ein allgemeingültiges Dokument gibt es (mit Ausnahme der Bescheinigung über das Daueraufenthaltsrecht und der Aufenthaltskarte für Familienangehörige) nicht.

Praxistipp: materielles und formales Freizügigkeitsrecht

Juristisch wird häufig zwischen dem „materiellen“ und dem „formalen“ Freizügigkeitsrecht unterschieden.

- **„materiell freizügigkeitsberechtig“** heißt, dass eine Person die jeweiligen Voraussetzungen für das Freizügigkeitsrecht *tatsächlich* erfüllt (z. B. als Arbeitnehmer*in, Familienangehörige*r usw.).
- **„formal freizügigkeitsberechtig“** heißt, dass objektiv kein Freizügigkeitsgrund erfüllt wird, die Ausländerbehörde aber auch keine Verlustfeststellung getroffen hat.

Im Folgenden sollen die wichtigsten Kategorien dargestellt werden. Die Kategorie „Dienstleistungsempfänger*innen“ soll ebenso ausgespart bleiben wie die „Dienstleistungserbringer*innen“, da sie in der Beratungspraxis kaum Bedeutung haben.

2.8 Zum Zweck der Arbeitsuche

In der Beratungspraxis ist ein großer Teil der Klient*innen (zunächst) Mitglied dieser Gruppe. Das Freizügigkeitsrecht zur Arbeitsuche besteht nach dem FreizügG (§ 2 Abs. 2 Nr. 1a FreizügG) normalerweise für sechs Monate ab Einreise und überschneidet sich somit anfangs mit dem dreimonatigen voraussetzungslosen Aufenthaltsrecht. Es besteht jedoch auch länger, *„solange sie nachweisen können, dass sie weiterhin Arbeit suchen und begründete Aussicht haben, eingestellt zu werden.“* (§ 2 Abs. 2 Nr. 1a FreizügG)

In den Allgemeinen Verwaltungsvorschriften zum Freizügigkeitsgesetz heißt es dazu:

„Ein Fortbestand des Aufenthaltsrechts ist zu verneinen, wenn aufgrund objektiver Umstände anzunehmen ist, dass der Betroffene keinerlei ernsthafte Absichten verfolgt, eine Beschäftigung aufzunehmen, oder dass keine begründete Aussicht auf Erfolg der Arbeitssuche besteht. Begründete Aussicht, einen Arbeitsplatz zu finden, ist anzunehmen, wenn der Arbeitssuchende aufgrund seiner Qualifikation und des aktuellen Bedarfs am Arbeitsmarkt voraussichtlich mit seinen Bewerbungen erfolgreich sein wird.“ (AVV FreizügG; 2.2.1a.2f)

Ausreichende Existenzmittel einschließlich eines ausreichenden Krankenversicherungsschutzes sind weder im Freizügigkeitsgesetz noch in der Unionsbürgerrichtlinie als Voraussetzung für das Freizügigkeitsrecht zur Arbeitsuche genannt. Insofern steht auch die Inanspruchnahme von Sozialhilfeleistungen während eines Aufenthalts zur Arbeitsuche dem Aufenthaltsrecht nicht entgegen. Die UnionsRL bringt dies deutlich auf den Punkt:

„In keinem Fall sollte eine Ausweisungsmaßnahme (Anmerkung: wegen des unangemessenen Sozialhilfebezugs) gegen Arbeitnehmer, Selbstständige oder Arbeitssuchende in dem vom Gerichtshof definierten Sinne erlassen werden, außer aus Gründen der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit.“ (Erwägungsgrund Nr. 16 UnionsRL)

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

Praxistipp: Dokumentation der Arbeitsuche

Um die Erfolgsaussichten der Arbeitsuche gegenüber der Ausländerbehörde dokumentieren zu können, empfiehlt sich eine Meldung bei der Agentur für Arbeit als arbeitslos bzw. arbeitssuchend. Auch tatsächliche Bemühungen (Bewerbungsschreiben und -anrufe, Bewerbungsgespräche, Qualifizierungsmaßnahmen, Praktika usw.) sollten nicht nur wahrgenommen, sondern auch möglichst gut dokumentiert werden. Dies kann sowohl gegenüber der Ausländerbehörde, als auch gegenüber dem Jobcenter oder der Familienkasse wichtig sein.

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

Das Freizügigkeitsrecht zum Zweck der Arbeitsuche kann sich auch an die sechs Monate des fortgeltenden Arbeitnehmer*innenstatus nach unfreiwilligem Verlust einer weniger als ein Jahr dauernden Arbeit anschließen (EuGH, Urteil vom 15. September 2015, C-67/14, Randnummer 57).

Während eines Aufenthalts zum Zweck der Arbeitsuche darf keine Feststellung des Verlusts der Freizügigkeit erfolgen (Art. 14 Abs. 4b UnionsRL). Allerdings besteht in bestimmten Fällen während des Aufenthalts allein zum Zweck der Arbeitsuche kein Anspruch auf reguläre Sozialhilfeleistungen.

Zusammenfassung:

- ➔ Eine Verlustfeststellung wegen der Inanspruchnahme von Sozialhilfeleistungen ist rechtswidrig. (Art. 14 Abs. 4b UnionsRL)
- ➔ Ein Anspruch auf Leistungen nach dem SGB XII besteht jedenfalls für Staatsangehörige der Staaten des Europäischen Fürsorgeabkommens.

2.9 Als Arbeitnehmer*in oder zur (betrieblichen) Berufsausbildung

Für Arbeitnehmer*innen besteht das uneingeschränkte Recht auf Freizügigkeit (Art. 45 AEUV, Art. 7 UnionsRL, § 2 Abs. 2 Nr. 1 FreizügG) und auf sozialrechtliche Gleichbehandlung (Art. 24 Abs. 1 UnionsRL, Art. 7 VO 492/2011).

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

„Als ‚Arbeitnehmer‘ ist jeder anzusehen, der eine tatsächliche und echte Tätigkeit ausübt, wobei Tätigkeiten außer Betracht bleiben, die einen so geringen Umfang haben, dass sie sich als völlig untergeordnet und unwesentlich darstellen. Das wesentliche Merkmal des Arbeitsverhältnisses besteht nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs darin, dass jemand während einer bestimmten Zeit für einen anderen nach dessen Weisung Leistungen erbringt, für die er als Gegenleistung eine Vergütung erhält. Weder die begrenzte Höhe der Vergütung noch die Herkunft der Mittel für diese Vergütung oder der Umstand, dass der Betreffende die Vergütung durch andere Mittel zur Bestreitung des Lebensunterhalts wie eine aus öffentlichen Mitteln des Wohnmitgliedstaats gezahlte finanzielle Unterstützung zu ergänzen sucht, kann irgendeine Auswirkung auf die Arbeitnehmereigenschaft im Sinne des Unionsrechts haben.“ (EUGH, Urteil vom 4. Februar 2010; C-14/09)

Im Klartext heißt das: Man ist nicht erst dann im Status Arbeitnehmer*in, wenn das Arbeitseinkommen den Lebensunterhalt decken kann. Genauso wenig darf verlangt werden, dass die Tätigkeit der Sozialversicherungspflicht unterliegt. Auch ein Minijob kann die Arbeitnehmer*inneneigenschaft begründen. **Eine pauschale Mindest-Einkommensgrenze oder Mindeststundenzahl als Voraussetzung für den Arbeitnehmer*innenstatus gibt es nicht.** Bei der Bewertung, ob ein tatsächliches Beschäftigungsverhältnis vorliegt, das nicht „völlig untergeordnet und unwesentlich“ ist, muss eine Gesamtbetrachtung aller Umstände vorgenommen werden, die unter anderem

- den Umfang der Arbeitszeit,
- den Inhalt der Tätigkeit,
- die Weisungsgebundenheit,
- den wirtschaftlichen Wert der erbrachten Leistung,
- die Höhe der Vergütung,
- den Arbeitsvertrag und dessen Regelungen sowie
- die Beschäftigungsdauer

in den Blick nimmt und bewertet. Nicht jedes dieser Kriterien muss für sich genommen voll erfüllt sein, sondern maßgeblich ist ihre Bewertung in einer Gesamtschau (BSG, Urteil vom 27. Januar 2021, B 14 AS 25/20).

Durch die Rechtsprechung des EUGH und des Bundesverwaltungsgerichts ist mittlerweile klar: Auch eine Tätigkeit mit einem Monatseinkommen von 165 bis 175 Euro bei einem Umfang von 5,5 bzw. 7,5 Wochenstunden kann den Arbeitnehmer*innenstatus begründen (EUGH, Urteil vom 04.02.2010, C-14/09; BVerwG, Urteil vom 19.04.2012; 1 C 10.11). Das Bundessozialgericht hat für einen Anspruch auf aufstockende Leistungen nach dem SGB II auch monatliche Einnahmen in Höhe von 100 Euro als ausreichend angesehen (BSG, Urteil vom 19. Oktober 2010, B 14 AS 23/10 R; BSG, Urteil vom 12. September 2018; B 14 AS 18/17 R).

Praxistipp: Leitfaden zur Durchsetzung von Arbeitnehmer*innenrechten

Die EU-Gleichbehandlungsstelle hat gemeinsam mit der Berliner Beratungsstelle BEMA den sehr hilfreichen **„Praxisleitfaden für EU-Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in Deutschland - Ein Wegweiser für gute Arbeitsbedingungen und Gleichbehandlung“** herausgegeben, in der die Rechte von Arbeitnehmer*innen und ihre Durchsetzungsmöglichkeiten dargestellt werden. Unter anderem geht es um das Arbeiten ohne Meldeadresse, ausstehende Lohnzahlungen, Unterschreitung des Mindestlohns, Überschreitung der Arbeitszeiten, Arbeitsunfall, Zeitarbeit oder Zwangsarbeit und Arbeitsausbeutung. Insbesondere für Personen, die ungeschützt im prekären Arbeitsmarktsektor tätig sind, werden darin wichtige Rechtsansprüche und Zuständigkeiten erläutert.

→ <https://t1p.de/e9hu>

Ausreichende Existenzmittel einschließlich eines ausreichenden Krankenversicherungsschutzes sind weder im Freizügigkeitsgesetz noch in der Unionsbürgerrichtlinie als Voraussetzung für das Aufenthaltsrecht als Arbeitnehmer*innen genannt. Insofern steht auch die Inanspruchnahme von Sozialhilfeleistungen während eines Aufenthalts als Arbeitnehmer*in dem Aufenthaltsrecht nicht entgegen. Arbeitnehmer*innen und ihre Familienangehörigen haben einen Anspruch auf ergänzende Leistungen nach dem SGB II bzw. SGB XII.

Praxistipp: Auszubildende und Studierende

- Auch **Studierende und Schüler*innen**, die einen Nebenjob ausüben, können als Arbeitnehmer*innen gelten und somit die für Studierende vorgesehenen Leistungen des SGB II oder BAföG beanspruchen (EuGH, Urteil vom 21. Februar 2013, C 46/12).
- Eine **betriebliche Berufsausbildung** ist einer Arbeitnehmer*innentätigkeit gleich gestellt. Seit dem Jahr 2016 haben Auszubildende, die keine oder zu niedrige Berufsausbildungsbeihilfe erhalten, Anspruch auf aufstockende Leistungen nach dem SGB II vom Jobcenter. Dies ist eine wichtige Neuregelung gerade für Unionsbürgerinnen und Unionsbürger. Zudem besteht ein Anspruch auf Berufsausbildungsbeihilfe unabhängig vom Aufenthaltsstatus auch für ausländische Staatsangehörige.
- Ein Arbeitnehmer*innenstatus kann auch nach **Überschreiten des Rentenalters** vorliegen, wenn eine tatsächliche Tätigkeit ausgeübt wird (LSG NRW; Beschluss vom 14. Oktober 2019; L 9 SO 255/19 B ER)
- Ein Arbeitnehmer*innenstatus kann auch durch die Tätigkeit als **Au-Pair** entstehen (SG Landshut, Urteil vom 31. Januar 2018; S 11 AS 624/16; EuGH, Urteil vom 24. Januar 2008; C 294/06)
- Während der **Elternzeit** besteht der Arbeitnehmer*innenstatus fort, jedenfalls solange ein Arbeitsvertrag vorliegt. Der „unbezahlte Urlaub zum Zwecke der Kindererziehung“ ist nämlich einer Beschäftigung gleichgestellt, wenn das Beschäftigungsverhältnis fortbesteht (Beschluss Nr. F 1 vom 12. Juni 2009, → <https://t1p.de/ygd4>).

Praxistipp: Rechtsprechung der Sozialgerichte zum Arbeitnehmer*innenstatus für einen SGB-II-Anspruch

- Das Landessozialgericht NRW hat ein monatliches Einkommen von **172 bis 156 Euro** als ausreichend gewertet (LSG NRW, Beschluss vom 16. Dezember 2016; L 12 AS 1420/16 B ER).
- Nach anderen Entscheidungen reicht auch ein monatliches Einkommen, das über der Freibetragsgrenze des § 11b Abs. 2 SGB II in Höhe von **100 Euro** liegt (LSG NRW, Beschluss vom 7. Oktober 2016; L 12 AS 965/16 B ER).
- Ein Einkommen von **fünf Wochenstunden** und **187 Euro** Monatseinkommen (LSG Bayern, Beschluss vom 6. Februar 2017; L 11 AS 887/16 B ER) oder fünf Wochenstunden und **180 Euro** Einkommen (Landessozialgericht Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 27. Februar 2017; L 18 AS 2884/16) kann ausreichend sein.
- Das LSG Berlin-Brandenburg hat festgestellt: Es gibt keine starre Untergrenze für Arbeitnehmer*inneneigenschaft. Diese kann auch bei einer Tätigkeit als Haushaltshilfe mit 12 Stunden **monatlich (3 Stunden wöchentlich) und 100 Euro** monatlich bestehen. Dass Urlaubsansprüche und Lohnfortzahlung im Krankheitsfall nicht im Arbeitsvertrag geregelt sind, spricht dem nicht entgegen (LSG Berlin-Brandenburg; Urteil vom 22. Februar 2021; L 25 AS 43/21).
- Die Arbeitnehmer*innen-Eigenschaft kann auch bei einer Beschäftigung als Gebäudereiniger im Umfang von **vier bis viereinhalb Wochenstunden bei 172 Euro** Monatseinkommen gegeben sein. Barzahlung des Lohns, fehlende Regelungen zum Urlaubsanspruch und zur Lohnfortzahlung im Arbeitsvertrag stehen dem nicht entgegen (LSG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 28. Oktober 2020; L 19 AS 2630/17).
- Viele andere Entscheidungen der Sozialgerichte zur Frage eines Leistungsanspruchs sind hier zusammengestellt: → <https://t1p.de/3p13>

Verwaltungspraxis: Schwierigkeiten in der Durchsetzung von Leistungsansprüchen

Seit einiger Zeit prüfen einige Jobcenter und auch Ausländerbehörden sehr streng, ob die Voraussetzungen des Arbeitnehmer*innenstatus vorliegen. Hierfür verlangen die Jobcenter bzw. Ausländerbehörden oft umfangreiche Nachweise, die über den Arbeitsvertrag und die Kontoauszüge weit hinausgehen (z. B. Befragungen zur ausgeübten Tätigkeit, zu Kolleg*innen oder zur Vermittlung der Arbeitsstelle usw.). Das Vorliegen des tatsächlichen Arbeitnehmer*innenstatus wird oft angezweifelt, wenn kein schriftlicher Arbeitsvertrag vorliegt oder darin keine Regelungen zu Lohnfortzahlung im Krankheitsfall oder Urlaubsansprüchen geregelt sind.

Solche Verwaltungspraxis kann unter Umständen rechtswidrig sein. Außerdem verkennt sie die Realität im prekären Arbeitsmarktsektor: Denn auch ein (rechtswidriger!) arbeitsvertraglicher Ausschluss der Lohnfortzahlung im Krankheitsfall oder fehlende Regelungen zum Urlaubsanspruch sprechen nicht gegen den tatsächlichen Arbeitnehmer*innenstatus. Das gleiche dürfte gelten, wenn der Mindestlohn nicht gezahlt wird oder wenn nur ein mündlicher Arbeitsvertrag geschlossen worden ist. All dies spricht nicht zwangsläufig gegen das Vorliegen eines echten und tatsächlichen Beschäftigungsverhältnisses, sondern oft für die fehlende Verhandlungsmacht von Arbeitnehmer*innen im prekären Arbeitsmarktsektor. Durch die Verweigerung eines Leistungsanspruchs aufgrund des vermeintlichen „Missbrauchs“ tragen die Jobcenter indirekt sogar dazu bei, derartige ausbeuterische Beschäftigungsverhältnisse zu stabilisieren, statt sie zu überwinden.

Ein weiterer Vorwurf, dem sich unionsangehörige Arbeitnehmer*innen vermehrt ausgesetzt sehen, ist der des „Rechtsmissbrauchs“. Dieser lautet: Sie hätten ihre Arbeit nur aufgenommen, um europarechtliche Vorteile nutzen zu können (also z. B. ein Aufenthaltsrecht und einen Sozialleistungsanspruch zu erhalten). Bei Nachweis eines „Rechtsmissbrauchs“ können die Rechte, die sich eigentlich aus dem Freizügigkeitsrecht ergeben, durch die Behörden verweigert werden.

Allerdings: Die Tatsache des „Rechtsmissbrauchs“ muss durch die Behörden objektiv nachgewiesen werden. Die Rechtsprechung des EuGH setzt hierfür „ein sub-

jektives Element voraus, nämlich die Absicht, sich einen gemeinschaftsrechtlich vorgesehenen Vorteil dadurch zu verschaffen, dass die entsprechenden Voraussetzungen willkürlich geschaffen werden“ (EuGH, Urteil vom 14. Dezember 2000; C-110/99; BSG, Urteil vom 27. Januar 2021; B 14 AS 25/20 R). Die Aufnahme einer Erwerbstätigkeit indes dürfte dieses Kriterium in der Regel kaum erfüllen – man arbeitet, um Geld zu verdienen und nicht, um abstrakte europarechtliche Vorteile zu erlangen.

Falls mit dem Argument, dass die Aufnahme einer Beschäftigung „rechtsmissbräuchlich“ sei oder es sich nicht um eine „echte“ Beschäftigung handle, Leistungen abgelehnt oder das Freizügigkeitsrecht aberkannt werden sollte, sollten dagegen Rechtsmittel eingeleitet werden.

Mehr zur Verwaltungspraxis:

Umfrage der BAGFW zu den Schwierigkeiten in der Durchsetzung von Leistungsansprüchen nach SGB II und von Kindergeld für EU-Bürger*innen.

Die Ergebnisse der bundesweiten Umfrage der Bundesarbeitsgemeinschaft der Freien Wohlfahrtspflege (BAGFW) unter fast 400 Beratungsstellen aus dem Sommer 2020 zeigt, dass der Zugang zu Sozialleistungen für EU-Bürger*innen nicht in allen Behörden diskriminierungsfrei gewährleistet ist.

Die Ergebnisse der Umfrage finden Sie hier:

➔ <https://t1p.de/uuhd>

Arbeitshilfe der Bundesagentur für Arbeit zum „Leistungsmissbrauch“

Die BA hat für die Mitarbeiter*innen der Jobcenter eine interne Arbeitshilfe mit dem Titel „Bekämpfung von bandenmäßigem Leistungsmissbrauch im spezifischen Zusammenhang mit der EU-Freizügigkeit“ herausgegeben, in der unter anderen die Prüfkriterien vorgegeben werden für die Erkennung, ob der Arbeitnehmer*innenstatus tatsächlich vorliegt oder nur vorgetäuscht wird. Die Jobcenter entscheiden in eigener Zuständigkeit, ob sie die Arbeitshilfe nutzen. Die Arbeitshilfe, wie auch Bewertungen, Anfragen, Briefe und Analysen, die sich mit der Arbeitshilfe kritisch auseinandersetzen, sind hier nachzulesen:

➔ <https://t1p.de/36h6>.

Zusammenfassung:

- Eine Verlustfeststellung wegen der Inanspruchnahme von Sozialhilfeleistungen ist für Personen mit einem Freizügigkeitsrecht als Arbeitnehmer*in nicht möglich. Der Leistungsbezug gefährdet das Freizügigkeitsrecht nicht. (Art. 7 i. V. m. Art. 14 UnionsRL)
- Der Anspruch auf Leistungen nach dem SGB II sowie ggf. sämtliche Leistungen des SGB XII (z. B. Hilfe zum Lebensunterhalt, Grundsicherung, Hilfe zur Pflege, Hilfe nach § 67ff) sowie auf Eingliederungshilfe nach dem SGB IX besteht (vgl.: Kapitel 3).
- Angehörige sämtlicher EU-Staaten dürfen in Deutschland ohne Erlaubnis jede Beschäftigung aufnehmen. Dasselbe gilt für die freizügigkeitsberechtigten Familienangehörigen, auch wenn sie aus Drittstaaten kommen. (Art. 23 UnionsRL)

2.10 Die Aufrechterhaltung des Freizügigkeitsrechts als Arbeitnehmer*in

Es besteht eine Schutzregelung, nach der Arbeitnehmer*innen bei einer unverschuldeten Arbeitslosigkeit trotz Verlusts des Arbeitsplatzes weiterhin im freizügigkeitsrechtlichen Status „Arbeitnehmer*in“ bleiben: Das Freizügigkeitsrecht als Arbeitnehmer*in bleibt in diesem Fall „unberührt“ – bleibt also erhalten (§ 2 Abs. 3 FreizügG).

Unfreiwillig ist der Verlust, wenn die Person „die Gründe, die zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses (Kündigung, Aufhebungsvertrag) geführt haben, nicht zu vertreten hat.“ Voraussetzung ist, dass die Person sich arbeitslos bei der Arbeitsagentur meldet, „den Vermittlungsbemühungen der zuständigen Arbeitsagentur zur Verfügung steht und sich selbst bemüht, seine Arbeitslosigkeit zu beenden“ (AVV FreizügG; 2.3.1.2).

Unfreiwillig ist der Verlust der Arbeit bei einer betriebsbedingten Kündigung oder beim Auslaufen eines befristeten Vertrags. Auch ein Aufhebungsvertrag kann „unfreiwillig“ sein – wenn man gute Gründe dafür hat. Dies ist in der Praxis jedoch oft schwer durchsetzbar. Die Verhängung einer Sperrzeit durch die Arbeitsagentur allein ist dabei kein hinreichender Beleg für die „Freiwilligkeit“: „Unfreiwillig ist der Eintritt der Arbeitslosigkeit im Sinne des § 2 Abs. 3 Nr. 2 FreizügG/EU dann, wenn sie vom Willen des Arbeitnehmers unabhängig ist, durch einen anerkennenswerten Grund gerechtfertigt ist (...), die Arbeitslosigkeit dem Betroffenen nicht angelastet werden kann (...).“ (LSG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 27. Oktober 2015; L 20 AS 2197/15 B ER). Das Gericht hat in dem oben genannten Verfahren auch festgestellt, dass der Arbeitnehmer*innenstatus selbst dann erhalten bleiben kann, wenn der Verlust der Erwerbstätigkeit *nicht* unfreiwillig war – nämlich dann, wenn die betreffende Person „Ansprüche aus der Arbeitslosenversicherung auf Alg I erworben hat und diese im Inland in Anspruch nimmt“.

Praxistipp: Bei der Arbeitsagentur melden

Die Unfreiwilligkeit der Arbeitslosigkeit muss nach Auffassung der Bundesregierung durch die **Agentur für Arbeit** (und nicht das Jobcenter) bestätigt werden, auch wenn beim Jobcenter ein Leistungsantrag gestellt wurde und gar kein Anspruch auf Arbeitslosengeld I bestehen sollte (vgl.: Fachliche Weisung zu § 7 SGB II der Bundesagentur für Arbeit; Randziffer 7.18). Dies führt in der Praxis dazu, dass die Betroffenen zwischen Arbeitsagentur und Jobcenter hin- und hergeschickt werden und sich beide Behörden für unzuständig halten. Aber: Solange die Unfreiwilligkeitsbescheinigung nicht vorliegt, müssen das Jobcenter, Sozialamt bzw. die Ausländerbehörde davon ausgehen, dass der Verlust der Arbeit oder Selbstständigkeit unfreiwillig war – und zunächst einmal Leistungen erbringen. (AVV FreizügG; 2.3.1.2; Fachliche Weisung zu § 7 SGB II; 7.18)

Das Landessozialgericht Baden-Württemberg hat darüber hinaus entschieden, dass die Arbeitnehmer*innen-Eigenschaft auch ohne Bestätigung der Arbeitsagentur über die Unfreiwilligkeit der Arbeitslosigkeit fortbestehen kann. Die (Nicht-)Bestätigung über die Unfreiwilligkeit entfalte keine Tatbestandswirkung, erforderlich sei lediglich die Bestätigung über die Arbeitslosigkeit selbst. Es sei davon auszugehen, dass das Jobcenter zur Prüfung der (Un-)Freiwilligkeit in eigener Verantwortung verpflichtet ist (LSG Baden-Württemberg; Beschluss vom 7. August 2020; L 7 AS 1376/20 ER-B).

- Bei unverschuldeter Kündigung **nach weniger als einem Jahr Erwerbstätigkeit** oder einem auf weniger als ein Jahr befristeten Arbeitsvertrag: Der Arbeitnehmer*innenstatus **bleibt für sechs Monate bestehen**. Dies kann auch nach sehr kurzer Vorbeschäftigung von wenigen Tagen oder Wochen erfüllt sein (§ 2 Abs. 3 Nr. 2 FreizügG).
- Bei unverschuldeter Kündigung **nach genau einem Jahr Erwerbstätigkeit** oder länger oder einem auf mindestens ein Jahr befristeten Arbeitsvertrag: Der Arbeitnehmer*innenstatus **bleibt unbefristet bestehen** (und damit jeweils auch der Leistungsanspruch). (§ 2 Abs. 3 Nr. 3 FreizügG, vgl. auch LSG Hes-

sen, Urteil vom 9. September 2020; L 6 AS 126/18). Für die Berechnung der Jahresfrist müssen Beschäftigungszeiten auch dann zusammengerechnet werden, wenn dazwischen Unterbrechungszeiten liegen (BSG, Urteil vom 13. Juli 2017; **B 4 AS 17/16 R**). Dies gilt jedenfalls dann, wenn die Unterbrechungszeiten „kurz“ sind (einige Wochen oder Monate). Auch wenn der Arbeitnehmer*innenstatus in diesem Fall grundsätzlich dauerhaft fortbesteht, sollten fortlaufend Bemühungen für eine neue Arbeitsaufnahme getätigt und dokumentiert werden, da ansonsten die Arbeitslosigkeit unter Umständen nicht mehr als „unfreiwillig“ eingestuft werden könnte.

- Bei **vorübergehender Arbeitsunfähigkeit infolge von Krankheit oder Unfall** – in diesem Fall bleibt der Arbeitnehmer*innenstatus **ohne eine Befristung erhalten**. Dies gilt auch für eine Frau, die „wegen der körperlichen Belastungen im Spätstadium ihrer Schwangerschaft und nach der Geburt des Kindes aufgibt, die Arbeitnehmereigenschaft im Sinne dieser Vorschrift behält, sofern sie innerhalb eines angemessenen Zeitraums nach der Geburt ihres Kindes ihre Beschäftigung wieder aufnimmt oder eine andere Stelle findet“ (EuGH Urteil vom 19.06.2014 - C-507/12, Saint Prix gg. United Kingdom). (§ 2 Abs. 3 Nr. 1 FreizügG).
- Bei **Aufnahme einer Berufsausbildung** bleibt der Arbeitnehmer*innenstatus auch dann erhalten, wenn eine vorangegangene Beschäftigung freiwillig aufgegeben worden ist, wenn zwischen der Ausbildung und der früheren Erwerbstätigkeit ein inhaltlicher Zusammenhang besteht. (§ 2 Abs. 3 Nr. 3 FreizügG)

Zusammenfassung:

- Eine Verlustfeststellung wegen der Inanspruchnahme von Sozialhilfeleistungen ist nicht möglich. Der Leistungsbezug gefährdet das Freizügigkeitsrecht nicht. (Art. 7 i. V. m. Art. 14 UnionsRL)
- Der Anspruch auf Leistungen nach dem SGB II sowie ggf. sämtliche Leistungen des SGB XII (z. B. Hilfe zum Lebensunterhalt, Grundsicherung, Hilfe zur Pflege, Hilfe nach § 67ff) sowie auf Leistungen der Eingliederungshilfe nach SGB IX besteht. (vgl.: Kapitel 3)

2.11 Als Selbstständige

Selbstständige sind ganz ähnlich zu betrachten wie Arbeitnehmer*innen. Sofern Unionsbürger*innen in Deutschland als niedergelassene Selbstständige ein Gewerbe ausüben, besteht für sie das Recht auf Aufenthalt (Art. 49 AEUV, Art. 7 UnionsRL, § 2 Abs. 2 Nr. 2 FreizügG) und Gleichbehandlung.

Eine selbstständige Tätigkeit als niedergelassene Selbstständige besteht dann, wenn diese weisungsunabhängig „*tatsächlich und auf unbestimmte Zeit mittels einer festen Einrichtung ausgeübt werden. Der formelle Akt der Registrierung ist nicht ausreichend.*“ (BSG, Urteil vom 19. Oktober 2010, B 14 AS 23/10R)

Auch wenn mit der Selbstständigkeit (noch) kein Gewinn erwirtschaftet wird und nur wenige Aufträge eingegangen sind, kann der Selbstständigenstatus gegeben sein. Es reicht allerdings nicht, sich nur einen Gewerbeschein ausstellen zu lassen, sondern die Tätigkeit muss auch tatsächlich in Deutschland ausgeübt werden (z. B. in Form von Werbung, Auftragsakquise, Anschaffung von Arbeitsmitteln usw.). Sie muss zudem geeignet sein, „*in stabiler und kontinuierlicher Weise am Wirtschaftsleben eines anderen Mitgliedstaats als seines Herkunftsstaats teilzunehmen und daraus Nutzen zu ziehen*“ (EuGH, Urteil vom 11. März 2010; C-384/08).

- ➔ Auch eine freiberufliche Tätigkeit als Soloselbstständige*r (z. B. als Straßenmusiker*in, Dolmetscher*in oder Übersetzer*in) zählt als Selbstständigkeit.
- ➔ Auch die selbstständige Tätigkeit als Sexarbeiter*in kann das Freizügigkeitsrecht zum Zwecke der Ausübung einer selbstständigen Tätigkeit begründen (EuGH, Urteil vom 20. November 2001; C-268/99).

Praxistipp: Vorübergehende Unterbrechung der selbstständigen Tätigkeit

Wenn wegen der wirtschaftlichen Lage oder aufgrund eines vorübergehenden Tätigkeitsverbots (z. B. im Zuge der Pandemiebekämpfung) die selbstständige Tätigkeit vorübergehend nicht ausgeübt werden kann, **besteht der Selbstständigenstatus fort** (so auch ein Schreiben des BMI vom 30. November 2020)

➔ <https://t1p.de/kcou>

Das Landessozialgericht Berlin-Brandenburg hat dazu beispielhaft entschieden: Es besteht Anspruch auf SGB II-Leistungen für eine selbstständige Sexarbeiterin auf dem Straßenstrich. Der Status als Selbstständige bleibt bestehen während eines pandemiebedingten Tätigkeitsverbots, solange die Tätigkeit nicht dauerhaft eingestellt wird. Die Frau verfügt über eine Anmeldung nach § 3 ProstSchG (Prostituiertenschutzgesetz). Eine „feste Einrichtung“ ist nicht erforderlich, auch die Arbeit auf der Straße erfüllt die Voraussetzungen eines Freizügigkeitsrechts als Selbstständige. Eine gewerberechtliche Anmeldung ist nicht erforderlich und auch die fehlende steuerrechtliche Anmeldung beim Finanzamt steht dem nicht entgegen. Die Frau hatte vor der Pandemie Einnahmen von durchschnittlich 200 Euro monatlich erzielt. Dies ist nicht „völlig untergeordnet und unwesentlich“. (LSG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 1. April 2021; L 29 AS 314/21 B ER)

➔ <https://t1p.de/h1yl>

Praxistipp: Scheinselbstständigkeit ist Beschäftigung

Tätigkeiten im Rahmen von Scheinselbstständigkeitsverhältnissen sind automatisch als Beschäftigungsverhältnisse (also Arbeitnehmer*innentätigkeiten) zu werten, so dass damit ebenfalls ein Leistungsanspruch begründet wird (§ 7 SGB IV). Falls festgestellt wird, dass es sich bei einer selbstständigen Tätigkeit um eine Scheinselbstständigkeit gehandelt hat, ist die Auftraggeber*in verpflichtet, die Sozialversicherungsbeiträge rückwirkend abzuführen. Somit kann auch rückwirkend eine Krankenversicherungspflicht begründet werden.

Die Feststellung, ob es sich um eine selbstständige Tätigkeit oder ein Beschäftigungsverhältnis handelt, kann durch ein **Statusfeststellungsverfahren** bei der Clearingstelle der Deutschen Rentenversicherung erfolgen. Die entsprechenden Formulare und Informationen gibt es hier:

→ <https://t1p.de/vfzg>

Die selbstständige Tätigkeit darf wie bei Arbeitnehmer*innen vom Umfang her nicht völlig untergeordnet und unwesentlich sein und es muss zumindest das Ziel bestehen, perspektivisch einen Gewinn zu erwirtschaften. Bei der erforderlichen Höhe des Einkommens sollte man sich an den Eckpunkten für Arbeitnehmer*innen orientieren können.

- Das Landessozialgericht Sachsen-Anhalt hat monatliche Einnahmen aus selbstständiger Tätigkeit als Schrottsammlung in Höhe von rund **188 Euro** als ausreichend angesehen (LSG Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 5. April 2016; L 2 AS 102/16 B ER).
- Das Landessozialgericht Berlin-Brandenburg hat Gesamteinnahmen von **520 Euro innerhalb von zwei Monaten** aus einer selbstständigen Tätigkeit der Sperrmüllentsorgung als ausreichend beurteilt (LSG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 20. Dezember 2016; L 25 AS 2611/16 B ER).
- Das Landessozialgericht Berlin-Brandenburg hat monatliche Einnahmen von **200 Euro** aus einer Tätigkeit als selbstständige*r Sexarbeiter*in als ausreichend eingestuft (LSG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 1. April 2021; L 29 AS 314/21 B ER).

Zusammenfassung:

- Eine Verlustfeststellung wegen der Inanspruchnahme von Sozialhilfeleistungen ist nicht möglich. Der Leistungsbezug gefährdet das Freizügigkeitsrecht nicht. (Art. 7 i. V. m. Art. 14 UnionsRL)
- Der Anspruch auf Leistungen nach dem SGB II sowie ggf. sämtliche Leistungen des SGB XII (z. B. Hilfe zum Lebensunterhalt, Grundsicherung, Hilfe zur Pflege, Hilfe nach § 67ff) und die Leistungen der Eingliederungshilfe nach dem SGB IX besteht. (vgl.: Kapitel 3)

2.12 Die Aufrechterhaltung des Freizügigkeitsrechts als Selbstständige bei Aufgabe der selbstständigen Tätigkeit

Für Selbstständige, die ihre selbstständige Tätigkeit unfreiwillig endgültig aufgeben müssen, gelten bezüglich der Aufrechterhaltung des Selbstständigenstatus weitgehend dieselben Regelungen wie bei Arbeitnehmer*innen (Art. 7 Abs. 3 UnionsRL; AVV FreizügG, 2.3.1.2).

Unfreiwillig ist die Aufgabe einer selbstständigen Tätigkeit demnach, wenn die

„Einstellung einer selbstständigen Tätigkeit in Umständen begründet liegt, auf die der Selbstständige keinen Einfluss hatte. Das kann z. B. bei einer unverschuldeten Geschäftsaufgabe aus gesundheitlichen Gründen der Fall sein oder wenn eine Geschäftsaufgabe während des gesetzlichen Mutterschutzes erfolgt.“ (AVV FreizügG; 2.3.1.2)

- Wenn die Selbstständigkeit zuvor **mindestens ein Jahr** ausgeübt worden ist, bleibt der Status des Selbstständigen unbefristet erhalten, solange die Arbeitslosigkeit unfreiwillig ist. Hierfür sollte eine Arbeitslos- bzw. Arbeitsuchendmeldung bei der Arbeitsagentur erfolgen und fortlaufend Bemühungen für die Aufnahme einer neuen Arbeit dokumentiert und nachgewiesen werden.
- Wenn die Selbstständigkeit **weniger als ein Jahr** ausgeübt worden ist, bleibt der Status des Selbstständigen für sechs Monate bestehen (§ 2 Abs. 3 FreizügG i.V.m. Art. 7 Abs. 3 UnionsRL).
- Bei **vorübergehender Erwerbsunfähigkeit** wegen einer Krankheit oder eines Unfalls bleibt der Selbstständigenstatus ohne Frist erhalten.
- Bei **Aufnahme einer Berufsausbildung** bleibt der Selbstständigenstatus auch dann erhalten, wenn eine vorangegangene Selbstständigkeit freiwillig aufgegeben worden ist und zwischen der Ausbildung und der früheren Erwerbstätigkeit ein inhaltlicher Zusammenhang besteht (§ 2 Abs. 3 Nr. 3 FreizügG).

Zusammenfassung:

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

- Eine Verlustfeststellung wegen der Inanspruchnahme von Sozialhilfeleistungen ist nicht möglich. Der Leistungsbezug gefährdet das Freizügigkeitsrecht nicht. (Art. 7 i. V. m. Art. 14 UnionsRL)
- Der Anspruch auf Leistungen nach dem SGB II sowie ggf. sämtliche Leistungen des SGB XII (z. B. Hilfe zum Lebensunterhalt, Grundsicherung, Hilfe zur Pflege, Hilfe nach § 67ff) und Leistungen der Eingliederungshilfe nach dem SGB IX besteht. (vgl.: Kapitel 3)

2.13 Als Familienangehörige

Die Familienangehörigen von freizügigkeitsberechtigten Unionsbürger*innen verfügen über ein abgeleitetes Freizügigkeitsrecht – unabhängig davon, ob sie selbst Unionsbürger*innen oder Drittstaatsangehörige sind (§ 2 Abs. 2 Nr. 6 FreizügG). Ein Freizügigkeitsrecht als Familienangehörige ist für Drittstaatsangehörige dabei oft die notwendige Voraussetzung für ein Aufenthaltsrecht in Deutschland. Für Familienangehörige, die selbst Unionsbürger*in sind, gilt das nicht: Sie haben auch unabhängig von ihrem Status als Familienangehörige ein Freizügigkeitsrecht als Unionsbürger*in. Für einen Anspruch auf Leistungen nach SGB II, XII oder auch Kindergeld kann aber der Status als Familienangehörige*r entscheidend sein, da dies dann ein anderes Aufenthaltsrecht als das zum Zweck der Arbeitsuche ist.

Beim Familiennachzug zu Unionsbürger*innen gibt es – anders als beim Familiennachzug nach dem Aufenthaltsgesetz – **nicht die Bedingung ausreichender Deutschkenntnisse oder ausreichenden Wohnraums**. Der Familiennachzug im Sinne des Freizügigkeitsgesetzes umfasst dabei sowohl den tatsächlichen Nachzug (d. h. die Unionsbürger*in lebt bereits in Deutschland), als auch die gleichzeitige Einreise oder das Kennenlernen und Heiraten in Deutschland. Es spielt dabei keine Rolle, ob die familiäre Lebensgemeinschaft erst in Deutschland begründet wird oder bereits vor der Einreise bestanden hat. Eine dauerhafte gemeinsame Wohnung der Familienangehörigen ist keine Voraussetzung, sondern es kommt darauf an, dass die Familienangehörigen im selben EU-Staat leben wollen und eine schutzwürdige, tatsächliche Beziehung zueinander haben. Freizügigkeitsberechtigte Familienangehörige haben auch als Drittstaatsangehörige immer einen freien Zugang zum Arbeitsmarkt (Art. 23 UnionsRL).

Entscheidend für das Freizügigkeitsrecht der Familienangehörigen ist, dass die „stammrechtlich“ Person – also die Unionsbürger*in, von dem das familiäre Freizügigkeitsrecht abgeleitet werden soll – selbst über ein **materielles Freizügigkeitsrecht** verfügt (z. B. als Arbeitnehmer*in, als Selbstständige, bei Fortgeltung des Erwerbstätigenstatus' oder als Nicht-Erwerbstätige mit ausreichenden Existenzmitteln). In umgekehrter Richtung funktioniert das jedoch nicht: So ist es z. B. nicht ausreichend, wenn die drittstaatsangehörige Ehepartnerin einen Minijob ausübt, der unionsangehörige Ehemann aber keinen Freizügigkeitsgrund erfüllt. Ausgangspunkt des Freizügigkeitsrechts auch für die Familienangehörigen ist stets die Unionsbürger*in.

Praxistipp: Die Aufenthaltskarte für drittstaatsangehörige Familienangehörige:

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

- ➔ Die Aufenthaltskarte ist **innerhalb von sechs Monaten**, nachdem der Familienangehörige die entsprechenden Angaben gemacht hat, auszustellen. Eine Bescheinigung hierüber ist unverzüglich auszustellen. Auf Antrag ist zur Überbrückung eine **Fiktionsbescheinigung** nach § 81 Abs. 5 AufenthG auszustellen (§ 11 Abs. 4 FreizügG).
- ➔ Für die Ausstellung der Aufenthaltskarte dürfen **nur die ausdrücklich in § 5a Abs. 2 FreizügG aufgeführten Nachweise** verlangt werden. Dies sind der Pass, der Nachweis über das Verwandtschaftsverhältnis und eine Meldebestätigung der Unionsbürger*in selbst. Weitere Nachweise, wie etwa Sprachnachweise oder ähnliches dürfen nicht verlangt werden.
- ➔ Sie ist **von Amts wegen** (d. h. ohne Antrag) auszustellen.
- ➔ Sie ist regelmäßig mit einer **Gültigkeitsdauer von fünf Jahren** auszustellen.
- ➔ Sie ist **unabhängig von einem eventuellen Visumverstoß** auszustellen. Zwar unterliegen drittstaatsangehörige Familienangehörige grundsätzlich der Visumpflicht. Aber der EuGH hat entschieden, dass die Verweigerung der Aufenthaltskarte wegen eines Visumverstoßes normalerweise unverhältnismäßig und damit rechtswidrig wäre (EuGH, Urteil vom 25. Juli 2002, C-459/99). So sehen es auch die Allgemeinen Verwaltungsvorschriften zum FreizügG: „*Unter diesen Umständen kann ihm auch nicht allein aufgrund einer unerlaubten Einreise oder eines abgelaufenen Visums im Inland die Ausstellung einer Aufenthaltskarte verweigert werden.*“ (AVV FreizügG, 2.4.2.2).
- ➔ Sie kostet normalerweise **37 Euro** und für Menschen unter 24 Jahren **22,80 Euro** (§ 47 Abs. 3 AufenthV).
- ➔ Der Aufenthalt eines drittstaatsangehörigen Familienangehörigen ist unabhängig vom Vorliegen einer Aufenthaltskarte rechtmäßig, solange die Ausländerbehörde nicht durch einen Verwaltungsakt den Verlust der Freizügigkeit festgestellt hat („**Freizügigkeitsvermutung**“).
- ➔ Die **Eintragung von Bedingungen und Auflagen** (z. B. „Erlischt bei Antrag auf Sozialleistungen“) **ist unzulässig**, da weder das FreizügG noch Unionsrecht dies erlauben. Auch eine Verpflichtungserklärung darf nicht verlangt werden, da § 68 AufenthG im FreizügG nicht anwendbar ist.
- ➔ Das Jobcenter oder Sozialamt müssen selbstständig prüfen, ob die Voraussetzungen als Familienangehörige erfüllt sind, auch wenn die Aufenthaltskarte nicht ausgestellt worden sein sollte.



Quelle:

[https://de.wikipedia.org/wiki/Aufenthaltskarte_\(Deutschland\)#/media/Datei:6EUFamArt10_Front.jpg](https://de.wikipedia.org/wiki/Aufenthaltskarte_(Deutschland)#/media/Datei:6EUFamArt10_Front.jpg)

jpg

Der Begriff der Familienangehörigen wird in § 1 Abs. 2 Nr. 2 und 3, in § 3 FreizügG sowie in Art. 2 Nr. 2 Unions-RL näher definiert. Danach besteht ein Freizügigkeitsrecht für

- die **Ehegatt*in** (auch wenn sie dauernd getrennt leben),
- die **eingetragene gleichgeschlechtliche Lebenspartner*in** (auch wenn sie dauernd getrennt leben). Gemeint sind eingetragene Lebenspartnerschaften nach dem früheren Lebenspartnerschaftsgesetz oder nach entsprechenden EU-Gesetzen. Nicht erfasst sind davon eheähnliche Gemeinschaften.
- die **Verwandten in gerader absteigender Linie** der Unionsbürger*in (also Kinder, Enkel usw.) oder ihrer Ehegatt*in (also Stiefkinder, Stiefenkel usw.) **bis zu einem Alter von einschließlich 20 Jahren**,
- die **Verwandten in gerader absteigender Linie** der Unionsbürger*in (also Kinder, Enkel usw.) oder ihrer Ehegatt*in (also Stiefkinder, Stiefenkel usw.) **ab einem Alter von 21 Jahren** – in diesem Fall unter der Voraussetzung, dass ihnen durch die Unionsbürger*in oder deren Ehepartner*in ein Teil des **Unterhalts** gewährt wird,
- **Verwandte in gerader aufsteigender Linie** der Unionsbürger*in (also Eltern, Großeltern usw.) oder ihrer Ehegatt*in (also Schwiegereltern usw.) – in diesem Fall ebenfalls unter der Voraussetzung, dass ihnen durch die Unionsbürger*in oder deren Ehepartner*in ein Teil des **Unterhalts** gewährt wird.

Praxistipp: Welche Anforderungen muss die Unterhaltsleistung erfüllen?

Der Unterhalt für die beiden letztgenannten Gruppen muss einen **Teil des Bedarfs** abdecken und muss nicht vollständig existenzsichernd sein. Mit der Unterhaltsleistung wird vielmehr ein tatsächliches Abhängigkeitsverhältnis zum Ausdruck gebracht. Auch **Naturalunterhalt** (Betreuung, Pflege, kostenloses Wohnrecht usw.) muss daher als Unterhaltsleistung gewertet werden. Der Nachweis über den Unterhaltsbedarf und die Unterhaltsleistung kann „mit jedem geeigneten Mittel geführt werden“, wobei eine bloße Verpflichtungserklärung aber nicht ausreichend sein muss (EuGH, Urteil vom 9. Januar 2007, Rechtssache C-1/05). Am besten ist es, wenn die Unterhaltsleistung schon an die Familienangehörige*n im Herkunftsland erfolgt ist, bevor diese*r nach Deutschland nachgezogen ist. Darüber sollten dann auch Nachweise (Überweisungen etc.) gesammelt werden. Die erforderliche Höhe des Unterhaltsbedarfs orientiert sich dabei am Bedarf im Herkunftsland. Der Unterhaltsbedarf muss zu dem Zeitpunkt entstehen, wenn der Antrag auf Familiennachzug gestellt wird (EuGH, Urteil vom 9. Januar 2007, Rechtssache C-1/05) und auch nach der Einreise als fortgesetzte und regelmäßige Unterstützung in einem Umfang erfolgen, der es ermöglicht, zumindest einen Teil des Lebensunterhalts regelmäßig zu decken. Es gibt aber auch Gerichtsentscheidungen, die es als ausreichend ansehen, wenn die Unterhaltsleistung erst ab der Einreise nach Deutschland erbracht wird (z. B. LSG NRW; Urteil vom 22. März 2018; L 7 AS 1512/1):

„Der Wortlaut von § 3 Abs. 2 Nr. 2 FreizügG/EU enthält keine Anhaltspunkte dafür, dass die Anwendung auf die Fälle beschränkt bleiben soll, in denen der Unterhaltsbedarf bereits im Herkunftsland bestanden hat. Auch teleologisch ist eine entsprechende Auslegung nicht geboten. Vielmehr lässt die mit der Vorschrift bezweckte Erleichterung der Ausübung des Freizügigkeitsrechts und die Herstellung der Familieneinheit gerade keinen Raum für eine solche Einschränkung. Für den Familienangehörigen, der den Unionsbürger begleitet oder ihm nachzieht, macht es keinen Unterschied, ob eine Unterhaltsgewährung bereits im Herkunftsland bestanden hat oder erst nach dem Nachzug entsteht. Entscheidend ist ein (ggfs. partielles) Abhängigkeitsverhältnis des Familienangehörigen von dem freizügigkeitsberechtigten Unionsbürger in der Zeit des Aufenthalts in Deutschland. (...) Daher ist jedenfalls bei Unionsbürgern der Nachweis einer Unterhaltsgewährung nach der Einreise für die Annahme eines Aufenthaltsrechts als Familienangehöriger nach § 2 Abs. 2 Nr. 6 FreizügG/EU iVm § 3 Abs. 2 Nr. 2 FreizügG/EU ausreichend. (...) Nach diesen Maßgaben ist vorliegend von einer Unterhaltsgewährung auszugehen, indem die Zeugin die Klägerin bei ihr kostenfrei hat wohnen lassen.“

Ergänzend zum Unterhalt kann ein **Anspruch auf Sozialhilfeleistungen** bestehen. Die Tatsache eines ergänzenden Anspruchs auf Leistungen führt nicht dazu, dass der Status als Familienangehörige*r entfallen würde (EuGH, Urteil vom 18. Juni 1987; Rechtssache 316/85).

Wieviel Unterhalt mindestens erbracht werden muss, ist dabei unklar. Das Landessozialgericht NRW hat etwa in einer Reihe von Fällen entschieden, dass auch eine Unterhaltszahlung in Höhe von **100 Euro ausreichen kann**, um die Eigenschaft als Familienangehöriger geltend machen zu können und damit einen ergänzenden Sozialleistungsanspruch zu haben (LSG NRW; Beschluss vom 28.5.2015; L 7 AS 372/15 B ER und L 7 AS 373/15 B; LSG NRW, Beschluss vom 15.4.2015; L 7 AS 428/15 B ER. **Auch wenn der eigene Lebensunterhalt nicht vollständig gedeckt ist, kann Unterhalt geleistet werden.** Dies ergibt sich daraus, dass ein Freibetrag bei Erwerbstätigkeit nicht vom Jobcenter angerechnet wird. Damit kann auch eine Unterhaltsleistung erbracht werden (LSG Bayern, Beschluss vom 19. November 2018; L 11 AS 912/18 B ER). Auch reiner Naturalunterhalt ist von Gerichten als ausreichend angesehen worden (u. a. LSG NRW; Beschluss vom 30. Januar 2019; L 7 AS 2006/18 B ER, sowie LSG Bayern; Beschluss vom 6. August 2019; L 16 AS 450/19 B ER).

- Der Status als Familienangehörige ist **nicht auf eine bestimmte Altersspanne beschränkt**; also *nicht* etwa auf Kinder bis zum 25. Geburtstag: Jemand kann im Sinne des Freizügigkeitsrechts Familienangehörige*r sein, obwohl er oder sie nach den Regelungen des SGB II nicht mehr Teil der Bedarfsgemeinschaft ist.
- Der Status als Familienangehörige*r entfällt auch nicht dadurch, dass im Laufe der Zeit keine Unterhaltsleistung mehr erbracht wird, weil die Familienangehörige **durch Arbeitsaufnahme selbst ihren Lebensunterhalt bestreiten** kann (EuGH, Urteil vom 16.1.2014, Rechtssache C-432712).
- Auch wenn die Familienangehörigen in eine **eigene Wohnung** ziehen, entfällt nicht der Status als Familienangehörige*r, der Anspruch auf Sozialleistungen bleibt bestehen (BSG, Urteil vom 25. Januar 2012; B 14 AS 138/11 R).

Beispiel 1:

Frau J. ist serbische Staatsangehörige und in Deutschland verheiratet mit einem niederländischen Staatsbürger. Beide arbeiten und verdienen nicht schlecht. Frau J. fragt, ob es möglich wäre, ihre Eltern aus Serbien nach Deutschland zu holen. Sie könnten bei ihnen wohnen und würden auch mitversorgt, aber das Einkommen würde nicht ausreichen, um auch noch die Krankenversicherung zu bezahlen.

Wäre Frau J. nicht mit einem Niederländer verheiratet, wäre ein Elternnachzug faktisch unmöglich. Dieser würde sich nach § 36 Abs. 2 AufenthG richten. Voraussetzung wäre das Vorliegen einer „außergewöhnlichen Härte“ und in der Regel die vollständige Lebensunterhaltssicherung.

Nach dem Freizügigkeitsgesetz kann aber Herr J., der niederländische Staatsbürger, seine Schwiegereltern zu sich holen. Diese haben ein Freizügigkeitsrecht, wenn ihnen ein Teil des Unterhalts gewährt wird, auch wenn dieser nicht vollständig existenzsichernd ist. Dies ist der Fall, und der Familiennachzug ist somit möglich. Es besteht für die Schwiegereltern Anspruch auf ergänzende Leistungen nach dem SGB II oder XII.

Beispiel 2:

Die 22-jährige E. ist mit ihrem einjährigen Sohn aus Griechenland zu ihren Eltern nach Deutschland gezogen. Der Vater hat eine Teilzeitstelle, die Mutter arbeitet nicht, sondern kümmert sich um den Enkel. Die Eltern lassen Tochter und Enkel kostenfrei bei sich wohnen und leisten Unterhalt im Rahmen von Betreuung und Pflege. Tochter und Enkel haben ein Freizügigkeitsrecht als Familienangehörige und einen Anspruch auf Leistungen nach dem SGB II (LSG NRW; Beschluss vom 30. Januar 2019; L 7 AS 2006/18 B ER).

Lediglich für die Familienangehörigen von **Nicht-erwerbstätigen** besteht die Voraussetzung, dass **ausreichende Existenzmittel** einschließlich eines Krankenversicherungsschutzes vorhanden sein müssen. Im Falle des Familiennachzugs zu Arbeitnehmer*innen, Selbstständigen oder Arbeitsuchenden besteht das Freizügigkeitsrecht als Familienangehörige unabhängig von der Sicherung des Lebensunterhalts.

Zusammenfassung:

- Für Familienangehörige von Arbeitnehmer*innen, Selbstständigen, Daueraufenthaltsberechtigten und Arbeitsuchenden besteht das Freizügigkeitsrecht **unabhängig von der Lebensunterhaltssicherung** – evtl. jedoch unter der Voraussetzung, dass ein **Teil des Unterhalts** gesichert wird. Eine Verlustfeststellung aufgrund des Sozialhilfebezugs ist nicht zulässig.
- Nur für die Familienangehörigen von Nicht-Erwerbstätigen ohne anderes Aufenthaltsrecht besteht für ein Freizügigkeitsrecht die Voraussetzung ausreichender Existenzmittel.
- Für Familienangehörige von Arbeitnehmer*innen sowie Selbstständigen und Daueraufenthaltsberechtigten besteht Anspruch auf Leistungen nach dem SGB II sowie ggf. sämtliche Leistungen des SGB XII (z. B. Hilfe zum Lebensunterhalt, Grundsicherung, Hilfe zur Pflege, Hilfe nach § 67ff) sowie die Leistungen der Eingliederungshilfe nach dem SGB IX.

Im Überblick: Die Freizügigkeitsvoraussetzungen und Sozialleistungsansprüche von Familienangehörigen

Unionsbürger*in („Stammberechtigter*r“) hat Freizügigkeitsrecht als	Ehepartner*in	Verwandte in absteigender Linie unter 21	Verwandte in absteigender Linie ab 21	Verwandte in aufsteigender Linie
Arbeitnehmer*in oder Selbstständige*r (auch bei Fortgeltung des Erwerbstätigenstatus nach unfreiwilligem Verlust der Arbeit)	Freizügigkeitsrecht ohne weitere Voraussetzung	Freizügigkeitsrecht ohne weitere Voraussetzung	Voraussetzung: Ein Teil des Unterhalts muss geleistet werden	Voraussetzung: Ein Teil des Unterhalts muss geleistet werden
	SGB II-/XII-Anspruch ja	SGB II-/XII-Anspruch ja	Ergänzender SGB II-/XII-Anspruch ja	Ergänzender SGB II-/XII-Anspruch ja
Arbeitsuchende*r (Zweck der Arbeitsuche besteht mind. für sechs Monate)	Freizügigkeitsrecht ohne weitere Voraussetzung	Freizügigkeitsrecht ohne weitere Voraussetzung	Voraussetzung: Ein Teil des Unterhalts muss geleistet werden	Voraussetzung: Ein Teil des Unterhalts muss geleistet werden
	SGB II-/XII-Anspruch nein	SGB II-/XII-Anspruch nein	SGB II-/XII-Anspruch nein	SGB II-/XII-Anspruch nein
Daueraufenthaltsrecht (i. d. R. nach fünf Jahren materiell rechtmäßigem Aufenthalt)	Freizügigkeitsrecht ohne weitere Voraussetzung	Freizügigkeitsrecht ohne weitere Voraussetzung	Voraussetzung: Ein Teil des Unterhalts muss geleistet werden	Voraussetzung: Ein Teil des Unterhalts muss geleistet werden
	SGB II-/XII-Anspruch ja	SGB II-/XII-Anspruch ja	Ergänzender SGB II-/XII-Anspruch ja	Ergänzender SGB II-/XII-Anspruch ja
Nicht-Erwerbstätige (wenn kein anderer Freizügigkeitsgrund erfüllt ist)	Ausreichende Existenzmittel	Ausreichende Existenzmittel	Ausreichende Existenzmittel	Ausreichende Existenzmittel
	SGB II-/XII-Anspruch nein	SGB II-/XII-Anspruch nein	SGB II-/XII-Anspruch nein	SGB II-/XII-Anspruch nein

2.14 Die Aufrechterhaltung des Freizügigkeitsrechts als Familienangehörige

Die Familienangehörigen behalten auch nach dem Tod oder Wegzug der Unionsbürger*in oder bei einer Scheidung unter bestimmten Voraussetzungen ein eigenständiges Aufenthaltsrecht:

- Bei **Scheidung, bei Tod oder beim Wegzug der Unionsbürger*in** aus dem Bundesgebiet behalten **Familienangehörige, die selbst Unionsbürger*in sind**, ein eigenständiges Recht auf Aufenthalt aus familiären Gründen unabhängig von einer Voraufenthaltszeit und unabhängig davon, ob sie in eigener Person ein anderes Freizügigkeitsrecht erfüllen (Art. 12 Abs. 1 sowie Art. 13 Abs. 1 der Unionsbürgerrichtlinie, UnionsRL). Damit bleibt auch der Sozialleistungsanspruch erhalten.

Praxistipp: Unvollständige Umsetzung im deutschen Recht

Diese oben genannten „Verbleiberechte“ für Familienangehörige, die selbst Unionsbürger*in sind, sind im FreizügG nicht in deutsches Recht umgesetzt worden. Da die Unionsbürgerrichtlinie als unionsrechtliche Norm jedoch höherrangig ist und die Art. 12 Abs. 1 und Art. 13 Abs. 1 zudem sehr konkrete Regelungen beinhalten, sind diese vorrangig und unmittelbar anwendbar. Man kann sich direkt darauf berufen, wenn die Ausländerbehörde oder das Jobcenter diese nicht beachten sollten.

- Beim **Tod der Unionsbürger*in** behalten **drittstaatsangehörige Familienangehörige** ein eigenständiges Recht auf Aufenthalt aus familiären Gründen, wenn sie sich vor dem Tod der Unionsbürger*in mindestens ein Jahr als ihre*seine Familienangehörigen im Bundesgebiet aufgehalten haben. Hierfür ist es für Drittstaatsangehörige allerdings zudem erforderlich, dass sie in eigener Person eine der Freizügigkeitsvoraussetzungen aus § 2 Abs. 2 Nr. 1 bis 3 oder 5 FreizügG erfüllen (also z. B. Arbeitnehmer*in, Selbstständige

oder Arbeitssuchende sind bzw. als Nicht-Erwerbstätige über ausreichende Existenzmittel verfügen, § 3 Abs. 2 FreizügG; Art. 12 Abs. 2 UnionsRL).

- Wenn die **verstorbene Unionsbürger*in** ein Freizügigkeitsrecht als Arbeitnehmer*in, Selbstständige*r oder Arbeitssuchende*r zum Zeitpunkt ihres Todes hatte und mindestens zwei Jahre im Bundesgebiet gelebt hatte, haben die drittstaatsangehörigen Familienangehörigen sogar ein Daueraufenthaltsrecht. Wenn der Tod der Unionsbürger*in aufgrund eines Arbeitsunfalls oder einer Berufskrankheit eingetreten ist, besteht für die drittstaatsangehörigen Familienangehörigen ein Daueraufenthaltsrecht sogar unabhängig von der Voraufenthaltszeit (§ 4a Abs. 3 FreizügG).
- Bei **Scheidung** behalten **drittstaatsangehörige Familienangehörige** ein Freizügigkeitsrecht als Familienangehörige, wenn die Ehe mindestens drei Jahre bestanden hatte, davon mindestens ein Jahr im Bundesgebiet. Es kommt hierbei nicht auf den Zeitpunkt der Trennung an, sondern auf den Zeitpunkt der „Einleitung des gerichtlichen Scheidungsverfahrens“. Hierfür ist es für Drittstaatsangehörige allerdings zudem erforderlich, dass sie in eigener Person eine der Freizügigkeitsvoraussetzungen aus § 2 Abs. 2 Nr. 1 bis 3 oder 5 FreizügG erfüllen (also z. B. Arbeitnehmer*in, Selbstständige oder Arbeitssuchende sind bzw. als Nicht-Erwerbstätige über ausreichende Existenzmittel verfügen (§ 3 Abs. 4 FreizügG; Art. 13 Abs. 2 UnionsRL).
- Im Fall einer „**besonderen Härte**“, etwa wegen Gewalt, körperlichen oder psychischen Missbrauchs oder aus anderen Gründen, aufgrund derer eine*r drittstaatsangehörigen Ehegatt*in das Festhalten an der Ehe oder der Lebenspartnerschaft nicht zugemutet werden konnte, gilt die Mindestbestandszeit von drei Jahren nicht als Voraussetzung für das Fortbestehen des Freizügigkeitsrechts als Familienangehörige (§ 3 Abs. 4 Nr. 3 FreizügG; Art. 13 Abs. 2 UnionsRL).
- Ebenfalls unabhängig von der Ehe-Mindestbestandszeit bleibt für drittstaatsangehörige Familienangehörige ein Freizügigkeitsrecht als Familienangehörige bestehen, wenn „*durch Vereinbarung*

der Ehegatten oder der Lebenspartner oder durch gerichtliche Entscheidung **das Recht zum persönlichen Umgang mit dem minderjährigen Kind nur im Bundesgebiet eingeräumt wurde**“ (§ 3 Abs. 4 Nr. 4 FreizügG, Art. 13 Abs. 2 UnionsRL).

- Die minderjährigen **Kinder in Schul- oder Berufsausbildung und ihr Elternteil** behalten (unabhängig von ihrer Staatsangehörigkeit) ein familiäres Aufenthaltsrecht, wenn ein unionsangehöriger Elternteil verstirbt oder wegzieht. Die Kinder von Unionsbürger*innen und der Elternteil, der die elterliche Sorge tatsächlich ausübt, haben somit immer und uneingeschränkt ein Aufenthaltsrecht und auch einen Anspruch auf sozialrechtliche Gleichbehandlung, wenn sie sich in einer Ausbildung befinden (Grundschule bis Berufsausbildung bzw. Studium) *und* wenn ein EU-angehöriger Elternteil verstirbt oder wegzieht. (§ 3 Abs. 3 FreizügG; Art. 12 Abs. 3 UnionsRL).

- Wenn sich die familienangehörige Person fünf Jahre zusammen mit der Unionsbürger*in im Bundesgebiet aufgehalten haben und die Unionsbürger*in fünf Jahre durchgehend einen materiellen Freizügigkeitsgrund erfüllt hatte (z. B. als Arbeitnehmer*in bei fortgeltendem Arbeitnehmer*innenstatus, Arbeitsuchende usw.), haben auch die Familienangehörigen automatisch ein **eigenständiges Daueraufenthaltsrecht** (§ 4a Abs. 1 S. 2 FreizügG). In bestimmten Fällen entsteht das Daueraufenthaltsrecht schon nach weniger als fünf Jahren, wenn die Unionsbürger*in das Rentenalter erreicht hat oder wegen einer Erwerbsunfähigkeit in Rente geht (§ 4a Abs. 4 FreizügG).

Beispiel:

Ein slowakischer Mann, der zuvor als Arbeitnehmer in Deutschland tätig war, trennt sich von seiner Familie und kehrt dauerhaft in die Slowakei zurück. Seine Frau und seine Kinder bleiben in Deutschland. Die Mutter ist nicht erwerbstätig, die Kinder besuchen die Schule.

Die Kinder und die Mutter haben eine Freizügigkeitsrecht nach § 3 Abs. 3 FreizügG und damit auch einen Anspruch auf SGB II-Leistungen (LSG NRW; Beschluss vom 16. August 2017; L 19 AS 1429/17 B ER / L 19 AS 1430/17 B ER). In einem anderen Fall hat das LSG NRW ebenfalls bestätigt, dass in einem solchen Fall sowohl das Freizügigkeitsrecht (unabhängig von der Lebensunterhaltssicherung) fortbesteht, als auch ein Anspruch auf Leistungen nach dem SGB II oder SGB XII besteht. (LSG NRW; Beschluss vom 27. Dezember 2016 (L 7 AS 2148/16 B ER)

Praxistipp: Kurzübersicht zu Bleiberechten von Familienangehörigen

Bernd Eckhardt, der regelmäßig die sehr informative Veröffentlichung <http://www.sozialrecht-justament.de/> herausgibt, hat eine hilfreiche Kurzzusammenfassung der Bleiberechte von Familienangehörigen von Unionsbürger*innen veröffentlicht. Diese gibt es zum Download hier:

→ <https://t1p.de/95lr>

Zusammenfassung:

- Für Familienangehörige, deren Status als Familienangehörige fortgilt, besteht das Freizügigkeitsrecht unabhängig von der Lebensunterhaltssicherung. Eine Verlustfeststellung aufgrund des Sozialhilfebezugs ist nicht zulässig.
- Für Familienangehörige, deren Status fortgilt, besteht Anspruch auf Leistungen nach dem SGB II sowie ggf. sämtliche Leistungen des SGB XII (z. B. Hilfe zum Lebensunterhalt, Grundsicherung, Hilfe zur Pflege, Hilfe nach § 67ff) sowie die Leistungen der Eingliederungshilfe nach dem SGB IX.

2.15 Spezialfälle des Aufenthaltsrechts als Familienangehörige: Art. 21 und 20 AEUV, fiktives Aufenthaltsrecht nach AufenthG

Manche familiären Konstellationen – insbesondere bei nicht verheirateten Elternteilen mit gemeinsamen Kindern – sind im Freizügigkeitsgesetz nicht ausdrücklich geregelt. Dennoch besteht für diese Fälle nach EU-Recht oder nach nationalem Recht aufgrund des Schutzes der Familie ein familiäres Aufenthaltsrecht. Dies gilt zum Beispiel für die folgenden Konstellationen:

➔ Freizügigkeitsrecht nach Art. 21 AEUV

Es kann auch dann ein familiäres Freizügigkeitsrecht bestehen, wenn nicht die EU-Bürger*in ihrem Verwandten den Unterhalt gewährt, sondern es sich umgekehrt verhält. Dies ist dann der Fall, wenn es sich bei der **EU-Bürger*in um eine*n Minderjährige*n handelt, die in eigener Person ein materielles Freizügigkeitsrecht erfüllt** (weil sie als nicht-erwerbstätige Person über ausreichende Existenzmittel verfügt, z. B. wegen ausreichender Unterhaltsleistungen der Eltern) und der drittstaatsangehörige Elternteil dem Kind Unterhalt leistet. In diesem Fall besteht ein abgeleitetes Freizügigkeitsrecht nach Art. 21 Abs. 1 AEUV (Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union), das zwar im Freizügigkeitsgesetz und der UnionsRL nicht ausdrücklich vorgesehen ist, sich aber unmittelbar aus dem EU-Vertrag und dem dort normierten Recht auf Aufenthalt aufgrund der Unionsbürgerschaft ergibt (BVerwG, Urteil vom 23. September 2020; 1 C 27.19). Dieses familiäre Freizügigkeitsrecht besteht sogar dann, wenn der Lebensunterhalt des EU-Kindes aktuell zwar nicht gesichert ist – aber nur deshalb, weil die Ausländerbehörde dem drittstaatsangehörigen Elternteil rechtswidrig eine Arbeitserlaubnis verweigert hat. **Es besteht in diesen Fällen Anspruch auf Ausstellung einer Aufenthaltskarte** nach dem Freizügigkeitsgesetz. Die Aufenthaltskarte ist dabei nur deklaratorisch, auch ohne diese Bescheinigung besteht das Aufenthaltsrecht, wenn die Voraussetzungen erfüllt sind.

Beispiel:

Ein kosovarischer Mann hat ein Kind mit einer ungarischen Frau. Sie leben unverheiratet zusammen und üben gemeinsames Sorgerecht aus. Der Vater sorgte für den Lebensunterhalt des Kindes, bis die Ausländerbehörde ihm (rechtswidrig) eine Duldung mit Arbeitsverbot erteilte. Die ungarische Mutter übte danach einen Minijob aus und erhielt für sich und das Kind aufstockende SGB-II-Leistungen.

Das Bundesverwaltungsgericht hat entschieden, dass der Vater zwar nicht als Familienangehöriger eine*r Unionsbürger*in nach dem Wortlaut des Freizügigkeitsgesetzes gelte, weil er ja vom Kind logischerweise keinen Unterhalt erhalten habe. Er besitze aber ein Freizügigkeitsrecht nach Art. 21 Abs. 1 AEUV, weil ansonsten das Recht auf ein normales Familienleben für die Unionsbürger*in (das Kind und die Mutter) nicht erfüllt werden könne. Voraussetzung sei hierfür aber, dass das Kind ein eigenständiges Freizügigkeitsrecht erfüllt (weil es als Nicht-Erwerbstätige*r über ausreichende Existenzmittel verfügt) und nicht nur ein von der Mutter abgeleitetes Freizügigkeitsrecht hat. Außerdem muss der Vater für das Kind tatsächlich sorgen.

Die ausreichenden Existenzmittel für das Kind stehen auch dann zur Verfügung, wenn sie von dem drittstaatsangehörigen Elternteil stammen. Im konkreten Fall hat das Bundesverwaltungsgericht entschieden, dass diese Voraussetzung auch dann erfüllt ist, wenn der Vater nur wegen eines rechtswidrigen Arbeitsverbots nicht genug für das Kind verdienen kann. Wenn der Vater für das Kind genug verdienen würde, nicht aber für sich selbst, hätte er in diesem Fall einen Anspruch auf Leistungen vom Jobcenter.

→ Freizügigkeitsrecht nach Art. 20 AEUV „sui generis“

Das Freizügigkeitsrecht nach Art. 20 AEUV („sui generis“ meint dabei „von eigener Art“ im Sinne von „eigenständig“) ergibt sich unmittelbar aus der Unionsbürgerschaft des Art. 20 AEUV und ist in der Unionsbürgerrichtlinie oder dem FreizügG nicht konkretisiert. Es beruht auf der Rechtsprechung des EuGH, nach der eine*r Drittstaatsangehörigen in ganz besonderen Ausnahmefällen ein abgeleitetes Aufenthaltsrecht zur Wahrung des Kernbestandes der Rechte seines Kindes als Unionsbürger*in zustehen kann. Es ist in ganz ähnlichen Fällen erfüllt, wie das oben genannte nach Art. 21 AEUV – mit einem wichtigen Unterschied: Die Voraussetzungen des Art. 20 sind auch dann erfüllt, wenn die Unionsbürger*in (also in der Regel das Kind) kein Freizügigkeitsrecht in eigener Person erfüllt, sondern ein vom anderen Elternteil abgeleitetes Aufenthaltsrecht hat. Dies gilt insbesondere dann, wenn das EU-Kind nicht über ausreichende Existenzmittel verfügt. Dennoch kann für den drittstaatsangehörigen Elternteil ein abgeleitetes Freizügigkeitsrecht bestehen, weil ansonsten der andere, freizügigkeitsberechtigte Elternteil gezwungen wäre, gemeinsam mit dem Kind Deutschland zu verlassen, um seine familiäre Gemeinschaft weiterhin zu wahren. Dieser Zwang jedoch würde dem Prinzip der Freizügigkeit ihre praktische Wirksamkeit nehmen und ist daher unzulässig.

Für das Freizügigkeitsrecht nach Art. 20 AEUV wird jedoch ein „**besonderes Abhängigkeitsverhältnis**“ zwischen dem drittstaatsangehörigen Elternteil und dem EU-Kind vorausgesetzt: Dies kann sich aus der rechtlichen Abhängigkeit (Ausübung der Personensorge), aus der affektiven Abhängigkeit (emotionale Bindung) oder einer wirtschaftlichen Abhängigkeit ergeben.

Praxistipp: Materialien zum Freizügigkeitsrecht nach Art. 20 AEUV

Das Bundesinnenministerium hat zu diesem Aufenthaltsrecht im April 2020 ein ausführliches Rundschreiben veröffentlicht:

→ <https://t1p.de/n65x>.

Das Bundesverwaltungsgericht hat dazu eine wichtige Entscheidung getroffen:

→ BVerwG, Urteil vom 12. Juli 2018; 1 C 16.17.

Es besteht in diesem Fall Anspruch auf Ausstellung einer Aufenthaltserlaubnis mit dem Vermerk „Art. 20 AEUV“. Die Aufenthaltserlaubnis ist dabei nur deklaratorisch, auch ohne diese Bescheinigung besteht das Aufenthaltsrecht, wenn die Voraussetzungen erfüllt sind.

Beispiel:

Herr L. ist russischer Staatsangehöriger. Er hat ein gemeinsames Kind mit Frau K., einer kroatischen Staatsangehörigen. Sie haben gemeinsames Sorgerecht, wohnen aber nicht zusammen und sind nicht miteinander verheiratet. Herr L. hat einen engen Kontakt zu seinem Kind, sie treffen sich alle drei Tage. Frau K ist Arbeitnehmerin und arbeitet in Deutschland. Das Einkommen reicht aber nicht ganz für die Lebensunterhaltssicherung, es gibt aufstockende Leistungen vom Jobcenter. Herr L. sucht zur Zeit Arbeit.

Herr L. erfüllt nicht die Voraussetzungen für ein Freizügigkeitsrecht als Familienangehöriger seines Kindes. Zugleich erfüllt er auch nicht die Voraussetzungen für ein Freizügigkeitsrecht nach Art. 21 AEUV, da das Kind nicht über ausreichende Existenzmittel verfügt und daher kein Freizügigkeitsrecht in eigener Person erfüllt (sondern nur ein von der erwerbstätigen Mutter abgeleitetes). Er hat aber ein Freizügigkeitsrecht nach Art. 20 AEUV, da er ein enges affektives und rechtliches Abhängigkeitsverhältnis zu seinem Kind hat. Wenn er kein Aufenthaltsrecht in Deutschland hätte, müsste (für die Wahrung des Familienlebens) das Kind und die freizügigkeitsberechtigte Mutter mit ausreisen. Dies kann nicht verlangt werden.

Er hat Anspruch auf Ausstellung einer Aufenthaltserlaubnis nach Art. 20 AEUV. Er hat zudem Anspruch auf Leistungen nach dem SGB II, da er nicht nur zum Zweck der Arbeitsuche aufenthaltsberechtigt ist.

→ (Fiktives) Aufenthaltsrecht nach dem AufenthG

Das Aufenthaltsgesetz ist ausnahmsweise auch auf Unionsbürger*innen und ihre Familienangehörigen anwendbar, wenn es einen besseren Status zur Folge hat, als ihn das FreizügG vorsieht (§ 11 Abs. 14 FreizügG). Dies kommt insbesondere dann in Frage, wenn das FreizügG die entsprechende Konstellation gar nicht vorsieht und gleichzeitig aufgrund des Schutzes der Familie ein Aufenthaltsrecht erteilt werden muss. Für den Sozialleistungsanspruch ist wichtig, dass es nach der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts (BSG, Urteil vom 30. Januar 2013; B 4 AS 54/12 R) dabei nicht darauf ankommt, dass die Aufenthaltserlaubnis *tatsächlich* ausgestellt worden ist, sondern auch die *Möglichkeit* ihrer Erteilung zu einem anderen Aufenthaltsrecht als dem der Arbeitssuche und damit zu Sozialleistungsansprüchen führt.

Anwendung finden muss diese Prüfung eines „fiktiven Aufenthaltsrechts“ insbesondere bei Konstellationen von unverheirateten Elternteilen (eine*r hat ein materielles Freizügigkeitsrecht, die andere nicht) mit gemeinsamen Kindern – unabhängig davon, ob der andere Elternteil Unionsbürger*in ist oder Drittstaatsangehörige*r. So haben die Sozialgerichte in mehreren Beschlüssen entschieden, dass in diesem Fall der andere, nicht erwerbstätige Elternteil einen *fiktiven* Anspruch auf eine Aufenthaltserlaubnis nach § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 AufenthG (Elternteil eines deutschen Kindes, obwohl gar kein deutsches Kind existiert) hat. Die Regelung muss dennoch analog angewandt werden, da Unionsbürger*innen nicht schlechter gestellt werden dürfen als Deutsche. So sehen es auch die Allgemeinen Verwaltungsvorschriften zum FreizügG:

In Frage kommen neben der Aufenthaltserlaubnis nach § 28 AufenthG insbesondere die Aufenthaltserlaubnisse

- nach § 36 Abs. 2 AufenthG (sonstige Familienangehörige),
- § 25 Abs. 5, § 25 Abs. 4 S. 2 AufenthG (humanitäre Gründe, wenn eine Ausreise nicht möglich oder eine außergewöhnliche Härte bedeuten würde) sowie
- nach § 7 Abs. 1 S. 3 AufenthG (sonstige, nirgendwo anders geregelte Gründe).

Zusammenfassung:

- Bei einem Aufenthaltsrecht nach Art. 21 oder 20 AEUV oder mit einem (fiktiven) Aufenthaltsrecht nach dem AufenthG liegt ein Aufenthaltsrecht nicht nur zum Zweck der Arbeitssuche vor.
- Es besteht Anspruch auf Leistungen nach dem SGB II sowie ggf. sämtliche Leistungen des SGB XII (z. B. Hilfe zum Lebensunterhalt, Grundversicherung, Hilfe zur Pflege, Hilfe nach § 67ff), sowie die Leistungen der Eingliederungshilfe nach SGB IX (vgl.: Kapitel 3).
- Weitere Informationen zum fiktiven Aufenthaltsrecht nach dem AufenthG finden Sie in Kapitel 2.19.

2.16 Aufenthaltsrecht nach Art. 10 der Verordnung VO 492/2011 wegen des Schulbesuchs der Kinder

Minderjährige Kinder von Unionsbürger*innen sowie ihre Eltern, die die elterliche Sorge tatsächlich ausüben, haben ein eigenständiges europarechtliches Aufenthaltsrecht, wenn sie sich in einer Ausbildung befinden (Grundschule bis Berufsausbildung bzw. Studium) und wenn eines ihrer unionsangehörigen Elternteile früher als Arbeitnehmer*in in Deutschland gearbeitet hat oder aktuell arbeitet.

- Dieses Aufenthaltsrecht ergibt sich nicht aus der Unionsbürgerrichtlinie oder dem Freizügigkeitsgesetz, sondern unmittelbar aus Art. 10 der EU-Verordnung 492/2011.
- Die Definition des „Arbeitnehmer*innenbegriffs“ orientiert sich an den in Kapitel 2.9 dargestellten Kriterien: Es muss sich nicht um eine existenzsichernde Arbeit oder ein sozialversicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis gehandelt haben. Das BSG hat eine frühere viermonatige Tätigkeit mit 250 Euro Monatseinkommen als ausreichend für die Begründung des Aufenthaltsrechts nach Art. 10 VO 492/2011 als ausreichend angesehen (BSG, Urteil vom 27. Januar 2021, B 14 AS 25/20). In einem anderen Fall hat das BSG auch eine zweimonatige Tätigkeit als ausreichend angesehen (BSG, Urteil vom 27. Januar 2021; B 14 AS 42/19 R).
- Hierbei spielt es keine Rolle, ob die Arbeit unfreiwillig verloren ging, wie lange die Beschäftigung ausgeübt worden war und wie lange dies bereits her ist.
- Es ist auch nicht Voraussetzung, dass der Elternteil zu dem Zeitpunkt gearbeitet hat, als sich das Kind schon in (Schul-)Ausbildung befand (EuGH, Urteil vom 23. Februar 2010; C-480/08).
- Es spielt auch keine Rolle, ob das Kind und der andere Elternteil Unionsbürger*in oder Drittstaatsangehörige*r ist.

- Das Freizügigkeitsrecht besteht auch, wenn der Lebensunterhalt der Familie nicht gesichert ist.
- Unter „Kindern“ sind nach der EuGH-Rechtsprechung auch **Stiefkinder** (Kinder der Ehegatt*in) und wohl auch **Enkel** („Verwandte in absteigender Linie“) zu verstehen (EuGH, Urteile vom 15. Dezember 2016; Rechtssachen C-401/15 bis C-403/15).

Hintergrund ist, dass nach Art. 10 der VO 492/2011 den Kindern eines früheren „Wanderarbeiters“ das Recht zusteht, *„unter den gleichen Bedingungen wie die Staatsangehörigen dieses Mitgliedstaats am allgemeinen Unterricht sowie an der Lehrlings- und Berufsausbildung teil(zu)nehmen“*.

Nach der Rechtsprechung des EuGH ergibt sich aus Art. 10 VO 492/2011 ein eigenständiges und unabhängig von der Unionsbürgerrichtlinie oder dem Freizügigkeitsgesetz bestehendes Recht auf Aufenthalt sowohl für das Kind als auch für einen oder beide Elternteil(e), der die elterliche Sorge tatsächlich ausübt (EuGH, Urteil vom 23. Februar 2010; C-480/08; Rechtssache „Texeira“; sowie: EuGH, Urteil vom 23. Februar 2010, C 310/08; Rechtssache „Ibrahim“). In beiden genannten Urteilen ging es zwar um Art. 12 der Vorgängerverordnung VO 1612/68, dieser entspricht jedoch wörtlich dem Artikel 10 der nun geltenden Verordnung 492/2011. Das Bundesverwaltungsgericht hat dieses eigenständige Freizügigkeitsrecht bestätigt (BVerwG; 1 C 48.18; Urteil vom 11. September 2019).

Mittlerweile ist geklärt, dass mit einem Aufenthaltsrecht nach Art. 10 VO 492/2011 sowohl für das Kind, als auch für den bzw. die Elternteil(e), die die elterliche Sorge ausüben, ein Anspruch auf Leistungen nach dem SGB II und XII besteht. Die früheren Leistungsausschlüsse sind zum 1. Januar 2021 in § 7 SGB II und § 23 SGB XII gestrichen worden, nachdem der EuGH die Leistungsausschlüsse für europarechtswidrig erklärt hatte (EuGH, Urteil vom 6. Oktober 2020; Rechtssache C181/19; „J.D. gegen Jobcenter Krefeld“).

Beispiel:

Frau K. ist belgische Staatsangehörige und hat früher in Deutschland fünf Monate lang gearbeitet. Sie lebt zusammen mit Herrn G., einem marokkanischen Staatsangehörigen, der schon länger arbeitslos ist. Beide sind nicht verheiratet und haben gemeinsame Kinder, von denen einige schulpflichtig sind. Das Jobcenter hat Leistungen für die Familie abgelehnt, da die Eltern nicht arbeiten würden, und die Ausländerbehörde hat angekündigt, der Familie das Freizügigkeitsrecht zu entziehen.

Beide behördlichen Entscheidungen sind rechtswidrig: Wegen des Schulbesuchs der Kinder und der Tatsache, dass Frau K. früher Arbeitnehmerin war, haben sowohl die Kinder als auch die Eltern ein Aufenthaltsrecht nach Art. 10 VO 492/2011. Damit haben sie auch einen Anspruch auf Leistungen nach dem SGB II.

Praxistipp: Arbeitshilfe zum Freizügigkeitsrecht nach Art. 10 VO 492/2011

Zum Freizügigkeitsrecht nach Art. 10 VO 492/2011 gibt es eine ausführliche Arbeitshilfe des Paritätischen Gesamtverbandes:

→ <https://t1p.de/b1mh>

Zusammenfassung:

- Das Aufenthaltsrecht der Kinder und ihrer Eltern nach Art. 10 VO 492/2011 besteht unabhängig von der Sicherung des Lebensunterhalts (vgl.: EuGH, Urteil vom 23. Februar 2010, C 310/08; Rechtssache „Ibrahim“). Eine Verlustfeststellung wegen des Sozialhilfebezugs ist nicht möglich.
- Es besteht Anspruch auf Leistungen nach dem SGB II sowie ggf. sämtliche Leistungen des SGB XII (z. B. Hilfe zum Lebensunterhalt, Grundsicherung, Hilfe zur Pflege, Hilfe nach § 67ff), sowie die Leistungen der Eingliederungshilfe nach SGB IX (vgl.: Kapitel 3).

2.17 Aufenthaltsrecht von „nahestehenden Personen“

Im November 2020 ist in § 1 Abs. 2 Nr. 4 FreizügG und in § 3a FreizügG ein neues Aufenthaltsrecht für drittstaatsangehörige „nahestehende Personen“ von Unionsbürger*innen eingeführt worden, sofern für sie nicht die Regelungen für Familienangehörige gelten sollten. Dabei handelt es sich um folgende Gruppen, für die der EuGH und die Europäische Kommission entgegen der deutschen Rechtslage schon vor vielen Jahren eine Erleichterung von Einreise und Aufenthalt eingefordert hatten:

- **Verwandte in der Seitenlinie** (Geschwister, Tanten, Nichten, Cousins usw.) der Unionsbürger*in oder der Ehegatt*in. Voraussetzung ist in diesem Fall, dass
 - die Unionsbürger*in diesen seit mindestens **zwei Jahren Unterhalt** gewährt hat. Die Unterhaltsgewährung muss auch noch zum Zeitpunkt der Antragstellung stattfinden. Eine frühere Unterhaltsgewährung allein genügt nicht. Die Höhe des Unterhalts ist nicht festgelegt. *Oder*
 - für mindestens **zwei Jahre eine häusliche Gemeinschaft** im Ausland bestanden hatte *oder*
 - nicht nur vorübergehend „schwerwiegende gesundheitliche Gründe (...) die **persönliche Pflege** von ihr durch den Unionsbürger zwingend erforderlich machen“ (§ 1 Abs. 2 Nr. 4a i. V. m. § 3a Abs. 1 Nr. 1 FreizügG).
- minderjährige, ledige **Pflegekinder** oder Kinder, für die die Unionsbürger*in die **Vormundschaft** hat; auch, wenn diese nach dem Recht des Herkunftslandes eingerichtet worden ist (z. B. nach der algerischen Kafala). Voraussetzung ist in diesem Fall, dass die Unionsbürger*in mit dem Kind im Bundesgebiet für längere Zeit in familiärer Gemeinschaft zusammenleben wird und das Kind von der Unionsbürger*in „abhängig ist“ (§ 1 Abs. 2 Nr. 4b i. V. m. § 3a Abs. 1 Nr. 2 FreizügG).
- **nicht eingetragene Lebensgefährt*innen**, wenn eine „glaubhaft dargelegte, auf Dauer angelegte Gemeinschaft“ mit der Unionsbürger*in besteht und die Unionsbürger*in „mit ihr im Bundesgebiet nicht nur vorübergehend zusammenleben wird“; gemeint sind

damit eheähnliche, nicht verheiratete Partnerschaften (§ 1 Abs. 2 Nr. 4c i. V. m. § 3a Abs. 1 Nr. 3 FreizügG).

Die Hürden, ein solches Aufenthaltsrecht geltend machen zu können, sind für die „nahestehenden Personen“ hoch: Denn das Aufenthaltsrecht entsteht – anders als bei den Familienangehörigen – nicht per Gesetz, sondern das Recht muss durch die Ausländerbehörde aktiv verliehen werden. Die Ausstellung einer Aufenthaltskarte für nahestehende Personen ist somit „konstitutiv“ für das Aufenthaltsrecht und nicht „deklaratorisch“.

Die Verleihung des Aufenthaltsrechts ist dabei eine **Ermessensentscheidung**, bei der die Ausländerbehörde „nach einer eingehenden Untersuchung der persönlichen Umstände maßgeblich zu berücksichtigen (hat), ob der Aufenthalt der nahestehenden Person unter Berücksichtigung ihrer Beziehung zum Unionsbürger sowie von anderen Gesichtspunkten, wie dem Grad der finanziellen oder physischen Abhängigkeit oder dem Grad der Verwandtschaft zwischen ihr und dem Unionsbürger, im Hinblick auf einen in Absatz 1 genannten Anlass des Aufenthalts erforderlich ist.“ (§ 3a Abs. 2 FreizügG)

Praxistipp: Allgemeine Erteilungsvoraussetzungen müssen erfüllt sein

Im Gegensatz zu allen anderen Aufenthaltsrechten nach dem FreizügG ist für das Aufenthaltsrecht der „nahestehenden Personen“ eine Voraussetzung, dass allgemeinen Erteilungsvoraussetzungen nach § 5 AufenthG erfüllt sein müssen. Danach muss

- ➔ insbesondere **in der Regel der Lebensunterhalt gesichert** sein. In besonderen Fällen können oder müssen davon Ausnahmen gemacht werden (z. B. aus Gründen des Kindeswohls, zum Schutz der Familie – wenn also ansonsten schwerwiegende Rechtsgüter gefährdet wären).
- ➔ In der Regel muss zudem die **Passpflicht** erfüllt sein.
- ➔ Die „nahestehenden Personen“ müssen normalerweise mit dem richtigen **Visum** eingereist sein. Davon kann aber abgesehen werden, wenn aufgrund besonderer Umstände des Einzelfalls nicht zumutbar ist, das Visumverfahren nachzuholen.

Die „nahestehenden Personen“ erhalten bei Verleihung des Aufenthaltsrechts eine „Aufenthaltskarte nach § 3a FreizügG (nahestehende Personen von EU-Bürgern)“. Damit besteht die Berechtigung zur Erwerbstätigkeit, und der Erwerb des **Daueraufenthaltsrechts** nach § 4a FreizügG ist möglich. In einigen Konstellationen ist **kein eigenständiges Aufenthaltsrecht** für die „nahestehenden Personen“ vorgesehen – etwa, wenn die Pflegekinder volljährig werden oder die nicht eingetragene Lebenspartnerschaft zerbricht. Wenn die „stammberichtigte Person“ versterben sollte, haben die nahestehenden Personen ein eigenständiges Aufenthaltsrecht entsprechend § 3 Abs. 2 FreizügG, wenn sie sich zuvor ein Jahr mit der Unionsbürger*in in Deutschland aufgehalten hat.

Die Hürden für die verlangten Nachweise der „nahestehenden Personen“ sind zum Teil sehr hoch: So wird in vielen Fällen ein durch die „zuständige Behörde des Ursprungs- oder Herkunftslands ausgestelltes Dokument“ (z. B. über die Unterhaltszahlung oder das frühere Zusammenleben) verlangt, das nur sehr schwer beizubringen sein dürfte (§ 5a Abs. 3 FreizügG).

Ebenso schwierig dürfte es für Lebensgefährt*innen sein, das Bestehen einer „auf Dauer angelegten Gemeinschaft“ glaubhaft darzulegen. Das Bestehen einer auf Dauer angelegten, eheähnlichen Verbindung müsse zwar nicht durch eine amtliche oder behördliche Bescheinigung nachgewiesen, sondern könne auf andere Weise glaubhaft dargelegt werden: „Der Umstand, dass sich die Partner aber gerade nicht in einer Ehe oder eingetragenen Lebenspartnerschaft befinden müssen und daher für ihre Beziehung keine entsprechende besondere Urkunde existiert, wird durch die gewählte Formulierung besser zum Ausdruck gebracht.“ (Bundestags-Drucksache 19/23186)

Es reiche aber andererseits „keinesfalls lediglich ein Auszug aus dem Melderegister, aus dem ein Zusammenleben unter einer gemeinsamen Adresse hervorgeht, der nämlich auch bei bloßen Wohngemeinschaften vorgelegt werden könnte. (...) Indizien für eine ausreichend enge Beziehung sind etwa das gemeinsame Eigentum an der Wohnung oder dem Haus, in dem sich der tatsächliche Lebensmittelpunkt befindet, gemeinsame Kinder mit gemeinsamer elterlicher Sorge sowie die wirtschaftliche Verflechtung und das Einste-

hen füreinander auch in finanzieller Hinsicht, wenn etwa der Partner, der hauptsächlich einer Erwerbstätigkeit nachgeht, den Partner unterhält, der die Kinder betreut. (...) Der Nachweis einer dauerhaften Beziehung, die, wie oben ausgeführt, dadurch gekennzeichnet ist, dass eine Lebens- und Wirtschaftsgemeinschaft besteht, in der man füreinander einsteht, kann also durch Belege über ein längerfristiges Zusammenleben, gemeinsame Kinder, gemeinsame Vermögenswerte wie Konten oder Immobilien und Unterhaltsleistungen geführt werden.“ (Bundestags-Drucksache 19/21750)

Praxistipp: Erläuterungen zum Aufenthaltsrecht nahestehender Personen

Das Bundesinnenministerium hat Anwendungshinweise zu den Änderungen im FreizügG herausgegeben. Diese gehen auch ausführlich auf das Aufenthaltsrecht nahestehender Personen ein und erläutern dessen Voraussetzungen. Insbesondere werden darin Beispiele gegeben, wie die Voraussetzungen nachgewiesen bzw. glaubhaft gemacht werden können. Die Anwendungshinweise gibt es hier:

→ <https://t1p.de/kfma>

Beispiel:

Frau J. ist syrische Staatsangehörige; sie ist verheiratet mit einem finnischen Staatsangehörigen und lebt mit ihm zusammen in Deutschland. Ihr Bruder hat die syrische Staatsbürgerschaft und lebt in Syrien. Seit mehreren Jahren überweist Frau J. gemeinsam mit ihrem Mann dem Bruder monatlich Geld zum Leben, da er seinen Lebensunterhalt in Syrien nur schwer selbst sicherstellen kann. Frau J. fragt, ob ihr Bruder in Deutschland ein Aufenthaltsrecht erhalten kann. Er könne bei Frau J. und ihrem Mann leben und sie würden auch eine Verpflichtungserklärung unterzeichnen.

Frau J.s Bruder ist gem. § 1 Abs. 2 Nr. 4a FreizügG eine „nahestehende Person“ des finnischen Mannes. Aufgrund der mehrjährigen Unterhaltszahlungen sind die Voraussetzungen des § 3a Abs. 1 Nr. 1a FreizügG erfüllt. Die Schwierigkeit wird sein, ein „durch die zuständige Behörde des Ursprungs- oder Herkunftslands ausgestelltes Dokument“ zu erhalten, aus dem diese Unterhaltszahlung hervorgeht. Welche Behörde soll dafür zuständig sein zu bescheinigen, dass ein rein freiwilliger und privater Unterhalt geleistet wird? Dafür ist keine Behörde zuständig, auch in Deutschland gäbe es keine. Hier hat die Gesetzgeberin eine in der Praxis kaum zu erfüllende Voraussetzung formuliert.

Falls diese Hürde überwunden werden kann, ist weitere Voraussetzung, dass die allgemeinen Erteilungsvoraussetzungen des § 5 Abs. 1 und 2 AufenthG erfüllt werden – die Sicherung des Lebensunterhalts (dies dürfte aufgrund der Verpflichtungserklärung erfüllt sein), die Erfüllung der Passpflicht und die Einreise mit einem Visum zum Zweck der Familienzusammenführung zu einem Unionsbürger. Wenn alle Voraussetzungen erfüllt sein sollten, hat die Ausländerbehörde dennoch Ermessen, ob sie gem. § 3a Abs. 2 FreizügG die Aufenthaltskarte ausstellt.

Es ist also sehr schwierig, aber nicht ausgeschlossen. In einigen wenigen Fällen kann der neu geregelte Aufenthalt für „nahestehende Personen“ einen gangbaren Weg darstellen.

2.18 Als Nicht-Erwerbstätige

Für Unionsbürger*innen, die sich als „Nicht-Erwerbstätige“ in Deutschland aufhalten, gelten höhere Voraussetzungen für ein materielles Freizügigkeitsrecht als für alle anderen Gruppen. In der Praxis ist die Unterscheidung zwischen der Kategorie der Nicht-Erwerbstätigen und der Arbeitssuchenden manchmal nicht ganz leicht – aber bezogen auf die ausländerrechtlichen Voraussetzungen sehr wichtig. Unter Unionsbürger*innen, die sich als Nicht-Erwerbstätige in Deutschland aufhalten, sind diejenigen zu verstehen, die weder erwerbstätig sind, noch Arbeit suchen (oder schon länger als sechs Monate erfolglos Arbeit gesucht haben), noch aus sonstigen Gründen, z. B. als Familienangehörige, freizügigkeitsberechtigt sind. In der Praxis handelt es sich in erster Linie um Rentner*innen, Studierende (sofern diese keine Nebenbeschäftigung ausüben), dauerhaft erwerbsunfähige Personen oder auch Personen, die keine Verbindung mit dem deutschen Arbeitsmarkt haben und hier zum Beispiel wohnungslos leben.

Praxistipp: Ausreichende Existenzmittel und Krankenversicherungsschutz als Voraussetzung für materielles Freizügigkeitsrecht

Bei den Nicht-Erwerbstätigen und ihren Familienangehörigen handelt es sich um die einzige Gruppe im Freizügigkeitsgesetz, die als Voraussetzung ihrer Freizügigkeit über ausreichende Existenzmittel und einen ausreichenden Krankenversicherungsschutz verfügen müssen. (§ 4 FreizügG)

Die Gruppe der Nicht-Erwerbstätigen ist daher streng von der Gruppe der Arbeitssuchenden oder denjenigen, die aus anderen Gründen über ein Freizügigkeitsrecht verfügen, zu unterscheiden. Wenn kein anderer oben genannter Freizügigkeitsgrund passt, handelt es sich um Nicht-Erwerbstätige. Ein materielles Freizügigkeitsrecht besteht für diese Gruppe nur dann, wenn sie die Voraussetzung der ausreichenden Existenzmittel und Krankenversicherungsschutz erfüllen. Wenn das nicht der Fall ist, ist der Aufenthalt dieser Personen zwar formal, aber nicht materiell rechtmäßig.

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

„Das Gesetz nennt keinen festen Betrag für die Höhe der Existenzmittel. Dies wäre gemäß Artikel 8 Absatz 4 Freizügigkeitsrichtlinie unzulässig. Es ist eine Vergleichsberechnung unter Einbeziehung der regionalen, sozialhilferechtlichen Bedarfssätze erforderlich. Zugleich müssen die persönlichen Umstände in jedem Einzelfall berücksichtigt werden. Der danach erforderliche Betrag darf nicht über dem Schwellenwert liegen, unter dem Deutschen Sozialhilfe gewährt wird. Ein bestimmter Schwellenwert kann hier nicht genannt werden, da die Werte regional unterschiedlich sind.“ (AVV FreizügG; 4.1.2.3)

Dies bedeutet, dass als ausreichende Existenzmittel eigene Mittel in Höhe des Regelsatzes nach dem SGB XII zuzüglich der Warmmiete gelten dürften. Die Freibeträge dürfen dabei also ebenso wenig berücksichtigt werden wie die Bedarfe hinsichtlich der Leistungen der Sozialhilfe, die nicht der Sicherung des Lebensunterhalts dienen (etwa Hilfe zur Pflege, Hilfe in anderen Lebenslagen, Hilfe zur Überwindung besonderer sozialer Schwierigkeiten, Eingliederungshilfe usw.) So haben der EuGH (Urteil vom 4. März 2010, C-578/08; Rechtssache „Chakroun“) sowie das Bundesverwaltungsgericht (Urteil vom 16.11.2010 - 1 C 20.09) festgestellt, dass der Begriff der „ausreichenden Existenzmittel“ bzw. der „Inanspruchnahme der Sozialhilfeleistungen“ europarechtlich zu definieren seien und daher die Freibeträge nicht negativ angerechnet werden dürften. Diese Entscheidungen sind zwar zur Familiennachzugsrichtlinie RL 2003/86/EG ergangen, dürften aber auf die Unionsbürgerrichtlinie, die mit derselben Begrifflichkeit arbeitet, übertragbar sein.

Praxistipp: Rentner*innen oder Studierende sind nicht immer „Nicht-Erwerbstätige“

Die Frage, ob ein*e Klient*in zur Gruppe der Nicht-Erwerbstätigen zählt (und daher für das Bestehen des materiellen Freizügigkeitsrechts über ausreichende Existenzmittel verfügen muss), ist abhängig von der tatsächlichen Situation zu beantworten. So gehört eine Rentnerin, die einen Nebenjob ausübt, nicht zur Gruppe der Nicht-Erwerbstätigen, sondern zur Gruppe der Arbeitnehmer*innen. Dasselbe gilt etwa für einen Studenten, der nebenbei arbeitet. In diesen Fällen wäre für das Aufenthaltsrecht das Vorliegen ausreichender Existenzmittel keine Voraussetzung. So hat das Obergerverwaltungsgericht Hamburg entscheiden, dass auch ein 81-jähriger Rentner, der neben einer geringen Altersrente ein zusätzliches Einkommen von monatlich 525 € brutto für eine nicht nur kurzfristige und tatsächlich ausgeübte, abhängige Beschäftigung im Umfang von 16 Stunden pro Woche erzielt, als freizügigkeitsberechtigter Arbeitnehmer anzusehen ist. Das Alter von 81 Jahren allein steht der Eigenschaft als Arbeitnehmer nicht entgegen.

→ OVG Hamburg, Beschluss vom 5. Januar 2012; 3 Bs 179/11

Ähnlich hat das Landessozialgericht NRW im Falle einer 67-jährigen Rentnerin mit Nebentätigkeit entschieden

→ LSG NRW; Beschluss vom 14. Oktober 2019; L 9 SO 255/19 B ER.

Falls ein*e nicht-erwerbstätige*r Unionsbürger*in nicht über ausreichende Existenzmittel verfügt und daher Sozialhilfeleistungen beantragt, kann dies für die Ausländerbehörde Anlass dazu bieten, das Vorliegen der Freizügigkeitsvoraussetzungen zu überprüfen. Allerdings darf die Tatsache des Sozialhilfebezugs keinesfalls automatisch zu einer Beendigung des Aufenthaltsrechts führen:

„Ein besonderer Anlass für eine Überprüfung des Vorliegens oder des Fortbestands der Voraussetzungen des Freizügigkeitsrechts liegt insbesondere dann vor, wenn nicht-erwerbstätige Unionsbürger oder deren Familienangehörige Leistungen nach SGB II oder SGB XII in Anspruch nehmen wollen (vgl. auch Nummer 4.1.2f.). Dies entspricht Artikel 14 Absatz 2 Freizügigkeitsrichtlinie. Der Bezug von Leistungen nach den genannten Sozialgesetzbüchern darf jedoch nicht automatisch zur Verlustfeststellung führen.“ (AVV FreizügG; 5.3.2)

Die Entscheidung über den **Verlust des Freizügigkeitsrechts** muss vielmehr im Rahmen einer Ermessensentscheidung die persönliche Situation berücksichtigen und das individuelle Interesse der Betroffenen gegenüber dem öffentlichen Interesse abwägen (vgl.: EuGH, Urteil vom 19. September 2013; C-140/12 – Rechtsache „Brey“). Nur im Falle eines „unangemessenen“ Sozialhilfebezugs wäre eine Aufenthaltsbeendigung rechtmäßig:

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

Zusammenfassung:

- ➔ Nur für Nicht-Erwerbstätige und ihre Familienangehörigen ist das Freizügigkeitsrecht von ausreichenden Existenzmitteln abhängig. Nur bei dieser Gruppe kann ein Verlust des Aufenthaltsrechts wegen des unangemessenen Bezugs von Sozialhilfeleistungen festgestellt werden.
- ➔ Das Aufenthaltsrecht endet nicht automatisch. Die Ausländerbehörde hat in ihrer Ermessensentscheidung alle Gesichtspunkte zu berücksichtigen, die für einen Verbleib in Deutschland sprechen. Die Beratung sollte diese Argumente sammeln und gegenüber der Ausländerbehörde vortragen.
- ➔ Ein Anspruch auf Leistungen nach dem SGB II oder SGB XII besteht nach dem Gesetzeswortlaut nicht, da kein materiell rechtmäßiger Aufenthalt vorliegt, wenn keine ausreichenden Existenzmittel vorhanden sind. Die Inanspruchnahme von existenzsichernden Leistungen gefährdet unter Umständen das Aufenthaltsrecht.

2.19 (Fiktive) Aufenthaltsrechte aus dem Aufenthaltsgesetz

Das Aufenthaltsgesetz ist grundsätzlich auch auf Unionsbürger*innen anwendbar, wenn es einen besseren Status zur Folge hat, als ihn das FreizügG vorsieht (§ 11 Abs. 14 FreizügG).

Beispiele hierfür sind etwa der § 25 Abs. 4a für Opfer von Menschenhandel, unverheiratete Paare während der Schwangerschaft, die sich noch nicht auf ein familiäres Freizügigkeitsrecht berufen können oder ein Aufenthaltsrecht aus humanitären oder familiären Gründen, das im Freizügigkeitsgesetz nicht vorgesehen ist – etwa bei schweren Erkrankungen oder für unverheiratete Paare mit gemeinsamen Kindern (hier sind insbesondere § 25 Abs. 4 Satz 2, § 28 AufenthG oder § 7 AufenthG zu nennen).

Da die Ausländerbehörde in derartigen Fällen mit Verweis auf die ohnehin bestehende Freizügigkeit oft keine formale Aufenthaltserlaubnis erteilt, muss das Vorliegen eines Erteilungsgrundes nach dem AufenthG auch vom Jobcenter selbst geprüft werden, um zu klären, ob es ein Aufenthaltsrecht unabhängig von der Arbeitssuche geben könnte. Es ist jedoch zu raten, bei der Ausländerbehörde die Ausstellung der Aufenthaltserlaubnis auch tatsächlich zu beantragen.

Insbesondere der Lebenswirklichkeit von „Patchwork-Familien“ wird der Wortlaut des Freizügigkeitsrechts zwar nicht immer gerecht, aber durch die Rechtsprechung des Bundessozialgerichts (BSG, Urteil vom 30.1.2013, AZ: B 4 AS 54/12 R) ist mittlerweile klar, dass auch für derartige Konstellationen ein (fiktives) **Aufenthaltsrecht nach dem Aufenthaltsgesetz** bestehen kann. Dies gilt auch schon vor der Geburt des Kindes.

Aus dieser Rechtsprechung ergibt sich ein **weiterer Aufenthaltszweck** aus familiären Gründen, der aus dem Zusammenleben der Partner mit einem gemeinsamen Kind oder dem Kind eines Partners folgt. Diese Personengruppen bilden jeweils eine Familie im Sinne des Art. 6 GG und der §§ 27 Abs. 1, 28 Abs. 1, 29 und 32 AufenthG und können sich auch auf den Schutz aus Art. 8 Konvention des Europarates zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten berufen. Dies gilt nach den Ausführungen des BSG **ausdrück-**

lich auch für unverheiratete Paare. Das Bundesverfassungsgericht hat mittlerweile bestätigt, dass diese Pflicht zur fiktiven Prüfung durch die Sozialbehörde nicht von vornherein verweigert werden darf (BVerfG, Beschluss vom 8. Juli 2020; 1 BvR 1094/20), da bei diesen Entscheidungen stets das Grundrecht auf Schutz der Familie aus Art. 6 GG und Art. 8 EMRK berücksichtigt werden müssen.

Beispiel 1:

Eine bulgarische Staatsangehörige ist schwanger von einem griechischen Mann und lebt in Deutschland mit ihm zusammen. Beide sind nicht verheiratet. Der Mann lebt seit acht Jahren in Deutschland und verfügt über ein Daueraufenthaltsrecht. Die Frau ist erst einige Monate hier und arbeitet – auch aufgrund ihrer fortgeschrittenen Schwangerschaft – nicht. Das Einkommen des Mannes reicht nicht für die Lebensunterhaltssicherung und es stellt sich die Frage, ob für die werdende Mutter Anspruch auf ergänzende Leistungen nach SGB II besteht und welches Aufenthaltsrecht die werdende Mutter hat.

Das Bundessozialgericht hat entschieden: Sie hat neben dem Freizügigkeitsrecht zum Zweck der Arbeitsuche auch Anspruch auf eine Aufenthaltserlaubnis nach dem Aufenthaltsgesetz (hier: § 7 Abs. 1 AufenthG). Auch wenn die Aufenthaltserlaubnis tatsächlich nicht ausgestellt worden sein sollte, muss die Sozialbehörde prüfen, ob dieses andere Aufenthaltsrecht fiktiv besteht – ob die Aufenthaltserlaubnis also erteilt werden *könnte* oder *müsste*. Dann besteht auch ein Anspruch auf existenzsichernde Leistungen.

→ BSG, Urteil vom 30. Januar 2013; B 4 AS 54/12 R

Beispiel 2:

Eine polnische Frau und ein polnischer Mann sind nicht miteinander verheiratet und haben ein gemeinsames Kind. Der Vater ist erwerbstätig, die Mutter nicht. Der Vater verfügt über ein Freizügigkeitsrecht als Arbeitnehmer, das Kind verfügt damit über ein Freizügigkeitsrecht als Familienangehöriger.

Die Mutter hat in diesem Fall wegen des Schlechterstellungsverbots einen (fiktiven) Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 28 AufenthG in analoger Anwendung, obwohl es sich nicht um ein deutsches Kind handelt. Damit hat sie ein Aufenthaltsrecht, mit dem sie auch Anspruch auf SGB-II-Leistungen hat. Dies gilt auch, wenn die Ausländerbehörde die Aufenthaltserlaubnis nicht ausgestellt haben sollte.

→ LSG NRW; Beschluss vom 1. August 2017 (L 19 AS 1131/17 B ER)

Praxistipp: Rechtsprechungsübersicht

Die erwähnten Entscheidungen finden Sie in der Rechtsprechungsübersicht:

→ <https://t1p.de/3p13>.

Zusammenfassung:

- Das Aufenthaltsgesetz ist stets auch auf Unionsbürger*innen und ihre Familienangehörigen anzuwenden, wenn es eine bessere Rechtsstellung mit sich bringt (Meistbegünstigungsgebot).
- Für Unionsbürger*innen mit einem (fiktiven) Aufenthaltsrecht nach dem AufenthG besteht Anspruch auf Leistungen nach dem SGB II sowie ggf. sämtliche Leistungen des SGB XII (z. B. Hilfe zum Lebensunterhalt, Grundsicherung, Hilfe zur Pflege, Hilfe nach § 67ff) sowie in der Regel auf die Leistungen der Eingliederungshilfe nach dem SGB IX
- Dies gilt auch dann, wenn die Aufenthaltserlaubnis nach dem Aufenthaltsgesetz nicht tatsächlich ausgestellt worden sein sollte, aber der Anspruch oder die Möglichkeit der Erteilung „fiktiv“ bestehen sollte.

2.20 Das Daueraufenthaltsrecht

In der Regel nach fünf Jahren materiell rechtmäßigem Aufenthalt besteht per Gesetz ein Recht zum Daueraufenthalt (§ 4a FreizügG), das nur noch durch eine Ausweisung aus Gründen der Öffentlichen Sicherheit und Ordnung beendet werden kann (insbesondere bei schweren Straftaten).

Nach Entstehen des Daueraufenthaltsrechts ist es unerheblich, ob die Freizügigkeitsvoraussetzungen des § 2 Abs. 2 FreizügG weiterhin vorliegen. Eine Ausweisung von Nichterwerbstätigen aufgrund des Sozialhilfebezugs oder wegen des Verlusts der Arbeit ist damit nicht mehr möglich. Ausschlüsse vom Sozialleistungszugang sind nach Entstehen des Daueraufenthaltsrechts nicht mehr anwendbar.

Praxistipp: Bescheinigung über das Daueraufenthaltsrecht

Über das Bestehen des Daueraufenthaltsrechts stellt die Ausländerbehörde auf Antrag eine Bescheinigung aus – aber auch ohne diese Bescheinigung besteht das Daueraufenthaltsrecht, wenn die Bedingungen tatsächlich erfüllt sind. Die Bescheinigung hat lediglich einen „deklaratorischen Charakter“. Aus diesem Grund muss etwa das Jobcenter auch in eigener Verantwortung prüfen, ob die Voraussetzungen eines Daueraufenthaltsrechts vorliegen, obwohl die Bescheinigung nicht ausgestellt worden ist.

- ➔ Das Bestehen des Daueraufenthaltsrechts wird Unionsbürger*innen auf Antrag unverzüglich bescheinigt. Die Bescheinigung kostet **10 Euro** (§ 47 Abs. 3 AufenthV).
- ➔ Drittstaatsangehörigen Familienangehörigen mit Daueraufenthaltsrecht wird innerhalb von sechs Monaten nach Antragstellung eine „Daueraufenthaltskarte“ ausgestellt. Die Daueraufenthaltskarte **kostet 37 Euro und für unter 25-Jährige 22,80 Euro**. (§ 47 Abs. 3 AufenthV)

Die Bescheinigung über das Daueraufenthaltsrecht für Unionsbürger*innen:



Quelle: <https://upload.wikimedia.org/wikipedia/commons/e/e2/Daueraufenthaltskarte-Vorderseite.jpg>

Die Daueraufenthaltskarte für drittstaatsangehörige Familienangehörige:



Quelle: [https://de.wikipedia.org/wiki/Daueraufenthaltskarte_\(Deutschland\)#/media/Datei:7EUFamArt20_Front.jpg](https://de.wikipedia.org/wiki/Daueraufenthaltskarte_(Deutschland)#/media/Datei:7EUFamArt20_Front.jpg)

Folgende **Voraussetzungen** werden für das Daueraufenthaltsrecht vorausgesetzt:

- Bei einer **Unionsbürger*in** in der Regel **fünf Jahre** ständiger, rechtmäßiger Aufenthalt nach dem Freizügigkeitsrecht.
- Bei eine*r **drittstaatsangehörigen Familienangehörigen** in der Regel **fünf Jahre** ständiger, rechtmäßiger Aufenthalt als freizügigkeitsberechtigter*r Familienangehöriger*r der Unionsbürger*in.

Für bestimmte Gruppen bestehen verkürzte Voraussetzungen. Diese sind in § 4a Abs. 2 bis 5 FreizügG geregelt und betreffen (unter unterschiedlichen zeitlichen Voraussetzungen) insbesondere frühere Erwerbstätige, die in den Ruhestand eintreten oder aufgrund einer vollen Erwerbsminderung ihre Tätigkeit aufgeben müssen sowie deren Familienangehörige:

- Unionsbürger*innen haben ein Daueraufenthaltsrecht, wenn sie sich **mindestens drei Jahre** ständig im Bundesgebiet aufgehalten und mindestens während der letzten zwölf Monate im Bundesgebiet eine Erwerbstätigkeit ausgeübt haben und
 - zum Zeitpunkt des Ausscheidens aus dem Erwerbsleben das 65. Lebensjahr erreicht haben **oder**
 - ihre Beschäftigung im Rahmen einer Vorruhestandsregelung beenden.
- Ein Daueraufenthaltsrecht besteht auch, wenn sie ihre Erwerbstätigkeit infolge einer **vollen Erwerbsminderung** aufgeben,
 - die durch einen Arbeitsunfall oder eine Berufskrankheit eingetreten ist und einen **Anspruch auf eine deutsche Rente** haben (z. B. Verletztenrente), in diesem Fall sogar **ohne Voraussetzungen**; **oder**
 - nachdem sie sich zuvor mindestens **zwei Jahre** ständig im Bundesgebiet aufgehalten haben.

- Ein Daueraufenthaltsrecht haben **Grenzgänger*innen**, wenn sie zuvor drei Jahre ständig im Bundesgebiet erwerbstätig waren und anschließend in einem anderen EU-Staat arbeiten, den Wohnsitz aber in Deutschland beibehalten und mindestens einmal in der Woche nach Deutschland zurückkehren.
- Für Familienangehörige gibt es weitere Regelungen zum Erwerb des Daueraufenthaltsrechts, die in Kapitel 2.14 dargestellt sind.

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

- Abwesenheiten bis zu insgesamt **sechs Monaten im Jahr**,
- Abwesenheit zur Ableistung des **Wehrdienstes oder eines Ersatzdienstes**,
- eine einmalige Abwesenheit von bis zu **zwölf aufeinander folgenden Monaten aus wichtigem Grund**, insbesondere auf Grund einer Schwangerschaft und Entbindung, schweren Krankheit, eines Studiums, einer Berufsausbildung oder einer beruflichen Entsendung. (§ 4a Abs. 6 FreizügG)

Die Dauer des tatsächlichen Aufenthalts innerhalb der letzten fünf Jahre kann durch die Wohnsitzanmeldung, aber auch durch andere geeignete Belege nachgewiesen werden – z. B. einen Mietvertrag, Schulbescheinigungen, einen Arbeitsvertrag, Lohnbescheinigungen o. ä. Die Ausländerbehörde prüft bei Beantragung der Bescheinigung über das Daueraufenthaltsrecht rückblickend, welche Zeiten hierfür in den letzten Jahren anrechenbar sind.

Wichtig: Für das Daueraufenthaltsrecht reicht nicht lediglich ein fünfjähriger tatsächlicher Aufenthalt in Deutschland aus, sondern der Aufenthalt muss **durchgehend einen materiellen Freizügigkeitsgrund** nach dem Freizügigkeitsgesetz erfüllt haben. Es zählen also Zeiten, in denen die Personen

- **Arbeitsuchende** (i. d. R. für sechs Monate),
- **Arbeitnehmer*innen**,
- **Selbstständige**
- oder deren **Familienangehörige** waren.
- Auch Zeiten, in denen der Arbeitnehmer*innenstatus oder Selbstständigenstatus wegen unfreiwilligem Verlust der Arbeit **fortbestanden** hat (für sechs Monate nach weniger als einem Jahr Erwerbstätigkeit oder dauerhaft nach mindestens einem Jahr Erwerbstätigkeit), zählen mit.
- Auch Zeiten, in denen **nicht-erwerbstätige Personen** selbst über ausreichende Existenzmittel verfügt haben, zählen mit.

Beispiel:

Frau G. ist lettische Staatsangehörige. Sie hat in Deutschland folgende Zeiten verbracht:

Nach ihrer Einreise und Wohnsitzanmeldung hat sie drei Monate hier gelebt, bis sie einen Minijob gefunden hatte. Diesen hat sie zehn Monate lang ausgeübt, bis sie betriebsbedingt gekündigt wurde. Sie hat für weitere sechs Monate Leistungen vom Jobcenter erhalten, da ihr Arbeitnehmer*innenstatus fortbestand. Danach hat sie weitere vier Monate Arbeit gesucht. Dann hat sie erneut eine auf acht Monate befristete Arbeit gefunden. Nach Ende der Tätigkeit war sie wieder für sechs Monate leistungsberechtigt beim Jobcenter. Danach hat sie drei Monate eine Arbeit gesucht, bis sie einen niederländischen Staatsangehörigen geheiratet hat, der in Deutschland als Arbeitnehmer tätig ist. Mit ihm ist sie seit anderthalb Jahren verheiratet.

Frau G fragt, wann sie das Daueraufenthaltsrecht haben wird. Sie hat folgende Zeiten zurückgelegt, in denen sie materiell freizügigkeitsberechtigt war:

- **drei Monate:** voraussetzungsloses Freizügigkeitsrecht
- **zehn Monate:** Freizügigkeitsrecht als Arbeitnehmerin
- **sechs Monate:** Freizügigkeitsrecht wegen Fortgeltung des Arbeitnehmerinnenstatus'
- **vier Monate:** Freizügigkeitsrecht zur Arbeitsuche
- **acht Monate:** Freizügigkeitsrecht als Arbeitnehmerin
- **sechs Monate:** Freizügigkeitsrecht wegen Fortgeltung des Arbeitnehmerinnenstatus'
- **drei Monate:** Freizügigkeitsrecht zur Arbeitsuche
- **18 Monate:** Freizügigkeitsrecht als Familienangehörige eines Arbeitnehmers.

Insgesamt kommt sie bis jetzt auf 58 Monate, in denen durchgängig ein materieller Freizügigkeitsgrund erfüllt war. In zwei Monaten hat sie die Voraussetzungen für das Daueraufenthaltsrecht erfüllt – obwohl sie während der gesamten Zeit immer wieder arbeitslos war.

Die oft übliche Praxis der Ausländerbehörde, für die Prüfung des Daueraufenthaltsrechts eine fünfjährige, durchgehende Beschäftigung oder ununterbrochene Rentenbeitragszahlungen zu verlangen, ist unzulässig. Denn es gibt daneben viele weitere Freizügigkeitsgründe, die unabhängig davon erfüllt gewesen sein können.

- Zeiten, die allein mit einem **Aufenthaltsrecht nach Art. 10 VO 492/2011** zurückgelegt wurden, zählen demgegenüber für den Erwerb des Daueraufenthaltsrechts wohl nicht mit (EuGH, Urteil vom 8. Mai 2013; Rechtssache C-529/11 sowie BVerwG, Urteil vom 11. September 2019; BVerwG 1 C 48.18).
- **Haftzeiten** können nach Auffassung des EuGH ebenfalls nicht angerechnet werden (EuGH, Urteile vom 16.01.2014 in den Rechtssachen C-378/12 und C-400/12).

Das einmal erworbene Daueraufenthaltsrecht geht nach einem **Auslandsaufenthalt von mehr als zwei aufeinander folgenden Jahren verloren** (§ 4a Abs. 7 FreizügG), wenn der Auslandsaufenthalt nicht vorübergehender Natur war. Wichtig ist dabei jedoch: Dies ist kein Automatismus, sondern der Verlust des Daueraufenthaltsrechts tritt nur dann ein, wenn die Ausländerbehörde in einem formalen Verwaltungsakt (Bescheid) den Verlust auch feststellt. Hierbei muss die Behörde Ermessen ausüben (VG München, Urteil v. 29.04.2015; M 23 K 14.377).

Zusammenfassung:

- **Personen mit Daueraufenthaltsrecht und ihre Familienangehörigen haben Anspruch auf Leistungen nach dem SGB II sowie ggf. sämtliche Leistungen des SGB XII (z. B. Hilfe zum Lebensunterhalt, Grundsicherung, Hilfe zur Pflege, Hilfe nach § 67ff) sowie die Leistungen der Eingliederungshilfe nach dem SGB IX.**
- **Der Leistungsbezug gefährdet das Freizügigkeitsrecht nicht.**

2.21 Der Verlust des Aufenthaltsrechts

Innerhalb der ersten fünf Jahre des Aufenthalts kann die Ausländerbehörde aus besonderem Anlass das Fortbestehen des Rechts auf Freizügigkeit überprüfen (§ 5 Abs. 3 FreizügG). Als besonderer Anlass kann zum Beispiel der Antrag auf Leistungen nach dem SGB II oder SGB XII gelten. Die Folge einer solchen Überprüfung kann unter bestimmten Voraussetzungen die Feststellung über das Nicht-Bestehen eines Freizügigkeitsrechts sein, wenn die Voraussetzungen für ein materielles Freizügigkeitsrecht entfallen sind oder nicht vorliegen sollten (§ 5 Abs. 4 FreizügG). Dies nennt man „**Verlustfeststellung**“ oder „**administrative Ausweisung**“.

Davon zu unterscheiden sind **Ausweisungen aus Gründen der „öffentlichen Sicherheit oder Ordnung“** (insbesondere nach schweren Straftaten; § 6 FreizügG) oder wegen „Täuschung“ oder „Vorspiegelung falscher Tatsachen“ (§ 2 Abs. 7 FreizügG). Darauf soll hier nicht weiter eingegangen werden.

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

- Unionsbürger*innen in der Kategorie „**Nicht-Erwerbstätige**“ (also weder Arbeitssuchende, noch Arbeitnehmer*innen, noch Familienangehörige, noch ein anderes Freizügigkeitsrecht) und ihre Familienangehörigen, die unangemessene Sozialhilfeleistungen beziehen.

Praxistipp: Nur in wenigen Fällen ist eine Verlustfeststellung zulässig

Bei allen anderen Gruppen außer den Nicht-Erwerbstätigen und ihren Familienangehörigen besteht das Freizügigkeitsrecht immer unabhängig vom Vorliegen ausreichender Existenzmittel. Bei ihnen kann aus Gründen der Sozialhilfebedürftigkeit also auch keine Verlustfeststellung getroffen werden. Dies betrifft vor allem:

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

Wichtig ist dabei auch:

- Das Freizügigkeitsrecht endet nicht automatisch, sondern nur durch eine **Ermessensentscheidung** (begründeter Bescheid) der Ausländerbehörde.
- Gegen einen solchen Verwaltungsakt können **Rechtsmittel** (in manchen Bundesländern Widerspruch, ansonsten Klage vor dem Verwaltungsgericht; ggf. zusätzlich ein „Antrag auf einstweilige Anordnung“ nach § 80 Abs. 5 Verwaltungsgerichtsordnung – VwGO) eingelegt werden.
- Nach einem Aufenthalt von fünf Jahren, in denen durchgehend ein materieller Freizügigkeitsgrund erfüllt war, kann **keine Verlustfeststellung** gem. § 5 Abs. 4 FreizügG mehr getroffen werden. Nach einem fünfjährigen materiell rechtmäßigen Aufenthalt besteht das Daueraufenthaltsrecht.

Die Verlustfeststellung führt zwar zum Eintreten einer Ausreisepflicht (§ 7 FreizügG), damit ist aber **keine Wiedereinreisesperre** verbunden. Daher besteht nach einer (kurzfristigen) Ausreise ein neues Freizügigkeitsrecht (voraussetzungslos für drei Monate). Der EuGH hat allerdings entschieden, dass zunächst eine „tatsächliche und wirksame“ Ausreise erfolgen muss, die etwa durch eine Kündigung des Mietvertrags und des Stromvertrags oder die Abmeldung beim Bürgeramt glaubhaft gemacht werden kann. Eine bloße physische Ausreise von wenigen Stunden oder Tagen reicht nicht aus (Urteil des EuGH vom 22. Juni 2021; Rechtssache C-719/19).

Praxistipp: Ein neuer Freizügigkeitsgrund lässt die Verlustfeststellung sofort unwirksam werden

Wenn sich nach einer Verlustfeststellung die Situation ändert und die Person z. B. eine neue Arbeit findet, entsteht **automatisch ein neues Freizügigkeitsrecht** – sofort und auch ohne Ausreise. Die Verlustfeststellung wird in diesem Fall sofort und automatisch unwirksam und der Aufenthalt ist wieder rechtmäßig. Eine Ausreise ist dann nicht erforderlich. Der EuGH hat dazu entschieden:

„Allerdings ist klarzustellen, dass eine materielle Änderung der Umstände, die den Unionsbürger die in Art. 7 der Richtlinie vorgesehenen Voraussetzungen erfüllen ließe, der gegen ihn ergangenen Ausweisungsverfügung jede Wirkung nähme und zwingend dazu führen würde, ungeachtet ihrer Nichtvollstreckung seinen Aufenthalt im Hoheitsgebiet des betreffenden Mitgliedstaats als rechtmäßig anzusehen.“ (Urteil des EuGH vom 22. Juni 2021; Rechtssache C-719/19).

Eine **Einreisesperre** kann nur verhängt werden, wenn eine Ausweisung aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit erfolgt ist (insbesondere wegen schwerwiegender Straftaten; § 6 FreizügG), oder wenn das Freizügigkeitsrecht entzogen worden ist, weil „feststeht, dass die betreffende Person das Vorliegen einer Voraussetzung für dieses Recht durch die Verwendung von gefälschten oder verfälschten Dokumenten oder durch Vorspiegelung falscher Tatsachen vorgetäuscht hat.“ (§ 2 Abs. 7 FreizügG)

Praxistipp: Nach Verlustfeststellung droht eine Abschiebung oder besteht Anspruch auf eine Duldung

Nach einer Verlustfeststellung durch die Ausländerbehörde entsteht die **Ausreisepflicht**. Falls keine Ausreise erfolgt und die Ausländerbehörde auch keine Abschiebung durchführt, die auch bei Unionsbürger*innen denkbar ist, gilt die Person als „geduldet“. Es besteht dann auch für Unionsbürger*innen Anspruch auf Erteilung einer Duldung nach § 60a AufenthG. Dies kann insbesondere bei Reiseunfähigkeit, schweren Erkrankungen oder familiären Bindungen eine Rolle spielen.

Die Duldung ist eine deklaratorische Bescheinigung, die von Amts wegen auszustellen ist, solange eine Abschiebung aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen nicht möglich ist (§ 60a Abs. 2 Satz 1 AufenthG), oder aufgrund einer Ermessensentscheidung vorübergehend nicht durchgeführt werden soll (§ 60a Abs. 2 Satz 3 AufenthG).

Unionsbürger*innen und ihre Familienangehörigen, bei denen eine Verlustfeststellung durch die Ausländerbehörde erfolgt ist, haben **Anspruch auf Leistungen nach dem Asylbewerberleistungsgesetz** (§ 1 Abs. 1 Nr. 4 oder Nr. 5 AsylbLG), da sie dann vollziehbar ausreisepflichtig sind und / oder eine Duldung erhalten. So hat es auch das LSG NRW entschieden (LSG NRW, Beschluss vom 16. März 2020; L 19 AS 2035/19 B ER sowie Beschluss vom 14. November 2018; L 19 AS 1434/18 B ER).

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

Für Unionsbürger*innen und ihre Familienangehörigen in einem anderen EU-Staat gilt nach dem Recht der EU eigentlich ein Diskriminierungsverbot – sie haben Anspruch auf die gleiche Behandlung wie die Staatsangehörigen dieses Staats. So sieht Art. 18 des Vertrags über die Arbeitsweise der EU (AEUV) vor:

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

Art. 24 Abs. 1 der Unionsbürgerrichtlinie (UnionsRL) bekräftigt diesen Gleichbehandlungsanspruch:

„Vorbehaltlich spezifischer und ausdrücklich im Vertrag und im abgeleiteten Recht vorgesehener Bestimmungen genießt jeder Unionsbürger, der sich aufgrund dieser Richtlinie im Hoheitsgebiet des Aufnahmemitgliedstaats aufhält, im Anwendungsbereich des Vertrags die gleiche Behandlung wie die Staatsangehörigen dieses Mitgliedstaats. Das Recht auf Gleichbehandlung erstreckt sich auch auf Familienangehörige, die nicht die Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaats besitzen und das Recht auf Aufenthalt oder das Recht auf Daueraufenthalt genießen.“

Allerdings darf der Anspruch auf Gleichbehandlung in bestimmten Fällen eingeschränkt werden. Denn Art. 24 Abs. 2 UnionsRL lautet:

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

Diese Einschränkung ist in Deutschland die Ursache dafür, dass Unionsbürger*innen in bestimmten Fällen keine Leistungen vom Jobcenter oder Sozialamt erhalten und das Existenzminimum nicht gesichert ist. Die Gesetzgeberin hat mit Verweis auf die EU-rechtlich bestehende Zulässigkeit bestimmte Gruppen von Unionsbürger*innen von Leistungen der Existenzsicherung (SGB II und SGB XII) ausgeschlossen.

Unionsbürger*innen sind seit Dezember 2016 sowohl von den Leistungen nach dem SGB II als auch nach dem SGB XII ausgeschlossen:

- in den **ersten drei Monaten des Aufenthalts** (es sei denn, sie sind bereits in dieser Zeit Arbeitnehmer*innen, Selbstständige oder deren Familienangehörige, oder
- die nur über ein **Aufenthaltsrecht zur Arbeitsuche** verfügen, oder
- die über **kein materielles Aufenthaltsrecht** verfügen (Nicht-Erwerbstätige ohne ausreichende Existenzmittel).
- Stattdessen sind für die ausgeschlossenen Personen so genannte **„Überbrückungsleistungen“** nach dem SGB XII eingeführt worden, die nach Höhe und Dauer stark eingeschränkt sind.
- Nach einem **fünfjährigen Aufenthalt** sind die Leistungsausschlüsse im SGB II und XII nicht mehr anwendbar („Rückausnahme“).

Diese Ausschlüsse waren (und sind) sehr umstritten, da sie nach Auffassung vieler Expert*innen nicht mit der Verfassung (Grundrecht auf ein menschenwürdiges Existenzminimum, Art. 1 GG i. V. m. Art. 20 GG) in Einklang zu bringen sind.

Im Folgenden sollen die Ansprüche nach dem SGB II, SGB XII und AsylbLG im Einzelnen dargestellt werden. Dadurch sollen Berater*innen Hilfestellungen an die Hand gegeben werden, wie sie die Betroffenen dabei unterstützen können, ihre Ansprüche durchzusetzen. Dabei geht es in erster Linie darum, Freizügigkeitsrechte zu finden, die keinem Leistungsausschluss unterliegen. Wenn ein solcher Freizügigkeitsgrund nicht vorliegen sollte, muss geprüft werden, ob aufgrund eines fünfjährigen gewöhnlichen Aufenthalts ein Anspruch besteht oder ob Überbrückungsleistungen nach dem SGB XII durchgesetzt werden können.

Viele Ablehnungen oder Leistungseinstellungen der Jobcenter oder Sozialämter sind erfahrungsgemäß rechtswidrig, da sie nicht das Vorliegen eines anderen Freizügigkeitsgrundes oder die Anwendbarkeit des Europäischen Fürsorgeabkommens berücksichtigt haben. Die Begründungen sollten daher genau geprüft werden und Rechtsmittel (Widerspruch und Eilantrag) gegen die Ablehnungen eingelegt werden.

3.1 Leistungen nach dem SGB II

Unionsbürger*innen und ihre Familienangehörigen haben – sofern sie die allgemeinen Voraussetzungen wie Hilfebedürftigkeit, Erwerbsfähigkeit usw. erfüllen – normalerweise einen ganz normalen Anspruch auf Leistungen nach dem SGB II. Ausgenommen von diesem Anspruch sind gem. § 7 Abs. 1 Satz 2 SGB II allerdings folgende Gruppen:

- Unionsbürger*innen unterliegen einem Leistungsausschluss **in den ersten drei Monaten des Aufenthalts**. Dieser Leistungsausschluss gilt jedoch **nicht**,
 - für Unionsbürger*innen, die bereits in den ersten drei Monaten des Aufenthalts eine **Erwerbstätigkeit** ausüben,
 - für Unionsbürger*innen, die ihre **Arbeit in den ersten drei Monaten unfreiwillig verloren haben** sowie
 - für **Familienangehörige** von Personen, die eine Erwerbstätigkeit ausüben.
- Unionsbürger*innen, die **allein** über ein **Aufenthaltsrecht zur Arbeitsuche** verfügen, unterliegen ebenfalls dem Leistungsausschluss – jedoch nur dann, wenn tatsächlich kein anderes, in Kapitel 2 beschriebenes Freizügigkeitsrecht vorliegt – z. B: die Fortgeltung des Arbeitnehmer*innenstatus nach unfreiwilligem Verlust der Arbeit, ein Freizügigkeitsrecht aus familiären Gründen oder nach Art. 10 VO 492/2011.
- Unionsbürger*innen, die über **kein materielles Aufenthaltsrecht** verfügen. Mit dieser Formulierung gemeint sind Unionsbürger*innen, die keinen anderen Freizügigkeitsgrund erfüllen, als den der „Nicht-Erwerbstätigen“. In diesem Fall besteht ein materielles Aufenthaltsrecht nur dann, wenn ausreichende Existenzmittel vorhanden wären. Da aufgrund der Hilfebedürftigkeit nach dem SGB II davon ausgegangen werden kann, dass keine ausreichenden Existenzmittel vorhanden sind, ist diese Voraussetzung nicht erfüllt und es besteht kein materielles Freizügigkeitsrecht.

Praxistipp: Anderes Freizügigkeitsrecht suchen

- In der Beratungspraxis empfiehlt es sich also, zunächst zu prüfen, ob **irgendein anderes Freizügigkeits- oder Aufenthaltsrecht** als die hier genannten besteht, um einen Leistungsanspruch begründen zu können. Hierfür sollten die Freizügigkeitskategorien aus Kapitel 2 jeweils genau geprüft werden.
- Zudem sollte bei Staatsangehörigen, für die das **Europäische Fürsorgeabkommen** gilt, parallel immer ein Anspruch auf Leistungen nach dem SGB XII geprüft werden (vgl. Kapitel 3.5). Das Jobcenter ist in diesen Fällen verpflichtet, den Antrag an das Sozialamt weiterzuleiten.

3.2 Sonderregelung für SGB-II-Leistungen für österreichische Staatsangehörige

Für österreichische Staatsangehörige in Deutschland (wie auch für Deutsche in Österreich) gilt ein **spezielles „Deutsch-Österreichisches Fürsorgeabkommen – DÖFA“**. In Art. 2 Abs. 1 dieses Abkommens heißt es:

„Staatsangehörigen der einen Vertragspartei, die sich im Hoheitsgebiet der anderen Vertragspartei aufhalten, wird Fürsorge und Jugendwohlfahrtspflege in gleicher Weise, in gleichem Umfang und unter den gleichen Bedingungen wie den Staatsangehörigen des Aufenthaltsstaates gewährt.“

Zum Deutsch-Österreichischen Fürsorgeabkommen hat die Bundesregierung bislang keinen Vorbehalt bezogen auf das SGB II erklärt, so dass **österreichische Staatsangehörige** aufgrund dieses Abkommens unabhängig vom Grund des Aufenthalts und unabhängig von der Freizügigkeitskategorie **stets einen regulären Anspruch auf Leistungen nach SGB II (bzw. nach SGB XII)** haben dürften. Die Leistungsausschlüsse sind auf österreichische Staatsangehörige nicht anwendbar.

Das Sozialgericht München hat dazu geurteilt: *„Weil der Kläger als österreichischer Staatsangehöriger gemäß Art. 2 Abs. 1 DÖFA (Deutsch-Österreichisches Fürsorgeabkommen) einen Anspruch auf Gleichbehandlung bei Fürsorgeleistungen hat, Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach SGB II Fürsorgeleistungen gemäß Art. 1 Nr. 4 DÖFA sind (...) und kein Ausschlussstatbestand nach dem Schlussprotokoll zum Abkommen vorliegt (...), ist § 7 Abs. 1 S. 2 SGB II auf ihn nicht anwendbar. Er hat Anspruch auf Arbeitslosengeld II wie ein deutscher Staatsbürger.“* (SG München Urteil vom 10. Februar 2017, S 46 AS 204/15)

Ähnlich entschieden hatte auch das Landessozialgericht Mecklenburg-Vorpommern (Beschluss vom 7. März 2012; Az. L 8 B 489/10 ER) sowie das LSG Berlin Brandenburg (Urteil vom 11. Mai 2020; L 18 AS 1812/19 sowie Urteil vom 8. Juni 2020; L 18 AS 1641/19).

Praxistipp: Das Deutsch-Österreichische Fürsorgeabkommen (DÖFA)

Den Text des Deutsch-Österreichischen Fürsorgeabkommens gibt es hier:

→ <https://t1p.de/xtni>

3.3 Leistungen nach dem SGB II nach fünf Jahren gewöhnlichen Aufenthalts

Für Personen, die in Deutschland seit fünf Jahren ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben und dies durch eine behördliche Anmeldung nachweisen können, besteht ein regulärer SGB II-Anspruch. Dies gilt auch dann, wenn sie nicht die gesamten fünf Jahre einen formalen Freizügigkeitsgrund erfüllt und somit noch kein Daueraufenthaltsrecht haben und auch wenn sie eigentlich den Leistungsausschlüssen unterliegen würden (§ 7 Abs. 1 S. 4 ff SGB II). Es handelt sich somit um eine **„Rückausnahme“ von den Leistungsausschlüssen**, weil nach fünf Jahren von einem „verfestigten Aufenthalt“ ausgegangen wird.

Hintergrund:

Der Wortlaut der Rückausnahme von den Leistungsausschlüssen in § 7 Abs. 1 S. 4ff SGB II lautet folgendermaßen:

„Abweichend von Satz 2 Nummer 2 (Anmerkung: das sind die oben unter 3.2 beschriebenen Leistungsausschlüsse) erhalten Ausländerinnen und Ausländer und ihre Familienangehörigen Leistungen nach diesem Buch, wenn sie seit mindestens fünf Jahren ihren gewöhnlichen Aufenthalt im Bundesgebiet haben; dies gilt nicht, wenn der Verlust des Rechts nach § 2 Absatz 1 des Freizügigkeitsgesetzes/EU festgestellt wurde. Die Frist nach Satz 4 beginnt mit der Anmeldung bei der zuständigen Meldebehörde. Zeiten des nicht rechtmäßigen Aufenthalts, in denen eine Ausreisepflicht besteht, werden auf Zeiten des gewöhnlichen Aufenthalts nicht angerechnet. Aufenthaltsrechtliche Bestimmungen bleiben unberührt.“

Für die fünf Jahre werden also alle Zeiten berücksichtigt, solange die Ausländerbehörde **keine formale Verlustfeststellung** getroffen hat. Das Jobcenter darf allerdings keine „Negativbescheinigung“ der Ausländerbehörde verlangen, da es so etwas gar nicht gibt.

Nach dem Gesetzeswortlaut ist für den Nachweis des Fünfjahreszeitraums das Vorliegen einer **Wohnsitzanmeldung** erforderlich. Dies ist wohl nicht haltbar, da der gewöhnliche Aufenthalt gem. § 30 SGB I für die Leistungen der Sozialgesetzbücher nicht zwingend an einen Wohnsitz gebunden ist, sondern ein „gewöhnlicher Aufenthalt“ auch ohne „Wohnsitz“ vorliegen kann:

„Einen Wohnsitz hat jemand dort, wo er eine Wohnung unter Umständen innehat, die darauf schließen lassen, dass er die Wohnung beibehalten und benutzen wird. Den gewöhnlichen Aufenthalt hat jemand dort, wo er sich unter Umständen aufhält, die erkennen lassen, dass er an diesem Ort oder in diesem Gebiet nicht nur vorübergehend verweilt.“ (§ 30 SGB I)

Zudem ist das Versäumnis einer Anmeldung lediglich eine Ordnungswidrigkeit, und der Zugang zu grundlegenden sozialen Rechten kann kaum davon abhängig gemacht werden. Falls also Leistungen wegen der fehlenden Wohnsitzanmeldung abgelehnt werden sollten, der gewöhnliche Aufenthalt aber anders glaubhaft gemacht werden kann (z. B. durch eidesstattliche Versicherungen, Bescheinigungen von Einrichtungen der Wohnungslosenhilfe, Kontoauszüge), sollten dagegen Rechtsmittel eingelegt werden.

Praxistipp: Die Rechtsprechung

Einige Sozialgerichte haben bereits entschieden, dass nur eine erstmalige, aber keine durchgehende Wohnsitzanmeldung erforderlich ist. Andere Sozialgerichte haben entschieden, dass auch ohne Wohnsitzanmeldung ein Leistungsanspruch bestehen kann.

- Das Landessozialgericht Berlin-Brandenburg hat entschieden, dass auch **ohne Wohnsitzanmeldung** der Fünfjahreszeitraum nachweisbar ist und andere Mittel zur Glaubhaftmachung ausreichen (LSG Berlin-Brandenburg; Beschluss vom 6. Juni 2017; L 15 SO 112/17 B ER). Ähnlich hatte das LSG Berlin-Brandenburg bereits in einem anderen Fall entschieden: Beschluss vom 5. April 2017; L 15 SO 353/16 B ER.
- Das LSG NRW hat ebenfalls entschieden, dass auch **ohne Wohnsitzanmeldung** ein Leistungsanspruch bestehen kann. In diesem Fall handelte es sich um einen Menschen in der Straßenobdachlosigkeit, der gar keinen Wohnsitz anmelden konnte. Stattdessen gab es die Bestätigung von Notübernachtungsstellen und anderen sozialen Einrichtungen, dass er sich durchgehend in Deutschland aufgehalten hatte (LSG NRW, Beschluss vom 5. Mai 2021; L 9 SO 56/21 B ER).
- Das LSG Berlin-Brandenburg hat entschieden, dass eine erstmalige Wohnsitzanmeldung ausreicht, aber **keine durchgehende Wohnsitzanmeldung** vorliegen muss (LSG Berlin-Brandenburg; Urteil vom 8. Juni 2020; L 18 AS 1641/19 und Urteil vom 11. Mai 2020; L 18 AS 1812/19).
- Das Landessozialgericht NRW hat zudem entschieden, dass auch dann die Fünf-Jahres-Frist erfüllt sein kann, wenn der Aufenthalt in Deutschland nicht durchgehend bestanden hat, sondern kurzfristig **unterbrochen** war. In diesem Fall war eine polnische Frau über mehrere Monate zur Pflege ihrer Mutter zwischen Deutschland und Polen gependelt und hatte sich in diesem Zeitraum für etwa vier Monate in Polen aufgehalten. Das LSG hat ihr dennoch einen SGB-II-Anspruch aufgrund eines insgesamt fünfjährigen Aufenthalts zugesprochen; die Unterbrechungen seien nur „unwesentlich“. (Landessozialgericht NRW (19. Senat), Beschluss vom 15. März 2017; L 19 AS 32/17 B ER).

Das Jobcenter ist verpflichtet, bei einem Leistungsantrag von Personen, die allein aufgrund des fünfjährigen gewöhnlichen Aufenthalts und aus keinem anderen Grund einen Leistungsanspruch haben, eine Meldung an die Ausländerbehörde vorzunehmen. Es kann danach eine formale Verlustfeststellung des Freizügigkeitsrechts drohen, wenn kein anderer Freizügigkeitsgrund vorliegt.

3.4 Leistungen nach dem SGB XII

Die Hilfe zum Lebensunterhalt bzw. die Grundsicherung nach dem SGB XII wird normalerweise nur an Personen erbracht, die die Altersgrenze überschritten haben oder längere Zeit voll erwerbsgemindert sind. Zusätzlich gibt es spezielle Leistungen des SGB XII (wie etwa die Hilfe zur Pflege, Hilfen zur Gesundheit, Hilfe zur Überwindung besonderer sozialer Schwierigkeiten, Hilfe in anderen Lebenslagen usw.), die ggf. auch zusätzlich zu den Leistungen des SGB II erbracht werden müssen.

Normalerweise haben alle Unionsbürger*innen, sofern sie die allgemeinen Voraussetzungen erfüllen, einen Anspruch auf sämtliche Leistungen nach dem SGB XII. Ausgenommen davon sind jedoch – parallel der Regelung im SGB II – gem. § 23 Abs. 3 SGB XII diejenigen Unionsbürger*innen,

- in den **ersten drei Monaten** des Aufenthalts (es sei denn, sie sind bereits in dieser Zeit Arbeitnehmer*innen, Arbeitnehmer, Selbstständige oder deren Familienangehörige), oder
- die **allein** über ein Aufenthaltsrecht zur **Arbeitssuche** verfügen, oder
- die über **kein materielles Aufenthaltsrecht** verfügen (Nicht-Erwerbstätige ohne ausreichende Existenzmittel).

Zusätzlich gibt es im SGB XII einen weiteren Leistungsausschluss für Personen,

- die *„eingereist sind, um Sozialhilfe zu erlangen“*.

Auch hier gilt es in der Beratungspraxis, zur Begründung eines Leistungsanspruchs die in Kapitel 2 dargestellten Freizügigkeitskategorien zu durchforsten und gegenüber dem Sozialamt ein anderes, „gutes“ Aufenthaltsrecht geltend zu machen, mit dem kein Ausschluss von Leistungen besteht.

3.5 Sonderregelung für SGB-XII-Leistungen nach dem Europäischen Fürsorgeabkommen

Entgegen dem Gesetzeswortlaut besteht für das SGB XII eine Besonderheit, die insbesondere für die Angehörigen der „alten“ EU-Staaten Bedeutung hat: Personen,

- für die das **Europäische Fürsorgeabkommen (EFA)** gilt und
- die über einen **„rechtmäßigen Aufenthalt“** verfügen (z. B. Aufenthaltsrecht zum Zweck der Arbeitssuche) und
- die deswegen „dem Grunde nach“ **keinen SGB-II-Anspruch** besitzen,

haben nach der ständigen Rechtsprechung des Bundessozialgerichts **Anspruch auf die normale Hilfe zum Lebensunterhalt nach dem SGB XII**, obwohl sie erwerbsfähig sind (z. B. BSG, Urteil vom 3. Dezember 2015, B 4 AS 59/13 R). Der Leistungsbezug gefährdet das Freizügigkeitsrecht nicht.

Auch auf andere Leistungen des SGB XII (z. B. Bildungs- und Teilhabepaket, Hilfe zur Pflege, Krankenhilfe usw.) besteht ein Anspruch. Unter „Fürsorge“ ist darüber hinaus alles zu verstehen, was den „Lebensbedarf sowie die Betreuung“ umfasst, „die ihre Lage erfordert“. Eine Ausnahme gilt nur für die Hilfe bei besonderen sozialen Schwierigkeiten (§§ 67ff.), die im Europäischen Fürsorgeabkommen ausdrücklich ausgenommen worden sind. Über Leistungen nach § 67ff muss in diesen Fällen nach Ermessen entschieden werden.

Praxistipp:

Das Europäische Fürsorgeabkommen (EFA) gilt für folgende Staatsangehörige:

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

Das Europäische Fürsorgeabkommen ist hier zu finden:

→ <https://t1p.de/jv5j>

Staatsangehörigen der genannten Staaten ist, wenn sie sich in Deutschland „erlaubt aufhalten und nicht über ausreichende Mittel verfügen, in gleicher Weise wie seinen eigenen Staatsangehörigen und unter den gleichen Bedingungen die Leistungen der sozialen und Gesundheitsfürsorge (...) zu gewähren.“ (Art. 1 EFA)

Die Bundesregierung hat zwar einen Vorbehalt für die Gültigkeit des EFA für das System des SGB II verkündet, jedoch nicht für das System der Sozialhilfe nach dem SGB XII. Daher hat das Bundessozialgericht entschieden, dass Sozialhilfe nach dem SGB XII den EFA-Staatsangehörigen erbracht werden muss, auch wenn sie erwerbsfähig sind. Dieser Anspruch ist auch durch die erwähnten Gesetzesverschärfungen nicht eingeschränkt worden.

Hintergrund: „Erlaubter Aufenthalt“ als Voraussetzung

Für die Geltung des Gleichbehandlungsanspruchs aus dem EFA ist Voraussetzung, dass die Person über einen „erlaubten Aufenthalt“ verfügt, so dass z. B. ein Aufenthaltsrecht zur Arbeitsuche vorliegen muss.

Ein rein formales Freizügigkeitsrecht, ohne dass ein materieller Freizügigkeitsgrund erfüllt wird, dürfte nach der neueren Rechtsprechung des BSG wohl nicht ausreichen (Bundessozialgericht, Urteil vom 3. Dezember 2016; B 4 AS 59/13 R). Eine gegenteilige Auffassung vertritt das LSG Berlin-Brandenburg, das davon ausgeht, dass der Aufenthalt „erlaubt“ ist, solange die Ausländerbehörde keine Verlustfeststellung getroffen hat (LSG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 14. März 2019; L 15 SO 15/19 B ER).

Nach Auffassung des Bundessozialgerichts ist für die „Rechtmäßigkeit“ in diesem Sinne auch nicht allein das dreimonatige voraussetzungslose Aufenthaltsrecht ausreichend (Bundessozialgericht, Urteil vom 9. August 2018, Az. B 14 AS 32/17 R).

Mehrere Gerichtsentscheidungen haben den Anspruch auf SGB-XII-Leistungen für EFA-Staatsangehörige bestätigt:

→ So hat etwa das Sozialgericht Münster entschieden, dass ein Anspruch auf Hilfe zum Lebensunterhalt nach SGB XII für eine spanische Staatsangehörige mit Freizügigkeitsrecht zum Zweck der Arbeitsuche besteht: „Nach summarischer Prüfung findet der Leistungsausschluss nach § 23 Abs. 3 Satz 1 SGB XII keine Anwendung, weil sich die Antragstellerinnen auf das Gleichbehandlungsgebot gemäß Art. 1 EFA berufen können. (...) Die Antragstellerinnen haben glaubhaft gemacht, dass sie aktuell die Voraussetzungen des Gleichbehandlungsgebotes erfüllen. Spanien gehört zu den Unterzeichnerstaaten des EFA. Außerdem ist vom Vorliegen materieller Aufenthaltsrechte auszugehen. Bei der Antragstellerin zu 1 ergibt sich das Aufenthaltsrecht, wie ausgeführt, aus dem Zweck der Arbeitsuche (§ 2 Abs. 2 Nr. 1a FreizügG/EU).“ (SG Münster, Beschluss vom 12. Oktober 2020; S 20 SO 177/20 ER)

- Das LSG Baden-Württemberg hat in einem Urteil entschieden, dass ein Anspruch auf Kostenübernahme für die Werkstatt für Menschen mit Behinderung nach dem damaligen § 23 SGB XII (Eingliederungshilfe) für eine spanische Staatsangehörige aufgrund EFA besteht. Das EFA setze materiell rechtmäßigen Aufenthalt voraus. Dieser sei hier aufgrund eines fiktiven Aufenthaltsrechts nach § 36 AufenthG gegeben. (LSG Baden-Württemberg; Urteil vom 17. April 2019; L 2 SO 1477/18)
- Das LSG Baden-Württemberg hat festgestellt, dass ein Anspruch auf Hilfe zum Lebensunterhalt nach dem SGB-XII für einen niederländischen Staatsangehörigen bestehen. Ein erlaubter Aufenthalt liegt vor, da die materiellen Voraussetzungen für die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach dem AufenthG (§ 37 Abs. 5 AufenthG) erfüllt sind. (LSG Baden-Württemberg; Beschluss vom 31. Juli 2017; L 7 SO 2557/17 ER-B)
- Das LSG Berlin-Brandenburg hat für einen italienischen Staatsangehörigen entschieden: *„Der Zugang zu Leistungen des SGB XII für Staatsangehörige von EFA-Signatarstaaten ist somit unter den Voraussetzungen des EFA ohne die für Ausländer geltenden Ausschlussstatbestände des § 23 Abs. 3 SGB XII gegeben (...). Dies gilt auch für die ab 29. Dezember 2016 geltende Fassung. (...) Auf die (vorläufige) Rückkehr in ihr Heimatland kann die Antragstellerin nicht verwiesen werden. Solange die zuständige Ausländerbehörde keine „Verlustfeststellung“ getroffen hat, gilt – wie ausgeführt – zu ihren Gunsten die Vermutung eines bestehenden Freizügigkeitsrechts.“* (LSG Berlin-Brandenburg; Beschluss vom 14. März 2017; L 15 SO 321/16 B ER)
- Dies wird in einer weiteren Entscheidung desselben Gerichts bestätigt. Danach erkennt das Gericht ebenfalls einen Anspruch auf SGB XII-Leistungen aufgrund des Europäischen Fürsorgeabkommens für einen Italiener fest. In diesem Fall verpflichtet das Gericht sogar das Jobcenter zu zahlen, da es als zuerst angegangene Behörde gem. § 43 SGB I in Vorleistung treten muss und es den Antrag nicht an das Sozialamt weitergeleitet hat. (Landessozialgericht Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 21. März 2017, L 18 AS 526/17 ER).

Praxistipps: Jobcenter muss Leistungsantrag an das Sozialamt weiterleiten

- Bei Staatsangehörigen, die unter das Europäische Fürsorgeabkommen fallen, sollte bei einem Antrag auf SGB-II-Leistungen stets das Jobcenter aufgefordert werden, den Antrag an das Sozialamt weiterzuleiten, falls kein Anspruch nach SGB II bestehen sollte. Hierzu ist das Jobcenter gem. § 16 Abs. 1 SGB I verpflichtet.
- Ein Antrag gilt als gestellt, auch wenn er bei der unzuständigen Behörde eingegangen ist. Daher muss das Sozialamt dann auch rückwirkend Leistungen erbringen.
- Falls die Zuständigkeit zwischen Jobcenter und Sozialamt strittig sein sollte, muss die zuerst angegangene Behörde in Vorleistung treten (§ 43 SGB I).
- Der Vorwurf einer „Einreise zum Zwecke des Sozialhilfebezugs“ führt nach dem EFA nicht zu einem Leistungsausschluss. Dies hat das Bundessozialgericht bereits im Jahr 2010 klargestellt (BSG, Urteil vom 19.10.2010; B 14 AS 23/10 R).

3.6 Leistungen nach dem SGB XII nach fünf Jahren gewöhnlichem Aufenthalt

Ähnlich wie im SGB II gelten die Leistungsausschlüsse des SGB XII nach einem fünfjährigen Aufenthalt nicht mehr. Dann besteht auch für Unionsbürger*innen und ihre Familienangehörigen, die wegen ihres Aufenthalts zum Zweck der Arbeitsuche oder wegen ihres fehlenden Freizügigkeitsrechts eigentlich ausgeschlossen sind, **ein Anspruch auf die meisten Leistungen des SGB XII** (Hilfe zum Lebensunterhalt, Hilfe bei Schwangerschaft und Geburt, Hilfe zur Pflege, Hilfe bei Krankheit, Grundsicherung im Alter). Dies gilt auch dann, wenn sie nicht (durchgängig) einen materiellen Freizügigkeitsgrund erfüllt haben. Das Freizügigkeitsrecht darf jedoch noch nicht entzogen worden sein. Vorausgesetzt wird vom Gesetzeswortlaut darüber hinaus eine (erstmalige) Wohnsitzanmeldung.

Nach dem Wortlaut sind trotz dieser „Rückausnahme“ nach fünf Jahren für eigentlich ausgeschlossene Personen **die sonstigen Leistungen des SGB XII** (Hilfe in anderen Lebenslagen, Hilfe zur Überwindung besonderer sozialer Schwierigkeiten) weiterhin ausgeschlossen. Dies dürfte aus Gründen der Gleichbehandlung und aufgrund des Anspruchs auf Sicherung eines menschenwürdigen Existenzminimums kaum haltbar sein.

→ Nähere Erläuterungen zum Leistungsanspruch nach fünfjährigem gewöhnlichem Aufenthalt finden Sie in Kapitel 3.3. Die dortigen Ausführungen sind übertragbar auf das SGB XII.

3.7 Die „Überbrückungsleistungen“ und „Härtefalleleistungen“ nach SGB XII

Statt der regulären Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts ist für von den regulären Leistungen ausgeschlossene Personen ein Anspruch auf so genannte „**Überbrückungsleistungen**“ im System des SGB XII (§ 23 Abs. 3 S. 3 bis 6 SGB XII) eingeführt worden. Durch dieses Konstrukt sollen die Leistungsausschlüsse formal verfassungskonform durch ein „Notsystem“ flankiert werden. Es ist aus unserer Sicht höchst fragwürdig, ob mit der Konstruktion der Überbrückungsleistungen das menschenwürdige Existenzminimum in verfassungskonformer Weise gedeckt werden kann.

Denn die Überbrückungsleistungen

- sind regelmäßig nur **„einmalig innerhalb von zwei Jahren“** zu erbringen,
- sie sind regelmäßig bis zur Ausreise, **„längstens jedoch für einen Zeitraum von einem Monat“** zu erbringen,
- sie sind normalerweise in ihrer **Höhe stark eingeschränkt** und liegen bei weniger als der Hälfte der normalen Leistungen zum Lebensunterhalt,
- nur unter **„besonderen Umständen“** müssen sie **„zur Überwindung einer besonderen Härte“ auch höhere Leistungen** umfassen (die gesamten Leistungen des SGB XII) und **„zur Deckung einer zeitlich befristeten Bedarfslage“ auch länger als einen Monat** erbracht werden (**„Härtefalleleistungen“**).

Trotz dieser verfassungsrechtlich hochproblematischen Einschränkungen und trotz des restriktiven Charakters der Überbrückungsleistungen können diese in der Beratung ein wichtiges Instrument sein, um grundlegende Bedürfnisse der Klient*innen, die ansonsten einem Leistungsausschluss unterliegen, decken zu können.

Die Überbrückungsleistungen haben in etwa **folgenden Umfang**:

- **Ernährung** (Abteilungen 1 und 2 der Einkommens- und Verbrauchsstichprobe EVS; in Regelbedarfsstufe 1 betragen diese im Jahr 2021 **155 Euro**)
- **Körperpflege** (einzelne Positionen aus Abteilung 12 EVS: **27 Euro**)
- **Gesundheitspflege** (Abteilung 6 EVS: **17 Euro**).

Dies ergibt einen **Anspruch von etwa 200 Euro in Regelbedarfsstufe 1** und damit weit weniger als die Hälfte des normalen Regelbedarfs. Das reguläre physische Existenzminimum in Regelbedarfsstufe 1 beläuft sich dagegen bereits auf rund 275 Euro.

Praxistipp: Zusammensetzung der Regelbedarfe

Hier finden Sie eine Zusammenstellung der einzelnen Abteilungen innerhalb der jeweiligen Regelbedarfsstufen entsprechend der Einkommens- und Verbrauchsstichprobe (EVS):

→ <https://t1p.de/bhta>

Teil der „Überbrückungsleistungen“ sind zudem **Kosten für Unterkunft und Heizung** sowie die **Gesundheitsversorgung** bei akuten oder schmerzhaften Erkrankungen und **Hilfe bei Schwangerschaft und Mutterschaft**. Zusätzlich besteht Anspruch auf darlehensweise Gewährung der angemessenen **Rückreisekosten**. (§ 23 Abs. 3a SGB XII)

Ausgeschlossen sind damit nach dem Gesetzeswortlaut regelmäßig unter anderem Leistungen für:

- Kleidung
- Hausrat, Haushaltsgegenstände
- Strom
- Bildungs- und Teilhabepaket
- Behandlung chronischer Erkrankungen
- das gesamte soziale Existenzminimum (Fahrkosten, Telefonkosten usw.)
- sämtliche sonstigen Leistungen des SGB XII (Hilfe zur Pflege, Leistungen zur Überwindung besonderer sozialer Schwierigkeiten usw.).

„Härtefalleleistungen“:

Auch andere Leistungen nach dem SGB XII

Nur soweit „*dies im Einzelfall besondere Umstände erfordern*“ besteht „zur Überwindung einer besonderen Härte“ Anspruch auf andere Leistungen im Sinne von § 23 Absatz 1 SGB XII – also die gesamten Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts sowie sämtliche übrigen Leistungen des SGB XII, die über § 23 Abs. 1 nach den Sätzen 1, 2 oder 3 SGB XII eröffnet sind. Die Gesetzesbegründung nennt beispielhaft lediglich Leistungen für Kleidung, es kann sich aber etwa auch um Leistungen bei besonderen sozialen Schwierigkeiten (§ 67ff SGB XII) handeln.

Praxistipp: Rechtsprechung

- Das LSG NRW hat die Erbringung von Überbrückungsleistungen in Höhe der **regulären Hilfe zum Lebensunterhalt** des SGB XII für einen heroinabhängigen und wohnungslosen litauischen Staatsbürger angeordnet (LSG NRW; Beschluss vom 28. März 2018; L 7 AS 115/18 B ER).
- Ebenso hat das LSG Baden-Württemberg für eine dialysebedürftige Unionsbürgerin Überbrückungsleistungen **in voller Regelsatzhöhe** angeordnet (LSG Baden-Württemberg, Beschluss vom 28. März 2018, L 7 AS 430/18 ER-B),
- ebenso das LSG Berlin-Brandenburg (Beschluss vom 8. März 2018, L 25 AS 337/18 B ER).

„Härtefalleleistungen“:

Auch länger als einen Monat

Über den Zeitraum von einem Monat hinaus besteht nur dann Anspruch, „*soweit dies im Einzelfall aufgrund besonderer Umstände zur Überwindung einer besonderen Härte und zur Deckung einer zeitlich befristeten Bedarfslage geboten ist.*“ Die Gesetzesbegründung nennt hierzu beispielhaft eine amtsärztlich festgestellte Reiseunfähigkeit.

Praxistipp: Rechtsprechung

- Das LSG NRW hat in einem Fall Überbrückungsleistungen für zunächst **sechs Monate** angeordnet (Beschluss vom 28. März 2018; L 7 AS 115/18 B ER),
- das LSG Baden-Württemberg hat ebenfalls die Leistungen für **mehr als einen Monat** angeordnet (LSG Baden-Württemberg, Beschluss vom 28. März 2018, L 7 AS 430/18 ER-B),
- ebenso das LSG Hessen (Beschluss vom 13. Juni 2017, L 4 SO 79/17 B ER),
- das LSG Berlin-Brandenburg hat in einem Fall sogar **zeitlich unbefristete** Überbrückungsleistungen angeordnet (Beschluss vom 8. März 2018, L 25 AS 337/18 B ER).

In der Beratungspraxis sollten die Gründe vorgetragen werden, warum im Einzelfall eine längerfristige Bewilligung der Überbrückungsleistungen notwendig ist (Krankheit, Behinderung, Suchterkrankung, familiäre Bindungen etc.).

Dauerhafte Überbrückungsleistungen für die gesamte Zeit des Aufenthalts

Es gibt mittlerweile zwei Urteile in Hauptsacheverfahren von Landessozialgerichten, die in verfassungskonformer Auslegung angeordnet haben, dass die Überbrückungs- bzw. Härtefalleistungen **stets dauerhaft für die gesamte Zeit des tatsächlichen Aufenthalts** in Deutschland erbracht werden müssen. Nur so sei nämlich die grundgesetzliche Pflicht zur Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums erfüllt. Auf die Möglichkeit der Ausreise dürfen die Antragstellenden nicht verwiesen werden. Der Anspruch auf Überbrückungsleistungen endet danach erst mit einer Verlustfeststellung durch die Ausländerbehörde oder mit dem Beginn eines regulären Leistungsanspruchs, etwa wegen Aufnahme einer Arbeit:

- LSG Hessen, Urteil vom 1. Juli 2020; L 4 SO 120/18 und
- LSG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 11. Juli 2019; L 15 SO 181/18.

Während das LSG Berlin-Brandenburg nur eingeschränkte Leistungen vorsieht, hat das LSG Hessen entschieden, dass während dieser Zeit das gesamte physische und soziale Existenzminimum sichergestellt werden muss. Allerdings sieht es für die Leistungen des sozialen Existenzminimums keine Pauschalierung vor, sondern die Bedarfe müssen im Einzelfall glaubhaft gemacht werden.

Die gegenteilige Auffassung vertritt das LSG Baden-Württemberg und schließt die dauerhafte Erbringung von Überbrückungsleistungen aus (LSG Baden-Württemberg, Urteil vom 7.11.2019, L 7 SO 934/19). Diese Frage ist also hochumstritten. Solange dazu keine endgültige Klärung vor dem Bundessozialgericht oder Bundesverfassungsgericht ergangen ist, haben Klagen bzw. Eilanträge bei den Sozialgerichten eine relativ hohe Aussicht auf Erfolg.

Kein gesonderter Antrag auf Überbrückungsleistungen erforderlich

Für die Erbringung der Überbrückungsleistungen besteht kein Antragerfordernis, sondern die Leistungen müssen erbracht werden, wenn dem Sozialamt **bekannt wird**, dass Leistungen benötigt werden. Der Antrag auf Leistungen des SGB II bzw. reguläre Leistungen nach dem SGB XII muss vom Jobcenter an das Sozialamt **weitergeleitet werden** bzw. vom Sozialamt als Antrag auf Überbrückungsleistungen gedeutet werden.

- LSG Hessen, Urteil vom 1. Juli 2020; L 4 SO 120/18,
- LSG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 2. Februar 2018, L 26 AS 24/18 B-ER).

Auch das Bundessozialgericht hat mittlerweile entschieden, dass die Überbrückungsleistungen als Teil „des allgemeinen Begehrens der Kläger auf Leistungen zur Sicherung des Existenzminimums“ zu verstehen sind. Daher ist nach einem Antrag auf Leistungen nach dem SGB II in einem Sozialgerichtsverfahren der Sozialhilfeträger **beizuladen**, und er kann aufgrund des SGB II-Antrags verpflichtet werden, Überbrückungsleistungen zu erbringen – obwohl diese nicht speziell beantragt wurden (BSG, Urteil vom 27.01.2021, B 14 AS 25/20 R).

Da die Praxis jedoch anders aussieht, sollten die Überbrückungsleistungen ausdrücklich beantragt werden. Zudem sollte das Jobcenter ausdrücklich aufgefordert werden, im Falle einer Ablehnung der regulären Leistungen den Antrag an das Sozialamt weiterzuleiten.

Erklärung eines „Ausreisewillens“ ist keine Voraussetzung für die Überbrückungsleistungen

Anders als dies viele Sozialämter handhaben, ist die Erklärung eines „Ausreisewillens“ dem klaren Wortlaut nach keine Voraussetzung für die Erbringung von Überbrückungsleistungen. So sehen es auch zahlreiche Sozialgerichte:

- LSG Hessen, Urteil vom 1. Juli 2020; L 4 SO 120/18 und
- LSG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 11. Juli 2019; L 15 SO 181/18
- LSG Hamburg, Beschluss vom 21. Februar 2018, L 4 SO 10/18 B ER;
- LSG NRW; Beschluss vom 28. März 2018; L 7 AS 115/18 B ER.
- Auch die Bundesregierung hat diese Rechtsauffassung mittlerweile ausdrücklich bestätigt: Große Anfrage der Linksfraction (Drucksache 19/26032), Antwort auf Frage 352, zu finden hier:
 - <https://t1p.de/25e4>

Bei der Beantragung von Überbrückungs- und Härtefallleistungen dürften in vielen Fällen **Rechtsmittel** gegen die Entscheidung der Sozialämter eingelegt werden müssen, da diese erfahrungsgemäß sehr restriktiv entscheiden.

Im Widerspruch und im Eilantrag beim Sozialgericht sollten dann die Gründe vorgetragen werden, warum im Einzelfall bestimmte **zusätzliche Leistungen** erforderlich sind (z. B. Kleidung, Behandlung chronischer Erkrankungen, Leistungen zur sozialen Teilhabe wie Fahrtkosten, Telefonkosten, Hilfe zur Pflege, Hilfe zur Überwindung besonderer sozialer Schwierigkeiten usw.) und warum diese auch länger als einen Monat erbracht werden müssen (z. B. bei Krankheit, wenn Kinder in der Familie leben, bei Behinderung, besonderer Schutzbedürftigkeit, bei Schwangerschaft usw.).

3.8 Die Mitteilungspflicht an die Ausländerbehörde

Nach § 87 Abs. 2 Nr. 2a AufenthG besteht in bestimmten Fällen eine **Mitteilungspflicht des Jobcenters bzw. Sozialamtes**, wenn SGB-II- oder SGB-XII-Leistungen durch eine*n Unionsbürger*in „für sich selbst, seine Familienangehörigen oder für sonstige Haushaltsangehörige“ beantragt oder in Anspruch genommen werden.

Aber: Diese Mitteilungspflicht gilt keinesfalls immer, wenn Unionsbürger*innen Leistungsanträge stellen, sondern nur für ganz bestimmte, in § 87 Abs. 2 Nr. 2a AufenthG ausdrücklich geregelte Konstellationen! Dies sind die folgenden:

- Antrag auf Leistungen bei einem **Aufenthaltsrecht allein zum Zweck der Arbeitsuche** (§ 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II und § 23 Abs. 3 Nr. 2 SGB XII). Diese Voraussetzung ist nur dann erfüllt, wenn kein anderes Freizügigkeitsrecht materiell erfüllt ist (z. B. als Arbeitnehmer*in, ehemalige Arbeitnehmer*in, als Familienangehörige oder nach Art. 10 VO 492/2011).
- Antrag auf Leistungen, wenn **kein (materielles) Freizügigkeitsrecht** erfüllt ist (§ 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II und § 23 Abs. 3 Nr. 2 SGB XII). Damit sind nur Personen gemeint, die keinen anderen Freizügigkeitsgrund erfüllen (auch nicht den der Arbeitsuche). Als Nicht-Erwerbstätige ohne anderen Freizügigkeitsgrund erfüllen Unionsbürger*innen ein Freizügigkeitsrecht nur unter der Voraussetzung, dass sie über eigene Existenzmittel verfügen. Auf eine Verlustfeststellung durch die Ausländerbehörde kommt es dabei nicht an.

In beiden Fällen dürfte das Jobcenter aber aufgrund der geltenden Leistungsausschlüsse ohnehin keine Leistungen gewähren. Ob ein anderer Aufenthaltsgrund erfüllt ist, muss das Jobcenter dabei in eigener Verantwortung prüfen. Das heißt auch: Wenn das Jobcenter Leistungen bewilligt hat, weil z. B. ein Minijob ausgeübt wird oder weil der Arbeitnehmer*innenstatus nach Verlust der Arbeit fortbesteht oder weil ein Freizügigkeitsrecht als Familienangehörige erfüllt ist, gibt es **keine rechtliche Grundlage für eine Meldung**.

Hinzu kommt: Gemäß § 11 Abs. 7 S. 1 FreizügG besteht die Mitteilungspflicht und -befugnis nur dann, wenn der Leistungsbezug oder -antrag (also die Hilfebedürftigkeit) „entscheidungserheblich“ für das Fortbestehen des Freizügigkeitsrechts ist. Das heißt: Die Mitteilung darf nur in den Fällen erfolgen, in denen das Freizügigkeitsrecht von einem gesicherten Lebensunterhalt abhängig ist. Diese Voraussetzung ist jedoch bei Unionsbürger*innen mit einem Freizügigkeitsrecht zur Arbeitsuche (das ja in der Regel zumindest für sechs Monate besteht, § 2 Abs. 2 Nr. 1a FreizügG) nicht erfüllt, da dies unabhängig von einem gesicherten Lebensunterhalt besteht. Nur bei Unionsbürger*innen „ohne Aufenthaltsrecht“, d. h., wenn weder ein Aufenthaltsrecht zur Arbeitsuche, noch irgendein anderes Aufenthaltsrecht erfüllt ist, darf und muss das Jobcenter bzw. Sozialamt eine Meldung vornehmen.

Darüber hinaus besteht die Mitteilungspflicht, wenn

- **ein fünfjähriger gewöhnlicher Aufenthalt** erfüllt ist, ohne dass ein Daueraufenthaltsrecht vorliegen würde (§ 7 Abs. 1 S. 4 SGB II bzw. § 23 Abs. 3 S. 7 SGB XII). Wenn hingegen (zusätzlich) die Voraussetzungen eines **Daueraufenthaltsrechts** erfüllt sind, weil innerhalb von i. d. R. fünf Jahren ein materielles Freizügigkeitsrecht bestanden hat, darf die Meldung nicht erfolgen. Denn dann ist der Leistungsbezug für die Ausländerbehörde zum einen nicht mehr „entscheidungserheblich“, und zum anderen handelt es sich gar nicht um einen Fall nach § 7 Abs. 1 S. 4 SGB II bzw. § 23 Abs. 3 S. 7 SGB XII. Ob ein Daueraufenthaltsrecht erfüllt ist, muss das Jobcenter bzw. Sozialamt dabei in eigener Verantwortung prüfen und kann nicht allein darauf verweisen, dass eine Bescheinigung der Ausländer*innenbehörde vorgelegt werden müsse. Denn das Daueraufenthaltsrecht liegt automatisch vor, wenn die Voraussetzungen dafür erfüllt sind und die Bescheinigung darüber hat nur „deklaratorische Wirkung“ – sie ist also für das Bestehen des Daueraufenthaltsrechts keine konstitutive Voraussetzung.
- **Überbrückungsleistungen bzw. Härtefallleistungen** nach § 23 Abs. 3 S. 3 oder 6 SGB XII beantragt werden.

Anders als in der Praxis üblich, sehen die gesetzlichen Regelungen also nur in ganz bestimmten Fällen eine Mitteilungspflicht und -befugnis an die Ausländerbehörden vor. In allen anderen Fällen ist eine Übermittlung an die Ausländerbehörden nicht nur nicht vorgeschrieben, sondern sogar **unzulässig**.

Praxistipp: Arbeitshilfe zu Meldepflichten

Eine ausführliche Arbeitshilfe zu den Meldepflichten der Sozialbehörden an die Ausländerbehörde finden Sie hier:

→ <https://t1p.de/ebwy>

Tabellarische Übersicht zu den Meldepflichten:

Im Folgenden eine tabellarische Übersicht, in welchen Fällen ein Leistungsanspruch für Unionsbürger*innen und ihre Familienangehörigen besteht und in welchen Fällen eine Übermittlung an die Ausländerbehörde erfolgen muss bzw. darf:

Welches Freizügigkeitsrecht?	Anspruch auf Leistungen?	Meldepflicht der Sozialbehörde an die ABH?
Arbeitnehmer*innen und Selbstständige (auch Minijob)	SGB II und SGB XII	nein
unfreiwillig arbeitslos geworden nach weniger als einem Jahr Erwerbstätigkeit	SGB II / SGB XII für sechs Monate	nein
unfreiwillig arbeitslos geworden nach einem Jahr Erwerbstätigkeit oder länger	SGB II / SGB XII dauerhaft	nein
Daueraufenthaltsberechtigte (i. d. R. nach fünf Jahren materiell rechtmäßigem Aufenthalt, z. B. als Arbeitnehmer*in, bei fortgeltendem Arbeitnehmer*innenstatus oder Familienangehörige)	SGB II und SGB XII	nein
Familienangehörige der bisher genannten Gruppen	SGB II und SGB XII	nein
bei einem (fiktiven) Aufenthaltsrecht nach AufenthG (z. B. aus familiären oder humanitären Gründen)	SGB II und SGB XII	nein
Aufenthaltsrecht nach Art. 10 VO 492/2011 (frühere Arbeitnehmer*in, Kinder in der Schule)	SGB II und SGB XII	nein
Nach fünf Jahren gewöhnlichem, aber nicht durchgängig materiell freizügigkeitsberechtigtem Aufenthalt	SGB II und SGB XII	ja
EFA*-Angehörige mit Aufenthaltsrecht nur zur Arbeitssuche (i.d.R. sechs Monate)	nur SGB XII	nein
Aufenthaltsrecht nur zur Arbeitssuche (i.d.R. sechs Monate), nicht EFA*-Angehörige	Ausschluss, nur „Überbrückungs- und Härtefallleistungen“	nein
Unionsbürger*innen ohne materielles Aufenthaltsrecht (nicht Erwerbstätige, bei denen keines der bisher genannten Aufenthaltsrechte erfüllt ist und die nicht über ausreichende Existenzmittel verfügen)	Ausschluss, nur „Überbrückungs- und Härtefallleistungen“	ja

*EFA = Europäisches Fürsorgeabkommen. Für folgende Staatsangehörige mit rechtmäßigem Aufenthalt (auch Aufenthalt zum Zweck der Arbeitssuche) besteht gem. Art. 1 EFA Anspruch auf Gleichbehandlung bezgl. Fürsorgeleistungen: Belgien, Dänemark, Estland, Frankreich, Griechenland, Irland, Island, Italien, Luxemburg, Malta, Niederlande, Norwegen, Portugal, Schweden, Spanien, Türkei, Großbritannien. Das EFA gilt nach wie vor für den Rechtskreis SGB XII, nicht aber für den Rechtskreis SGB II.

3.9 Leistungen nach dem Asylbewerberleistungsgesetz (AsylbLG)

Nach einer Feststellung über den Verlust oder das Nichtbestehen des Freizügigkeitsrechts durch die Ausländerbehörde sind die Betroffenen **leistungsberechtigt nach dem Asylbewerberleistungsgesetz** – entweder nach § 1 Abs. 1 Nr. 4 AsylbLG (wenn die Ausländerbehörde eine Duldung ausstellt), oder nach § 1 Abs. 1 Nr. 5 AsylbLG (wenn die Ausländerbehörde keine Duldung ausstellt).

- Dass nach einer Verlustfeststellung prinzipiell der Anspruch auf Leistungen nach dem AsylbLG bestehen, hat auch das Landessozialgericht Hessen in einem Beschluss entschieden (LSG Hessen; 7.4.2015; L 6 AS 62/15 B ER).
- Das LSG NRW hat dies in einem Beschluss vom 16. März 2020 (L 19 AS 2035/19 B ER) sowie in einem Beschluss vom 14. November 2018 (L 19 AS 1434/18 B ER) ebenso entschieden.

Die Höhe der Leistungen nach dem AsylbLG hängt davon ab, wie lange die Betroffenen bereits in Deutschland leben (nach 18 Monaten Aufenthalt: Leistungen entsprechend dem SGB XII, innerhalb der ersten 18 Monate: etwa 50 Euro weniger).

In Fällen, in denen die Ausländerbehörde eine Verlustfeststellung getroffen hat, sollten daher Leistungen nach dem AsylbLG beim Sozialamt beantragt werden.

3.10 Kritik an den Leistungsausschlüssen

Der Paritätische hat erhebliche Kritik an den nun geltenden Leistungsausschlüssen für Unionsbürger*innen. Er hält sie für:

- **Sozialpolitisch fatal:** Ein Leben ohne jegliche soziale Absicherung trifft die Schwächsten am stärksten und hat soziale Verelendung, Schutzlosigkeit und prekäre Lebensverhältnisse zur Folge. Dies führt auch zu Ausbeutbarkeit auf dem Arbeitsmarkt und fördert ungeschützte Beschäftigungsverhältnisse.
- **Integrationspolitisch kontraproduktiv:** Der Ausschluss von Leistungen des SGB II erschwert die Förderung von Teilhabe am Arbeitsmarkt. Leistungen des Bildungs- und Teilhabepakets sowie Sprachförderung sind dadurch ebenfalls faktisch ausgeschlossen.
- **Verfassungswidrig:** Die staatliche Pflicht zur Sicherstellung eines menschenwürdigen Existenzminimums sowie die bislang dazu ergangene Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts werden ignoriert. Die geltende Rechtslage hat eine vom Bundesverfassungsgericht ausgeschlossene migrationspolitische Relativierung der Menschenwürde zur Folge.
- **Völkerrechtswidrig:** Die Verweigerung des Existenzminimums ist weder mit Art. 11 des UN-Sozialpakts noch mit Art. 13 der Europäischen Sozialcharta vereinbar. Sie widerspricht zudem dem Vorrang des Kindeswohls (Art. 3 UN-Kinderrechtskonvention).

Das Bundesverfassungsgericht ([Urteile vom 18. Juli 2012; 1 BvL 10/10 - 1 BvL 2/11](#)) hatte im Jahr 2012 festgestellt, dass das Grundgesetz „ein Grundrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums“ garantiere. Bei diesem Anspruch handele es sich um ein Menschenrecht. „Er umfasst sowohl die physische Existenz des Menschen als auch die Sicherung der Möglichkeit zur Pflege zwischenmenschlicher Beziehungen und ein Mindestmaß an Teilhabe am gesellschaftlichen, kulturellen und politischen Leben. Das

Grundrecht steht deutschen und ausländischen Staatsangehörigen, die sich in der Bundesrepublik Deutschland aufhalten, gleichermaßen zu.“

Eine Differenzierung hinsichtlich eines möglicherweise reduzierten Umfangs für bestimmte Gruppen ausländischer Staatsangehöriger sei nur zulässig, „sofern deren Bedarf an existenznotwendigen Leistungen von dem anderer Bedürftiger signifikant abweicht und dies folgerichtig in einem inhaltlich transparenten Verfahren anhand des tatsächlichen Bedarfs gerade dieser Gruppe belegt werden kann.“

Die Möglichkeit einer Ausreise ist für die Frage der Sicherstellung eines menschenwürdigen Existenzminimums jedoch nicht von Belang. Das Bundessozialgericht hatte hierzu entschieden: „Auf die Möglichkeit einer Heimkehr des Ausländers in sein Herkunftsland kommt es in diesem Zusammenhang nicht an. Diese Möglichkeit ist im Hinblick auf die Ausgestaltung des genannten Grundrechts als Menschenrecht schon verfassungsrechtlich jedenfalls solange unbeachtlich, wie der tatsächliche Aufenthalt in Deutschland von den zuständigen Behörden faktisch geduldet wird.“ (BSG, Urteil vom 20. Januar 2016 - B 14 AS 35/15 R)

Auch eine kurzfristige Aufenthaltsdauer oder geringe Aufenthaltsperspektive rechtfertigt es nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts nicht, „den Anspruch auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums auf die Sicherung der physischen Existenz zu beschränken. Art. 1 Abs. 1 GG in Verbindung mit Art. 20 Abs. 1 GG verlangt, dass das Existenzminimum in jedem Fall und zu jeder Zeit sichergestellt sein muss (...). Die einheitlich zu verstehende menschenwürdige Existenz muss daher ab Beginn des Aufenthalts in der Bundesrepublik Deutschland realisiert werden.“

Der zentrale Satz in dem zitierten Urteil lautet: „Die Menschenwürde ist migrationspolitisch nicht zu relativieren.“ Die Sozialleistungsausschlüsse, die in erster Linie und ausdrücklich aus migrationspolitischen Erwägungen erfolgt sind, sind insofern mit der Rechtsprechung des BVerfG nicht zu vereinbaren.

Auch ein neueres Urteil des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG, Urteil vom 5. November 2019, 1 BvL 7/16) stellt zur staatlichen Pflicht der Sicherung eines

menschenwürdigen Existenzminimums‘ klar: „Gesichert werden muss einheitlich die physische und soziokulturelle Existenz. Die den Anspruch fundierende Menschenwürde steht allen zu und geht selbst durch vermeintlich „unwürdiges“ Verhalten nicht verloren.“ Eine Kürzung oder gar Streichung existenzsichernder Leistungen sei unter sehr engen Voraussetzungen allenfalls dann zulässig, wenn „Leistungsberechtigte es selbst in der Hand haben, durch Aufnahme einer ihnen angebotenen zumutbaren Arbeit (...) ihre menschenwürdige Existenz tatsächlich und unmittelbar durch die Erzielung von Einkommen selbst zu sichern.“

Auch diese Vorgaben sind mit der derzeitigen Konstruktion von Leistungsausschlüssen und Überbrückungsleistungen nicht erfüllt: Denn zum einen sehen die Überbrückungsleistungen regelmäßig die systematische Streichung des gesamten sozialen Existenzminimums vor. Und zum anderen kann die Ausreise nicht als zumutbare Mitwirkungspflicht betrachtet werden. Denn durch sie würde die grundgesetzliche Pflicht zur Sicherung des Existenzminimums nicht umgesetzt: Der verfassungsmäßige Anspruch würde „untergehen“, weil die Betroffenen den Geltungsbereich des Grundgesetzes verlassen. Außerdem ist durch die Ausreise keineswegs gewährleistet, dass danach unmittelbar das Existenzminimum gesichert wäre.

3.11 Was kann man gegen die Verweigerung von Leistungen tun? Praxistipps für die Rechtsdurchsetzung

Antragstellung

Anträge auf Leistungen nach dem SGB II oder SGB XII beim Jobcenter oder Sozialamt sind nicht an eine bestimmte Form gebunden. Das heißt: Sie können mündlich, telefonisch, per Mail oder schriftlich gestellt werden. Der Antrag ist dabei nicht das ergänzende Formular, sondern die geäußerte Willensbekundung, Leistungen vom Jobcenter oder Sozialamt zu erhalten.

Die Jobcenter bzw. Sozialämter müssen jeden Antrag als solchen behandeln und bescheiden. Die Bundesagentur für Arbeit erklärt dies in ihren Fachlichen Hinweisen für die Jobcenter folgendermaßen:

„Auch bei berechtigten Zweifeln am Vorliegen der Anspruchsvoraussetzungen (z. B. Hilfebedürftigkeit) ist der Antrag als solcher zu behandeln und zu bescheiden.“ (Fachliche Weisung der BA zu § 37 SGB II, Randziffer 37.2, zu finden hier: → <https://t1p.de/6jnu>)

Es ist also nicht zulässig, Personen einfach wegzuschicken. Weiter heißt es in den Verwaltungsvorschriften:

„Wird ein Antrag postalisch oder telefonisch gestellt, ist dem Antragsteller unverzüglich ein Antragsvordruck zur Klärung der Anspruchsvoraussetzungen zu übersenden. (...) Über jeden Antrag ist zu entscheiden, unabhängig von der Abgabe der Antragsunterlagen. (...) Die Entscheidung des Jobcenters ist nur entbehrlich, wenn der Antragsteller nachweislich (schriftlich) auf die Leistung verzichtet hat (§ 46 SGB I) oder der Antrag zurückgenommen oder widerrufen worden ist. (Fachliche Weisung zu § 37 SGB II, Randnummern 37.9 und 37.12)

Es besteht Anspruch auf einen schriftlichen und begründeten Bescheid.

Für Leistungen nach dem SGB XII gilt im Prinzip das gleiche – allerdings ist hierfür gar kein Antrag erforderlich, sondern bereits dann, wenn dem Sozialamt „bekannt wird“, dass die Voraussetzungen für Sozialhilfe vorliegen (§ 18 SGB XII).

Dolmetsch- und Übersetzungshilfen

Für alle Staatsangehörigen eines EU-Staates (darüber hinaus auch für anerkannte Flüchtlinge, Staatenlose und Drittstaatsangehörige in einer „grenzüberschreitenden Situation“, wie z.B. Grenzgänger*innen oder Personen, die ihren rechtmäßigen Lebensmittelpunkt von einem EU-Staat in einen anderen verlagern), besteht nach der EU-Verordnung 883/2004 ein Anspruch auf Gleichbehandlung. Gem. § 76 Abs. 7 VO 883/2004 dürfen Anträge nicht zurückgewiesen werden, weil sie in einer anderen EU-Sprache verfasst wurden. Dieser Gleichbehandlungsanspruch erstreckt sich auch darauf, dass Sprachschwierigkeiten keine Hürden bei der Inanspruchnahme von Leistungen sein dürfen, die in der genannten Verordnung geregelt sind. Unter anderem gilt dies für Familienleistungen, Rente, Arbeitsförderung, aber auch für die so genannten „besonderen beitragsunabhängigen Geldleistungen“ gem. Art. 70 der Verordnung – das sind die Leistungen des SGB II. Im Klartext: Das Jobcenter muss Übersetzungen vornehmen lassen oder Dolmetscher*innen stellen und bezahlen, wenn es keine andere adäquate Möglichkeit gibt.

→ Geregelt ist dies unter anderem im „**Handbuch Interner Dienstbetrieb – Dolmetscher und Übersetzungshilfen**“ der BA: → <https://t1p.de/pf9n>

Die Weisung sieht ausdrücklich vor, dass für Unionsbürger*innen „die Kosten für die Übersetzung von Schriftstücken und für Dolmetscherdienste bei allen Kontakten von Amts wegen“ übernommen werden müssen. Dies gilt also auch für die eigentliche Antragstellung: Es ist nicht zulässig, die Antragsannahme oder Vorsprache zu verweigern, weil Sprachschwierigkeiten bestehen.

Praxistipp: Leitfaden der BAGFW

Die Wohlfahrtsverbände haben ein gemeinsames Informationsschreiben zu Dolmetsch- und Übersetzungsdiensten für ihre Migrations- und Arbeitslosenberatungsstellen verfasst, um über die bestehenden Möglichkeiten der Verdolmetschung, insbesondere im Rahmen der telefonischen Kommunikation mit Arbeitsagenturen und Jobcentern sowie über die gesetzlichen Grundlagen zu informieren:

→ <https://t1p.de/wqwb>

Vorschüsse

Falls die Entscheidung über einen Antrag auf Leistungen länger dauert, muss das Jobcenter oder das Sozialamt (wie auch andere Sozialleistungsträger, z. B. Elterngeld- oder Wohngeldstellen) spätestens nach vier Wochen Vorschüsse erbringen, wenn diese beantragt werden. Die Höhe richtet sich danach, wie dringend es ist, Leistungen zu erhalten. Wenn glaubhaft gemacht wird, dass eine akute Notlage vorliegt, weil keinerlei Mittel mehr vorhanden sind, müssen die Vorschüsse sofort erbracht werden. Auch die Höhe richtet sich danach, wie dringend und für welchen Zeitraum diese erbracht werden. (§ 42 SGB I).

Anträge müssen von Amts wegen an den zuständigen Leistungsträger weitergeleitet werden.

Oftmals ist es für die Betroffenen völlig unklar, welche Sozialbehörde in welchen Fällen zuständig ist. Je nach Aufenthaltsdauer, Aufenthaltsgrund, familiärer Konstellation usw. ist mal das Jobcenter zuständig und mal das Sozialamt. Hierbei können die Betroffenen den Durchblick kaum behalten.

Daher regelt § 16 SGB I für alle Sozialleistungen:

„Anträge, die bei einem unzuständigen Leistungsträger (...) gestellt werden, sind unverzüglich an den zuständigen Leistungsträger weiterzuleiten. Ist die Sozialleistung von einem Antrag abhängig, gilt der Antrag als zu dem Zeitpunkt gestellt, in dem er bei einer der in Satz 1 genannten Stellen eingegangen ist.“

Der beim Jobcenter gestellte Antrag muss also automatisch ans Sozialamt weitergeleitet werden, wenn das Jobcenter sich für unzuständig hält. Leistungen müssen dann vom Sozialamt ab dem Zeitpunkt erbracht werden, als der Antrag beim Jobcenter eingegangen ist.

Das Bundessozialgericht hat dies noch einmal bekräftigt (Urteil vom 3.12.2015, B 4 AS 44/15 R):

„Dem steht nicht entgegen, dass die Beigeladene im streitigen Zeitraum keine Kenntnis von der Hilfebedürftigkeit der Kläger hatte. Die Beigeladene muss sich hier die Kenntnis des Beklagten zurechnen lassen.“

Vorläufige Leistungen

Wenn beide Behörden der Auffassung sind, sie seien unzuständig, muss die zuerst angegangene Behörde vorläufige Leistungen erbringen. Dies muss spätestens nach vier Wochen passieren, wenn dies beantragt wird. (§ 43 SGB I).

Widerspruch und Klage

Gegen eine Ablehnung der Leistung kann innerhalb eines Monats Widerspruch eingelegt werden. Falls auch der Widerspruch negativ entschieden werden sollte, kann dagegen vor dem zuständigen Sozialgericht eine Klage eingelegt werden. Falls die Widerspruchsfrist verpasst wurde, kann jederzeit ein neuer Antrag auf Leistungen gestellt werden.

In der Klage sollte man die Beiladung des anderen Sozialleistungsträger beantragen, wenn etwa zwischen Jobcenter und Sozialamt strittig ist, wer von beiden zuständig ist. Für eine Klage beim Sozialgericht benötigt man nicht zwingend eine Rechtsanwältin oder einen Rechtsanwalt.

Eilantrag

Oft muss es bei der Verweigerung existenzsichernder Sozialleistungen schnell gehen. Daher gibt es beim Sozialgericht das Instrument des Eilantrags („Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung“, § 86b II SGG). Einen Eilantrag kann man stellen, wenn ein Antrag abgelehnt wurde (und dagegen ein Widerspruch und danach eine Klage eingelegt wurde), ein Einstellungsbescheid erlassen wurde oder wenn ein Antrag unzumutbar lange bearbeitet wird, ohne dass das Jobcenter einen Bescheid erlässt. Es muss sich um einen dringenden, existenziell notwendigen und unaufschiebbaren gegenwärtigen Bedarf handeln – was bei Leistungen des Existenzminimums regelmäßig erfüllt sein dürfte.

Praxistipp:

Ein Eilantrag kann auch ohne Rechtsanwält*in gestellt werden und könnte in etwa folgendermaßen aussehen (bitte ergänzen und Nichtzutreffendes bitte streichen):

1. Für Leistungen nach dem SGB II:

Name / Anschrift...

Datum...

An das Sozialgericht

Ich beantrage den Erlass einer einstweiligen Anordnung gegen das Jobcenter...

Ich beantrage, das Jobcenter im Wege der einstweiligen Anordnung zu verpflichten, mir Leistungen der Grundversicherung für Arbeitsuchende nach dem SGB II zu gewähren.

Ich beantrage gemäß § 75 SGG die Beiladung des Sozialamts...und bitte das Gericht, dieses hilfsweise zu verpflichten, mir Leistungen nach dem SGB XII zu gewähren.

Begründung: Ich habe am ... beim Jobcenter Grundversicherung für Arbeitsuchende nach dem SGB II beantragt und den in Kopie beiliegenden Antrag abgegeben. Am ... habe ich erneut beim Jobcenter... vorgesprochen. Mein Antrag wurde am ... abgelehnt. Am ... habe ich einen Widerspruch eingelegt, über den noch nicht entschieden ist.

/ Mein Antrag wurde trotz Aufforderung und Glaubhaftmachung der Dringlichkeit noch nicht entschieden.

Die Sache ist dringend. Ich bin völlig mittellos und obdachlos, weil... (gegebenenfalls die aktuelle Notlage näher erläutern und Nachweise beifügen!).

Begründung:

bitte ergänzen, z. B.:

- Ich bin erwerbstätig und habe daher ein Freizügigkeitsrecht als Arbeitnehmer*in / Selbstständige. Meine Tätigkeit ist nicht völlig untergeordnet und unwesentlich (bitte ausführen).
- Mein Status als Arbeitnehmer*in / Selbstständige gilt fort, da ich unfreiwillig arbeitslos geworden bin (bitte ausführen).
- Ich habe ein Freizügigkeitsrecht nach Art. 10 VO 492/2011, da ich Arbeitnehmer*in war und meine Kinder die Schule besuchen (bitte ausführen)
- Ich habe ein Freizügigkeitsrecht als Familienangehörige (bitte ausführen)
- Ich erfülle ein Aufenthaltsrecht nach dem AufenthG. Das Jobcenter muss dies fiktiv mit prüfen (bitte ausführen).
- Ich habe ein Daueraufenthaltsrecht, obwohl die Ausländerbehörde mir die Bescheinigung darüber nicht ausgestellt hat (bitte ausführen).
- Ich habe seit fünf Jahren gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland (bitte ausführen).

2. Für Leistungen nach dem SGB XII (für Staatsangehörige des Europäischen Fürsorgeabkommens):

An das Sozialgericht

Ich beantrage den Erlass einer einstweiligen Anordnung gegen das Jobcenter...

Ich beantrage, das Sozialamt im Wege der einstweiligen Anordnung zu verpflichten, mir Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach dem SGB XII zu gewähren.

Ich beantrage gemäß § 75 SGG die Beiladung des Jobcenters...und bitte das Gericht, dieses hilfsweise zu verpflichten, mir Leistungen nach dem SGB II zu gewähren.

Begründung: Ich habe am ... beim Sozialamt Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach dem SGB XII beantragt und den in Kopie beiliegenden Antrag abgegeben. Am ... habe ich erneut beim Sozialamt... vorgesprochen. Mein Antrag wurde am ... abgelehnt. Am ... habe ich einen Widerspruch eingelegt, über den noch nicht entschieden ist.

/ Mein Antrag wurde trotz Aufforderung und Glaubhaftmachung der Dringlichkeit noch nicht entschieden.

Die Sache ist dringend. Ich bin völlig mittellos und obdachlos, weil... (gegebenenfalls die aktuelle Notlage näher erläutern und Nachweise beifügen!).

Begründung:

Ich bin xxx-Staatsangehöriger und bin damit freizügigkeitsberechtigt. Die Ausländerbehörde hat bislang keine Verlustfeststellung getroffen. Ich verfüge über ein materielles Freizügigkeitsrecht zum Zweck der Arbeitsuche und somit über einen erlaubten Aufenthalt. Als xxx-Staatsangehöriger gilt für mich der Gleichbehandlungsgrundsatz aus Art. 1 des Europäischen Fürsorgeabkommens. Die Bundesregierung hat zwar einen Vorbehalt zur Gültigkeit des EFA für das System des SGB II verkündet, jedoch nicht für das System der Sozialhilfe nach dem SGB XII. Da ich gem. § 7 Abs. 1 Satz 2 SGB II dem Grunde nach von Leistungen nach dem SGB II ausgeschlossen bin, ist für mich der Anwendungsbereich des SGB XII eröffnet (vgl. BSG, Urteil vom 3. Dezember 2015, B 4 AS 59/13 R sowie: LSG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 14. März 2017; L 15 SO 321/16 B ER:

„Der Zugang zu Leistungen des SGB XII für Staatsangehörige von EFA-Signatarstaaten ist somit unter den Voraussetzungen des EFA ohne die für Ausländer geltenden Ausschlussstatbestände des § 23 Abs. 3 SGB XII gegeben (...). Dies gilt auch für die ab 29. Dezember 2016 geltende Fassung. (...)Auf die (vorläufige) Rückkehr in ihr Heimatland kann die Antragstellerin nicht verwiesen werden. Solange die zuständige Ausländerbehörde keine „Verlustfeststellung“ getroffen hat, gilt – wie ausgeführt – zu ihren Gunsten die Vermutung eines bestehenden Freizügigkeitsrechts.“)

Praxistipp:

Für Verfahren bei den Sozialgerichten fallen keine Gerichtskosten an und es gibt keinen Anwaltszwang. Dennoch kann es sinnvoll sein, eine*n Rechtsanwält*in hinzuzuziehen. Hierfür gibt es die Möglichkeit, **Prozesskostenhilfe** zu beantragen.

Die Antragsformulare finden Sie hier:

→ <https://t1p.de/om5d>

Ausführliche Informationen zu Prozesskostenhilfe und Beratungshilfe finden Sie in einer Broschüre des Bundesjustizministeriums:

→ <https://t1p.de/byv7>

3.12 Übersichtstabelle

Im Folgenden soll in einer Übersichtstabelle die Freizügigkeitskategorien inkl. der Sozialleistungsansprüche dargestellt werden. Dies kann aber naturgemäß nur eine verkürzte Darstellung sein, die nicht jeden Einzelfall berücksichtigt.

Aufenthaltskategorie?	Anspruch auf Leistungen?
Arbeitnehmer*innen oder Selbstständige	SGB II und SGB XII
unfreiwillig arbeitslos gewordene nach weniger als einem Jahr Erwerbstätigkeit	SGB II und SGB XII für sechs Monate
unfreiwillig arbeitslos gewordene nach mind. einem Jahr Erwerbstätigkeit:	SGB II und SGB XII
Daueraufenthaltsberechtigte (i. d. R. nach fünf Jahren materiell rechtmäßiger Aufenthalt)	SGB II und SGB XII
Aufenthaltsrecht nach Art. 10 VO 492/2011 (Kinder in der Schule, EU-Elternteil ehemalige*r Arbeitnehmer*in)	SGB II und SGB XII
Familienangehörige der oben genannten Gruppen	SGB II und SGB XII
bei einem (fiktiven) Aufenthaltsrecht nach AufenthG (z. B. familiär oder humanitär)	SGB II und SGB XII
Nach fünf Jahren gewöhnlichem, aber nicht durchgängig materiell freizügigkeitsberechtigtem Aufenthalt	SGB II und SGB XII
EFA-Angehörige mit Aufenthaltsrecht nur zur Arbeitsuche	SGB XII
Aufenthaltsrecht nur zur Arbeitsuche, nicht EFA-Angehörige	„Überbrückungsleistungen“ SGB XII
Ohne materielles Aufenthaltsrecht	„Überbrückungsleistungen“ SGB XII
Nach Verlustfeststellung durch die Ausländerbehörde	AsylbLG

4. Weitere Sozialleistungen und andere Soziale Rechte

4.1 Kindergeld

Für die Prüfung, ob für Unionsbürger*innen in Deutschland ein Anspruch auf Kindergeld besteht, müssen zwei Kriterien herangezogen werden:

- Zum einen muss Deutschland aufgrund der EU-Koordinierungsvorschriften **zuständig** sein und
- zum anderen muss nach den gesetzlichen Bestimmungen ein **Anspruch** auf Kindergeld bestehen.

Zuständigkeit Deutschlands?

Die Frage, ob Deutschland für die Zahlung von Kindergeld zuständig ist, stellt sich vor allem dann, wenn die Elternteile bzw. das Kind in unterschiedlichen Staaten leben – und somit mehrere Länder für die Kindergeldzahlung zuständig sein könnten. Die EU hat für diese „grenzüberschreitenden Fälle“ Koordinierungsregelungen vorgegeben, die die Ansprüche und Verfahren festlegen. Rechtsgrundlage für diese Regelungen sind die Verordnungen Verordnung (EG) Nr. 883/2004 sowie die Durchführungsverordnung (EG) Nr. 987/2009. Ausgangspunkt dieser Regelungen ist stets, dass für Familienangehörige, die in einem anderen Mitgliedstaat wohnen, ein Anspruch auf Familienleistungen durch den zuständigen Staat besteht, als ob die Familienangehörigen in diesem Mitgliedstaat zusammenwohnen würden.

In Art. 68 der VO 883/2004 wird festgelegt, welches der zuständige Mitgliedsstaat ist:

- Vorrangig zuständig ist der Staat, in dem eine **Beschäftigung oder selbständige Erwerbstätigkeit** ausgeübt wird. Dazu zählen auch Zeiten, in denen Arbeitslosengeld, Krankengeld, Mutterschaftsgeld bezogen wird, sowie Elternzeit oder Zeiten nach einem Arbeitsunfall, wenn die Arbeit nur vorübergehend unterbrochen wird.
- Wird keine Beschäftigung oder selbständige Erwerbstätigkeit ausgeübt, ist der Staat zuständig, nach dessen Rechtsvorschriften eine **Rente** bezogen wird (Renten wegen Alters oder wegen

verminderter Erwerbsfähigkeit aus einer der gesetzlichen Rentenversicherungen sowie Verletztenrente oder einer Hinterbliebenenrente aus der gesetzlichen Unfallversicherung).

- Wird weder eine Beschäftigung ausgeübt, noch eine Rente bezogen (wird der Kindergeldanspruch also allein durch den **Wohnsitz** ausgelöst), ist der Staat vorrangig zuständig, in dem auch die **Kinder wohnen**.
- Dasselbe gilt, wenn beide Elternteile **aus demselben Grund** einen Kindergeldanspruch hätten (etwa, weil beide in unterschiedlichen Staaten arbeiten, oder aus zwei Staaten eine Rente erhalten). Wenn in diesem Fall das Kind weder im für die Mutter, noch in dem für den Vater zuständigen Staat wohnt, ist der Staat zuständig, der das höhere Kindergeld vorsieht.

Der vorrangig zuständige Staat hat Kindergeld in voller Höhe zu gewähren. Im nachrangig zuständigen Staat ruht hingegen der Anspruch auf Kindergeld in dieser Höhe. Der nachrangig zuständige Staat muss dann einen Unterschiedsbetrag zahlen, wenn das im anderen Staat gewährte Kindergeld niedriger ist (oder gar nicht mehr gezahlt wird, etwa, weil die Kinder eine nach dem Recht des vorrangig zuständigen Staats vorgesehene Altersgrenze überschritten haben). Sind die im anderen Mitgliedstaat vorgesehenen Leistungen höher, entfällt die Zahlung des Unterschiedsbetrags.

Eine Ausnahme gilt dann, wenn kein Elternteil erwerbstätig ist oder eine Rente bezieht (die Zuständigkeit also allein durch den Wohnsitz ausgelöst wird): In diesem Fall wird **kein Unterschiedsbetrag** gewährt.

Beispiel:

Frau J. ist portugiesische Staatsangehörige und wohnt und arbeitet in Portugal, ihr ebenfalls portugiesischer Mann ist nach Deutschland gezogen. Er erhält eine portugiesische Erwerbsunfähigkeitsrente. Das gemeinsame Kind der beiden wohnt mit ihm in Deutschland. Vorrangig zuständig ist in diesem Fall Portugal. Deutschland muss als nachrangig zuständiger Staat einen Unterschiedsbetrag bis zum deutschen Kindergeld erbringen.

Anspruch auf Kindergeld?

Wenn der zuständige Staat feststeht, muss geprüft werden, ob nach deutschen Rechtsvorschriften die Voraussetzungen für einen Kindergeldanspruch erfüllt sind. Für Unionsbürger*innen und ihre Familienangehörigen richtet sich dies in der Regel nach § 62 Abs. 1a EStG. Darin sind die Voraussetzungen im Juli 2019 stark verschärft worden. Für Unionsbürger*innen gelten seitdem folgende Sonderregelungen:

- **In den ersten drei Monaten** nach Zuzug nach Deutschland (Begründung eines Wohnsitzes oder gewöhnlichen Aufenthalts) besteht für Staatsangehörige der EU **nur dann** Anspruch auf Kindergeld, wenn in dieser Zeit bereits „**inländische Einkünfte**“ erzielt werden. Dazu zählen insbesondere Einkünfte aus selbstständiger oder nicht-selbstständiger Arbeit. Eine Mindesteinkommensgrenze wird hier nicht verlangt, es reicht daher auch eine geringfügige Tätigkeit.
- **Nach den ersten drei Monaten** besteht für Unionsbürger*innen ein Kindergeldanspruch weiterhin **nicht**, wenn entweder
 - **kein materieller Freizügigkeitsgrund** gem. § 2 Abs. 2 und 3 FreizügG erfüllt ist, oder
 - nur der Freizügigkeitsgrund zur **Arbeitsuche** (§ 2 Abs. 2 Nr. 1a FreizügG) erfüllt ist **und vorher kein anderer Freizügigkeitsgrund** erfüllt war (z. B. als Arbeitnehmer*in, als Familienangehörige*r, mit Daueraufenthaltsrecht usw.).

Demgegenüber besteht ein Kindergeldanspruch unter anderem dann, wenn die*der Unionsbürger*in

- **Arbeitnehmer*in** ist (eine Tätigkeit mit etwa acht Wochenstunden und einem Einkommen von rund 180 Euro kann dafür ausreichen),
- Als **Selbstständige*r** tätig ist,
- die Arbeit oder selbständige Tätigkeit **unfreiwillig verloren** hat (der Arbeitnehmer*innenstatus bleibt dann für mindestens sechs Monate erhalten. Wenn die Arbeit vorher mindestens ein Jahr ausgeübt wurde, bleibt der Arbeitnehmer*innenstatus sogar dauerhaft erhalten),
- **Familienangehörige*r** eine*r Unionsbürger*in ist. Dazu gehören z. B.
 - Unter 21 Jahre: Ehegatt*in, Kinder, Enkel, Stiefkinder unter 21 Jahre,
 - Über 21 Jahre: Kinder, Enkel, Stiefkinder, Eltern, Großeltern, Schwiegereltern, wenn diesen von de*dem Unionsbürger*in ein Teil des Unterhalts geleistet wird,
- ein **Aufenthaltsrecht nach Art. 10 VO 492/2011** hat. Dies besteht für die Kinder bis zum Abschluss einer Schul- oder Berufsausbildung sowie für den anderen Elternteil, wenn die*der Unionsbürger*in früher einmal in Deutschland gearbeitet hat, oder
- ein **Daueraufenthaltsrecht** hat (fünf Jahre rechtmäßiger Aufenthalt, in denen ein Freizügigkeitsgrund erfüllt wurde).

Kindergeldanspruch besteht auch dann, wenn

- nur ein Freizügigkeitsrecht **zum Zweck der Arbeitsuche** besteht, aber vorher einer der anderen oben genannten Freizügigkeitsgründe erfüllt war.

Beispiel:

Frau L. ist ungarische Staatsangehörige und arbeitet seit sieben Monaten in Deutschland. Sie ist alleinerziehend und ihr 14-jähriger Sohn D. lebt bei ihr in Deutschland. Sie erhält bisher deutsches Kindergeld für ihn, da sie ein Freizügigkeitsrecht als Arbeitnehmerin erfüllt (§ 2 Abs. 2 Nr. 1 FreizügG). Nun hat sie ihre Arbeit unverschuldet verloren. Ihr Status als Arbeitnehmerin bleibt daher für sechs Monate erhalten (§ 2 Abs. 3 FreizügG), der Anspruch auf Kindergeld ebenfalls. Auch nach den sechs Monaten hat sie noch keine neue Arbeit gefunden. Ihr Freizügigkeitsrecht als Arbeitnehmerin endet daher, sie ist nun nur noch freizügigkeitsberechtigt zum Zweck der Arbeitsuche. Der Kindergeldanspruch bleibt dennoch bestehen, da sie vorher bereits ein anderes Freizügigkeitsrecht erfüllt hatte.

Die Familienkasse soll die Voraussetzungen des Freizügigkeitsrechts in eigener Verantwortung prüfen. Bei einer Ablehnung, weil die freizügigkeitsrechtlichen Voraussetzungen nicht vorliegen, muss die Familienkasse dies der Ausländerbehörde mitteilen.

Praxistipp: Arbeitshilfe zu Familienleistung

Eine ausführliche Broschüre zu den **Ansprüchen auf Familienleistungen für Menschen ohne deutsche Staatsangehörigkeit** des Paritätischen Gesamtverbands gibt es hier:

→ <https://t1p.de/p06h>

4.2 Elterngeld

Das Elterngeld unterliegt wie das Kindergeld der „europarechtlichen Koordinierung“. Das heißt: Es ist nach europäischem Recht festgelegt, welcher EU-Staat für das Elterngeld zuständig ist und dass Unionsbürger*innen, aber auch anerkannte Flüchtlinge und andere drittstaatsangehörige ausländische Staatsangehörige mit einem „grenzüberschreitenden Bezug“ beim Zugang zum Elterngeld nicht schlechter gestellt werden dürfen, als die eigenen Staatsangehörigen.

Für die Prüfung, ob in Deutschland ein Anspruch auf Elterngeld besteht, müssen daher zwei Kriterien herangezogen werden:

- Zum einen muss Deutschland aufgrund der EU-Koordinierungsvorschriften **zuständig** sein und
- zum anderen muss nach den gesetzlichen Bestimmungen ein **Anspruch** auf Elterngeld bestehen.

Zuständigkeit Deutschlands?

Die Frage, ob Deutschland für die Zahlung von Elterngeld zuständig ist, ergibt sich vor allem dann, wenn die Elternteile bzw. das Kind in unterschiedlichen EU-Staaten leben oder zwischen zwei EU-Staaten umgezogen sind – und somit mehrere Länder für die Elterngeldzahlung zuständig sein könnten.

Für diese Prüfung gilt eine Rangfolge von Kriterien (Ort der Erwerbstätigkeit, Rentenbezug, Wohnsitz der Kinder), die den **Regelungen zum Kindergeld entspricht** (siehe Kapitel 4.1).

Anspruch auf Elterngeld?

Wenn der zuständige Staat feststeht, muss geprüft werden, ob nach deutschen Rechtsvorschriften die Voraussetzungen für einen Elterngeldanspruch erfüllt sind. Gemäß § 1 Abs. 7 BEEG haben freizügigkeitsberechtigte Unionsbürger*innen und ihre freizügigkeitsberechtigten Familienangehörigen einen Anspruch auf Elterngeld wie deutsche Staatsangehörige. Bei Unionsbürger*innen wird – bezogen auf das Elterngeld – davon ausgegangen, dass Freizügigkeit besteht, bis die Ausländerbehörde das Gegenteil festgestellt hat. Daher haben Unionsbürger*innen Anspruch auf Elterngeld, solange die Ausländerbehörde **keine Verlustfeststellung** getroffen hat.

Praxistipp: Urteil des Bundessozialgerichts

Die Elterngeldstelle ist **nicht berechtigt**, in eigener Verantwortung das materielle Vorliegen der Freizügigkeitsvoraussetzungen zu prüfen und das Elterngeld daraufhin abzulehnen. So hat es das Bundessozialgericht höchstrichterlich festgestellt. Insofern unterscheiden sich die Regelungen zum Kindergeld und zum Elterngeld erheblich.

→ Bundessozialgericht, Urteil vom 27. März 2020; B 10 EG 5/18 R

Elterngeld muss somit an Unionsbürger*innen und ihre Familienangehörigen stets solange gezahlt werden, wie die Ausländerbehörde keinen förmlichen Verlust oder das Nichtbestehen des Freizügigkeitsrechts festgestellt hat.

Praxistipp: Broschüre zu Familienleistungen

Eine ausführliche Broschüre zu den **Ansprüchen auf Familienleistungen für Menschen ohne deutsche Staatsangehörigkeit** des Paritätischen Gesamtverbands gibt es hier:

→ <https://t1p.de/p06h>

4.3 Unterhaltsvorschuss

Anders als das Kindergeld oder Elterngeld zählt der Unterhaltsvorschuss nicht zu den europarechtlich koordinierten Familienleistungen (Art. 1 Buchstabe z VO 883/2004). Das hat zur Folge, dass sich der Anspruch und die Zuständigkeit allein aus deutschem Recht ergibt. Ein Kind mit Wohnsitz oder gewöhnlichem Aufenthalt in einem anderen EU-Staat hat daher – anders als beim Kindergeld – keinen Anspruch auf Unterhaltsvorschuss.

Gemäß § 1 Abs. 2a Satz 1 UhVorschG haben freizügigkeitsberechtigte Unionsbürger*innen und ihre freizügigkeitsberechtigten Familienangehörigen stets einen Anspruch auf Unterhaltsvorschuss wie deutsche Staatsangehörige. Es wird vermutet, dass sie freizügigkeitsberechtigt sind.

Die Ausländerbehörde kann nur im Einzelfall feststellen, dass die Voraussetzungen dafür nicht erfüllt werden und eine formale „Verlustfeststellung“ treffen. Dies kann jedoch nur durch einen Verwaltungsakt erfolgen, automatisch erlischt das Freizügigkeitsrecht nicht. Daher haben Unionsbürger*innen **Anspruch auf Unterhaltsvorschuss**, solange die Ausländerbehörde keine solche Verlustfeststellung getroffen hat.

Praxistipp: Unterhaltsvorschuss ohne Prüfung des Freizügigkeitsgrundes

Die Unterhaltsvorschussstelle ist nicht berechtigt, in eigener Verantwortung das materielle Vorliegen der Freizügigkeitsvoraussetzungen zu prüfen und den Unterhaltsvorschuss daraufhin abzulehnen. So hat es das Bundessozialgericht höchstrichterlich für den Anspruch auf Elterngeld nach BEEG festgestellt. Das § 1 Abs. 7 BEEG ist jedoch wortgleich formuliert wie § 1 Abs. 2a UhVorschG. Die höchstrichterliche Entscheidung ist somit übertragbar.

→ Bundessozialgericht, Urteil vom 27. März 2020; B 10 EG 5/18 R

Unterhaltsvorschuss muss somit an Unionsbürger*innen und ihre Familienangehörigen stets solange gezahlt werden, wie die Ausländerbehörde keinen förmlichen Verlust oder das Nichtbestehen des Freizügigkeitsrechts festgestellt hat. Die Unterhaltsvorschussstelle darf jedoch die ABH informieren, wenn sie der Auffassung ist, dass die Voraussetzungen für das materielle Freizügigkeitsrecht nicht erfüllt sind.

Praxistipp: Unterhaltsvorschuss, wenn das Jobcenter nicht zahlt

Unterhaltsvorschuss kann helfen, wenn das Jobcenter nicht zahlt. Denn auch Kinder ab zwölf Jahren haben dann einen Anspruch auf Unterhaltsvorschuss, wenn „das Kind keine Leistungen nach dem Zweiten Buch Sozialgesetzbuch bezieht“ – auch dann, wenn die Leistung die theoretische Hilfebedürftigkeit nicht überwinden kann (§ 1 Abs. 1a UhVorschG). Zusammen mit möglichem Kindergeld, dem Wohngeld und eventuell dem Elterngeld, die trotz der Leistungsausschlüsse im SGB II und XII beantragt werden können, kann zumindest ein Teil des Bedarfs gerade für Familien gedeckt werden.

Beispiel:

Frau J. ist slowakische Staatsangehörige und lebt mit ihrer 13jährigen Tochter seit drei Monaten in Deutschland. Sie wohnen momentan noch mietfrei bei Bekannten. Der Vater lebt in der Slowakei und zahlt keinen Unterhalt. Sie sucht gegenwärtig Arbeit, hat aber bislang noch keine Arbeit gefunden.

- Das Jobcenter hat einen Antrag auf **SGB II-Leistungen abgelehnt**, da sie nur über ein Aufenthaltsrecht zur Arbeitssuche verfüge.
- Die Familienkasse hat einen Antrag auf **Kindergeld abgelehnt**, da sie in den ersten drei Monaten keine inländischen Einkünfte habe und nach den ersten drei Monaten allein über ein Freizügigkeitsrecht zur Arbeitssuche verfüge, ohne vorher ein anderes Freizügigkeitsrecht gehabt zu haben. Damit seien die Voraussetzungen nach § 62 Abs. 1a EStG nicht erfüllt.

Die Tochter hat jedoch Anspruch auf **Unterhaltsvorschuss**. Der Betrag darf nicht um das Kindergeld gekürzt werden, da ein Anspruch auf Kindergeld für Frau J. nicht besteht.

Praxistipp: Broschüre zu Familienleistungen

Eine ausführliche Broschüre zu den **Ansprüchen auf Familienleistungen für Menschen ohne deutsche Staatsangehörigkeit** des Paritätischen Gesamtverbands gibt es hier:

- <https://t1p.de/p06h>

4.4 Wohngeld

Beim Anspruch auf Wohngeld bestehen **keine ausländerrechtlichen Einschränkungen** für Unionsbürger*innen. Gem. § 3 Abs. 5 WoGG besteht ein Anspruch für Ausländer*innen unter anderem dann, wenn sie „*ein Aufenthaltsrecht nach dem Freizügigkeitsgesetz/EU haben*“. Dies wird stets anzunehmen sein, so lange die Ausländerbehörde keine formale Verlustfeststellung getroffen hat.

4.5 Ausbildungsförderung

Der Anspruch auf Berufsausbildungsbeihilfe (BAB) und die anderen Leistungen der Ausbildungsförderung nach dem SGB III sind im Jahr 2019 von ausländerrechtlichen Einschränkungen weitestgehend entkoppelt worden. Alle Unionsbürger*innen haben daher einen **Anspruch auf BAB, berufsvorbereitende Bildungsmaßnahmen, Assistierte Ausbildung usw.** Lediglich für die Förderung im Rahmen einer **außerbetrieblichen Ausbildung** bestehen in einigen wenigen Fällen **Einschränkungen** für Unionsbürger*innen, wenn sich ihr Aufenthaltsrecht nur aus dem Zweck der Arbeitsuche ergibt oder sie kein materielles Freizügigkeitsrecht haben (§ 76 Abs. 6 SGB III).

Für einen Anspruch auf **BAföG** müssen Unionsbürger*innen bestimmte freizügigkeitsrechtliche Voraussetzungen erfüllen – z. B. ein Daueraufenthaltsrecht haben oder ein materielles Freizügigkeitsrecht als Arbeitnehmer*in, Selbstständige oder Familienangehörige erfüllen (§ 8 Abs. 1 BAföG).

Praxistipp: Broschüre zur Ausbildungsförderung

Eine ausführliche Broschüre des Paritätischen Gesamtverbands „**Der Zugang zur Berufsausbildung und zu den Leistungen der Ausbildungsförderung für junge Flüchtlinge und junge Neuzugewanderte**“ ist hier herunterzuladen:

→ <https://t1p.de/3qw8>

4.6 Gesundheitsversorgung

Der Zugang zur Gesundheitsversorgung ist für viele Unionsbürger*innen mit großen Schwierigkeiten verbunden. Es ist oft unklar, ob noch das Krankenversicherungssystem des Herkunftsstaats greift, oder ob eine deutsche gesetzliche Krankenkasse zuständig ist. In manchen Fällen sieht das Gesetz keinen Zugang zum deutschen Krankenversicherungssystem vor.

Praxistipp: Informationen zur Gesundheitsversorgung

Eine ausführliche Broschüre „**Schutzlos oder gleichgestellt? – Der Zugang zum Gesundheitssystem für Unionsbürger und ihre Familienangehörigen**“ des Paritätischen Gesamtverbands ist hier herunterzuladen:

→ <https://t1p.de/1ldt>

Eine aktuelle Broschüre „**Zugang zum Gesundheitssystem für Unionsbürgerinnen und Unionsbürger, Angehörige des EWR und der Schweiz**“, die die EU-Gleichbehandlungsstelle gemeinsam mit der BAGFW herausgegeben hat, gibt es hier:

→ <https://t1p.de/zmtb>

In vielen Städten gibt es mittlerweile **Clearingstellen**, die bei der Herstellung eines Zugangs zur Gesundheitsversorgung informieren und unterstützen. Eine Liste mit den Clearingstellen, die die EU-Gleichbehandlungsstelle zusammengestellt hat, gibt es hier:

→ <https://t1p.de/pp7g>

4.7 Eingliederungshilfe

Die Leistungen der Eingliederungshilfe für Menschen mit Behinderungen sind mittlerweile nicht mehr als Teil der Sozialhilfe nach dem SGB XII geregelt, sondern nun **direkt über das SGB IX**. Dort gibt es einen § 100 Abs. 1 SGB IX, der den Anspruch für nicht-deutsche Staatsangehörige regelt:

„Ausländer, die sich im Inland tatsächlich aufhalten, können Leistungen nach diesem Teil erhalten, soweit dies im Einzelfall gerechtfertigt ist. Die Einschränkung auf Ermessensleistungen nach Satz 1 gilt nicht für Ausländer, die im Besitz einer Niederlassungserlaubnis oder eines befristeten Aufenthaltstitels sind und sich voraussichtlich dauerhaft im Bundesgebiet aufhalten. Andere Rechtsvorschriften, nach denen Leistungen der Eingliederungshilfe zu erbringen sind, bleiben unberührt.“

Bei Unionsbürger*innen ist in aller Regel davon auszugehen, dass sie sich **voraussichtlich dauerhaft** in Deutschland aufhalten und ihr Freizügigkeitsrecht wie der **Besitz eines Aufenthaltstitels** zu werten. Dies gilt ohne Zweifel für Unionsbürger*innen, die ein materielles Freizügigkeitsrecht haben

- ➔ als Arbeitnehmer*innen oder Selbstständige,
- ➔ bei Fortgeltung des Arbeitnehmer*innen- bzw. Selbstständigenstatus,
- ➔ als Familienangehörige,
- ➔ mit Daueraufenthaltsrecht,
- ➔ mit einem Aufenthaltsrecht nach Art. 10 VO 492/2011 wegen des Schulbesuchs der Kinder.

In diesen Fällen besteht ein **Anspruch auf die Leistungen der Eingliederungshilfe**, zumal für die genannten Gruppen ein unionsrechtliches Diskriminierungsverbot und ein Anspruch auf Gleichbehandlung besteht.

Nur in sehr wenigen Fällen dürften die Leistungen der Eingliederungshilfe für Unionsbürger*innen und ihre Familienangehörigen im Ermessen der Behörde stehen. Denkbar ist dies unter Umständen bei Unionsbürger*innen ohne materielles Freizügigkeitsrecht. Aber auch dann muss die Behörde in ihrer Ermessensentscheidung das höherrangige Recht (UN-Behindertenkonvention, Kinderrechtskonvention, Grundgesetz etc.) berücksichtigen, so dass eine Verweigerung der benötigten Leistung in der Regel nicht zulässig sein dürfte.

Praxistipp: Broschüre zur Beratung von Migrant*innen mit Behinderung

In einem ausführlichen „Leitfaden zur Beratung von Menschen mit einer Behinderung im **Kontext von Migration und Flucht**“ des Caritasverbands für die Diözese Osnabrück und der Organisation passage gGmbH werden die Ansprüche für Menschen ohne deutsche Staatsangehörigkeit ausführlich dargestellt:

➔ <https://t1p.de/m7j0>

4.8 Sprachförderung

Es gibt zwei unterschiedliche bundesgesetzlich geregelte Sprachkurs-Angebote:

- den Integrationskurs (§ 43ff AufenthG) und
- die berufsbezogene Deutschsprachförderung (§ 45a AufenthG).

Unionsbürger*innen sowie ihre freizügigkeitsberechtigten Familienangehörigen können beantragen, zu den beiden Kursangeboten zugelassen zu werden, solange bei ihnen nicht der Verlust oder das Nichtbestehen der Freizügigkeit festgestellt worden ist.

Integrationskurs:

Die Integrationskurse umfassen normalerweise 600 Unterrichtseinheiten Sprachkurs und 100 Unterrichtseinheiten „Orientierungskurs“. Sie schließen üblicherweise mit dem Sprachzertifikat B1 ab. Unionsbürger*innen sowie ihre freizügigkeitsberechtigten Familienangehörigen haben zwar keinen formalen Anspruch auf Teilnahme und können von der Ausländerbehörde auch nicht dazu verpflichtet werden. Sie können aber beim Bundesamt für Migration und Flüchtlinge (BAMF) einen Antrag auf Zulassung stellen (§ 44 Abs. 4 AufenthG). Zudem kann das Jobcenter sie im Rahmen der Eingliederungsvereinbarung verpflichten, einen Antrag auf Zulassung zu stellen. Die Zulassung erfolgt im Rahmen freier Kurskapazitäten, wobei Unionsbürger*innen sowie ihre freizügigkeitsberechtigten Familienangehörigen vorrangig zu berücksichtigen sind (§ 5 Abs. 4 Nr. 4 Integrationskursverordnung – IntV).

Teilnehmende müssen von den Unterrichts- und Fahrtkosten befreit werden, wenn sie Leistungen nach dem SGB II oder SGB XII beziehen. Darüber hinaus können Personen unter bestimmten Umständen über eine Härtefallregelung von der Kostenpflicht befreit werden. Die Kosten betragen ansonsten pro Unterrichtseinheit 2,20 €.

Berufsbezogene Deutschsprachförderung:

Die berufsbezogene Deutschsprachförderung ist in § 45a AufenthG geregelt und steht Unionsbürger*innen sowie ihren freizügigkeitsberechtigten Familienangehörigen ebenfalls offen. Für die Kurse sind normalerweise Kenntnisse der Stufe B1 Voraussetzung; es gibt unterschiedliche Module, die üblicherweise jeweils 300 Unterrichtseinheiten umfassen und mit den Stufen B2, C1 oder C2 abschließen.

Zuständig für die Zuweisung ist die Arbeitsagentur oder das Jobcenter, in bestimmten Fällen auch das BAMF. Voraussetzung ist, dass man entweder

- bei der Arbeitsagentur **arbeitsuchend, arbeitslos oder ausbildungssuchend** gemeldet sind, oder
- **Leistungen nach dem SGB II** bezieht oder
- als Arbeitnehmer*in eine **Beschäftigung** ausübt.

Auch Personen, die für die Anerkennung ihrer ausländischen Berufsqualifikation ein bestimmtes Sprachniveau benötigen oder während einer Berufsausbildung eine Sprachförderung brauchen, können zugelassen werden. Das Jobcenter kann Personen, die SGB-II-Leistungen erhalten, im Rahmen der Eingliederungsvereinbarung verpflichten, am Sprachkurs teilzunehmen.

Ein Kostenbeitrag fällt nur an für Teilnehmende, die neben dem Kurs eine Beschäftigung ausüben und soviel verdienen, dass sie keine ergänzenden Leistungen nach dem SGB II oder SGB XII erhalten.

Praxistipp: kostenloser berufsbezogener Sprachkurs auch ohne Leistungsbezug

Auch arbeitsuchende oder nicht-erwerbstätige Unionsbürger*innen, die aufgrund des Leistungsausschlusses kein Geld vom Jobcenter erhalten, können zum berufsbezogenen Sprachkurs zugelassen werden, wenn sie sich bei der Arbeitsagentur arbeitslos / arbeitsuchend melden. Sie sind dann auch von den Kosten zu befreien.

4.9 Unterbringung bei Obdachlosigkeit

Für Unionsbürger*innen, die (unfreiwillig) obdachlos sind, besteht – wie für alle Menschen in Deutschland – ein **Anspruch auf Unterbringung**. Dieser Anspruch nach den Ordnungsbehördengesetzen der Bundesländer besteht dabei unabhängig vom Anspruch auf die Gewährung von Leistungen nach dem SGB II oder SGB XII. Denn er dient nicht als Sozialleistung, sondern soll eine Gefahr für Grund- und Menschenrechte und damit für die öffentliche Ordnung und Sicherheit abwenden. Dabei kommt es grundsätzlich weder auf die Nationalität noch auf den ausländerrechtlichen Status einer betroffenen Person an.

Ein Rechtsgutachten für die Bundesarbeitsgemeinschaft Wohnungslosenhilfe zur Unterbringungsspflicht kommt zu folgenden Ergebnissen:

- **Anspruch auf Unterbringung besteht aufgrund menschenrechtlicher Verpflichtungen**

Der subjektiv-individuelle Unterbringungsanspruch ergibt sich schon dadurch, dass ansonsten existenzielle Grundrechte nicht gewährleistet würden, insbesondere der Schutz der Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG), das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG) sowie der Schutz von Ehe und Familie (Art. 6 GG). Eine Ablehnung der Unterbringungsverpflichtung würde zudem verschiedenen menschenrechtlichen Verpflichtungen zuwiderlaufen, so etwa Art. 31 der Europäischen Sozialcharta (Recht auf Wohnung), Art. 11 des Internationalen Pakts über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (Recht auf angemessenen Lebensstandard einschließlich Unterbringung), Art. 3 UN-Kinderrechtskonvention (Vorrang des Kindeswohls).

- **Verweigerung der Unterbringung mit Verweis auf die mögliche „freiwillige Ausreise“ ist nicht zulässig**

Die von manchen Kommunen angeführte Argumentation, es könne nicht von einer unfreiwilligen Obdachlosigkeit ausgegangen werden, da ja jederzeit eine Ausreise und eine Inanspruchnahme des Fürsorgesystems im Heimatland möglich sei, trägt dabei nicht.

„In keinem Fall kann die Polizei- und Ordnungsbehörde den Betroffenen „zwingen“, die BRD zu verlassen. Für entsprechende Aufforderungen, Verfügungen bzw. Vollstreckungshandlungen würde ihr die sachliche Zuständigkeit fehlen. Zuständige Behörde für die Durchsetzung einer Ausreisepflicht ist ausschließlich die Ausländerbehörde.“

Diese Verpflichtung kann nicht dadurch ausgehebelt werden, dass bei Ablehnung einer freiwilligen Ausreise (die ausländerrechtlich noch nicht einmal verlangt werden darf), existenzielle Grund- und Menschenrechte verweigert werden.

Praxistipp: Rechtsgutachten zur Unterbringung bei Obdachlosigkeit

Das Gutachten von Karl-Heinz Ruder für die Bundesarbeitsgemeinschaft Wohnungslosenhilfe gibt es hier:

➔ <https://t1p.de/sgm8>



Oranienburger Str. 13-14
10178 Berlin
Tel. 030 24636-0
Fax 030 24636-110

www.paritaet.org
info@paritaet.org

