

Anwaltssozietät | **Jurati**

Sven Hasse

Fachanwalt für Migrationsrecht &
Fachanwalt für Verwaltungsrecht

Schönhauser Allee 83

10439 Berlin

Tel 030 4467 4467

www.jurati.de

Seminarskript

Freizügigkeit und öffentliche Leistungen für Unionsbürger

Stand: April 2017

Inhaltsverzeichnis

1. Rechtlicher Rahmen des Freizügigkeitsrechts	3
2. Unionsbürgerschaft	3
3. Freizügigkeitsrechte	5
3.1. allgemeine Freizügigkeit/Nicht-Erwerbstätige	7
3.2. Arbeitnehmerfreizügigkeit	8
3.2.1. Arbeitnehmerbegriff	8
3.2.2. Arbeitssuche	9
3.3. Niederlassungsfreiheit	10
3.4. Dienstleistungsfreiheit	11
3.4.1. Dienstleistungserbringung.....	11
3.4.2. Dienstleistungsempfang	11
3.5. Verbleibeberechtigte	12
3.5.1. Tätigkeit von mehr als ein Jahr.....	13
3.5.2. unfreiwillige Arbeitslosigkeit.....	13
3.5.3. Bestätigung durch die Agentur für Arbeit.....	14
3.6. Daueraufenthalt	14
3.6.1. Ständiger rechtmäßiger Aufenthalt.....	15
3.6.2. Erlöschen des Daueraufenthaltsrechts	16
3.6.3 Verfahrensfragen.....	16
3.7. abgeleitetes Freizügigkeitsrecht	17
3.7.1 Begriff der Familienangehörigen	17
3.7.2 Unterhaltsgewährung.....	18
3.7.3. Familiennachzug zu Unionsbürgerkindern	19
3.7.4. Verbleibeberechtigung des Ehegatten bei Scheidung.....	21
4. Beendigung des Freizügigkeitsrechts	22
4.1. Feststellung des Nichtbestehens eines Freizügigkeitsrechts	22
4.2. Verlustfeststellung nach § 6 FreizügG/EU („Ausweisung“)	23
4.3 Verlustfeststellung nach § 2 Abs. 7 FreizügG/EU (Missbrauchsfälle)	24
5. Leistungsrechtliche Besonderheiten bei Unionsbürgern	25
5.1 Leistungsausschluss in den ersten drei Monaten	26
5.2 Leistungsausschluss bei Arbeitssuche	26
5.3 Leistungsausschluss bei fehlendem Aufenthaltsrecht	27
5.4 Leistungsausschluss bei Aufenthaltsrecht nach Art. 10 FreizügVO	27
5.5. Kein Leistungsausschluss nach gewöhnlichem Aufenthalt von fünf Jahren	28
5.6. Leistungsausschlüsse im SGB XII	28
5.7. verfassungsrechtliche Bedenken	30
5.8. Leistungsansprüche nach dem Europäischen Fürsorgeabkommen	31
6. Mitteilungspflichten	32

1. Rechtlicher Rahmen des Freizügigkeitsrechts

Der Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (**AEUV**) gewährt Staatsangehörigen eines Mitgliedsstaates und ihren Familienangehörigen unter bestimmten Voraussetzungen das Recht auf Freizügigkeit innerhalb der gesamten Europäischen Union. Mit der **Freizügigkeitsrichtlinie**¹ (auch Unionsbürgerrichtlinie) wurden die Regelungen präzisiert und unionsweit vereinheitlicht.

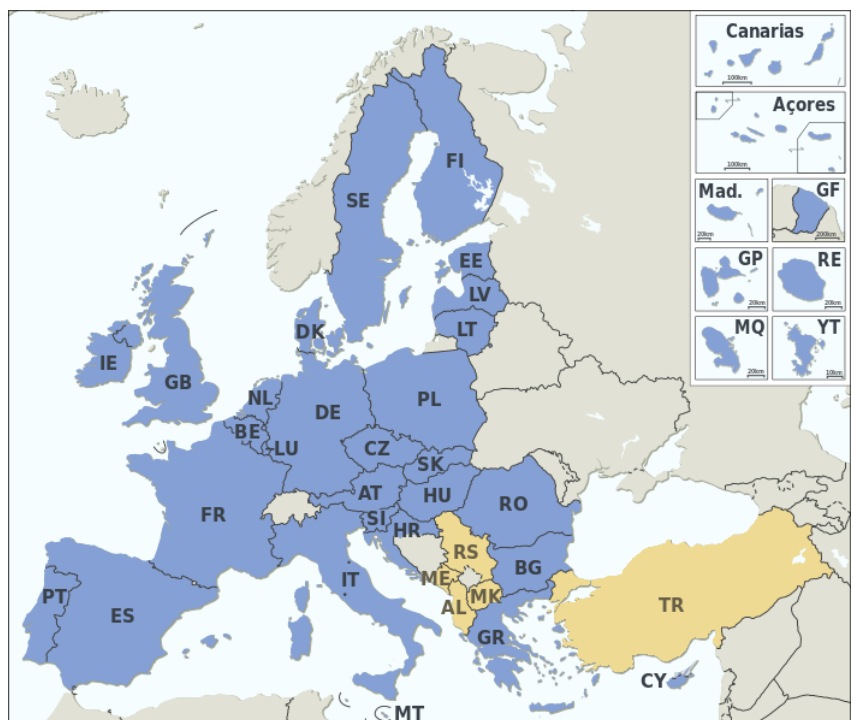
Die Umsetzung der Richtlinie ist in Deutschland mit der Anpassung des **Freizügigkeitsgesetz/EU** erfolgt. Das **Aufenthaltsgesetz** findet auf Unionsbürger und ihre Familienangehörige grundsätzlich keine Anwendung, soweit nicht ausdrücklich etwas anderes bestimmt ist². Entsprechende Regelungen finden sich in § 11 FreizügG/EU, das bestimmte Vorschriften des Aufenthaltsgesetzes ausdrücklich für anwendbar erklärt. § 11 Abs. 1 S. 6 enthält darüber hinaus eine Meistbegünstigungsklausel, mit der sichergestellt wird, dass Unionsbürger und ihre Familienangehörigen nicht schlechter gestellt werden als Personen, die dem Aufenthaltsgesetz unterfallen.

Leistungsrechtlich relevante Regelungen für Unionsbürger finden sich insbesondere in § 7 Abs. 1 S. 2 SGB II und § 23 SGB XII. Da leistungsrechtliche Regelungen häufig an ein bestimmtes Freizügigkeitsrecht anknüpfen, wird im aufenthaltsrechtlichen Teil an der entsprechenden Stelle in diesem Kästchen darauf hingewiesen.

2. Unionsbürgerschaft

Alle Staatsangehörigen eines Mitgliedsstaates der Europäischen Union sind Unionsbürger (Art. 20 AEUV) haben zusätzlich zu ihrer Staatsangehörigkeit die Unionsbürgerschaft inne. Der Unionsbürgerstatus ist dazu bestimmt, der grundlegende Status der Angehörigen der Mitgliedstaaten zu sein³.

Staatsangehörige anderer Mitgliedsstaaten genießen damit im Bundesgebiet grundsätzlich Freizügigkeit. Dies gilt auch für die zuletzt beigetretenen Mitgliedsstaaten Bulgarien, Rumänien (seit 01.01.2007) und Kroatien (seit 01.07.2013). Für Staatsangehörige von Kroatien können die



EU-Mitgliedsstaaten (blau) und Beitrittskandidaten (orange) Quelle: Wikipedia

¹ RL 2004/38/EG

² § 1 Abs. 2 Nr. 1 AufenthG

³ EuGH Rs. Baumbast C-413/99, 17.09.2002, Rn. 82

übrigen Mitgliedsstaaten nach den Regelungen der Beitrittsverträge zwar noch Einschränkungen beim Zugang zum Arbeitsmarkt vorsehen. Für Deutschland hat die Bundesregierung jedoch erklärt, hiervon ab dem 01.07.2015 keinen Gebrauch mehr machen zu wollen⁴. Damit werden alle Staatsangehörigen anderer Mitgliedsstaaten gleich behandelt.

Für **Deutsche** und ihre Familienangehörigen gelten das Freizügigkeitsgesetz/EU und die Freizügigkeitsrichtlinie allerdings nach ihrem Wortlaut nicht. Begünstigt von den Freizügigkeitsregelungen sind nur Unionsbürger, die sich *in einen anderen* als ihren eigenen Mitgliedsstaat begeben und sich dort aufhalten⁵. Anwendungsvoraussetzung der FreizügigkeitsRL ist daher immer ein grenzüberschreitender Sachverhalt.

Da für deutsche Staatsangehörige eine dem § 11 Abs. 1 S. 6 FreizügG/EU vergleichbare Meistbegünstigungsklausel fehlt, führt dies immer dann zu einer Schlechterstellung von Inländern gegenüber gewanderten Unionsbürgern anderer Mitgliedsstaaten, wenn die Regelungen des nationalen Aufenthaltsrechts ungünstiger sind. Dies wird beispielsweise bei der Gruppe der vom Familiennachzug begünstigten Personen⁶ oder dem Erfordernis des Sprachnachweises beim Ehegattennachzug deutlich.

Deutsche Staatsangehörige können sich aber dann auf die Freizügigkeitsregelungen berufen, wenn sie mit ihren Familienangehörigen in ihren Herkunftsstaat zurückkehren wollen, nachdem sie zuvor von ihrem Freizügigkeitsrecht in einem anderen Mitgliedstaat „nachhaltig“ Gebrauch gemacht haben (sog. „**Rückkehrfälle**“)⁷. Der bloß kurzfristige oder touristische Aufenthalt in einem anderen Mitgliedstaat oder die Inanspruchnahme einzelner Dienstleistungen soll hierfür nicht ausreichen. Wenn der Deutsche aber tatsächlich in einen anderen Mitgliedstaat umgezogen war und sich dort für einen Zeitraum von mehr als drei Monaten mit seinen Familienangehörigen aufgehalten hat, gebietet es die praktische Wirksamkeit der Unionsbürgerrechte, dass das Familienleben auch nach Rückkehr in den Heimatstaat gelebt werden kann⁸. Dies hat zur Folge, dass sich der Deutsche z.B. für den Familiennachzug auch nach einer Rückkehr nach Deutschland auf die günstigeren Regelungen des Freizügigkeitsrechts berufen kann. Der Anwendungsbereich des Freizügigkeitsrechts ist auch dann eröffnet, wenn der Deutsche als grenzüberschreitender Dienstleister oder Arbeitnehmer in einem anderen Mitgliedstaat tätig ist.

Eine darüber hinaus gehende Anwendung der Freizügigkeitsregelungen auf nicht gewanderte Inländer kommt nach der Rechtsprechung des EuGH nur dann in Betracht, wenn der **Kernbestand** der Unionsbürgerschaft aus Art. 20 AEUV tangiert ist⁹. Dies ist dann der Fall, wenn der (deutsche) Unionsbürger andernfalls gezwungen wäre, das Gebiet der Union als Ganzes zu verlassen, um z.B. seinem drittstaatsangehörigen Elternteil in dessen Heimatland zu folgen.

⁴ Beschluss der Bundesregierung vom 17.06.2015

⁵ Art. 3 Abs. 1 FreizügRL, § 1 FreizügG/EU

⁶ siehe unter 3.7

⁷ EuGH, Rs. Eind, C-291/05, 11.12.2007, Rs. O. und B. C-456/12 und S. und G. C-457/12, 12.03.2014; BVerwG, Urteil vom 11.01.2011 - 1 C 23.09

⁸ EuGH Rs. O. und B., C 456/12, 11.12.2007

⁹ EuGH, Rs. Ruiz Zambrano, C-34/09, 08.03.2011, EuGH Rs. Mc Carthy, C-434/09, 05.05.2011

Das Freizügigkeitsgesetz gilt auch für Staatsangehörige der **EWR-Staaten** und ihre Familienangehörigen, so dass die aufenthaltsrechtlichen Regelungen auch für Staatsangehörige der Nicht EU-Mitgliedsstaaten Island, Liechtenstein, Norwegen Anwendung finden. Für **Schweizer** Staatsangehörige gilt das am 01.06.2002 in Kraft getretenen Freizügigkeitsabkommen zwischen der EU und der Schweiz, das mit § 28 AufenthV ins deutsche Recht transferiert wurde. Schweizer erhalten danach eine deklaratorische „Aufenthaltserlaubnis-CH“, die nach den Regelungen des Freizügigkeitsrechts erteilt wird.

Da die Staatsangehörigkeit darüber entscheidet, ob jemand von den Regelungen der Freizügigkeit Gebrauch machen kann, ist bei deren Ermittlung an Hand von Ausweisdokumenten besondere Sorgfalt gefragt. Verwechslungsgefahr besteht insbesondere bei Dokumenten, die andere Mitgliedsstaaten an Drittstaatsangehörige ausstellen, denen jedoch keine Angabe zur Staatsangehörigkeit zu entnehmen ist. Hier kann ein Blick in das vom Europäischen Rat betriebene Register europäischer Identitätsdokumente und Reisepässe „PRADO“ hilfreich sein¹⁰.



Muster eines Reisedokuments für Personen mit Daueraufenthaltsrecht in Lettland ohne lettische Staatsangehörigkeit (sog. „Nichtbürger“)

3. Freizügigkeitsrechte

Nach § 2 Abs. 2 FreizügG/EU sind unionsrechtlich freizügigkeitsberechtigt:

1. Unionsbürger, die sich als **Arbeitnehmer** oder zur Berufsausbildung aufhalten wollen,
- 1a. Unionsbürger, die sich zur **Arbeitsuche** aufhalten, für bis zu sechs Monate und darüber hinaus nur, solange sie nachweisen können, dass sie weiterhin Arbeit suchen und begründete Aussicht haben, eingestellt zu werden,
2. Unionsbürger, wenn sie zur Ausübung einer selbständigen Erwerbstätigkeit berechtigt sind (**niedergelassene selbständige Erwerbstätige**),
3. Unionsbürger, die, ohne sich niederzulassen, als selbständige Erwerbstätige Dienstleistungen im Sinne des Artikels 57 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union erbringen wollen (**Erbringer von Dienstleistungen**), wenn sie zur Erbringung der Dienstleistung berechtigt sind,
4. Unionsbürger als **Empfänger von Dienstleistungen**,
5. **nicht erwerbstätige** Unionsbürger unter den Voraussetzungen des § 4,
6. **Familienangehörige** unter den Voraussetzungen der §§ 3 und 4,
7. Unionsbürger und ihre Familienangehörigen, die ein **Daueraufenthaltsrecht** erworben haben.

In § 4 FreizügG/EU finden sich Einschränkungen für nicht erwerbstätige Unionsbürger und ihre Familienangehörigen. Diese haben nur dann ein Freizügigkeitsrecht,

¹⁰ www.consilium.europa.eu/prado/de/

wenn sie über ausreichenden Krankenversicherungsschutz und ausreichende Existenzmittel verfügen.

Art. 21 AEUV gewährt Unionsbürgern darüber hinaus ein Recht auf kurzzeitigen **voraussetzungslosen Aufenthalt** in einem anderen Mitgliedsstaat. Dies findet sich versteckt in § 2 Abs. 5 FreizügG/EU:

Für einen Aufenthalt von Unionsbürgern von bis zu drei Monaten ist der Besitz eines gültigen Personalausweises oder Reisepasses ausreichend. Das gleiche Recht gilt für Familienangehörige, wenn sie im Besitz eines Passes sind und den Unionsbürger begleiten oder ihm nachziehen.

Das **Passerfordernis** für drittstaatsangehörige Familienangehörige ist insoweit eingeschränkt, als auch dann, wenn anderweitig die Identität und die Staatsangehörigkeit glaubhaft gemacht werden kann, ein Einreise- und Aufenthaltsrecht besteht¹¹.

Die durch § 4 FreizügG/EU aufgestellte Voraussetzung der Lebensunterhaltssicherung für nichterwerbstätige Unionsbürger greift somit erst nach einem Aufenthalt von mehr als drei Monaten. Sie gilt auch nur für wirtschaftlich nicht aktive Unionsbürger, die über kein anderes Freizügigkeitsrecht verfügen und nicht für Unionsbürger, die im Sinne von § 2 Abs. 2 Nr. 1a FreizügG/EU Arbeit suchen.

Für einen Aufenthalt von mehr als drei Monaten besteht daher ein unionsrechtliches Freizügigkeitsrecht, wenn der Unionsbürger entweder Arbeitnehmer oder Selbständiger ist, über hinreichende Mittel der Lebensunterhaltssicherung verfügt, (mit Aussicht auf Erfolg) tatsächlich eine Arbeit sucht, an einer Ausbildungseinrichtung eingeschrieben ist oder ein Daueraufenthaltsrecht erworben hat.

Liegen diese Voraussetzungen nicht (mehr) vor, besteht auch kein unionsrechtliches Freizügigkeitsrecht. Das FreizügG/EU bleibt nach dem eindeutigen Wortlaut des § 1 auf den Unionsbürger aber weiterhin anwendbar, bis die Ausländerbehörde von ihrer Möglichkeit Gebrauch gemacht hat, eine Feststellung des Nichtbestehens oder Verlusts des Freizügigkeitsrechts zu treffen. Erst nach einer solchen Feststellung wird eine Ausreisepflicht begründet und werden die Regelungen Aufenthaltsgesetzes anwendbar¹². Bis zum Erlass eines Feststellungsbescheides bleibt der Aufenthalt des Unionsbürgers und seiner Familienangehörigen damit weiter rechtmäßig. Das FreizügG/EU geht mit dieser Freizügigkeitsvermutung¹³ oder besser **Rechtmäßigkeitsvermutung** über die Freizügigkeitsrichtlinie hinaus, indem es ein eigenes vom Bestand des unionsrechtlichen Freizügigkeitsrechts unabhängiges Aufenthaltsrecht gewährt¹⁴.

Regelungstechnisch handelt es sich bei den Aufenthaltsrechten für Unionsbürger und ihren Familienangehörigen um eine „**Erlaubnis mit Verbotsvorbehalt**“. Bescheinigungen (z.B. die Aufenthaltskarte oder die Bescheinigung des Daueraufenthaltsrechts) sind rein deklaratorisch¹⁵. Der Nichtbesitz einer Bescheinigung sagt nichts darüber aus, ob ein entsprechendes Freizügigkeitsrecht besteht. Die bis Janu-

¹¹ EuGH, Rs. Oulane, C-215/03, 17.02.2005; OVG Bremen, Beschluss vom 31.07.2009, 1 B 169/09

¹² § 11 Abs. 2 FreizügG/EU

¹³ VG Darmstadt, Urteil vom 03.03.2011, 5 K 11/10.DA

¹⁴ Oberhäuser in Hofmann, Ausländerrecht, § 2 Rn. 6 FreizügG/EU; Dienelt in Renner, Ausländerrecht, § 2 Rn. 34

¹⁵ Art. 25 FreizügRL

ar 2013 vorgesehene „Freizügigkeitsbescheinigung“ für Unionsbürger wurde daher aus gutem Grund abgeschafft. Die Ausländerbehörde „bescheinigt“ den Aufenthaltsstatus eines Unionsbürgers nicht. Sofern dies für Bearbeitung von Anträgen relevant ist, hat die zuständige Behörde dies selbst zu ermitteln.

Somit unterscheidet sich das Freizügigkeitsrecht systematisch von den Regelungen des Aufenthaltsgesetzes. Die Regelungen des Aufenthaltsgesetzes sind als „Verbot mit Erlaubnisvorbehalt“ konzipiert. Ein Anspruch auf Erteilung eines Aufenthaltstitels vermittelt dort noch kein Recht zum Aufenthalt. Der Aufenthalt eines dem Aufenthaltsgesetz unterfallenden Drittstaatsangehörigen wird erst mit Erteilung eines (konstitutiven) Aufenthaltstitels rechtmäßig. Für die Zeit zwischen Antrag und Erteilung eines Aufenthaltstitels behilft sich das Aufenthaltsgesetz daher mit den Fiktionswirkungen des § 81 AufenthG.

3.1. allgemeine Freizügigkeit/Nicht-Erwerbstätige

Nach Ablauf des Zeit des voraussetzungslosen Aufenthaltsrechts von drei Monaten (siehe unter 3.) besteht ein allein auf Art. 21 AEUV gegründetes unbegrenztes Freizügigkeitsrecht, wenn **„ausreichend Existenzmittel“** und **„umfassender Krankenversicherungsschutz“** besteht¹⁶. Ein fester Betrag darf hierfür nicht verlangt aber der SGB II-Regelsatz nicht überschritten werden¹⁷; Erwerbstätigenfreibeträge bleiben der Berechnung außen vor. In jedem Fall sind die individuelle Situation des Unionsbürgers und der möglicherweise geringere tatsächliche Bedarf zu berücksichtigen.

Woher die Mittel der Existenzsicherung stammen, ist unerheblich. Sie können auch durch einen im Bundesgebiet aufhältigen drittstaatsangehörigen Familienangehörigen zur Verfügung gestellt werden. So ist denkbar, dass der drittstaatsangehörige Ehegatte oder Elternteil eine Erwerbstätigkeit ausübt, mit der der Lebensunterhalt der Familie gedeckt und das Freizügigkeitsrecht des wirtschaftlich nicht aktiven Unionsbürgers gesichert werden kann. Der Familienangehörige kann sodann vom Unionsbürger sein eigenes Aufenthaltsrecht ableiten¹⁸.

Dem voraussetzungslosen Aufenthaltsrecht in den ersten drei Monaten des Aufenthalts steht ein Sozialleistungsausschluss in § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 SGB II und § 23 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 SGB XII gegenüber, der in Art. 24 Abs. 2 FreizügRL seine Rechtfertigung findet und europarechtlich nicht zu beanstanden ist¹⁹.

Ein ausschließlich wirtschaftlich nicht aktiver Unionsbürger kann auch nach Ablauf von drei Monaten von Sozialleistungen ausgeschlossen werden. Da er sich im Falle der Bedürftigkeit nicht auf ein Freizügigkeitsrecht aus Art. 21 AEUV berufen kann, hat er keinen Anspruch auf Gleichbehandlung nach Art. 24 Abs. 1 FreizügRL²⁰.

¹⁶ Art. 7 Abs. 1b FreizügRL

¹⁷ Art. 8 Abs. 4 FreizügRL

¹⁸ EuGH Rs. Zhu und Chen C-200/02, 19.10.2004

¹⁹ EuGH Rs. Garcia-Nieto 25.02.2016, C-299/14

²⁰ EuGH Rs. Dano, C-333/13, 11.11.2014; BSG B 4 AS 44/15 R, 3.12.2015

Da sich ein Unionsbürger sein Freizügigkeitsrecht nicht bescheinigen lassen kann und muss, besteht für ihn keine Veranlassung, mit der Ausländerbehörde Kontakt aufzunehmen. Die Ausländerbehörde wird daher immer erst dann auf einen wirtschaftlich nicht aktiven Unionsbürger „aufmerksam“, wenn das JobCenter oder Sozialamt den Bezug von Leistungen nach SGB II oder SGB XII mitteilt²¹ oder für einen drittstaatsangehörigen Familienangehörigen eine Aufenthaltskarte beantragt wird.

3.2. Arbeitnehmerfreizügigkeit

Von der Arbeitnehmerfreizügigkeit sind nach Art. 45 AEUV umfasst

- die Ausübung einer Beschäftigung (3.2.1)
- die Suche einer Beschäftigung (3.2.2.) und
- unter bestimmten Bedingungen die Berechtigung nach Verlust des Arbeitsplatzes²² im Mitgliedsstaat zu verbleiben (3.5)

3.2.1. Arbeitnehmerbegriff

Vom Begriff des Arbeitnehmers umfasst ist jeder, der eine auf Einkommenserzielung ausgerichtete abhängige Beschäftigung tatsächlich ausübt²³. Auch Personen im Rentenalter können noch den Arbeitnehmerstatus erwerben²⁴.

Höchst praxisrelevant ist die Frage, welchen Umfang eine Tätigkeit haben muss, damit sie der Arbeitnehmerfreizügigkeit unterfällt. Der EuGH scheidet in konsequenter Rechtsprechung nur Arbeitsverhältnisse aus, die einen „**völlig untergeordneten**“ **Umfang** haben. Ein Mindesteinkommen nennt der EuGH nicht, was angesichts des sehr unterschiedlichen Einkommensniveaus in der EU nicht verwundern kann. So kann ein Arbeitsverhältnis mit 10-12 Stunden pro Woche²⁵, ggf. auch schon mit 5,5 Stunden pro Woche bei einem Monatsbruttoeinkommen von 175 € ausreichen²⁶. Der Arbeitnehmerbegriff darf jedenfalls nicht eng ausgelegt werden und es muss eine **Gesamtwürdigung** erfolgen, bei der die Dauer des Arbeitsverhältnisses sowie gesetzliche Ansprüche auf Urlaub und Lohnfortzahlung im Krankheitsfall Berücksichtigung finden können²⁷.

In der Rechtsprechung wurden folgende Tätigkeiten als vom Arbeitnehmerbegriff umfasst angesehen:

- 10 Stunden/Woche²⁸
- 280 €/Monat²⁹
- 5–6 Std/Woche; 180-240 €/Monat³⁰

²¹ Rechtsgrundlagen hierfür findet sich in § 11 Abs. 1 S. 9 FreizügG/EU i.V.m. § 87 AufenthG und § 71 Abs. 2 SGB X

²² siehe hierzu 3.5. Verbleibeberechtigte

²³ EuGH Rs. Trojani, C -456/02, 07.09.2004

²⁴ OVG Hamburg, 5. 1. 2012, 3 Bs 179/11 (für einen 81 Jahre alten Arbeitnehmer)

²⁵ EuGH, Rs. Kempf, 139/85, 03.06.1986

²⁶ C-14/09 Rs. Genc, 04.02.2010

²⁷ C-14/09 Rs. Genc, 04.02.2010

²⁸ LSG Berlin-Brandenburg, 14.11.2006, L 14 B 963/06 AS ER

²⁹ LSG NRW, 07.11.2007, L 20 B 184/07 AS ER

³⁰ VGH Baden-Württemberg 29.10.12; 11 S 24/12

- 8 Std. Std/Woche; 200-300 €/Monat³¹
- 7,5 Std/Woche/100 EUR/Monat ³²

Das Bundessozialgericht hat den **Verkauf einer Obdachlosenzeitschrift** für nicht ausreichend erachtet. Es handle sich hierbei um eine „dem Betteln gleichgestellte Tätigkeit“, die den Arbeitnehmerstatus nicht begründen könne³³. Nach Auffassung des LSG Berlin-Brandenburg liege bei einem **Monatseinkommen von 120 €** eine völlig untergeordnete Tätigkeit nahe³⁴.

Die Behördenpraxis orientiert sich an dieser Rechtsprechung, ist regional aber nicht einheitlich. Die Bundesagentur für Arbeit regelt in Ihren Fachlichen Hinweisen neuerdings, dass bei einer Tätigkeit von 8 Wochenstunden in der Regel von einem Arbeitnehmerstatus ausgegangen werden soll³⁵.

Geklärt ist, dass eine versicherungspflichtige Beschäftigung ebenso wenig verlangt werden kann wie ein „ganzer Minijob“ mit einem Einkommen von 450 €. Unerheblich ist auch, ob das erzielte Einkommen ausreicht, um das Existenzminimum zu sichern³⁶. Auch der überwiegende Bezug von Sozialleistungen führt nicht zum Verlust des Freizügigkeitsrechts als Arbeitnehmer.

Als Arbeitnehmer haben der Unionsbürger und seine Familienangehörigen einen Anspruch auf (ergänzende) Sozialleistungen, auch in den ersten drei Monaten des Aufenthalts. Ein Leistungsausschluss ist weder in § 7 SGB II noch in § 23 SGB XII vorgesehen.

3.2.2. Arbeitssuche

Nicht erst derjenige, der ein Arbeitsverhältnis begründet hat, sondern bereits der Arbeitssuchende unterfällt der Arbeitnehmerfreizügigkeit. Zur Abgrenzung des Arbeitssuchenden vom wirtschaftlich Inaktiven können Bemühungen zur Erlangung eines Arbeitsplatzes oder eine Meldung bei der Bundesagentur für Arbeit verlangt werden.

Das Freizügigkeitsrecht zur Arbeitssuche besteht, so lange der Unionsbürger eine **begründete Aussicht hat, eingestellt** zu werden. Begründete Aussicht, einen Arbeitsplatz zu finden, kann angenommen werden, wenn der Arbeitssuchende aufgrund seiner Qualifikation und des aktuellen Bedarfs am Arbeitsmarkt voraussichtlich mit seinen Bewerbungen erfolgreich sein wird³⁷. Nach Auffassung des EuGH ist hierfür **in der Regel ein Zeitraum von 6 Monaten** ausreichend. Im Einzelfall können aber auch über einen längeren Zeitraum begründete Aussichten bestehen, einen Arbeitsplatz zu finden. Dies kann zum Beispiel der Fall sein, wenn eine Erkrankung, Schwangerschaft oder die Erforderlichkeit der Kinderbetreuung die Suche erschwert.

³¹ LSG Schleswig-Holstein, 11.11.2015, L 6 AS 197/15 B.ER

³² BSG, B 14 AS 23/10 R, 19.10.2010

³³ BSG, B 4 AS 44/15 R, 03.12.2015

³⁴ LSG Berlin-Brandenburg, L 5 AS 880/13 ER, 24.04.13

³⁵ Fachliche Hinweise der Bundesagentur für Arbeit zu SGB II Nr. 7.8

³⁶ EuGH, Rs. Levin, 53/81, 23.03.1983

³⁷ EuGH Rs. Antonissen, 292/89, 26.02.1991

Auch durch Einstellungszusagen in der Vergangenheit kann darauf geschlossen werden, dass eine weitere Einstellungszusage erfolgt.

Die Rechtsprechung des EuGH zum zeitlichen Umfang eines Freizügigkeitsrechts zur Arbeitssuche hat der Gesetzgeber in § 2 Abs. 2 Nr. 1a FreizügG nahezu wörtlich übernommen.

Ein Freizügigkeitsrecht zur Arbeitssuche ist nicht davon abhängig, dass genügend Existenzmittel vorliegen. Der Arbeitssuchende ist gerade kein Nicht-Erwerbstätiger im Sinne von § 2 Abs. 2 Nr. 5 FreizügG/EU, so dass § 4 FreizügG/EU nicht anwendbar ist.

Zwar verfügen Arbeitssuchende auch dann über ein Aufenthaltsrecht, wenn sie keine Existenzmittel nachweisen können. Jedoch sind sie dann von Sozialleistungen nach § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II und § 23 Abs. 3 SGB XII grundsätzlich ausgeschlossen (siehe 5.2). Dies wirft verfassungsrechtliche Fragen auf (siehe 5.7).

3.3. Niederlassungsfreiheit

Art. 49 AEUV verbietet Beschränkungen der freien Niederlassung. Unter einer Niederlassung versteht der EuGH eine wirtschaftliche Tätigkeit, die **tatsächlich** und **auf unbestimmte Zeit** mittels einer **festen Einrichtung** ausgeübt wird³⁸. Die formelle Registrierung ist alleine nicht ausreichend. In Abgrenzung zur vorübergehenden Dienstleistung muss eine der Niederlassungsfreiheit unterfallende Tätigkeit auf unbestimmte Zeit angelegt sein.

Umfasst sind sämtliche selbständigen und freiberufliche Tätigkeiten, die legal ausgeübt werden können. Im Hinblick auf die Gewerbefreiheit sind Einschränkungen nur bei besonders zulassungspflichtigen Berufen denkbar.

Das Kriterium der „festen Einrichtung“ ist unter Berücksichtigung des konkreten Gewerbes zu verstehen und es sind keine hohen Anforderungen zu stellen, so dass sich auch Reisegewerbetreibende³⁹ und Straßenprostituierte⁴⁰ auf die Niederlassungsfreiheit berufen können.

Die Tätigkeit muss tatsächlich ausgeübt werden; die bloße Gewerbeanmeldung und steuerliche Registrierung genügen nicht. Auf den unternehmerischen Erfolg kommt es hingegen nicht an⁴¹. Wie auch bei der Arbeitnehmerfreizügigkeit scheiden (nur) „**völlig untergeordnete**“ Tätigkeiten aus⁴². Bei Selbständigen ist zu berücksichtigen, dass insbesondere zu Beginn kein oder nur ein marginaler Gewinn erzielt wird. Entscheidend ist daher eine Gesamtbetrachtung unter Berücksichtigung der Art und des tatsächlichen Umfangs der Tätigkeit und der betrieblichen Organisation. Kriterien

³⁸ EuGH, C-221/89, 25.07.1991 Rs. Factortame, Rn. 20f; BSG, Urteil vom 19.10.2010, B 14 AS 23/10 R

³⁹ Oberhäuser in Hofmann, Ausländerrecht, § 2 Rn. 6 FreizügG/EU

⁴⁰ LSG Berlin-Brandenburg, 28.01.2013, L 14 AS 3133/12 B ER

⁴¹ Schwarze, EU-Kommentar, Art. 43 EGV Rn. 18 und 22

⁴² OVG NRW, 03.11.1995, 18 B 815/94; LSG Hamburg 01.12.2014 L 4 AS 444/14 ER

können sein, **wie der Unternehmer am Markt auftritt** und welche Aktivitäten zur Kundengewinnung entfaltet werden. Die Höhe des Umsatzes ist hierbei nur einer von mehreren Gesichtspunkten⁴³.

Aus der Niederlassungsfreiheit folgt das Recht auf Einreise und dauerhaften Aufenthalt des Unternehmers und seines „Schlüsselpersonals“ i.S.v. § 3 BeschV, auch sofern es sich hierbei um Drittstaatsangehörige handelt⁴⁴.

Liegt eine „Scheinselbständigkeit“ im sozialversicherungsrechtlichen Sinn vor, hat dies keine Auswirkungen auf das Aufenthaltsrecht, da der Unionsbürger in diesem Fall der Arbeitnehmerfreizügigkeit unterfällt.

Als niedergelassene Selbständige haben Unionsbürger und deren Familienangehörige einen Anspruch auf (ergänzende) Sozialleistungen, auch in den ersten drei Monaten des Aufenthalts. Ein Leistungsausschluss ist weder in § 7 noch in § 23 SGB XII vorgesehen.

3.4. Dienstleistungsfreiheit

3.4.1. Dienstleistungserbringung

Art. 56 AEUV ermöglicht es einem in einem anderen Mitgliedsstaat ansässigen selbständigen Unternehmer, seine **Dienstleistungen grenzüberschreitend** anzubieten. Hierzu darf der Unternehmer ins Bundesgebiet einreisen und sich darin vorübergehend zur Dienstleistung aufhalten. Zur Ausübung der Dienstleistung darf er sich auch seiner Angestellten bedienen, die über die Staatsangehörigkeit eines Drittstaates verfügen. Zum Nachweis der erlaubten Tätigkeit sind diesen im vereinfachten Verfahren deklaratorische „**Vander Elst-Visa**“⁴⁵ zu erteilen.

Auch wenn keine zeitliche Höchstdauer für eine **vorübergehende** grenzüberschreitende Dienstleistung vorgeschrieben ist, muss es sich um ein zeitlich abgrenzbares Projekt handeln und der Dienstleister muss nach Abschluss seiner Tätigkeit in den Staat des Unternehmenssitzes oder seinen Herkunftsstaat zurück reisen. Andernfalls käme (nur) die Niederlassungsfreiheit in Betracht.

3.4.2. Dienstleistungsempfang

Die „passive Dienstleistungsfreiheit“ gibt dem Unionsbürger das Recht, einzureisen und Dienstleistungen in Empfang zu nehmen. Der EuGH fasst den Begriff des Dienstleistungsempfangs sehr weit und zählt beispielsweise Touristen, Geschäftsreisende und Personen dazu, die zur Krankenbehandlung einreisen. Die Dienstleistungsfreiheit gilt auch hier nur für einen vorübergehenden Dienstleistungsempfang und **nicht bei einem beabsichtigten Daueraufenthalt**⁴⁶.

⁴³ VG Bremen, Urteil vom 04.05.2010, 4 V 105/10

⁴⁴ Art. 50 Abs. 2f AEUV; Dienelt in Renner, AuslR, § 2 FreizügG/EU Rn. 67

⁴⁵ benannt nach EuGH Rs. Vander Elst C-43/93, 09.08.1994

⁴⁶ EuGH, Rs. Steymann 196/87, 15.10.1988

Da der Dienstleister nur vorübergehend grenzüberschreitend tätig wird und der Dienstleistungsempfänger nur zum vorübergehenden Dienstleistungsempfang einreisen darf, scheitern SGB II-Ansprüche am Vorliegen eines gewöhnlichen Aufenthalts im Bundesgebiet⁴⁷.

Im Einzelfall können SGB XII-Ansprüche in Betracht kommen, da § 23 Abs. 1 SGB XII nur einen tatsächlichen Aufenthalt in Inland erfordert. Bei Personen, die zur Krankenbehandlung eingereist sind, enthält § 23 Abs. 3 S. 2 SGB XII aber weitere Einschränkungen.

3.5. Verbleibeberechtigte

Art. 7 Abs. 3 Freizügigkeitsrichtlinie gewährt einem früheren Arbeitnehmer oder Selbständigen, der seine Tätigkeit unverschuldet aufgeben muss unter bestimmten Umständen ein Recht zum weiteren Aufenthalt.

Wird der Unionsbürger **infolge einer Krankheit oder eines Unfalls vorübergehend erwerbsgemindert** (d.h. arbeitsunfähig), bleibt ihm das Freizügigkeitsrecht grundsätzlich erhalten. Es muss aber zumindest die teilweise Wiederherstellung der Erwerbsfähigkeit möglich sein. Andernfalls bleibt in diesem Fall nur die Prüfung, ob ein Daueraufenthaltsrecht nach § 4a Abs. 2 Nr. 2 FreizügG/EU entstanden ist.

Der Arbeitnehmerstatus bleibt auch bei **Aufnahme einer Berufsausbildung** erhalten, wenn zwischen der Ausbildung und der früheren Erwerbstätigkeit ein Zusammenhang besteht oder wenn der Unionsbürger seinen Arbeitsplatz unfreiwillig verloren hat⁴⁸.

Dasselbe gilt, wenn der Arbeitnehmer seine Stelle verliert oder ein Selbständiger seine Tätigkeit aufgibt, sofern die **Agentur für Arbeit bestätigt**, dass die Arbeitslosigkeit **unfreiwillig** eingetreten ist. Wurde die Tätigkeit weniger als zwölf Monate ausgeübt, entsteht eine Verbleibeberechtigung für **6 Monate**. Wurde die Tätigkeit aber länger als ein Jahr ausgeübt, bleibt dem Unionsbürger das Verbleiberecht nach herrschender Auffassung grundsätzlich **unbefristet** erhalten⁴⁹ und kann nach fünf Jahren des Aufenthalts in ein Daueraufenthaltsrecht münden.

Etwas anderes gilt dann, wenn der Unionsbürger keinen Bezug mehr zum Arbeitsmarkt hat, weil er etwa nicht mehr vermittelbar ist und auch keine ALG I Ansprüche mehr bestehen⁵⁰. Ob die Annahme einer weniger als 12 Monate andauernden Erwerbstätigkeit ein einmal entstandenes unbefristetes Verbleiberecht zum Erlöschen bringt, ist noch nicht abschließend geklärt. Es wäre jedoch nicht nachvollziehbar, verbleibeberechtigte Unionsbürger, die erneut unverschuldet arbeitslos werden schlechter zu stellen als diejenigen, die durchgehend arbeitslos waren⁵¹.

⁴⁷ § 7 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 SGB II

⁴⁸ EuGH Rs. Liar, 39/86, 21.06.1988

⁴⁹ Nr. 2.3.1.2 VwV-FreizügG/EU; Oberhäuser in Hofmann, Ausländerrecht, § 2 Rn. 38

⁵⁰ VGH Baden-Württemberg, Urteil vom 15.02.1989, 11 S 3126/87

⁵¹ so nun auch Fachliche Hinweise der BA Nr. 7.20a

Völlig ungeklärt ist die Frage, ob der Verstoß gegen Mitwirkungspflichten Auswirkungen auf die Verbleibeberechtigung hat.

Zum Teil wird unter Bezugnahme auf die Entstehungsgeschichte des Verbleiberechts allerdings vertreten, dass der Fortbestand der Arbeitnehmereigenschaft grundsätzlich auf zwei Jahre nach Beendigung der Tätigkeit begrenzt sein soll⁵². Eine entsprechende Grenze findet sich jedoch weder in der Freizügigkeitsrichtlinie noch in der Rechtsprechung des EuGH.

3.5.1. Tätigkeit von mehr als ein Jahr

Sowohl das Freizügigkeitsgesetz als auch Richtlinie regeln nur die Fälle, in denen die Tätigkeit mehr als ein Jahr oder weniger als ein Jahr ausgeübt wurde. Ob bei einer Tätigkeit von genau einem Jahr ein dauerhaftes oder nur eine auf 6 Monate befristete Verbleibeberechtigung entsteht, ist nicht geregelt. Die Fachlichen Hinweise der Bundesagentur für Arbeit gehen aber wohl davon aus, dass auch eine Tätigkeit von exakt 12 Monaten ein dauerhaftes Verbleiberecht nach sich zieht:

„Für einen zeitlich grundsätzlich unbefristeten Erhalt des Arbeitnehmer-/Selbständigenstatus ist eine durchgängige Beschäftigung/selbständige Tätigkeit von mindestens zwölf Monaten Voraussetzung.“⁵³

Die Frage, ob eine **durchgängige Beschäftigung** von zwölf Monaten erforderlich ist oder zwölf Monate Erwerbstätigkeit auch über eine längere Zeit kumuliert werden können, ist hingegen nicht ganz unstrittig. Die Fachlichen Hinweise der BA vertreten jedoch die Auffassung, dass

„sich Zeiten mehrerer Beschäftigungen (auch in Kombination selbständig/unselbständig) auch nahtlos aneinanderreihen [können]. Nach jeder Unterbrechung von einem Arbeitstag und mehr beginnt der Zeitraum von zwölf Monaten jedoch neu. Es ist also nicht möglich, sich innerhalb einer „Rahmenfrist“ Beschäftigungszeiten von mehr als zwölf Monaten zu erarbeiten.“⁵⁴

3.5.2. unfreiwillige Arbeitslosigkeit

Unfreiwillige Arbeitslosigkeit liegt vor, wenn das Arbeitsverhältnis aus Gründen beendet wird, die der Arbeitnehmer **nicht zu vertreten** hat⁵⁵.

Zu vertreten hat der Arbeitnehmer **verhaltensbedingte Gründe**, wie die Verletzung arbeitsvertraglicher Pflichten oder eine Eigenkündigung ohne rechtfertigenden Grund. Nicht zu vertreten sind **betriebsbedingte Gründe**, wie die Produktionseinstellungen, Betriebsverlagerungen oder eine Kündigung wegen unzumutbarer Ar-

⁵² Dienelt in Bergmann/Dienelt, Ausländerrecht, 11. Auflage, § 2 Rn. 107ff; LSG Bayern Beschluss vom 20.06.2016, L 16 AS 284/16 B ER

⁵³ Nr. 7.17 Fachliche Hinweise der BA zum SGB II

⁵⁴ 7.17 Fachliche Hinweise der BA zum SGB II; a.A. Oberhäuser in Hofmann, Ausländerrecht, § 2 Rn. 38 FreizügG/EU

⁵⁵ EuGH Rs. Sedef 230/03, 10.01.2006, Rs. Güzeli C-4/05, 26.10.2006

beitsbedingungen. Da die Prüfung durch die Agentur für Arbeit durchgeführt wird, wird diese häufig die für Arbeitnehmer geltenden Obliegenheitsverpflichtungen, die zu Sanktionen führen können, zur Beurteilung heranziehen. Allein der sperrfristbewehrte Verstoß gegen die Verpflichtung zur unverzüglichen persönlichen Meldung bei Arbeitsplatzverlust kann jedoch nicht dazu führen, den Verlust des Arbeitsplatzes als verschuldet zu betrachten.

Die teilweise vertretene Auffassung, aus einem **von vorneherein befristeten Arbeitsverhältnis** entstehe grundsätzlich keine Verbleibeberechtigung, da der Arbeitnehmer „selber schuld“ sei, wenn er nur ein befristetes Arbeitsverhältnis begründe, überzeugt nicht und steht im Widerspruch zum klaren Wortlaut der Richtlinie, die auch bei Ablauf seines auf weniger als ein Jahr befristeten Arbeitsvertrags ausdrücklich eine Verbleibeberechtigung vorsieht⁵⁶.

3.5.3. Bestätigung durch die Agentur für Arbeit

Die unfreiwillige Arbeitslosigkeit ist durch die Agentur für Arbeit zu bestätigen. Da bei einer weniger als ein Jahr andauernden Erwerbstätigkeit i.d.R. keine Ansprüche auf ALG I bestehen, wird die Agentur für Arbeit in vielen Fällen arbeitslos gewordener Unionsbürger nicht zuständig sein und diese an die JobCenter verweisen. In der Vergangenheit wurde daher die Prüfung der unfreiwilligen Arbeitslosigkeit durch die JobCenter inzident mit übernommen. Inzwischen regeln die Fachlichen Hinweise der Bundesagentur für Arbeit, dass die Bestätigung tatsächliche durch die Agentur für Arbeit zu erteilen ist und **nicht durch das JobCenter**⁵⁷. Praktisch leitet hierzu häufig das JobCenter ein vorausgefülltes Formular an die Agentur weiter, auf dem von dieser dann bestätigt wird, ob die Arbeitslosigkeit unfreiwillig war. Die Fachlichen Hinweise regeln recht pragmatisch und untechnisch, dass „*das Freizügigkeitsrecht auch für die Zeit bis zur Vorlage der Bestätigung bestehen bleibt*“. Gemeint ist hier wohl, dass in der Zwischenzeit von einem Leistungsanspruch wegen einer Verbleibeberechtigung ausgegangen werden soll.

Als Verbleibeberechtigte haben der Unionsbürger und seine Familienangehörigen einen Anspruch auf Sozialleistungen, auch nach Verlust des Arbeitsplatzes in den ersten drei Monaten des Aufenthalts. Ein Leistungsausschluss ist weder in § 7 SGB II noch in § 23 SGB XII vorgesehen.

3.6. Daueraufenthalt

Das Daueraufenthaltsrecht entsteht „**von Gesetz wegen**“ in dem Moment, in dem die Voraussetzungen hierfür erfüllt sind. Eines Antrages bedarf es nicht. Es ist also auch ausreichend, dass in der Vergangenheit die Voraussetzungen des Daueraufenthalts erfüllt wurden und das Daueraufenthaltsrecht seitdem nicht wieder erloschen ist⁵⁸.

⁵⁶ Art. 7 Abs. 3 c FreizügRL; siehe auch Sozialgericht Aurich, *Beschluss* vom 30.3.2015 – S 35 AS 237/14 ER

⁵⁷ Nr. 7.11 Fachl. Hinw. der BA

⁵⁸ siehe hierzu 3.6.2

Ist ein Daueraufenthaltsrecht entstanden, ist das weitere Aufenthaltsrecht nicht mehr vom Fortbestand eines Freizügigkeitstatbestandes abhängig und es gelten höhere Hürden für eine Verlustfeststellung.

Als Daueraufenthaltsberechtigte haben Unionsbürger und seine Familienangehörigen einen Anspruch auf Sozialleistungen. Der Besitz einer „Bescheinigung über das Daueraufenthaltsrecht“ oder einer „Daueraufenthaltskarte“ ist hierfür weder Voraussetzung noch wird durch den Besitz einer fehlerhaften Bescheinigung ein Daueraufenthaltsrecht begründet.

3.6.1. Ständiger rechtmäßiger Aufenthalt

Das Daueraufenthaltsrecht setzt grundsätzlich einen ständigen und rechtmäßigen Aufenthalt von **fünf Jahren** voraus (Art. 16 FreizügRL, § 4a FreizügG/EU). Kürzere Fristen gelten bei **Renteneintritt** nach einer bestimmten Zeit der vorherigen Erwerbstätigkeit, **dauernder Erwerbsminderung** oder **Grenzgängern** (§ 4a Abs. 2). Die kürzeren Fristen erstrecken sich auch auf die Familienangehörigen des Unionsbürgers (§ 4a Abs. 4). Unter bestimmten Umständen können auch Familienangehörige dem **Tod des Unionsbürgers** ein Daueraufenthaltsrecht erwerben (§ 4a Abs. 3).

Der Aufenthalt des Unionsbürgers muss **über den gesamten Zeitraum rechtmäßig im Sinne der Freizügigkeitsrichtlinie** gewesen sein⁵⁹. Ein Aufenthalt mit einem humanitären Aufenthaltstitel (ohne Erwerbstätigkeit und ausreichende Existenzmittel) oder die tatsächliche Anwesenheit des Unionsbürgers Bundesgebiet reicht zur Begründung eines Daueraufenthaltsrechts nicht aus. Unterbrechungen der Rechtmäßigkeit des Aufenthalts im Sinne der Richtlinie lassen die Fünfjahresfrist neu beginnen.

Bei der Beurteilung, ob ein Daueraufenthaltsrecht entstanden ist, kann die Ausländerbehörde den **Nachweis** verlangen, dass der Unionsbürger in den zum Erwerb des Daueraufenthalts erforderlichen Zeiten einen Freizügigkeitstatbestand erfüllt hat. Dies kann in den ersten drei Monaten das voraussetzungslose Aufenthaltsrecht sein, im Anschluss kann für einen Zeitraum von mindestens 6 Monaten ein Aufenthaltsrecht zur Arbeitssuche bestanden haben, anschließend eine Arbeitnehmertätigkeit, gefolgt von einer Verbleibeberechtigung und schließlich die Aufnahme einer selbständigen Tätigkeit oder ein vom Ehegatten abgeleitetes Freizügigkeitsrecht.

Rechtmäßige Aufenthaltszeiten nach dem Aufenthaltsgesetz **vor dem EU-Beitritt eines Mitgliedsstaates** sind berücksichtigungsfähig, wenn in dieser Zeit ein Freizügigkeitstatbestand erfüllt war⁶⁰. Ein kroatischer Arbeitnehmer mit humanitärer Aufenthaltserlaubnis konnte daher bereits am 01.07.2013 ein Daueraufenthaltsrecht erwerben.

Nicht anrechnungsfähig sind Zeiten, die der Unionsbürger auf Grund einer nicht mehr zur Bewährung ausgesetzten Verurteilung in **Strafhaft** verbringt, da mit einer solchen Verurteilung zum Ausdruck gebracht wird, dass eine erfolgreiche Integration in die

⁵⁹ EuGH Rs. Ziolkowski, 21.12.2011, C-424/10 und 425/10; BVerwG, Urteil vom 31.05.2012, 10 C 8.12

⁶⁰ EuGH Rs. Ziolkowski, 21.12.2011, C-424/10 und 425/10

Gesellschaft des Aufnahmemitgliedsstaates (noch) nicht erfolgt ist⁶¹. Nach einer Haftentlassung beginnt die Fünfjahresfrist erneut. Diese Einschränkung gilt jedoch nur für Zeiten der Strafhaft und nicht für Untersuchungshaft oder verbüßte Ersatzfreiheitsstrafen auf Grund nicht gezahlter Geldstrafen.

Auf die Entstehung des Daueraufenthaltsrechts haben **Abwesenheitszeiten** keinen Einfluss, die

- 6 Monate im Jahr nicht überschreiten
- mit der Ableistung von Wehr- oder Ersatzdienst im Heimatland begründet sind
- einmalig wegen eines wichtigen Grundes (z.B. Schwangerschaft, schwere Krankheit, Studium, Berufsausbildung, berufliche Entsendung) bis zu 12 aufeinander folgende Monate erfolgen.

Diese Zeiten gelten als rechtmäßige Zeiten und werden bei der Aufenthaltsdauer mitgerechnet.

3.6.2. Erlöschen des Daueraufenthaltsrechts

Ein einmal entstandenes Daueraufenthaltsrecht erlischt nur, wenn der Unionsbürger **seit 2 Jahren** aus einem nicht nur vorübergehenden Grund abwesend ist⁶². Dies wird immer dann der Fall sein, wenn die Wohnung und Arbeitsstelle aufgegeben und ein Umzug ins Ausland unter Mitnahme aller persönlichen Gegenstände durchgeführt wird. Ist das Daueraufenthaltsrecht erloschen, kann eine entsprechende Feststellung erfolgen⁶³. Erfolgt die Feststellung nicht, gilt auch hier die Rechtmäßigkeitsvermutung⁶⁴.

3.6.3 Verfahrensfragen

Das Daueraufenthaltsrecht wird auf Antrag nur „bescheinigt“ (§ 5 Abs. 5 S. 1 FreizügG/EU). Eine „Bescheinigung über das Daueraufenthaltsrecht“ (für den Unionsbürger) oder eine „Daueraufenthaltskarte“ (für drittstaatsangehörige Familienangehörige) kann nur mit der allgemeinen Leistungsklage, nicht mit einer Verpflichtungsklage durchgesetzt werden, da durch die Behörde mit der Ausstellung der Bescheinigung nichts geregelt wird⁶⁵. Ob wegen des Vorrangs der Leistungsklage auch eine Klage auf Feststellung des Bestehens eines Daueraufenthaltsrechts zulässig ist, ist umstritten⁶⁶.

⁶¹ EuGH, Rs. M.G., 16.01.2014, C-378/12 und C-400/12

⁶² § 4a Abs. 7 FreizügG/EU.

⁶³ § 5 Abs. 6 und Abs. 4 S. 1 FreizügG/EU

⁶⁴ zur Rechtmäßigkeitsvermutung siehe unter 3.; ebenso Oberhäuser in Hofmann, Ausländerrecht, § 5 Rn. 32 FreizügG/EU

⁶⁵ BVerwG, Urteil vom 31.05.2012, 10 C 8.12

⁶⁶ so Dienelt in Renner, AuslR, § 4a FreizügG/EU Rn. 67f. a.A. Oberhäuser in Hofmann, Ausländerrecht, § 5 Rn. 33 FreizügG/EU

3.7. abgeleitetes Freizügigkeitsrecht

Familienangehörige, die den Unionsbürgern begleiten oder zu ihm nachziehen wollen, können ihr Freizügigkeitsrecht vom Unionsbürger ableiten. Hierfür muss zunächst der Unionsbürger selbst über ein Freizügigkeitsrecht verfügen.

Ein abgeleitetes Freizügigkeitsrecht können Familienangehörige besitzen, die selber Unionsbürger oder auch Drittstaatsangehörige sind. Ist der Familienangehörige als Drittstaatsangehöriger **visumpflichtig**, kann von ihm zwar ein solches verlangt werden⁶⁷. Ein Verstoß gegen diese (Ordnungs)vorschrift kann dem Familienangehörigen jedoch nicht entgegen gehalten und die Ausstellung einer Aufenthaltskarte abgelehnt werden. Der Familienangehörige darf, auch wenn er ohne erforderliches Visum einreist, nicht an der Einreise gehindert oder zur Nachholung des Visumverfahrens angehalten werden⁶⁸. In richtiger Anwendung dieser Grundsätze gibt es für Familienangehörige von Unionsbürgern deutliche **Erleichterungen bei der Beantragung eines Visums**. Auch wenn ein Daueraufenthalt absehbar ist, kann die Erteilung eines Schengen-Visums an einen Familienangehörigen eines Unionsbürgers nicht unter Berufung auf mangelnde Rückkehrbereitschaft versagt werden⁶⁹.

Die FreizügigkeitsRL verlangt, dass der Familienangehörige den Unionsbürger „begleitet“ oder zu ihm „nachzieht“⁷⁰. Dies erfordert jedoch **nicht**, dass der Unionsbürger und sein Familienangehöriger eine **gemeinsame Wohnung** bewohnen⁷¹. Anders als im Aufenthaltsgesetz ist für das Aufenthaltsrecht eine „familiäre Lebensgemeinschaft“ somit nicht erforderlich. Ein Aufenthaltsrecht scheidet nur im Missbrauchsfall aus⁷².

3.7.1 Begriff der Familienangehörigen

Wer Familienangehöriger ist wird in § 3 FreizügG/EU in Übernahme von Art. 2 Nr. 2 FreizügRL bestimmt. Familienangehörige sind danach

- Ehegatten/Lebenspartner i.S.d. LPartG,
- Verwandte in gerader absteigender Linie des Unionsbürgers oder seines Ehegatten, wenn diese unter 21 Jahren sind oder ihnen Unterhalt gewährt wird,
- Verwandte in gerader aufsteigender Linie des Unionsbürgers oder seines Ehegatten, wenn diesen Unterhalt gewährt wird

Wer **Ehegatte** ist, richtet sich nach internationalem Privatrecht; die eingetragene Lebenspartnerschaft steht der Ehe gleich. Der Nachweis wird durch Vorlage der Heiratsurkunde geführt.

⁶⁷ § 2 Abs. 4 S. 2 FreizügG/EU

⁶⁸ EuGH, Rs. MRAX C-459/99, 25.07.2002

⁶⁹ siehe hierzu unter I.2. im Modul Materielles Aufenthaltsrecht 1: Besuchsvisa und andere vorübergehende Aufenthalte

⁷⁰ Art. 7 Abs. 2 FreizügRL

⁷¹ EuGH Rs. Ogieriakhi, C-244/13, 10.07.2014; zu restriktiv daher Verfahrenshinweise ABH Berlin (C 3.1.)

⁷² zu restriktiv daher Verfahrenshinweise Berlin (VAB C 3.5.0.); um Missbrauch auszuschließen soll zwischen Einreise und Trennung ein „angemessener Zeitraum“ von mindestens 6 Monaten liegen

Aus nichtehelichen Lebensgemeinschaften oder religiös geschlossenen Ehen leitet sich grundsätzlich kein Freizügigkeitsrecht ab. Möglicherweise kann etwas anderes gelten, wenn die Partner zuvor in einem Mitgliedsstaat von ihrem Freizügigkeitsrecht Gebrauch gemacht haben, der auch nichteheliche Partnerschaften der Ehe gleich stellt⁷³.

Verwandte in gerader **absteigender Linie** des Unionsbürgers sind dessen Kinder, Enkel und Urenkel. Verwandte in gerader absteigender Linie **des Ehegatten** sind die Stiefkinder, Stiefenkelkinder usw. des Unionsbürgers. Diesen steht ein Freizügigkeitsrecht zu, sofern sie unter 21 Jahre alt sind oder ihnen Unterhalt gewährt wird (3.7.2).

Verwandte in gerader **aufsteigender Linie** des Unionsbürgers sind dessen Eltern, Großeltern und Urgroßeltern. Verwandte in gerader absteigender Linie des Ehegatten sind die **Schwiegereltern** des Unionsbürgers und deren Eltern, sofern ihnen Unterhalt gewährt wird.

Im Unionsrecht ist damit die vom Familiennachzug umfasste Personengruppe deutlich größer als im Aufenthaltsgesetz.

Beispiel: Der Nachzug des Elternteils eines Deutschen ist nur unter den Voraussetzungen des § 36 Abs. 2 AufenthG möglich, wenn also eine außergewöhnliche Härte vorliegt und der Lebensunterhalts sichergestellt ist.

Der Elternteil eines Unionsbürgers oder sogar dessen Schwiegermutter kann ein Freizügigkeitsrecht ableiten, sofern ihr „Unterhalt gewährt“ wird.

3.7.2 Unterhaltsgewährung

Das Merkmal Unterhaltsgewährung erfordert nach der Rechtsprechung des EuGH ein „Abhängigkeitsverhältnis“. Der Unterhalt Empfangende muss für die Befriedigung seiner Grundbedürfnisse auf materielle Zuwendungen **angewiesen sein**⁷⁴. Hierbei kommt es auf den Zeitpunkt des Nachzugsantrages an. Spätere Veränderungen, wie etwa die Arbeitsaufnahme des nachziehenden Familienangehörigen bleiben außer Betracht⁷⁵.

Durch den Unterhalt muss der Lebensunterhalt des nachziehenden Familienangehörigen nicht vollständig gedeckt werden können. Eine „*fortgesetzte regelmäßige Unterstützung in einem Umfang, der es ermöglicht, **zumindest einen Teil des Lebensunterhalts** regelmäßig zu decken*“ ist ausreichend⁷⁶. Dass der Familienangehörige nach erfolgtem Nachzug möglicherweise auf weitere Sozialleistungen angewiesen ist, ist unschädlich.

Ein „Unterhalt leisten“ kommt aber wohl dann nicht in Betracht, wenn der Unionsbürger zur Deckung seines eigenen Grundbedarfs auf Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts angewiesen ist. In den Fällen, in denen der freizügigkeitsberechtig-

⁷³ Oberhäuser in Hofmann, Ausländerrecht, § 3 Rn. 5 FreizügG/EU

⁷⁴ EuGH Rs. Iida, C-40/11, 08.11.2012, Rn. 53; Rs. May Reyes, C-423/12 16.01.2014

⁷⁵ EuGH Rs. Iida, C-40/11, 08.11.2012, Rn. 53; Rs. May Reyes, C-423/12 16.01.2014

⁷⁶ BVerwG Urteil vom 20.10.1993, 11 C 1.93; so auch Nr. 3.2.2.1 VwV-FreizügG/EU

te Unionsbürger bzw. sein Ehegatte schon nicht in der Lage ist seinen eigenen Unterhalt und den seiner Kernfamilie aus eigenen Einkünften zu sichern, wird er auch nicht in der Lage sein, weiteren Personen Unterhalt zu gewähren⁷⁷. In diesen Fällen kommt auch die kostenfreie Zurverfügungstellung von Wohnraum nicht in Betracht, da bei Aufnahme weiterer Personen in die Wohnung der Bedarf reduziert, der Mietanteil also „herauszurechnen“ ist.

Leistungsansprüche des Familienangehörigen eines Unionsbürgers richten sich nach den Leistungsansprüchen des Unionsbürgers. Ist der Unionsbürger selbst leistungsberechtigt (z.B. als Arbeitnehmer), sind dies auch seine Familienangehörigen i.S.v. § 3 FreizügG/EU. Die Familienangehörigen verfügen dann über ein Freizügigkeitsrecht nicht „nur“ zur Arbeitssuche, sondern als Familienangehörige eines freizügigkeitsberechtigten Unionsbürgers.

Unterfällt der Unionsbürger einem Leistungsausschluss z.B. bei Arbeitssuche, gilt dieser auch für seine Familienangehörigen, die nicht über ein eigenes Freizügigkeitsrecht verfügen.

3.7.3. Familiennachzug zu Unionsbürgerkindern

Während die „Unterhalt Empfangenden“ vom Familiennachzug umfasst sind, gilt dies für die „Unterhalt Leistenden“ prinzipiell nicht. Die Unterhalt leistenden Eltern eines mittellosen Unionsbürgerkindes können von ihrem Kind kein Aufenthaltsrecht ableiten.

Nach der Rechtsprechung des EuGH soll der Elternteil jedoch ausnahmsweise dann ein Aufenthaltsrecht vom Unionsbürgerkind ableiten können, **wenn das Kind**

- über **ausreichend Mittel** für seinen eigenen Lebensunterhalt verfügt, z.B. durch Unterhaltszahlungen eines Elternteils⁷⁸ *oder*
- andernfalls gezwungen wäre, die Union als Ganzes zu verlassen (Eingriff in der „**Kernbestand** der Unionsbürgerschaft“)⁷⁹

Eine weitere Ausnahme findet sich in Art. 12 Abs. 3 FreizügRL, der mit § 3 Abs. 4 FreizügG umgesetzt wurde. Hiernach behalten das Kind eines freizügigkeitsberechtigten Unionsbürgers und der sorgeberechtigte Elternteil **nach dem Tod oder Wegzug des Unionsbürgers** ihr Aufenthaltsrecht bis zum Abschluss der Ausbildung.

Nicht von der Richtlinie umfasst ist jedoch der Fall, dass der Unionsbürger weiterhin mit seinem Kind zusammen lebt, aber nicht mehr über ein eigenes Freizügigkeitsrecht verfügt. Diese Fälle sind jedoch von **Art. 10 der Freizügigkeitsverordnung**⁸⁰ umfasst, der den inhaltsgleichen Art. 12 der Wanderarbeitnehmerverordnung⁸¹ abgelöst hat. Nach ihrem Wortlaut gewährt die Verordnung **Kindern von (früheren) Arbeitnehmern** zwar zunächst nur einen gleichen Zugang zum „allgemeinen Unter-

⁷⁷ C.3.2.2 der Verfahrenshinweise der ABH Berlin

⁷⁸ EuGH Rs. Zhu und Chen, C-200/02, 19.10.2004

⁷⁹ EuGH Rs. Ruiz Zambrano, C-34/09, 08.03.2011

⁸⁰ VO 492/2011 vom 05.04.2011

⁸¹ VO 1612/68/EWG

richt“ und zur „Lehrlings- und Berufsausbildung“. Dieses Recht kann nach Auffassung des EuGH jedoch nur dann effektiv ausgeübt werden, wenn der Unionsbürger auch ein Aufenthaltsrecht während der Ausbildung besitzt.

Voraussetzung ist, dass die Schule regelmäßig besucht bzw. der Ausbildung auch tatsächlich nachgegangen wird. Ungeklärt ist aber die Frage, ab wann davon ausgegangen werden kann, dass das Kind am „allgemeinen Unterricht“ teilnimmt. „Allgemeiner Unterricht“ erfordert vom Wortlaut zumindest, dass das Angebot der Ausbildungseinrichtung über eine reine Betreuung hinaus geht.

Das Aufenthaltsrecht erstreckt sich auf den sorgeberechtigten Elternteil gleich welcher Staatsangehörigkeit bis der Unionsbürger das 18. Lebensjahr vollendet hat oder bei fortdauernder Betreuungsbedürftigkeit. Der Bezug von Sozialleistungen steht der Annahme eines Aufenthaltsrechts nach Art. 10 FreizügVO nicht entgegen⁸².

Nachdem die Sozialgerichte überwiegend der Auffassung waren, dass bei einem Aufenthaltsrecht nach Art. 10 FreizügVO ein Leistungsanspruch besteht⁸³, wurde zum 28.12.2016 ein expliziter Leistungsausschluss in § 7 SGB II und § 23 SGB XII aufgenommen (siehe 5.4). Dies wird verfassungsrechtliche Fragen auf (siehe 5.7.).

Nach seinem klaren Wortlaut gilt der Ausschluss aber dann nicht, wenn das Unionsbürgerkind sein weiteres Aufenthaltsrecht nach dem Tod oder Wegzug des Arbeitnehmer-Elternteils auf Art. 12 Abs. 3 FreizügRL/§ 3 Abs. 4 FreizügG gründen kann.

Wenn sich das Aufenthaltsrecht des drittstaatsangehörigen Elternteils aus der Freizügigkeitsrichtlinie ergibt (Art. 12 FreizügRL bzw. § 3 Abs. 4 FreizügG/EU), ist eine Aufenthaltskarte auszustellen. Bei einem Aufenthaltsrecht nach eine Aufenthaltskarte auszustellen ist. Ob in Fällen des Art. 10 FreizügVO eine **Aufenthaltskarte oder Aufenthaltserlaubnis** auszustellen ist, ist allerdings noch nicht geklärt. Für eine Aufenthaltskarte spricht, dass es sich auch hierbei um ein europarechtliches Aufenthaltsrecht handelt. Allerdings handelt es sich nicht um ein Aufenthaltsrecht nach der FreizügRL, sondern ein unmittelbar aus der FreizügVO abgeleitetes Recht. Art. 10 FreizügRL ist daher -zumindest nicht unmittelbar- anwendbar.

Alternativ in Betracht käme eine (deklaratorische) Aufenthaltserlaubnis nach § 7 AufenthG i.V.m. Art. 10 FreizügVO. Denkbar ist auch die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis analog zu § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 i.V.m. dem Diskriminierungsverbot aus Art. 18 AEUV⁸⁴. Unzutreffend dürfte hingegen sein, lediglich eine Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 5 AufenthG zu erteilen.

⁸² EuGH Rs. Teixeira (Unionsbürgerkind), C-480/08, Rs. Ibrahim (drittstaatsangehöriges Kind), C-310/08, beide 23.02.2010

⁸³ BSG, 03.12.2015, B 4 AS 43/15 R, LSG Berlin-Brandenburg, 09.05.2016, L 15 SO 63/16 ER, LSG Sachsen-Anhalt, 29.04.2016, L 4 AS 182/16 B ER, LSG Baden-Württemberg, 16.08.2016, S 7 AS 1644/ 16 ER, LSG Hamburg, 27.05.2016, L 4 AS 160/16 B ER, LSG Sachsen, 21.10.2016, L 7 AS 973/16 B ER, SG Dortmund Beschluss vom 9.12.2015, S 35 AS 4514/15 ER, a.A.: LSG Niedersachsen, 15.01.2016, L 15 AS 226/15 B ER, LSG Rheinland-Pfalz, 11.08.2016, L3 AS 376/16 B ER

⁸⁴ Oberhäuser in Hofmann, Ausländerrecht, § 3 Rn. 17 FreizügG/EU

Ebenfalls ungeklärt ist die Frage, ob ein Aufenthaltsrecht der Eltern aus Art. 10 FreizügVO **verfestigungsfähig** ist. Da das Aufenthaltsrecht des Elternteils grundsätzlich mit der Volljährigkeit des Kindes endet und kein Freizügigkeitsrecht i.S.d. FreizügRL vorliegt, lässt sich vertreten, dass die Erlangung eines Daueraufenthaltsrechts nach der FreizügRL nicht möglich ist und die Erteilung einer Daueraufenthaltskarte nicht in Betracht kommt. Bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen -insbesondere der Lebensunterhaltssicherung- wäre über die Meistbegünstigungsklausel aber zumindest die Erteilung einer Niederlassungserlaubnis oder einer Erlaubnis zum Daueraufenthalt-EU denkbar.

In Fällen in denen sich das Unionsbürgerkind **noch nicht in Ausbildung und der Lebensunterhalt nicht gesichert** werden kann, fehlt es regelmäßig an einem Freizügigkeitsrecht des Kindes. Das Unionsbürgerkind kann dem (drittstaatsangehörigen) Elternteil auch kein Aufenthaltsrecht vermitteln.

Kann das Unionsbürgerkind den Eltern kein Freizügigkeitsrecht vermitteln, unterfallen sowohl das Unionsbürgerkind als wirtschaftlich Inaktiver ohne Existenzmittel als auch der sorgeberechtigte Elternteil ohne eigenes Freizügigkeitsrecht den Leistungsausschlüssen in § 7 Abs. 1 S. 2 SGB II und § 23 Abs. 3 SGB XII.

3.7.4. Verbleibeberechtigung des Ehegatten bei Scheidung

Ist der freizügigkeitsberechtigte Ehegatte **selbst Unionsbürger**, behält er im Fall einer Scheidung oder Aufhebung der Lebenspartnerschaft **unabhängig von der Dauer des Zusammenlebens** oder ausreichender Existenzmittel ein weiteres Freizügigkeitsrecht (Art. 13 Abs. 1 FreizügRL). Diese Regelung hat keinen Eingang in das FreizügG/EU gefunden, so dass die Richtlinie hier unmittelbar anwendbar ist.

Drittstaatsangehörige Ehegatten behalten für den Fall der Scheidung oder Aufhebung der Lebenspartnerschaft ihr Aufenthaltsrecht, **wenn sie selbst die Voraussetzungen eines Freizügigkeitsrechts** erfüllen (insbesondere also erwerbstätig sind oder über ausreichende Existenzmittel verfügen) **und** eine der folgenden Voraussetzungen erfüllt ist:

- Die Ehe hat **mindestens 3 Jahre** bestanden bevor das Scheidungsverfahren eingeleitet wird
- Übertragung des (Mit-) **Sorgerechts** für Kinder des Unionsbürgers
- Einräumung des Umgangsrechts ausschließlich im Bundesgebiet
- Fälle besonderer Härte (z.B. häusliche Gewalt)⁸⁵

In Fällen in denen der Ehegatte selbst keinen Freizügigkeitstatbestand erfüllt, weil er nicht erwerbstätig und auf Leistungen angewiesen ist, ist über die Meistbegünstigungsklausel zu prüfen, ob ein **Aufenthaltsrecht nach § 31 AufenthG** entstanden ist, was zwar vom „Führen einer ehelichen Lebensgemeinschaft“ über einen Zeitraum von 3 Jahren abhängig ist, bei Ersterteilung aber grundsätzlich nicht voraus-

⁸⁵ siehe hierzu § 31 AufenthG

setzt, dass eine Erwerbstätigkeit ausgeübt wird oder der Lebensunterhalt gesichert ist. Daneben kann ein Aufenthaltsrecht auch als sorgeberechtigter Elternteil eines minderjährigen Unionsbürgers in Ausbildung in Betracht kommen⁸⁶.

Wenn der Unionsbürger **den Mitgliedsstaat vor Einleitung des Scheidungsverfahrens verlässt**, steht dem Ehegatten unabhängig von der Ehebestandszeit kein weiteres unionsrechtliches Aufenthaltsrecht zu⁸⁷, sofern nicht ein Daueraufenthaltsrecht entstanden ist.

4. Beendigung des Freizügigkeitsrechts

Besteht kein Freizügigkeitsrecht (mehr), kann die Ausländerbehörde dies mit einem Verwaltungsakt **feststellen** (§ 5 Abs. 4 FreizügG/EU) (4.1).

Ein Unionsbürger kann außerdem „**ausgewiesen**“ werden, wenn er eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit, Ordnung oder Gesundheit darstellt (§ 6 FreizügG/EU) (4.2), durch Vorspiegelung falscher Tatsachen ein Freizügigkeitsrecht vorgetäuscht hat, gefälschte Dokumente vorgelegt hat oder eine Scheinehe zur Erlangung eines Aufenthaltsrechts eingegangen ist (§ 2 Abs. 7 FreizügG/EU) (4.3).

4.1. Feststellung des Nichtbestehens eines Freizügigkeitsrechts

Bei der Feststellung des Nichtbestehens eines Freizügigkeitsrechts nach § 5 Abs. 7 FreizügG/EU handelt es sich um ein Verfahren zur Beseitigung der Rechtmäßigkeitsvermutung des Aufenthalts eines Unionsbürgers oder seiner Familienangehörigen.

Eine solche Feststellung ist nur **innerhalb der ersten fünf Jahre** des ständigen rechtmäßigen Aufenthalts möglich, da im Anschluss ein Daueraufenthaltsrecht entstanden ist, was den weiteren Aufenthalt unabhängig vom Vorliegen eines Freizügigkeitstatbestandes ermöglicht. Ebenso wie zum Erwerb des Daueraufenthaltsrechts muss der Aufenthalt fünf Jahre lang **ständig rechtmäßig**⁸⁸ gewesen sein, bevor die Feststellung des Nichtbestehens ausscheidet. Eine reine Anwesenheit ohne dass die Ausländerbehörde tätig geworden ist, genügt daher nicht⁸⁹.

Mit der Feststellung des Nichtbestehens des Rechts auf Einreise und Aufenthalt wird die Ausreisepflicht begründet⁹⁰ und auf den Unionsbürger finden die Regelungen des Aufenthaltsgesetzes Anwendung⁹¹.

⁸⁶ Art. 10 FreizügVO; siehe auch 3.7.3

⁸⁷ EuGH, Rs. Singh, C-218/14, 16.07.2015

⁸⁸ Bis zum 03.12.2014 kam es nur auf den ständigen Aufenthalt an. Verlustfeststellungen vor dem 03.12.2014 richten sich daher nach altem Recht.

⁸⁹ insoweit kann auf 3.6.1. verwiesen werden.

⁹⁰ § 7 Abs. 1 FreizügG/EU

⁹¹ § 11 Abs. 2 FreizügG/EU

Die Feststellung hat aber **keine Einreisesperre** zur Folge. Der Unionsbürger kann bei Vorliegen eines Freizügigkeitsrechts erneut einreisen. Er kann sich nun allerdings nicht mehr auf die Freizügigkeitsvermutung berufen und trägt die Darlegungslast dafür, dass ein Freizügigkeitsrecht vorliegt.

Die Klage gegen den Feststellungsbescheid hat aufschiebende Wirkung. Bei angeordnetem Sofortvollzug lässt ein Antrag nach 80 V VwGO die Vollziehbarkeit der Ausreisepflicht von Gesetz wegen entfallen⁹².

Unionsbürger ohne Aufenthaltsrecht unterfallen auch vor Durchführung eines Verfahrens auf Nichtbestehen eines Freizügigkeitsrechts durch die Ausländerbehörde dem Leistungsausschluss in § 7 Abs. 1 S. 2 SGB II / § 23 Abs. 3 SGB XII.

Mit Vollziehbarkeit der Ausreisepflicht ist das Asylbewerberleistungsgesetz anwendbar.

4.2. Verlustfeststellung nach § 6 FreizügG/EU („Ausweisung“)

Unionsbürger, die eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit, Ordnung oder Gesundheit darstellen, können unter den Voraussetzungen des § 6 FreizügG/EU „ausgewiesen“ werden. Eine solche „Ausweisung“ ist nur aus spezialpräventiven Gründen zulässig. Es ist eine **Gefahrenprognose** zu erstellen, aus der sich eine tatsächliche und hinreichend schwere Gefährdung vorliegen, die ein Grundinteresse der Gesellschaft berührt. Bei der Entscheidung sind insbesondere die **Dauer des Aufenthalts** in Deutschland, das **Alter**, der **Gesundheitszustand**, die familiäre und wirtschaftliche Lage, die soziale und kulturelle Integration in Deutschland und das Ausmaß der **Bindungen zum Herkunftsstaat** zu berücksichtigen. Nach Erwerb eines Daueraufenthaltsrechts bedarf eine Verlustfeststellung „schwerwiegender Gründe“ (Abs. 4). Nach einem Aufenthalt von 10 Jahren und bei minderjährigen Unionsbürgern ist eine Verlustfeststellung nur bei „zwingenden Gründen der öffentlichen Sicherheit“ möglich, die regelmäßig erst bei Verurteilungen zu Freiheitsstrafen von insgesamt fünf Jahren anzunehmen sind (Abs. 5).

Rechtmäßige Verlustfeststellungen setzen daher eine gründliche Sachverhaltsermittlung voraus und kommen vor allem bei erheblichen Straftaten in Betracht.

Mit der Verlustfeststellung wird die Ausreisepflicht begründet⁹³ und auf den Unionsbürger finden die Regelungen des Aufenthaltsgesetzes Anwendung⁹⁴. Mit der Feststellung geht eine **Einreisesperre** einher, die von Amts wegen zu befristen ist. Eine Höchstfrist gibt es nicht. Der Befristungsentscheidung ist aber eine individuell begründete Gefährdungsprognose zu Grunde zu legen⁹⁵. Bei Eintreten günstiger Umstände kann nachträglich eine Neubefristung beantragt werden.

⁹² § 7 Abs. 1 S. 4 FreizügG

⁹³ § 7 Abs. 1 FreizügG/EU

⁹⁴ § 11 Abs. 2 FreizügG/EU

⁹⁵ BVerwG, Urteil vom 25.03.2015, 1 C 18.14

Die Klage gegen den Feststellungsbescheid hat aufschiebende Wirkung. Bei angeordnetem Sofortvollzug lässt ein Antrag nach 80 Abs. 5 VwGO die Vollziehbarkeit der Ausreisepflicht von Gesetz wegen entfallen⁹⁶.

Erst wenn die Ausreisepflicht vollziehbar ist, unterfällt der Unionsbürger dem Asylbewerberleistungsgesetz. Die Ausreisepflicht ist nicht vollziehbar, so lange ein Rechtsmittel aufschiebende Wirkung hat oder ein zulässiger Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung (§ 80 Abs. 5 VwGO) gegen die Anordnung der sofortigen Vollziehung gestellt wurde.

Ob in dieser Zeit Leistungsansprüche nach SGB II oder SGB XII bestehen, hängt davon ab, ob ein Ausschlussstatbestand nach § 7 Abs. 1 S. 2 SGB II/§ 23 Abs. 3 SGB XII vorliegt.

4.3 Verlustfeststellung nach § 2 Abs. 7 FreizügG/EU (Missbrauchsfälle)

Mit § 2 Abs. 7 FreizügG/EU macht der Gesetzgeber von der Möglichkeit des Art. 35 FreizügRL Gebrauch, Maßnahmen gegen Rechtsmissbrauch und Betrug zu erlassen. Rechtsmissbrauch liegt demnach vor, **wenn feststeht**, dass das Vorliegen einer Freizügigkeitsvoraussetzung durch die Verwendung gefälschter Dokumente oder Vorspiegelung falscher Tatsachen vorgetäuscht oder eine Scheinehe eingegangen wurde. Die Beweislast trifft hier die Behörde. Anders als im Aufenthaltsgesetz trifft den Unionsbürger keine Mitwirkungsverpflichtung. § 82 Abs. 1 AufenthG, der als Rechtsgrundlage für getrennte Befragungen der Ehegatten zur Ermittlung von „Scheinehen“ dient, ist auf dem FreizügG/EU unterfallende Personen nicht anwendbar⁹⁷.

Liegen die tatbestandlichen Voraussetzungen vor, kann das Nichtbestehen des Rechts auf Einreise und Aufenthalt festgestellt werden. Hierzu ist ebenso **Ermessen** auszuüben wie bei der Frage, ob der Missbrauchsvorwurf eine Einreisesperre rechtfertigt. **Bei wiederholtem Vortäuschen soll** im Regelfall eine Einreisesperre verhängt werden. Die Frist darf 5 Jahre nicht überschreiten.

Die Klage gegen den Feststellungsbescheid hat aufschiebende Wirkung. Bei angeordnetem Sofortvollzug lässt ein Antrag nach 80 V VwGO die Vollziehbarkeit der Ausreisepflicht von Gesetz wegen entfallen⁹⁸.

Hinsichtlich etwaiger Leistungsansprüche gilt das zu 4.2 Gesagte.

⁹⁶ § 7 Abs. 1 S. 4 FreizügG

⁹⁷ § 11 Abs. 1 FreizügG/EU

⁹⁸ § 7 Abs. 1 S. 4 FreizügG

5. Leistungsrechtliche Besonderheiten bei Unionsbürgern

Grundsätzlich ist von der Rechtmäßigkeit des Aufenthalts auszugehen, solange die Ausländerbehörde nicht von ihrer Möglichkeit Gebrauch gemacht hat, den Verlust oder das Nichtbestehen des Aufenthaltsrechts nach § 5 Abs. 4 FreizügG/EU festzustellen. Die Ausreisepflicht nach § 7 Abs. 1 Satz 1 FreizügG/EU wird erst mit dieser Verlustfeststellung begründet⁹⁹.

Allerdings führt allein die Tatsache, dass sich ein Unionsbürger und eine Familienangehörigen rechtmäßig im Bundesgebiet aufhalten, nicht automatisch zu einem Leistungsanspruch. Der Gesetzgeber hat mit § 7 Abs. 1 S. 2 SGB II, § 8 Abs. 2 SGB II und § 23 Abs. 3 SGB XII spezielle Ausschlussstatbestände für Ausländer und ihre Familienangehörigen geschaffen, die auch bei einem rechtmäßigen Aufenthalt gelten.

Da allen Unionsbürgern und ihren Familienangehörigen eine Beschäftigung erlaubt ist, kommt dem Leistungsausschluss bei fehlender Erwerbstätigkeitserlaubnis (§ 8 Abs. 2 SGB II) bei Unionsbürgern keine Bedeutung (mehr) zu.

Nach § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 SGB II sind Ausländer **für die ersten drei Monate** ihres Aufenthalts von SGB II-Leistungen ausgeschlossen, wenn sie in Deutschland weder Arbeitnehmer, Selbständige oder verbleibeberechtigte frühere Arbeitnehmer/Selbständige sind, sowie ihre Familienangehörigen (dazu unter 5.1.).

Nach § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2b SGB II sind Ausländer von SGB II-Leistungen ausgeschlossen, wenn sich ihr Aufenthaltsrecht allein aus dem Zweck der **Arbeitsuche** ergibt (dazu unter 5.2.).

Seit dem 28.12.2016 stellt § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2a SGB II explizit klar, dass auch Ausländer, die sich im Bundesgebiet aufhalten **ohne ein Aufenthaltsrecht** zu besitzen von Leistungen ausgeschlossen sind (dazu unter 5.3).

Ebenfalls ausgeschlossen sollen Ausländer sein, die ihr Freizügigkeitsrecht allein oder neben einem Freizügigkeitsrecht zur Arbeitssuche auf **Art. 10 FreizügVO** gründen können (dazu unter 5.4).

Der Leistungsausschluss greift aber dann nicht mehr ein, wenn der Ausländer seit mindestens **fünf Jahren seinen gewöhnlichen Aufenthalt** im Bundesgebiet hat und keine Feststellung des Verlusts des Freizügigkeitsrechts erfolgt ist (dazu unter 5.5).

Eine dem SGB II entsprechende Regelung findet sich in **§ 23 Abs. 3 SGB XII**. Hiernach sind Ausländer ebenfalls von SGB XII-Leistungen ausgeschlossen, wenn sie eingereist sind, um Sozialhilfe zu erlangen, sich noch nicht länger als drei Monate im Bundesgebiet aufhalten, sich das Aufenthaltsrecht allein aus dem Zweck der Arbeitssuche oder Art. 10 FreizügVO ergibt. Eine Ausnahme gilt bei fünfjährigem Voraufenthalt ohne wesentliche Unterbrechungen (dazu unter 5.6).

Entscheidend für einen Leistungsanspruch ist daher nicht, ob sich der Unionsbürger rechtmäßig im Bundesgebiet aufhält, sondern der Zweck seines Aufenthalts. Hierfür

⁹⁹ BSG Urteil vom 19.10.2010 – B 14 AS 23/10 R, Rn. 14

ist allerdings die Kenntnis der übrigen in Betracht kommenden Freizügigkeitsrechte erforderlich. Da die Leistungsbehörde über Leistungsansprüche zu entscheiden hat, kommt ihr die undankbare Aufgabe zu, den Aufenthaltswort zu ermitteln.

Dem **Asylbewerberleistungsgesetz** unterfällt der Unionsbürger erst, wenn er „vollziehbar ausreisepflichtig“ ist¹⁰⁰. Das ist erst dann der Fall, wenn ein Verlustfeststellungsbescheid bestandskräftig ist oder die sofortige Vollziehung angeordnet und kein Eilrechtsschutz beantragt wurde¹⁰¹.

5.1 Leistungsausschluss in den ersten drei Monaten

Der SGB II-Ausschluss in den ersten drei Monaten des Aufenthalts¹⁰² soll grundsätzlich verhindern, dass während des voraussetzungslosen Aufenthaltsrechts Leistungsansprüche entstehen können. Dieser Leistungsausschluss ist mit Europarecht vereinbar¹⁰³.

Der Ausschlussstatbestand **gilt nicht für Arbeitnehmer, Selbständige und verbleibeberechtigte** ehemalige Erwerbstätige und ihre Familienangehörigen. Der Unionsbürger, der in den ersten drei Monaten seines Aufenthalts eine Erwerbstätigkeit aufnimmt, ist daher nicht von ergänzenden SGB II-Leistungen ausgeschlossen. Das gleiche gilt für die Familienangehörigen von Erwerbstätigen. Reist beispielsweise die Ehefrau eines Unionsbürgers nach, sobald dieser eine Erwerbstätigkeit aufgenommen hat, stehen ihr in der Bedarfsgemeinschaft von Beginn an SGB II-Leistungen zu.

Der Leistungsausschluss greift im Übrigen nicht in **aufenthaltsrechtlichen Anspruchsfällen**. Sofern für die Einreise kein gesicherter Lebensunterhalt gefordert wird (z.B. beim Nachzug zum deutschen Ehegatten¹⁰⁴ oder privilegierten Familiennachzug zu anerkannten Flüchtlingen¹⁰⁵), kann eine Versagung von SGB II-Leistungen auch nicht mit § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 SGB II begründet werden.

5.2 Leistungsausschluss bei Arbeitsuche

Die Anwendung des Ausschlussstatbestandes des § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II erfordert eine **"fiktive Prüfung"**, ob ein Aufenthaltsrecht allein zum Zweck der Arbeitsuche bestand oder daneben auch **andere Aufenthaltswortwecke** den Aufenthalt des Unionsbürgers im Inland rechtfertigen konnten¹⁰⁶. Die Norm ist eng auszulegen und es muss positiv festgestellt werden, dass dem Ausländer ein Aufenthaltsrecht allein zur Arbeitssuche zusteht.

¹⁰⁰ § 1 Abs. 1 Nr. 5 AsylbLG

¹⁰¹ siehe unter 4.1

¹⁰² § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 SGB II

¹⁰³ EuGH Rs. Garcia Nieto, C – 299/1425.02.2016,

¹⁰⁴ BSG, 30.01.2013, B 4 AS 37/12 R – Nr. 7.14 Fachl. Hinweise der BA

¹⁰⁵ SG Berlin, 16.07.2015, S 175 AS 13627/15 ER – Nr. 7.40 Fachl. Hw. BA

¹⁰⁶ BSG, 30.01.2013, B 4 AS 54/12 R, Rn. 24 ff

Ein anderes Aufenthaltsrecht kann sich aus einem anderen Freizügigkeitsrecht aber auch aus einem nationalen Aufenthaltsrecht ergeben¹⁰⁷, wie etwa der bevorstehenden Geburt eines deutschen Kindes¹⁰⁸.

Der Leistungsausschluss in SGB II verstößt nicht gegen Europarecht. Der EuGH geht davon aus, dass schon die FreizügigkeitsRL ein abgestuftes System für die Aufrechterhaltung der Erwerbstätigeneigenschaft schafft, mit dem das Aufenthaltsrecht und der Zugang zu Sozialleistungen gesichert werden soll. Darin sind verschiedene Faktoren wie die jeweiligen persönlichen Umstände, insbesondere die Dauer der Ausübung einer Erwerbstätigkeit bereits berücksichtigt. Das Europarecht erfordert daher keine individuelle Prüfung des Einzelfalles. Wer nicht rechtmäßig im Sinne der FreizügRL aufhältig ist, kann sich auf den Gleichbehandlungsgrundsatz in Art. 24 Abs. 1 nicht berufen. Der Arbeitsuchende kann nach Art. 24 Abs. 2 FreizügRL europarechtmäßig von Sozialleistungen ausgeschlossen werden¹⁰⁹.

5.3 Leistungsausschluss bei fehlendem Aufenthaltsrecht

Unionsbürger, die sich auf kein Aufenthaltsrecht berufen können, sich aber dennoch im Bundesgebiet aufhalten, sind seit dem 28.12.2016 von einem expliziten Leistungsausschluss erfasst. Diese Ergänzung der Ausschlussgründe dient lediglich der Klarstellung, da die Rechtsprechung auch schon zuvor davon ausgegangen war, dass Unionsbürger, die nicht arbeiten können oder wollen vom Leistungsausschluss bei der Arbeitssuche „erst recht“ umfasst sind¹¹⁰.

5.4 Leistungsausschluss bei Aufenthaltsrecht nach Art. 10 FreizügVO

Unionsbürger, die ein Aufenthaltsrecht allein auf Art. 10 FreizügVO gründen¹¹¹ oder daneben nur Arbeit suchend sind, unterfallen seit dem 28.12.2016 dem Leistungsausschluss in § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2c SGB II.

Dies ist bemerkenswert, da EuGH mehrfach klar gestellt hat, dass dieses Aufenthaltsrecht gerade nicht davon abhängig ist, dass der Lebensunterhalt gesichert ist. Der Unionsbürger und sein sorgeberechtigter Elternteil darf sich somit zwar im Bundesgebiet aufhalten und der Ausländerbehörde ist die Feststellung des Nichtbestehens eines Freizügigkeitsrechts verwehrt. Im Falle der Bedürftigkeit sind der Unionsbürger und sein sorgeberechtigter Elternteil jedoch auf Überbrückungsleistungen bis zur Ausreise in § 23 Abs. 3 S. 2 SGB XII¹¹² verwiesen. Die Rechtmäßigkeit dieses Leistungsausschlusses wird daher europa- und verfassungsrechtlich zu diskutieren sein¹¹³.

¹⁰⁷ BSG 25.01.2012, B 14 AS 138/11 R

¹⁰⁸ BSG, 30.01.2013, B 4 AS 54/12 R

¹⁰⁹ EuGH Rs. Alimanovic, C-67/14, 15.09.2015

¹¹⁰ BSG, 03.12.2015, B 4 AS 44/15 R; EuGH Rs. Dano, 11.11.2014

¹¹¹ zu den Tatbestandsvoraussetzungen siehe 3.7.3

¹¹² siehe hierzu unter 5.6.

¹¹³ so auch LSG Schleswig-Holstein, 17.02.2017, L 6 AS 11/17 B ER: „Der Leistungsausschluss ist mit überwiegender Wahrscheinlichkeit europarechtswidrig“

Der Leistungsausschluss trifft nach seinem klaren Wortlaut nicht den Fall, dass ein Unionsbürgerkind sein weiteres Aufenthaltsrecht nach dem Tod oder Wegzug des Arbeitnehmer-Elternteils auf Art. 12 Abs. 3 FreizügRL/§ 3 Abs. 4 FreizügG gründen kann.

5.5. Kein Leistungsausschluss nach gewöhnlichem Aufenthalt von fünf Jahren

Nicht von Leistungen ausgeschlossen sind Unionsbürger, die seit mindestens fünf Jahren ihren gewöhnlichen Aufenthalt im Bundesgebiet haben, wenn der Verlust des Rechts auf Einreise und Aufenthalt nicht festgestellt wurde.

Anders als für das Entstehen eines Daueraufenthaltsrechts kommt es leistungsrechtlich demnach nicht darauf an, ob ein fünfjähriger Aufenthalt durchgehend von einem Aufenthaltsrecht nach der FreizügRL legitimiert ist¹¹⁴. Derjenige, der sich seit fünf Jahren im Inland aufhält, ohne dass die Ausländerbehörde die Ausreisepflicht festgestellt hat, hat ohne weitere Voraussetzungen einen SGB II-Anspruch. Somit erübrigt sich nach fünfjährigem Aufenthalt für die Leistungsbehörde eine Prüfung der Voraussetzungen des Daueraufenthaltsrechts oder des Aufenthaltszwecks.

Die 5-Jahresfrist beginnt allerdings erst mit der meldebehördlichen Anmeldung. Dies soll der rechtssicheren Fristbestimmung dienen. Ein Unionsbürger der sich nachweislich länger als fünf Jahre im Bundesgebiet aufgehalten hat, ohne meldebehördlich erfasst zu sein, kommt damit aber nicht in den Genuss dieser Regelung.

Nach der Gesetzesbegründung sind unwesentliche Abwesenheitszeiten durch einen kurzen Auslandsaufenthalt, wie z.B. Klassenfahrten, Besuche von Angehörigen oder die Teilnahme an Beerdigungen bei der Ermittlung des 5-Jahreszeitraums unschädlich. Neben der Dauer des Aufenthalts sei zu berücksichtigen, wodurch der Auslandsaufenthalt veranlasst war und welches Gewicht diese Gründe für den Betroffenen haben¹¹⁵.

Bei Personen, die auf Grund einer Verlustfeststellung ausreisepflichtig waren, beginnt die 5-Jahresfrist erneut.

Darüber hinaus steht es der Ausländerbehörde in diesen Fällen frei, ein Feststellungsverfahren einzuleiten, wenn zwar ein fünfjähriger tatsächlicher Aufenthalt vorliegt, jedoch kein Daueraufenthaltsrecht entstanden ist oder ein anderes Freizügigkeitsrecht vorliegt. Die Ausländerbehörde erhält durch die neu eingeführte Meldepflicht in § 87 Abs. 2 Nr. 2a AufenthG Kenntnis vom Leistungsbezug¹¹⁶.

5.6. Leistungsausschlüsse im SGB XII

An sich haben die in SGB II ausgeschlossenen Personen gem. **§ 21 SGB XII** grundsätzlich keinen Zugang zu Leistungen für den Lebensunterhalt nach SGB XII, da sie als Erwerbsfähige dem Grunde nach SGB II-leistungsberechtigt sind. Dies gilt jedoch

¹¹⁴ so auch die Gesetzesbegründung BR-Ds. 587/16, S. 9

¹¹⁵ BR-Ds. 587/16, S. 11

¹¹⁶ siehe hierzu unter 6.

nicht, wenn der Unionsbürger dem Leistungsausschluss des § 7 Abs. 1 S. 2 SGB II unterfällt¹¹⁷.

Der Gesetzgeber hat daher die Leistungsausschlüsse des § 7 SGB II in § 23 Abs. 3 SGB XII weitgehend wiederholt.

Auch im SGB XII bestehen somit keine Leistungsansprüche für Unionsbürger und ihre Familienangehörigen

- in den ersten drei Monaten des Aufenthalts, sofern der Unionsbürger nicht Arbeitnehmer, Selbständiger oder Verbleibeberechtigter ist,
- für Arbeitsuchende
- bei einem Aufenthaltsrecht nach Art. 10 FreizügVO

Hier kann auf die Ausführungen zu den Regelungen im SGB II verwiesen werden. Mit § 23 Abs. 3 S. 1 SGB XII wird klargestellt, dass die Genannten auch keinen Anspruch auf Leistungen nach § 23 Abs. 1 SGB XII haben sollen. Hiermit will man der Argumentation des BSG, wonach ein Anspruch auf Ermessensleistungen nach § 23 Abs. 1 S. 3 SGB XII besteht, die Grundlage entziehen.

Die von den Leistungsausschlüssen Umfassten erhalten lediglich „um den Zeitraum bis zur Ausreise zu überbrücken“ Überbrückungsleistungen

- längstens für einen Monat,
- darüber hinaus, soweit dies im Einzelfall aufgrund besonderer Umstände zur Überwindung einer besonderen Härte und zur Deckung einer zeitlich befristeten Bedarfslage geboten ist,
- einmalig innerhalb von zwei Jahren.

Bei den Überbrückungsleistungen handelt es sich um reduzierte Leistungen, die an § 1a AsylbLG erinnern. Sie umfassen:

1. Leistungen zur Deckung der Bedarfe für Ernährung, Körper- und Gesundheitspflege,
2. Leistungen zur Deckung der Bedarfe für Unterkunft und Heizung in angemessener Höhe, ...
3. die zur Behandlung akuter Erkrankungen und Schmerzzustände erforderliche Behandlung und Versorgung mit Arznei- und Verbandsmitteln und
4. Hilfe bei Schwangerschaft und Mutterschaft

Liegt auf Grund „besonderer Umstände im Einzelfall“ eine „besondere Härte“ vor, sind auch andere Leistungen zu gewähren. Es handelt sich bei diesen Begriffen um unbestimmte Rechtsbegriffe, die durch Rechtsprechung mit Inhalt gefüllt werden müssen. Zu denken wäre etwa an Kranke oder Schwangere im Mutterschutz.

Entsprechend der Regelung des SGB II endet ein Leistungsausschluss nach Ablauf von fünf Jahren. Verlangt § 7 Abs. 1 S. 4 SGB II allerdings einen „gewöhnlichen Aufenthalt“ reicht für den Bezug von SGB XII-Leistungen ein „tatsächlicher Aufenthalt von fünf Jahren ohne wesentliche Unterbrechungen“.

¹¹⁷ Bundessozialgericht, 03.12.2015, B 4 AS 44/15 R

Über die Überbrückungsleistungen hinaus sind die angemessenen Kosten der Rückreise zu gewähren; allerdings darlehnsweise. Die in den meisten Fällen wohl erfolglose Geltendmachung von Rückzahlungsansprüchen dürfte wohl zu einem nicht unerheblichen Verwaltungsaufwand führen.

5.7. verfassungsrechtliche Bedenken

Die Leistungsausschlüsse sind weiterhin verfassungsrechtlich problematisch. Das Bundesverfassungsgericht hat in seiner Entscheidung zum Asylbewerberleistungsgesetz deutlich festgestellt:

„Art. 1 Abs. 1 GG i.V.m. dem Sozialstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 1 GG garantiert ein Grundrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums. Art. 1 Abs. 1 GG begründet diesen Anspruch als 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.

*Falls der Gesetzgeber bei der Festlegung des menschenwürdigen Existenzminimums die Besonderheiten bestimmter Personengruppen berücksichtigen will, darf er bei der konkreten Ausgestaltung existenzsichernder Leistungen **nicht pauschal nach dem Aufenthaltsstatus differenzieren.**“¹¹⁸*

Im Ergebnis hatte das Bundessozialgericht in seiner Entscheidung vom 03.12.2015¹¹⁹ festgestellt, dass eine verfassungskonforme Auslegung die **Ausübung von Ermessen** im Rahmen des § 23 Abs. 1 S. 3 SGB XII erfordert, ob und in welcher Höhe Leistungen im Einzelfall geboten sind. **Ab dem sechsten Monat** des Aufenthalts sah das BSG einen Anspruch jedenfalls auf **Hilfen zum Lebensunterhalt**; das Ermessen sei insoweit auf Null reduziert. Diese Rechtsprechung des BSG ist in der Rechtsprechung der Landessozialgerichte nicht ohne Widerspruch geblieben und wurde gelegentlich gar nicht oder restriktiv umgesetzt¹²⁰.

Dass die Bedenken des BSG durch Einführung von Überbrückungsleistungen zum 28.12.2016 ausgeräumt werden können, ist nicht anzunehmen. Rechtssicherheit ist durch die Neuregelung daher nicht zu erwarten.

¹¹⁸ BVerfG, 18.07.2012, 1 BvL 10/10 und 2/11

¹¹⁹ BSG, 03.12.2015, B 4 AS 44/15 R

¹²⁰ LSG Niedersachsen-Bremen, 22.02.16, L 15 AS 185/15 B ER und 07.03.16 L 9 AS 1335/15 B ER; LSG Rheinland Pfalz, 10.02.16, L 3 AS 668/15 B ER; LSG NRW, 07.03.2016, L 12 SO 79/16 B ER; wie BSG, jedoch auch nach 6 Monaten Ermessen: LSG Berlin-Brandenburg, 13.04.16, L 15 SO 53/16 B ER und L 23 SO 46/16 B

5.8. Leistungsansprüche nach dem Europäischen Fürsorgeabkommen

Nach Art. 1 des Europäischen Fürsorgeabkommens (EFA) verpflichtet sich jeder der Vertragschließenden, den Staatsangehörigen der anderen Vertragschließenden, die sich **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**.

Das EFA wurde zwischen den nebenstehend genannten überwiegend „alten“ EU-Staaten, aber auch einigen Nicht-Mitgliedsstaaten geschlossen. Es ist innerstaatlich anwendbares, Rechte und Pflichten des Einzelnen begründendes Recht und von den Sozialleistungsträgern und den Gerichten zu beachten¹²¹.

In seiner Entscheidung vom 19.10.2010 stellt das BSG klar, dass das EFA damit als *lex specialis* zu § 7 Abs. 1 S. 2 SGB II bzw. § 23 Abs. 3 SGB XII ist und diesen vorgeht. Für den vom EFA erfassten Personenkreis war der Leistungsausschluss somit wirkungslos.

Am 19.11.2011 erklärte die Bundesregierung daraufhin folgenden **Vorbehalt** zum EFA:

„Die Regierung der Bundesrepublik Deutschland übernimmt keine Verpflichtung, die im Zweiten Sozialgesetzbuch (sic!) vorgesehenen Leistungen an Staatsangehörige der übrigen Vertragsstaaten in gleicher Weise und unter den gleichen Bedingungen wie den eigenen Staatsangehörigen zuzuwenden.“

Die zuweilen geäußerten Bedenken gegen den einseitigen Ausstieg der Bundesrepublik aus einem völkerrechtlichen Abkommen teilt das BSG zwar nicht. Es weist jedoch darauf hin, dass sich der Vorbehalt – schon vom Wortlaut her – **nicht auf SGB XII-Leistungen** erstreckt.

Im Wege der Gleichbehandlung ist Hilfe zum Lebensunterhalt nach SGB XII zu gewähren. Der Leistungsausschluss bei der Arbeitssuche in § 23 Abs. 3 S. 1 SGB XII findet nach Ansicht des BSG keine Anwendung.

Der Anspruch erfordert jedoch eine **materielle Freizügigkeitsberechtigung** oder einen rechtmäßigen Aufenthalt, was zum Beispiel während der Arbeitssuche oder im Falle von Art. 10 FreizügVO der Fall ist.

Der Gesetzgeber hat sich bei Neuregelung des § 23 Abs. 3 zu Leistungsansprüchen von EFA-Staatern nicht positioniert, so dass bei vorliegender Freizügigkeitsberechtigung oder einem Aufenthaltsrecht aus Art. 10 FreizügVO auf die Rechtsprechung des BSG zurück gegriffen werden kann.

In Fällen eines fehlenden Aufenthaltsrechts waren nach alter Rechtslage –ebenso wie bei Nicht-EFA-Staatern Ermessensleistungen nach § 23 Abs. 1 S. 3 SGB XII zu gewähren. Wie sich die Rechtsprechung nun positioniert, bleibt abzuwarten.

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

¹²¹ Bundessozialgericht, 19.10.2010, B 14 AS 23/10 R

Vergleichbar mit dem EFA wurde ein Fürsorgeabkommen mit **Österreich** geschlossen¹²², das entsprechend § 23 Abs. 3 Nr. 4 SGB XII die Möglichkeit vorsieht, Personen von Leistungen auszuschließen, die eingereist sind, um die Vergünstigungen aus dem Abkommen in Anspruch zu nehmen¹²³. Der Sozialhilfebezug muss allerdings das „prägende Motiv“ der Einreise gewesen sein, ohne dass der Ausländer die Einreise nicht unternommen hätte¹²⁴. Die Rechtsprechung ist bei der Anwendung dieses Ausschlussgrundes sehr zurückhaltend. Ob die Regelungen des Abkommens den Regelungen der § 7 Abs. 1 S. 2 SGB II bzw. § 23 SGB XII vorgehen, ist allerdings umstritten¹²⁵.

Ein entsprechendes Abkommen mit der **Schweiz**¹²⁶ wurde von Deutschland zum 31.03.2006 gekündigt.

6. Mitteilungspflichten

Mit § 87 Abs. 2 Nr. 2a AufenthG wurde eine neue Mitteilungspflicht für den Fall der Beantragung oder Inanspruchnahme von Sozialleistungen geschaffen. Diese Vorschrift ist auch für dem FreizügG/EU unterfallende Unionsbürger anwendbar¹²⁷.

Mitzuteilen ist danach die Beantragung oder Gewährung von Leistungen in folgenden Fällen:

§ 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II	<ul style="list-style-type: none"> ○ ohne Aufenthaltsrecht ○ Arbeitssuche ○ Art. 10 FreizügVO
§ 7 Abs. 1 S. 4 SGB II	<ul style="list-style-type: none"> ○ gewöhnlicher Aufenthalt über 5 Jahre
§ 23 Abs. 3 S. 1 Nr. 2, 3, 4 SGB XII	<ul style="list-style-type: none"> ○ ohne Aufenthaltsrecht ○ Arbeitssuche ○ Art. 10 FreizügVO ○ eingereist um Sozialleistungen zu erlangen
§ 23 Abs. 3 S. 3 SGB XII	<ul style="list-style-type: none"> ○ Überbrückungsleistungen
§ 23 Abs. 3 S. 6 SGB XII	<ul style="list-style-type: none"> ○ Leistungsgewährung bei besonderen Umständen über die Überbrückungsleistungen hinaus
§ 23 Abs. 3 S. 7 SGB XII	<ul style="list-style-type: none"> ○ gewöhnlicher Aufenthalt über 5 Jahre

Sozialämter, JobCenter, Bundesagentur für Arbeit, Jugendämter, Gesundheitsämter und Familienkassen haben Zugriff auf Daten des Ausländerzentralregisters von nicht freizügigkeitsberechtigten Unionsbürgern¹²⁸.

¹²² Abkommen zwischen Deutschland und Österreich über Fürsorge- und Jugendwohlfahrtspflege vom 17. Januar 1966

¹²³ Schlussprotokoll zum Fürsorge- und Jugendwohlfahrtspflegeabkommen

¹²⁴ BSG, 18.11.2014, B 8 SO 9/13 R unter Bezugnahme auf BVerwG vom 04.06.1992, 5 C 22/87

¹²⁵ bejahend: LSG Mecklenburg-Vorpommern, 07.03.2012 - L 8 B 489/10 ER, SG München 10.2.2017 - S 46 AS 204/15; verneinend: LSG NRW, 22.06.2010, L 1 AS 36/08

¹²⁶ Vereinbarung über die Fürsorge für Hilfsbedürftige vom 14.07.1952

¹²⁷ § 11 Abs. 1 S. 9 FreizügG/EU

¹²⁸ §§ 18a bis 18f AusländerzentralregisterG