

Freizügigkeitsrecht und Leistungsansprüche für Unionsbürger_innen und ihre Familienangehörigen

Anwaltssozietät | **Jurati**

Sven Hasse

Fachanwalt für Migrationsrecht &

Fachanwalt für Verwaltungsrecht

Schönhauser Allee 83

10439 Berlin

Tel 030 4467 4467

www.jurati.de

Stand: Mai 2024

Inhaltsverzeichnis

1. Rechtlicher Rahmen des Freizügigkeitsrechts	2
2. Unionsbürgerschaft	3
3. Freizügigkeitstatbestände	7
3.1. allgemeine Freizügigkeit/Nicht-Erwerbstätige	9
3.2. Arbeitnehmerfreizügigkeit	10
3.2.1. Arbeitnehmerbegriff.....	10
3.2.2. Arbeitssuche.....	12
3.3. Niederlassungsfreiheit	13
3.4. Dienstleistungsfreiheit	14
3.4.1. Dienstleistungserbringung.....	14
3.4.2. Dienstleistungsempfang.....	14
3.5. Verbleibeberechtigte	15
3.5.1. Tätigkeit von mehr als ein Jahr.....	17
3.5.2. unfreiwillige Arbeitslosigkeit.....	17
3.5.3. Bestätigung durch die Agentur für Arbeit.....	18
3.6. Daueraufenthaltsrecht	20
3.6.1. Ständiger rechtmäßiger Aufenthalt.....	20
3.6.2. Erlöschen des Daueraufenthaltsrechts.....	21
3.6.3. Verfahrensfragen.....	22
3.7. abgeleitetes Freizügigkeitsrecht	22
3.7.1. Begriff der Familienangehörigen.....	23
3.7.2. Unterhaltsgewährung.....	24
3.7.3. Familiennachzug zu Unionsbürgerkindern und Kindern früherer Arbeitnehmer.....	26
3.7.4. Verbleibeberechtigung des Ehegatten bei Scheidung.....	30
3.7.5. nahestehende Personen.....	31
4. Beendigung des Freizügigkeitsrechts	33
4.1. Feststellung des Nichtbestehens eines Freizügigkeitsrechts	33
4.2. Verlustfeststellung nach § 6 FreizügG/EU („Ausweisung“)	34
4.3. Verlustfeststellung nach § 2 Abs. 4 FreizügG/EU (Missbrauchsfälle)	35
5. Leistungsrechtliche Besonderheiten bei Unionsbürgern	37
5.1. Leistungsausschluss in den ersten drei Monaten	38
5.2. Leistungsausschluss bei Arbeitssuche	39
5.3. Leistungsausschluss bei fehlendem Aufenthaltsrecht	39
5.4. Kein Leistungsausschluss nach gewöhnlichem Aufenthalt von fünf Jahren	40
5.5. Leistungsausschluss für Altersrentner im SGB II	41
5.6. Leistungsausschlüsse im SGB XII / Überbrückungsleistungen	41
5.7. verfassungsrechtliche Bedenken	44
5.8. Leistungsansprüche nach Fürsorgeabkommen	45
6. Mitteilungspflichten	47

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, ihre „Familienangehörigen“ und „nahestehende Personen“ im Sinne des Freizügigkeitsgesetzes (FreizügG/EU) keine unmittelbare Anwendung². Allerdings erklärt § 11 FreizügG/EU bestimmte Vorschriften des Aufenthaltsgesetzes für entsprechend anwendbar und enthält darüber hinaus eine Meistbegünstigungsklausel, mit der sichergestellt wird, dass Unionsbürger und ihre Familienangehörigen nicht schlechter gestellt werden als Personen, die dem Aufenthaltsgesetz unterfallen³.

Ebenfalls dem FreizügG/EU zugeordnet ist das Aufenthaltsrecht

- von **Familienangehörigen** und nahestehenden Personen **von Deutschen**, die von ihrem Freizügigkeitsrecht in einem anderen Mitgliedsstaat nachhaltig Gebrauch gemacht haben (§ 12a FreizügG/EU),
- von **britischen Staatsangehörigen**, die auf Grund des Austrittsabkommens⁴ ihr Freizügigkeitsrecht behalten haben (§ 16 FreizügG/EU) sowie ihren Familienangehörigen und nahestehenden Personen und
- von Staatsangehörigen eines Mitgliedsstaates des Europäischen Wirtschaftsraumes (**EWR**) sowie ihren Familienangehörigen und nahestehenden Personen.

Leistungsrechtlich relevante Regelungen für Unionsbürger und ihre Familienangehörigen 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.

¹ RL 2004/38/EG

² § 1 Abs. 2 Nr. 1 AufenthG

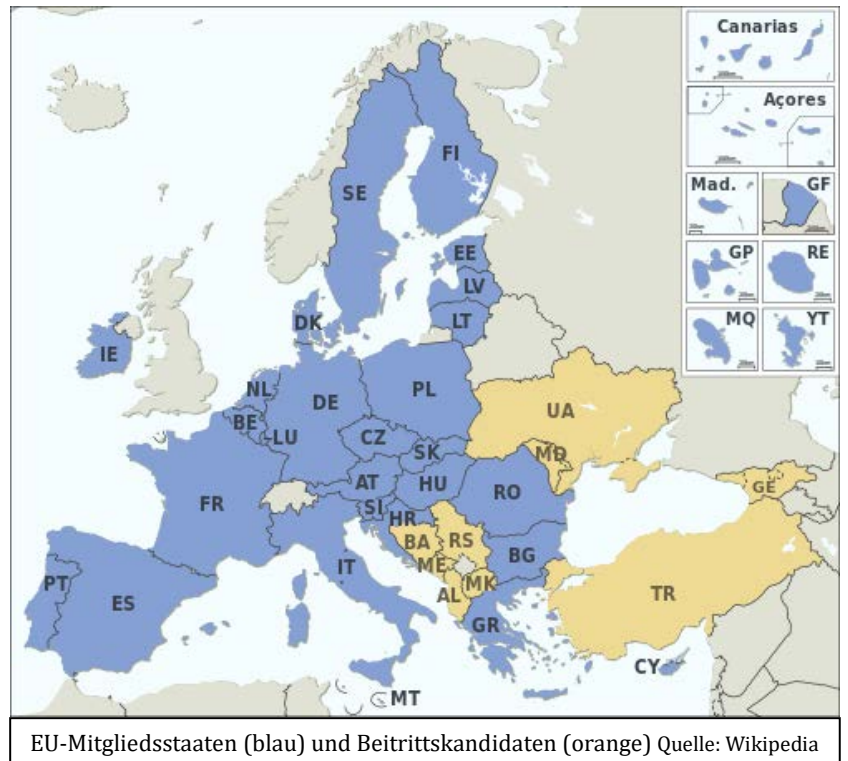
³ § 11 Abs. 14 FreizügG/EU

⁴ Abkommen über den Austritt des Vereinigten Königreichs Großbritannien und Nordirland aus der Europäischen Union und der Europäischen Atomgemeinschaft (ABl. L 29 vom 31.1.2020, S. 7)

2. Unionsbürgerschaft

Alle Staatsangehörigen eines Mitgliedsstaates der Europäischen Union sind Unionsbürger (Art. 20 AEUV) und haben zusätzlich zu ihrer Staatsangehörigkeit die Unionsbürgerschaft inne. Der Unionsbürgerstatus ist dazu bestimmt, der grundlegende Status der Angehörigen der Mitgliedstaaten zu sein⁵.

Unionsbürger genießen damit grundsätzlich das Recht, ihren Mitgliedsstaat zu verlassen, in einen anderen Mitgliedsstaat einzureisen und sich dort aufzuhalten (Freizügigkeit). Das Freizügigkeitsrecht erstreckt sich auch auf Familienangehörige



und nahestehende Personen von Unionsbürgern⁶, und zwar auch dann, wenn diese nicht die Staatsangehörigkeit eines Mitgliedsstaates besitzen.

Die Anwendbarkeit des Freizügigkeitsrechts schließt nicht aus, dass auch Unionsbürger über die Meistbegünstigungsklausel des § 11 Abs. 14 FreizügG/EU grundsätzlich auch einen Aufenthaltstitel des Aufenthaltsgesetzes beanspruchen können, sofern sie die dort geregelten Erteilungsvoraussetzungen erfüllen⁷.

Für **drittstaatsangehörige Familienangehörige** von Deutschen gilt die Freizügigkeitsrichtlinie nach ihrem Wortlaut nicht. Begünstigt von den Freizügigkeitsregelungen sind nur Unionsbürger, die sich *in einen anderen* als ihren eigenen Mitgliedsstaat begeben und sich dort aufhalten⁸. Anwendungsvoraussetzung der FreizügigkeitsRL ist daher immer ein grenzüberschreitender Sachverhalt.

Da für deutsche Staatsangehörige eine dem § 11 Abs. 14 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 Personen⁹ oder dem Erfordernis des Sprachnachweises beim Ehegattennachzug¹⁰ deutlich.

⁵ EuGH Rs. Baumbast C-413/99, 17.09.2002, Rn. 82

⁶ zum Begriff der Familienangehörigen siehe unter 3.7.1

⁷ HessVGH, Urteil vom 16.11.2016, 9 A 242/15

⁸ Art. 3 Abs. 1 FreizügRL, § 1 FreizügG/EU

⁹ siehe unter 3.7

¹⁰ § 28 Abs. 1 S. 5 i.V.m. § 30 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 AufenthG

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**“)¹¹.

Der bloß kurzfristige oder touristische Aufenthalt in einem anderen Mitgliedstaat oder die Inanspruchnahme einzelner Dienstleistungen soll für ein **nachhaltiges Gebrauchmachen** 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 kann¹². Der Europäische Gerichtshof begründet dies damit, dass sich der Unionsbürger andernfalls von der Inanspruchnahme seines Freizügigkeitsrechts abhalten lassen könne, wenn er wisse, dass ihn seine Familienangehörigen nach Rückkehr in den Heimatmitgliedsstaat nicht begleiten dürften. Dies hat zur Folge, dass sich ein Familienangehöriger eines Deutschen z.B. für den Familiennachzug auch nach einer Rückkehr nach Deutschland auf die günstigeren Regelungen des Freizügigkeitsrechts berufen kann. Gleiches gilt für die Zuerkennung eines Aufenthaltsrechts an „nahestehende Personen“, denen nach nationalem Recht allenfalls bei Vorliegen einer „außergewöhnlichen Härte“ ein Aufenthaltstitel erteilt werden könnte¹³.

Der Gesetzgeber hat in § 12a FreizügG/EU dieser Rechtsprechung nun Rechnung getragen und klargestellt, dass auf Familienangehörige und nahestehende Personen Deutscher, die nachhaltig von ihrem Freizügigkeitsrecht in einem anderen Mitgliedsstaat nachhaltig Gebrauch gemacht haben, das FreizügG/EU entsprechende Anwendung findet. Nach ihrem Wortlaut setzt diese Regelung allerdings nicht zwingend voraus, dass sich der Deutsche zuvor *gemeinsam mit seinen Familienangehörigen* im anderen Mitgliedsstaat aufgehalten hat und mit diesen dann nach Deutschland zurückkehrt. Ob sich hieraus schließen lässt, dass die Regelung auch Familienangehörige von früher einmal gewanderten Deutschen begünstigt, die nach Ihrer Rückkehr zu einem späteren Zeitpunkt z.B. eine Ehe schließen, bleibt abzuwarten.

Der Anwendungsbereich des Freizügigkeitsrechts ist grundsätzlich 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 dann in Betracht, wenn der **Kernbestand** der Unionsbürgerschaft aus Art. 20 AEUV tangiert ist¹⁴. Dies ist dann der Fall, wenn der (deutsche, häufig minderjährige) Unionsbürger andern-

¹¹ 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

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

¹³ § 36 Abs. 2 AufenthG

¹⁴ EuGH, Rs. Ruiz Zambrano, C-34/09, 08.03.2011, EuGH Rs. Mc Carthy, C-434/09, 05.05.2011

falls gezwungen wäre, das Gebiet der Union als Ganzes zu verlassen, um z.B. seinem drittstaatsangehörigen Elternteil in dessen Heimatland zu folgen. Nach Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts ist ein solches unionsrechtliches Aufenthaltsrecht nach § 4 Abs. 5 AufenthG zu bescheinigen¹⁵.

Das Freizügigkeitsgesetz gilt auch für Staatsangehörige der Staaten des Europäischen Wirtschaftsraums (**EWR**) und ihre Familienangehörigen, also Island, Liechtenstein und Norwegen¹⁶.

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 transformiert wurde. Schweizer und ihren Familienangehörigen genießen hiernach ebenso wie Unionsbürger in der Schweiz Freizügigkeitsrechte, die mit einer deklaratorischen „Aufenthaltserlaubnis-CH“ bescheinigt wird.

Nach Austritts **Großbritanniens** aus der EU (sog. „**Brexit**“) verlieren britische Staatsangehörige den Status als Unionsbürger. Das mit der EU verhandelte Austrittsabkommen sah einen Übergangszeitraum bis zum 31.12.2020 vor¹⁷. Während des Übergangszeitraums galten die Freizügigkeitsrechte fort. Alle britischen Staatsangehörigen und ihre Familienangehörigen, die am Ende des Übergangszeitraumes im Bundesgebiet ihren gewöhnlichen Aufenthalt begründet haben, behalten laut Abkommen ihr Freizügigkeitsrecht. Dies gilt auch für zu diesem Zeitpunkt vorhandene, aber erst nach Ablauf des Übergangszeitraums nachziehende Familienangehörige und später geborene Kinder.

Das Aufenthaltsrecht besteht unabhängig von der Ausstellung einer Bescheinigung, ist aber der Ausländerbehörde bis zum 31.06.2021 anzuzeigen, sofern die Betroffenen nicht im Besitz einer Aufenthaltskarte sind. Zum Teil wurden hierfür Online-Registrierungsverfahren eingerichtet¹⁸. Wird die Frist versäumt, führt dies aber nicht zum Rechtsverlust.

Unter das Austrittsabkommen fallenden Briten und ihren freizügigkeitsberechtigten Familienangehörigen wird von Amts wegen ein deklaratorisches „Aufenthaltsdokument-GB“ ausgestellt¹⁹. Aufenthaltskarten verlieren spätestens zum 1.1.2022 ihre Gültigkeit.

Für nach Ende des Übergangszeitraums eingereiste britische Staatsangehörige und ihre Familienangehörigen gilt dann das Aufenthaltsgesetz.

Das Bundesministerium des Innern hat den Ausländerbehörde mitgeteilt, dass für die Zeit bis zu einer Entscheidung über den Antrag von einem Fortgelten des Freizügigkeitsrechts ausgegangen werden soll und eine Fiktionsbescheinigung nach § 18 Abs.

¹⁵ BVerwG, Urt. v. 12.7.2018, 1 C 16.17

¹⁶ § 1 Abs. 1 Nr. 2 FreizügG/EU

¹⁷ Art. 126, 132 des Abkommens über den Austritt des Vereinigten Königreichs Großbritannien und Nordirland aus der Europäischen Union und der Europäischen Atomgemeinschaft (Austrittsabkommen)

¹⁸ <https://www.berlin.de/lab0/willkommen-in-berlin/freizuegigkeit-eu-ewr-schweiz/artikel.767740.php>

¹⁹ § 16 FreizügG/EU

3. Freizügigkeitstatbestände

In Umsetzung von AEUV und Freizügigkeitsrichtlinie bestimmt § 2 Abs. 1 FreizügG/EU, dass freizügigkeitsberechtigte Unionsbürger und ihre Familienangehörigen das Recht auf Einreise und Aufenthalt haben.

Wer freizügigkeitsberechtigt ist, bestimmt mit konstitutiver Wirkung allein das Unionsrecht. Der Aufzählung in § 2 Abs. 2 FreizügG/EU kommt rein deklaratorische Bedeutung zu²⁴. § 2 Abs. 2 FreizügG/EU nennt folgende Fallgruppen:

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, 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 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.

Zwar verlangt § 2 Abs. 4 S. 2 FreizügG/EU von Familienangehörigen für die Einreise ein Visum. Der EuGH hat jedoch klargestellt, dass eine Zurückweisung an der

²⁴ BVerwG, Urt. v. 11.09.2019, BVerwG 1 C 48.18

Grenze oder Verweigerung des weiteren Aufenthalts unzulässig ist, wenn der Betroffene seine Identität und das Bestehen der Ehe nachweisen kann.²⁵

Das **Passerfordernis** für drittstaatsangehörige Familienangehörige ist nach der Rechtsprechung des EuGH insoweit relativiert, als auch dann, wenn anderweitig die Identität und die Staatsangehörigkeit glaubhaft gemacht werden kann, ein Einreise- und Aufenthaltsrecht besteht²⁶.

Die durch § 4 FreizügG/EU aufgestellte Voraussetzung der Lebensunterhaltssicherung für nicht erwerbstätige 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 auch nicht für diejenigen, die im Sinne von § 2 Abs. 2 Nr. 1a FreizügG/EU nach 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 einschl. Krankenversicherungsschutz verfügt, tatsächlich eine Arbeit sucht oder ein Daueraufenthaltsrecht erworben hat. Wer die Voraussetzungen selbst nicht erfüllt, kann ein Freizügigkeitsrecht auch von einem freizügigkeitsberechtigten Familienangehörigen i.S.v. § 1 Abs. 2 Nr. 3 FreizügG/EU ableiten (§ 3 FreizügG/EU).

Liegen diese Voraussetzungen nicht (mehr) vor, besteht zwar kein unionsrechtliches Freizügigkeitsrecht. Das FreizügG/EU bleibt nach dem eindeutigen Wortlaut des § 1 auf den Unionsbürger und seine (ggf. auch drittstaatsangehörigen) Familienangehörigen 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 nach § 7 FreizügG/EU begründet und das AufenthG findet Anwendung²⁷. Bis zum Erlass eines Feststellungsbescheides bleibt der Aufenthalt des Unionsbürgers und seiner Familienangehörigen damit weiter rechtmäßig. Das FreizügG/EU geht mit dieser Freizügigkeitsvermutung²⁸ oder besser **Rechtmäßigkeitsvermutung** über die Freizügigkeitsrichtlinie hinaus, indem es ein eigenes vom Bestand des unionsrechtlichen Freizügigkeitsrechts unabhängiges Aufenthaltsrecht gewährt²⁹.

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 deklaratorisch³⁰. Der Nichtbesitz einer Bescheinigung sagt nichts darüber aus, ob ein entsprechendes Freizügigkeitsrecht besteht.

²⁵ EuGH Urt. v. 25.7.2002 - C-459/99, Rs. MRAX

²⁶ EuGH, Rs. Oulane, C-215/03, 17.02.2005; OVG Bremen, Beschluss vom 31.07.2009, 1 B 169/09

²⁷ §11 Abs. 14 S. 2 FreizügG/EU

²⁸ BVerwG, Urteil vom 11.09.2019, 1 C 48.18, Rn. 13

²⁹ Oberhäuser in HK-AuslR, FreizügG/EU § 2 Rn. 6; Dienelt in Bergmann/Dienelt, FreizügG/EU, § 11 Rn. 7; OVG Münster, Beschl. v. 20.11.2015 - 18 B 665/15, Rn. 6f.

³⁰ Art. 25 FreizügRL

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

Lediglich drittstaatsangehörige Familienangehörige erhalten zum leichteren Nachweis ihrer Eigenschaft als Familienangehörige eines freizügigkeitsberechtigten Unionsbürgers weiterhin eine deklaratorische Aufenthaltskarte.

Dies alles gilt jedoch ausdrücklich nicht für das Aufenthaltsrecht von „**nahestehenden Personen**“. Da diesen ein Aufenthaltsrecht durch Verwaltungsakt erst ausdrücklich zuerkannt werden muss, entspricht dies der Systematik des Aufenthaltsgesetzes, die als „Verbot mit Erlaubnisvorbehalt“ konzipiert sind. 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 mit den Fiktionswirkungen des § 81 AufenthG, die für den Aufenthalt von nahestehenden Personen folgerichtig für entsprechend anwendbar erklärt wurden³¹.

3.1. allgemeine Freizügigkeit/Nicht-Erwerbstätige

Nach Ablauf der 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**“ besteht³². Ein fester Betrag darf hierfür nicht verlangt aber der SGB II-Regelsatz nicht überschritten werden³³; Erwerbstätigenfreibeträge bleiben bei 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 ableiten³⁴.

³¹ § 11 Abs. 4 S. 2 FreizügG/EU

³² Art. 7 Abs. 1b FreizügRL

³³ Art. 8 Abs. 4 FreizügRL

³⁴ EuGH Rs. Zhu und Chen C-200/02, 19.10.2004

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 ist³⁵.

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 europarechtlichen Anspruch auf Gleichbehandlung nach Art. 24 Abs. 1 FreizügRL³⁶.

Dies wirft die an anderer Stelle zu diskutierende Frage auf, ob und inwieweit ein vollständiger Leistungsausschluss eines sich rechtmäßig oder tatsächlich im Bundesgebiet aufhaltenden Unionsbürgers mit Verfassungsrecht in Einklang steht.

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 mitteilt³⁷ 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 Arbeitsplatzes³⁸ 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 ausübt³⁹. Auch Personen im Rentenalter können noch den Arbeitnehmerstatus erwerben⁴⁰.

Höchst praxisrelevant ist die Frage, welchen Umfang eine Tätigkeit haben muss, damit sie der Arbeitnehmerfreizügigkeit unterfällt. Der EuGH scheidet in konsequenter

³⁵ EuGH Rs. Garcia-Nieto 25.02.2016, C-299/14

³⁶ EuGH Rs. Dano, C-333/13, 11.11.2014; BSG B 4 AS 44/15 R, 3.12.2015

³⁷ Rechtsgrundlagen hierfür findet sich in § 11 Abs. 7 FreizügG/EU i.V.m. § 87 AufenthG und § 71 Abs. 2 SGB X

³⁸ siehe hierzu 3.5. Verbleibeberechtigte

³⁹ EuGH Rs. Trojani, C-456/02, 07.09.2004

⁴⁰ OVG Hamburg, 5. 1. 2012, 3 Bs 179/11 (für einen 81 Jahre alten Arbeitnehmer); LSG Nds-Bremen 27. 6.17; L 8 SO 375/16 B ER; LSG Berlin-Brandenburg, 17.8.2018, L 23 SO 139/18 B ER (Verbleiberecht für im Rentenalter eingereiste Arbeitnehmerin)

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 Woche⁴¹, ggf. auch schon mit 5,5 Stunden pro Woche bei einem Monatsbruttoeinkommen von 175 € ausreichen⁴². 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 können⁴³.

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

- 10 Stunden/Woche⁴⁴
- 280 €/Monat⁴⁵
- 5–6 Std/Woche; 180-240 €/Monat⁴⁶
- 8 Std. Std/Woche; 200-300 €/Monat⁴⁷
- 7,5 Std/Woche/100 EUR/Monat⁴⁸

Für nicht ausreichend wurde erachtet:

- Eine Beschäftigung von 10 Stunden im Monat, verteilt auf zwei Tage⁴⁹
- ein Monatseinkommen von 120 € indiziert kann eine völlig untergeordnete Tätigkeit nahe liegen⁵⁰.
- der **Verkauf einer Obdachlosenzeitschrift**, da dies eine „dem Betteln gleichgestellte Tätigkeit“ ohne Erwerbscharakter sei⁵¹.

Die Bundesagentur für Arbeit sieht in einer Tätigkeit von weniger als 5½ Wochenstunden, der Nichtabführung von Steuern und Sozialabgaben oder reinen Gelegenheitsarbeiten ein Indiz für dafür, dass das Arbeitsverhältnis den Arbeitnehmerstatus nicht erfüllt⁵².

Geklärt ist, dass eine versicherungspflichtige Beschäftigung ebenso wenig verlangt werden kann wie ein Minijob mit einem Einkommen von 538 €. Unerheblich ist auch, ob das erzielte Einkommen ausreicht, um das Existenzminimum zu sichern⁵³. Auch

⁴¹ EuGH, Rs. Kempf, 139/85, 03.06.1986

⁴² C-14/09 Rs. Genc, 04.02.2010

⁴³ C-14/09 Rs. Genc, 04.02.2010

⁴⁴ LSG Berlin-Brandenburg, 14.11.2006, L 14 B 963/06 AS ER

⁴⁵ LSG NRW, 07.11.2007, L 20 B 184/07 AS ER

⁴⁶ VGH Baden-Württemberg 29.10.12; 11 S 24/12

⁴⁷ LSG Schleswig-Holstein, 11.11.2015, L 6 AS 197/15 B.ER

⁴⁸ BSG, B 14 AS 23/10 R, 19.10.2010

⁴⁹ BSG, Urteil vom 30.03.2022, B 4 AS 2/21 R

⁵⁰ LSG Berlin-Brandenburg, L 5 AS 880/13 ER, 24.04.13

⁵¹ BSG, B 4 AS 44/15 R, 03.12.2015

⁵² Fachliche Hinweise der Bundesagentur für Arbeit zu SGB II Nr. 7.11

⁵³ EuGH, Rs. Levin, 53/81, 23.03.1983

der überwiegende Bezug von Sozialleistungen führt nicht zum Verlust des Freizügigkeitsrechts als Arbeitnehmer.

Kein Freizügigkeitsrecht soll allerdings dann bestehen, wenn das Arbeitsverhältnis missbräuchlich nur zum Schein vorgetäuscht oder ausschließlich deshalb eingegangen wurde, um einen Sozialleistungsanspruch zu erwerben⁵⁴. Ein solcher Nachweis dürfte regelmäßig schwierig zu führen sein. Leistungsbehörden führen hier gelegentlich Befragungen durch, mit denen ermittelt werden soll, ob der Arbeitnehmer Kenntnis von den näheren Umständen seiner Beschäftigung hat⁵⁵.

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 und wäre nach Art. 24 Abs. 2 FreizügRL auch europarechtlich unzulässig.

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.

Ein 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 wird⁵⁶. 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. Auch durch Einstellungszusagen in der Vergangenheit kann darauf geschlossen werden, dass eine weitere Einstellungszusage erfolgt.

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. So lange noch ein Freizügigkeitsrecht zur Arbeitssuche besteht, ist eine Nichtbestehensfeststellung durch die Ausländerbehörde ausgeschlossen.

⁵⁴ Hess. VGH, Beschl. v. 5. März 2019, 9 B 56/19, Dienelt, Ausländerrecht, 13. Aufl. 2020, § 2 FreizügG/EU Rn. 56

⁵⁵ „Arbeitshilfe Bekämpfung von bandenmäßigem Leistungsmissbrauch im spezifischen Zusammenhang mit der EU-Freizügigkeit“ der Bundesagentur für Arbeit, nicht öffentlich, „Nur für den Dienstgebrauch“

⁵⁶ EuGH Rs. Antonissen, 292/89, 26.02.1991

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 b) 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 wird⁵⁷. 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 Reisegewerbetreibende⁵⁸ und selbständig tätige Straßenprostituierte⁵⁹ 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 an⁶⁰. Wie auch bei der Arbeitnehmerfreizügigkeit scheiden (nur) „**völlig untergeordnete**“ **Tätigkeiten** aus⁶¹. 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 (beabsichtigten) Tätigkeit und der betrieblichen Organisation. Kriterien 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 Gesichtspunkten⁶².

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 handelt⁶³.

⁵⁷ EuGH, C-221/89, 25.07.1991 Rs. Factortame, Rn. 20f; BSG, Urteil vom 19.10.2010, B 14 AS 23/10 R

⁵⁸ Oberhäuser in Hofmann, Ausländerrecht, § 2 Rn. 6 FreizügG/EU

⁵⁹ LSG Berlin-Brandenburg, 28.01.2013, L 14 AS 3133/12 B ER

⁶⁰ *Schlag* in Schwarze/Becker/Hatje/Schoo, EU-Kommentar, AEUV, Art. 49 Rn. 33

⁶¹ OVG NRW, 03.11.1995, 18 B 815/94; LSG Hamburg 01.12.2014 L 4 AS 444/14 ER

⁶² VG Bremen, Urteil vom 04.05.2010, 4 V 105/10

⁶³ Art. 50 Abs. 2f AEUV; *Dienelt* in Bergmann/Dienelt, FreizügG/EU, § 2 Rn. 85

Liegt eine „Scheinselbständigkeit“ im sozialversicherungsrechtlichen Sinn vor, hat dies regelmäßig 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 und wäre nach Art. 24 Abs. 2 FreizügRL auch europarechtlich unzulässig.

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**“⁶⁴ zu erteilen.

Auch wenn keine zeitliche Höchstdauer für eine **vorübergehende** grenzüberschreitende Dienstleistung normiert 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 zurückreisen. Als absolute Obergrenze wird unter Bezugnahme auf sozialversicherungsrechtliche Vorschriften ein Zeitraum von zwei Jahren diskutiert. Für im Rahmen der Dienstleistungsfreiheit entsandte Arbeitnehmer sind die Regelungen der Entsenderichtlinie⁶⁵ zu beachten.

3.4.2. Dienstleistungsempfang

Auch 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**⁶⁶.

⁶⁴ benannt nach EuGH Rs. Vander Elst C-43/93, 09.08.1994

⁶⁵ Richtlinie 96/71/EG

⁶⁶ 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 des Dienstleistungserbringers oder -empfängers im Bundesgebiet⁶⁷.

Im Einzelfall können Überbrückungsleistungen nach § 23 Abs. 3 S. 5 SGB XII in Betracht kommen, da § 23 Abs. 1 SGB XII nur einen tatsächlichen Aufenthalt in Inland erfordert.

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 erwerbstätige Unionsbürger **infolge einer Krankheit oder eines Unfalls vorübergehend erwerbsgemindert** (d.h. arbeitsunfähig), bleibt ihm das Freizügigkeitsrecht grundsätzlich erhalten. Voraussetzung ist hierbei nicht, dass das Arbeitsverhältnis fortbesteht.⁶⁸ Es muss aber zumindest die teilweise Wiederherstellung der Erwerbsfähigkeit möglich sein. Andernfalls bleibt ihm in diesem Fall nur die Prüfung, ob ein Daueraufenthaltsrecht nach § 4a Abs. 2 S. 1 Nr. 2 FreizügG/EU entstanden ist.

Endet ein Arbeitsverhältnis während der **Schwangerschaft** oder gibt eine Selbständige wegen ihrer Schwangerschaft ihre Tätigkeit auf, gelten diese Regelungen nicht entsprechend⁶⁹. Allerdings behält eine Schwangere, die ihre Erwerbstätigkeit wegen der Belastungen im Spätstadium einer Schwangerschaft aufgibt die Erwerbstätigeneigenschaft, wenn sie innerhalb eines angemessenen Zeitraums nach der Geburt ihres Kindes wieder eine Tätigkeit aufnimmt⁷⁰. Hier wird man sich an den Mutterschutzfristen orientieren können⁷¹. Bei einem beendeten Arbeitsverhältnis führt der fortdauernde Bezug von Elterngeld nicht zum Fortbestand eines Freizügigkeitsrechts als Arbeitnehmerin⁷². Besteht ein (ruhendes) Arbeitsverhältnis allerdings während Inanspruchnahme von **Elternzeit** fort, behält die Unionsbürgerin ihren Status als Arbeitnehmerin⁷³.

Auch aus der Zahlung von Arbeitslosengeld I folgt nicht der Fortbestand der (unionsrechtlichen) Arbeitnehmereigenschaft. Bei bedarfsdeckendem ALG I-Bezug kommt aber ein Freizügigkeitsrecht als Nicht-Erwerbstätiger in Frage.

⁶⁷ § 7 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 SGB II

⁶⁸ VGH München, Urteil vom 18.07.2017, 10 B 17.339

⁶⁹ LSG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 30.01.2017, L 20 AS 2483/16 B ER

⁷⁰ EuGH, Rs. Saint Prix, Urteil vom 19.06.2014, C-507/12

⁷¹ VG Darmstadt, Urteil vom 01.12.2016, 5 K 475/15.DA

⁷² LSG NRW, Beschluss vom 01.08.2017, L 19 AS 1131/17 B ER

⁷³ BSG, Urteil vom 9.2.2022, B 14 AS 91/20R

Der Arbeitnehmerstatus bleibt auch bei **Aufnahme einer (schulischen oder universitären) Berufsausbildung** erhalten, wenn zwischen der Ausbildung und der früheren Erwerbstätigkeit ein Zusammenhang besteht oder wenn der Unionsbürger seinen Arbeitsplatz unfreiwillig verloren hat⁷⁴. Bei einer betrieblichen bzw. dualen Berufsausbildung wird es hierauf regelmäßig nicht ankommen, da in diesen Fällen der Arbeitnehmerstatus anzunehmen ist.

Im Übrigen besteht ein Freizügigkeitsrecht als Arbeitnehmer fort, wenn die Beschäftigung „**unfreiwillig**“ beendet wurde. Als „unfreiwillig“ gilt auch die Aufgabe einer (ernsthaft betriebenen) selbständigen Tätigkeit in Folge Auftragsmangels⁷⁵. Beendet ein Unionsbürger seine Tätigkeit in der Prostitution, weil er die Tätigkeit als nicht zumutbar empfindet, beruht die Aufgabe der Tätigkeit auf der Unzumutbarkeit der Prostitution an sich und damit auf Umständen, die er nicht zu vertreten hat⁷⁶.

Wurde die Tätigkeit weniger als zwölf Monate ausgeübt, entsteht dann eine Verbleibeberechtigung für **6 Monate**. Wurde die Tätigkeit länger als ein Jahr ausgeübt, bleibt dem Unionsbürger ein Verbleiberecht **unbefristet** erhalten⁷⁷ und kann nach fünf Jahren des Aufenthalts in ein Daueraufenthaltsrecht münden.

Unter Bezugnahme auf die Entstehungsgeschichte des Verbleiberechts wurde gleichwohl vertreten, dass der Fortbestand der Arbeitnehmereigenschaft auf **maximal zwei Jahre** nach Beendigung der Tätigkeit begrenzt sein soll⁷⁸. Diese Auffassung, die in der Freizügigkeitsrichtlinie keine Rechtfertigung findet, sollte durch die Rechtsprechung von EuGH und BSG überholt sein, da diese klar stellen, dass die Verbleibeberechtigung nach Tätigkeiten von mehr als einem Jahr unbefristet erhalten bleiben⁷⁹.

Der Arbeitnehmerstatus auf Grund einer Verbleibeberechtigung kann allerdings vorzeitig erlöschen, wenn der Unionsbürger seinen Bezug zum Arbeitsmarkt verliert, weil er etwa nicht mehr vermittelbar ist und auch keine ALG I Ansprüche mehr bestehen⁸⁰. Teilweise wird vertreten, dass auch der Verstoß gegen Mitwirkungspflichten Auswirkungen auf die Verbleibeberechtigung hat oder der Nachweis gefordert werden kann, dass der Unionsbürger weiterhin ernsthaft und Erfolg versprechend am Wirtschaftsleben teilnehmen will⁸¹.

Ob die Annahme einer weniger als 12 Monate andauernden Erwerbstätigkeit ein einmal entstandenes unbefristetes Verbleiberecht zum Erlöschen bringt, ist durch den

⁷⁴ EuGH Rs. Liar, 39/86, 21.06.1988

⁷⁵ EuGH, Rs. Gusa, C-442/16, 14.06.2017

⁷⁶ SG Berlin, Urteil vom 15.06.2022 - S 134 AS 8396/20

⁷⁷ Nr. 2.3.1.2 VwV-FreizügG/EU; Oberhäuser in Hofmann, Ausländerrecht, § 2 Rn. 38

⁷⁸ Dienelt in Bergmann/Dienelt, Ausländerrecht, 11. Auflage, § 2 Rn. 107ff; LSG Bayern Beschluss vom 20.06.2016, L 16 AS 284/16 B ER

⁷⁹ EuGH 11.4.2019, C-483/17, Rs. Tarola, Rn. 44, ebenso BSG, Urt. v. 9.3.2022, B 7/14 AS 79/20 R

⁸⁰ VGH Baden-Württemberg, Urteil vom 15.02.1989, 11 S 3126/87

⁸¹ VG Saarlouis, B.v. 08.06.2017, 6 L 655/17

EuGH noch nicht abschließend geklärt. Es wäre jedoch nicht nachvollziehbar, verbleibeberechtigte Unionsbürger, die erneut unverschuldet arbeitslos werden schlechter zu stellen als diejenigen, die durchgehend arbeitslos waren⁸². Ob dies auch gilt, wenn das Folgearbeitsverhältnis aus vom Arbeitnehmer zu vertretenden Gründen aufgegeben wurde, wird noch zu entscheiden sein.

3.5.1. Tätigkeit von mehr als ein Jahr

Sowohl das Freizügigkeitsgesetz als auch Richtlinie regeln explizit 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. Das Bundessozialgericht vertritt jedoch die Auffassung, dass das Freizügigkeitsrecht bei unfreiwilliger, durch die zuständige Agentur für Arbeit bestätigter Arbeitslosigkeit auch bei **genau ein Jahr andauernden Beschäftigungsverhältnissen** zeitlich unbegrenzt bestehen.⁸³

Die Frage, ob eine **durchgängige Beschäftigung** von zwölf Monaten erforderlich ist oder zwölf Monate Erwerbstätigkeit auch über eine längere Zeit kumuliert werden können, ist dem Wortlaut der Regelungen ebenfalls nicht zu entnehmen. Unterbrochene Tätigkeiten sollen das Erfordernis nach Auffassung des Bundessozialgerichts aber jedenfalls dann erfüllen, wenn es sich nur um zwei Tätigkeiten handelt, die getrennt durch einen Zeitraum von lediglich zwei Wochen einen Zeitraum von einem Jahr ergeben⁸⁴.

In Umsetzung dieser Entscheidung formulieren die Fachlichen Weisungen der BA, dass eine Unterbrechung der Erwerbstätigkeit in der Regel dann kurz ist, wenn sie im Verhältnis zur Dauer der Beschäftigung nicht mehr als 5 % beträgt.⁸⁵ Für eine solche pauschale Regelung fehlt es allerdings an einer Rechtsgrundlage.⁸⁶

3.5.2. unfreiwillige Arbeitslosigkeit

Unfreiwillige Arbeitslosigkeit liegt vor, wenn das Arbeitsverhältnis aus Gründen beendet wird, die der Arbeitnehmer **nicht zu vertreten** hat⁸⁷.

Zu vertreten hat der Arbeitnehmer **verhaltensbedingte Gründe**, wie die Verletzung arbeitsvertraglicher Pflichten oder eine Eigenkündigung ohne rechtfertigenden

⁸² Fachliche Hinweise der BA Nr. 7.20

⁸³ BSG, Urt. v. 9.3.2022, B 7/14 AS 79/20 R

⁸⁴ BSG Urt. v. 13.07.2017 B 4 AS17/16 R

⁸⁵ 7.17 Fachliche Hinweise der BA zum SGB II

⁸⁶ SG Berlin, Urt. V. 15.4.2019, S 100 AS 3348/19 ER

⁸⁷ EuGH Rs. Sedef 230/03, 10.01.2006, Rs. Güzeli C-4/05, 26.10.2006

Grund. Nicht zu vertreten sind **betriebsbedingte Gründe**, wie die Produktionseinstellungen, Betriebsverlagerungen oder eine Kündigung wegen unzumutbarer Arbeitsbedingungen. Die Agentur für Arbeit wird für diese Prüfung 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 vorsieht⁸⁸. Ist das Arbeitsverhältnis von vorneherein befristet, ist vielmehr davon auszugehen, dass das Arbeitsverhältnis unverschuldet (auf Grund der Befristung) endet⁸⁹.

Entsprechendes gilt bei Einstellung einer selbständigen Tätigkeit infolge von Umständen, auf die der Unternehmer keinen Einfluss hat⁹⁰. Sofern die Tätigkeit wegen Auftragsrückgang eingestellt wird, wird zum Teil die Darlegung verlangt, dass diese nicht auf dem Unternehmensinhaber zuzurechnenden betriebswirtschaftlichen Fehlern beruhen⁹¹.

3.5.3. Bestätigung durch die Agentur für Arbeit

Die Arbeitslosigkeit ist durch die Agentur für Arbeit zu bestätigen. Nach dem Wortlaut der Vorschrift ist allerdings nicht ganz eindeutig, ob sich solche Bestätigung nur hinsichtlich der Arbeitslosigkeit erforderlich ist oder auch die „Unfreiwilligkeit“ der Arbeitslosigkeit durch die Arbeitsagentur erfolgt. Nach Weisungslage der Bundesagentur für Arbeit⁹² und weit überwiegender Auffassung der Sozialgerichte soll auch die Unfreiwilligkeit durch die Arbeitsagentur geprüft werden und nicht durch die JobCenter. Einer ausdrücklichen Bestätigung durch die Agentur für Arbeit bedarf es aber dann nicht, wenn ALG I bezogen und der Eintritt einer Sperrzeit nicht festgestellt wird.⁹³

Die Fachlichen Hinweise regeln recht pragmatisch und untechnisch, dass *„das Freizügigkeitsrecht auch für die Zeit bis zur Vorlage der Bestätigung bestehen bleibt“*.

⁸⁸ Art. 7 Abs. 3 c FreizügRL; siehe auch Sozialgericht Aurich, *Beschluss* vom 30.3.2015 – S 35 AS 237/14 ER

⁸⁹ LSG NRW, 21.8.17, L 12 AS 2015/16 B ER

⁹⁰ EuGH Rs. Gusa, C-442/16, Urt. v. 20.12.2017

⁹¹ VG Saarlouis, B.v. 08.06.2017, 6 L 655/17

⁹² Nr. 7.17 Fachl. Weisungen der BA zu § 7 SGB II

⁹³ BSG, B 7/14 AS 79/20 R, 9.3.2022

Gemeint ist hier wohl, dass in der Zwischenzeit von einem Leistungsanspruch wegen einer Verbleibeberechtigung ausgegangen werden soll.

In jedem Fall ist aber die Frage, des Vertretenmüssens der Arbeitslosigkeit von den Gerichten bei einem Streit um den Fortbestand der Arbeitnehmer- oder Selbständigeneigenschaft inhaltlich vollständig überprüfbar⁹⁴. Es ist daher nicht möglich oder erforderlich, einen Rechtsstreit um Ausstellung einer entsprechenden Bescheinigung gegen die Bundesagentur für Arbeit zu führen.

Als Verbleibeberechtigte haben der Unionsbürger und deren 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 und wäre europarechtlich auch unzulässig.

⁹⁴ LSG NRW, 14.06.2017 - L 19 AS 455/17 B ER; SG Landshut 31.01.2018 - S 11 AS 624/16

3.6. Daueraufenthaltsrecht

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 ist ⁹⁵.

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 deren Familienangehörigen einen Anspruch auf Sozialleistungen. Der Besitz einer „Bescheinigung über das Daueraufenthaltsrecht“ oder einer „Daueraufenthaltskarte“ ist für den Erwerb des Daueraufenthaltsrechts nicht Voraussetzung.

3.6.1. Ständiger rechtmäßiger Aufenthalt

Das Daueraufenthaltsrecht setzt grundsätzlich einen ständigen und rechtmäßigen Aufenthalt von **fünf Jahren** voraus⁹⁶. Deutlich kürzere Fristen gelten bei **Renteneintritt** nach einer bestimmten Zeit der vorherigen Erwerbstätigkeit, **dauernder Erwerbsminderung** oder **Grenzgängern**⁹⁷. Die kürzeren Fristen erstrecken sich auch auf die Familienangehörigen des Unionsbürgers⁹⁸. Unter bestimmten Umständen können auch Familienangehörige nach dem **Tod des Unionsbürgers** ein Daueraufenthaltsrecht erwerben⁹⁹.

Um ein Daueraufenthaltsrecht zu erwerben, muss der Aufenthalt **über den gesamten Zeitraum rechtmäßig im Sinne der Freizügigkeitsrichtlinie** gewesen sein, also einem Freizügigkeitstatbestand zugeordnet werden können¹⁰⁰. Ein Aufenthalt mit einem humanitären Aufenthaltstitel (ohne Erwerbstätigkeit und ausreichende Existenzmittel) oder die Rechtmäßigkeitsvermutung, also die tatsächliche Anwesenheit ohne dass die Ausländerbehörde von ihrem Recht auf Verlustfeststellung Gebrauch gemacht hat, reicht zur Begründung eines Daueraufenthaltsrechts nicht aus. Werden die rechtmäßigen Zeiten unterbrochen, beginnt die Fünfjahresfrist neu.

Vor Ausstellung einer Bescheinigung über das Daueraufenthaltsrecht für den Unionsbürger oder einer Daueraufenthaltskarte an den Familienangehörigen, kann die Ausländerbehörde den **Nachweis** verlangen, dass der Unionsbürger in den zum Erwerb des Daueraufenthalts erforderlichen Zeiten (von in der Regel 5 Jahren) einen Freizügigkeitstatbestand erfüllt hat. Dies kann beispielsweise in den ersten drei Monaten

⁹⁵ siehe hierzu 3.6.2

⁹⁶ Art. 16 FreizügRL, § 4a FreizügG/EU

⁹⁷ § 4a Abs. 2 FreizügG/EU

⁹⁸ § 4a Abs. 4 FreizügG/EU

⁹⁹ § 4a Abs. 3 FreizügG/EU

¹⁰⁰ EuGH Rs. Ziolkowski, 21.12.2011, C-424/10 und 425/10; BVerwG, Urteil vom 31.05.2012, 10 C 8.12

das voraussetzungslose Aufenthaltsrecht sein, im Anschluss könnte für einen Zeitraum von (mindestens) sechs Monaten ein Aufenthaltsrecht zur Arbeitssuche bestanden haben, anschließend Arbeitnehmereigenschaft, gefolgt von einer Verbleibebe-
rechtigung und schließlich der Aufnahme einer selbständigen Tätigkeit oder einem vom Ehegatten abgeleiteten Freizügigkeitsrecht.

Rechtmäßige Aufenthaltszeiten nach dem Aufenthaltsgesetz **vor dem EU-Beitritt eines Mitgliedsstaates** sind berücksichtigungsfähig, wenn in dieser Zeit ein Freizügigkeitstatbestand erfüllt war¹⁰¹. 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 Gesellschaft des Aufnahmemitgliedsstaates (noch) nicht erfolgt ist¹⁰². 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.

Der ständige Aufenthalt wird nicht unterbrochen durch **Abwesenheitszeiten**, 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 werden bei der Aufenthaltsdauer für die Entstehung eines Daueraufenthaltsrechts berücksichtigt.

Es kann bei drohendem Wegfall eines materiellen Freizügigkeitsrechts daher günstiger sein, vorübergehend auszureisen und die Arbeitssuche ggf. vom Heimatland fortzuführen. Sofern innerhalb eines Zeitraums von 6 Monaten ein neuer Job gefunden und wieder eingereist wird, können die vorangegangenen Zeiten zum Erwerb eines Daueraufenthaltsrechts angerechnet werden.

3.6.2. Erlöschen des Daueraufenthaltsrechts

Ein einmal entstandenes Daueraufenthaltsrecht erlischt nur, wenn der Unionsbürger **seit 2 Jahren** aus einem nicht vorübergehenden Grund abwesend ist¹⁰³. Ein Aufenthalt von mehr als 2 Jahren bringt das Daueraufenthaltsrecht nicht zum Erlöschen, wenn er vorübergehenden Charakter hat. Hieran ist beispielsweise zu denken, wenn

¹⁰¹ EuGH Rs. Ziolkowski , 21.12.2011, C-424/10 und 425/10

¹⁰² EuGH, Rs. M.G., 16.01.2014, C-378/12 und C-400/12

¹⁰³ § 4a Abs. 7 FreizügG/EU.

ein Angehöriger vorübergehend im Heimatland gepflegt wird. Etwas anderes wird gelten, wenn es sich um einen Dauerpflegefall handelt¹⁰⁴.

Ist das Daueraufenthaltsrecht erloschen, kann eine entsprechende ausländerbehördliche Feststellung erfolgen¹⁰⁵. Erfolgt die Feststellung nicht, gilt die Rechtmäßigkeitsvermutung fort¹⁰⁶.

3.6.3 Verfahrensfragen

Das Bestehen des Daueraufenthaltsrechts wird auf Antrag nur „bescheinigt“¹⁰⁷, setzt also keinen Verwaltungsakt voraus. Eine „Bescheinigung über das Daueraufenthaltsrecht“ für den Unionsbürger oder eine „Daueraufenthaltskarte“ für drittstaatsangehörige Familienangehörige kann mit der allgemeinen Leistungsklage, nicht mit einer Verpflichtungsklage erstritten werden, da durch die Behörde mit der Ausstellung der Bescheinigung nichts geregelt wird¹⁰⁸. Ob wegen des Vorrangs der Leistungsklage auch eine Klage auf Feststellung des Bestehens eines Daueraufenthaltsrechts zulässig ist, ist umstritten¹⁰⁹.

3.7. abgeleitetes Freizügigkeitsrecht

Familienangehörige, die den Unionsbürgers 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 werden¹¹⁰. Ein Verstoß gegen diese (Ordnungs)vorschrift kann dem Familienangehörigen jedoch nicht entgegengehalten oder gar die Ausstellung einer Aufenthaltskarte abgelehnt werden. Der Familienangehörige darf, auch wenn er ohne erforderliches Visum einreist, weder an der Einreise gehindert noch zur Nachholung des Visumverfahrens angehalten werden¹¹¹. Die Freizügigkeitsrichtlinie sieht zudem vor, dass Familienangehörigen die Beschaffung erforderlicher Visa erleichtert und diese in einem beschleunigten Verfahren erteilt werden sollen¹¹². Nach Weisung des Auswärtigen

¹⁰⁴ VG Aachen, Urteil vom 03.03.2017, 4 K 66/15

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

¹⁰⁶ zur Rechtmäßigkeitsvermutung siehe unter 3.; ebenso Oberhäuser in Hofmann, Ausländerrecht, § 5 Rn. 32 FreizügG/EU

¹⁰⁷ § 5 Abs. 5 S. 1 FreizügG/EU

¹⁰⁸ BVerwG, Urteil vom 31.05.2012, 10 C 8.12

¹⁰⁹ so Dienelt in Renner, AuslR, § 4a FreizügG/EU Rn. 67f. a.A. Oberhäuser in Hofmann, Ausländerrecht, § 5 Rn. 33 FreizügG/EU

¹¹⁰ § 2 Abs. 4 S. 2 FreizügG/EU

¹¹¹ EuGH, Rs. MRAX C-459/99, 25.07.2002

¹¹² Art. 5 Abs. 2 Unterabsatz 2 FreizügRL

Amtes sind die Anträge von Familienangehöriger von Unionsbürgern daher „im Rahmen der örtlichen Gegebenheiten“ „unverzüglich anzunehmen, zu bearbeiten und zu entscheiden.“ In Terminvereinbarungssystemen sollen die Botschaften Sondertermine zur Verfügung stellen¹¹³. Der Anspruch auf Einreise zu einem Aufenthalt von bis zu drei Monaten unterliegt für Familienangehörige von Unionsbürgern neben der Passpflicht keinen weiteren Voraussetzungen (§ 2 Abs. 5 FreizügG/EU). Insbesondere ist keine Prüfung der Rückkehrbereitschaft durchzuführen.

Im Hinblick auf die Rechtsprechung des EuGH ist unschädlich, wenn bei ausdrücklicher Beantragung eines Kurzzeit-Einreisevisums bereits erkennbar ist, dass anschließend ein dauerhafter Aufenthalt in Deutschland in Frage kommt¹¹⁴. Nachzuweisen ist ausschließlich die Verwandtschaftsbeziehung zum Unionsbürger (z.B. durch Heiratsurkunde und Passkopie des Unionsbürgers), die ggf. erforderliche Unterhaltsgewährung durch den Unionsbürger und die Freizügigkeitsberechtigung des Unionsbürgers.

Familienangehörige eines Unionsbürgers sind berechtigt, eine Erwerbstätigkeit auszuüben ohne dass hierfür eine gesonderte Genehmigung erforderlich ist (Art. 23 FreizügRL).

Wenn die FreizügigkeitsRL verlangt, dass der Familienangehörige den Unionsüber „begleitet“ oder zu ihm „nachzieht“¹¹⁵, bedeutet dies **nicht**, dass der Unionsbürger und sein Familienangehöriger eine **gemeinsame Wohnung** bewohnen müssten¹¹⁶. Anders als im Aufenthaltsgesetz ist für das Aufenthaltsrecht die Aufrechterhaltung einer „familiären Lebensgemeinschaft“ gerade nicht erforderlich¹¹⁷. Ein Aufenthaltsrecht scheidet nur im Missbrauchsfällen aus, wenn etwa keinerlei familiäre Kontakte bestehen¹¹⁸.

Allerdings erlischt das abgeleitete Aufenthaltsrecht unmittelbar, wenn der Unionsbürger Deutschland dauerhaft verlässt.¹¹⁹ Es kann jedoch nach Rückkehr des Unionsbürgers ins Bundesgebiet neu entstehen, ohne dass es darauf ankommt, ob die familiäre Lebensgemeinschaft wieder aufgenommen wird.¹²⁰

3.7.1 Begriff der Familienangehörigen

Wer Familienangehöriger ist, wird in § 1 Abs. 2 Nr. 3 FreizügG/EU in Übernahme von Art. 2 Nr. 2 FreizügRL bestimmt. Familienangehörige im Sinne des Freizügigkeitsrechts sind danach

¹¹³ Visumhandbuch I.2. Freizügigkeit Nr. 6 (www.auswaertiges-amt.de, Suchbegriff: Visumhandbuch)

¹¹⁴ Visumhandbuch I.2. Freizügigkeit Nr. 6.3 (www.auswaertiges-amt.de, Suchbegriff: Visumhandbuch)

¹¹⁵ Art. 7 Abs. 2 FreizügRL

¹¹⁶ EuGH Rs. Ogieriakhi, C-244/13, 10.07.2014; zu restriktiv daher Verfahrenshinweise ABH Berlin (C 3.1.)

¹¹⁷ BVerwG, Urt. v. 28.03.2019, 1 C 9.18

¹¹⁸ zu restriktiv daher Verfahrenshinweise Berlin (VAB C 3.5.0.): um Missbrauch auszuschließen soll zwischen Einreise und Trennung soll ein „angemessener Zeitraum“ von mindestens 6 Monaten liegen

¹¹⁹ EuGH Urt. v. 16.7.2015 – C.215/14, Rs. Singh, Rn. 58

¹²⁰ BVerwG, Urt. v. 28.3.2019, 1 C 9.18

- Ehegatten
- Lebenspartner i.S.d. LPartG oder eingetragene Partner nach dem Recht eines anderen Mitgliedsstaates
- 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. Hiernach sind die am Ort der Eheschließung gültigen Regeln zu beachten. Die Grenzen liegen dort, wo eine Anerkennung der Eheschließung im Einzelfall zu einem Verstoß gegen Grundrechte eines Ehegatten führen würde (sog. Ordre-Public Vorbehalt).¹²¹ Der Nachweis wird durch Vorlage der (ggf. legalisierten oder Apostille versehenen und übersetzten) Heiratsurkunde geführt.

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.

Das Freizügigkeitsrecht ermöglicht damit einer deutlich größeren Personengruppe den Familiennachzug als das 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 Lebensunterhalt sichergestellt ist.

Der Elternteil eines Unionsbürgers oder sogar dessen Schwiegermutter kann ein Freizügigkeitsrecht ableiten, sofern ihr „Unterhalt gewährt“ wird. Will der Deutsche von diesen Regelungen Gebrauch machen, bleibt ihm nichts anderes übrig, als von seinem Freizügigkeitsrecht in einem anderen Mitgliedsstaat Gebrauch zu machen.

3.7.2 Unterhaltsgewährung

Das Merkmal Unterhaltsgewährung erfordert nach der Rechtsprechung des EuGH ein „Abhängigkeitsverhältnis“. Der Unterhalt Empfangende muss für die Befriedigung

¹²¹ Art. 6 EGBGB

seiner Grundbedürfnisse auf materielle Zuwendungen **angewiesen sein**¹²². Hierbei kommt es auf den Zeitpunkt des Nachzugsantrages an.

„Insoweit ist festzustellen, dass das Abhängigkeitsverhältnis zu dem Zeitpunkt, zu dem der betreffende Familienangehörige den Nachzug zu dem Unionsbürger beantragt, ... bestehen muss“¹²³.

Der Wegfall der Bedürftigkeit durch die Arbeitsaufnahme des nachziehenden Familienangehörigen sind daher unerheblich.

Der Familienangehörige hat **so lange** ein abgeleitetes Aufenthaltsrecht, wie **ihm Unterhalt geleistet wird**. Ein neben dem Unterhalt geltend gemachter **Sozialleistungsanspruch** lässt das abgeleitete Aufenthaltsrecht des Familienangehörigen nicht entfallen.¹²⁴

Ob einem Verwandte in gerader absteigender Linie, der nach seiner Einreise **das 21. Lebensjahr** erreicht, Unterhalt geleistet werden muss, damit der die Eigenschaft als „Familienangehöriger“ im Sinne des Freizügigkeitsrechts behält, wurde obergerichtlich noch nicht entschieden. Hier lässt sich vertreten, dass es ebenso nur auf das Alter im Zeitpunkt der Einreise ankommt¹²⁵.

Durch den Unterhalt muss der Lebensunterhalt des nachziehenden Familienangehörigen nicht vollständig gedeckt werden können. Es muss sich aber um eine *„fortgesetzte regelmäßige Unterstützung in einem Umfang, der es ermöglicht, **zumindest einen Teil des Lebensunterhalts** regelmäßig zu decken“* handeln¹²⁶. Dass der Familienangehörige daneben möglicherweise auf Sozialleistungen angewiesen ist, steht dem Merkmal „Unterhalt leisten“ nicht entgegen. Auch darauf, ob die Mittel für die Unterhaltsleistung aus einer erlaubten Tätigkeit stammen und ob er Familienangehörige sich erlaubt aufhält, kommt es nicht an.¹²⁷ Ist der Familienangehörige mit einem Arbeitsverbot belegt, kann ihm ein fehlendes Erwerbseinkommen jedenfalls dann nicht entgegen gehalten werden, wenn er sich um eine Arbeitsaufnahme bemüht hat¹²⁸.

Ob ein „Unterhalt leisten“ auch dann möglich ist, wenn der Unionsbürger zur Deckung seines eigenen Grundbedarfs auf **ergänzende Sozialleistungen** zur Sicherung des Lebensunterhalts angewiesen ist, ist streitig. So wird vertreten, dass in Fällen, in denen der freizügigkeitsberechtigte Unionsbürger schon nicht in der Lage ist,

¹²² EuGH Rs. Iida, C-40/11, 08.11.2012, Rn. 53; Rs. May Reyes, C-423/12 16.01.2014

¹²³ EuGH Rs. Iida, C-40/11, 08.11.2012, Rn. 53; Rs. May Reyes, C-423/12 16.01.2014

¹²⁴ EuGH Urteil vom 21.12.2023 - C-488/21

¹²⁵ EuGH Rs. Iida, C-40/11, 08.11.2012, Rn. 53; Rs. May Reyes, C-423/12 16.01.2014

¹²⁶ BVerwG Urteil vom 20.10.1993, 11 C 1.93; so auch Nr. 3.2.2.1 VwV-FreizügG/EU

¹²⁷ EuGH Urt. v. 2.10.19, C-93/18, Rs. Bajratari

¹²⁸ BVerwG 1 C 27.19 – Urt. v. 23.09.2020

seinen eigenen Unterhalt und den seiner Kernfamilie aus eigenen Einkünften zu sichern, er auch nicht in der Lage sein kann, weiteren Personen Unterhalt zu gewähren¹²⁹.

Es wird jedoch auch vertreten, dass es ausreicht, dass der Unterhalt **aus** den einem Beschäftigten Leistungsempfänger zur Verfügung stehenden **Erwerbstätigenfreibeträgen** geleistet wird, da diese bei der Leistungsberechnung nicht berücksichtigt werden¹³⁰.

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 selbst einem Leistungsausschluss z.B. bei Arbeitssuche, gilt dies auch für seine Familienangehörigen, die sie nicht über ein eigenes Freizügigkeitsrecht verfügen.

3.7.3. Familiennachzug zu Unionsbürgerkindern und Kindern früherer Arbeitnehmer

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

Nach der Rechtsprechung des EuGH soll der Elternteil jedoch ausnahmsweise dann über ein Aufenthaltsrecht verfügen, **wenn das Kind**

- über **ausreichende Mittel** für seinen eigenen Lebensunterhalt und den seines Elternteils verfügt, z.B. durch eine Erwerbstätigkeit seines Elternteils¹³¹ *oder*
- andernfalls gezwungen wäre, die Union als Ganzes zu verlassen (Eingriff in der „**Kernbestand** der Unionsbürgerschaft“)¹³²

Eine weitere Ausnahme findet sich in Art. 12 Abs. 3 FreizügRL, der mit § 3 Abs. 3 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 ihrer Ausbildung.

¹²⁹ C.3.2.2 der Verfahrenshinweise der ABH Berlin

¹³⁰ Bayerisches Landessozialgericht, Beschl. v. 19. November 2018 – L 11 AS 912/18 B ER

¹³¹ EuGH Rs. Zhu und Chen, C-200/02, 19.10.2004

¹³² EuGH Rs. Ruiz Zambrano, C-34/09, 08.03.2011

Nicht in der FreizügRL geregelt ist aber der Fall, dass der Unionsbürger weiterhin mit seinem in Ausbildung befindlichen Kind zusammenlebt, aber nicht mehr über ein eigenes Freizügigkeitsrecht verfügt. Für Kinder von (früheren) Arbeitnehmern gilt hier jedoch **Art. 10 der Freizügigkeitsverordnung**¹³³, der den inhaltsgleichen Art. 12 der Wanderarbeitnehmerverordnung¹³⁴ abgelöst hat. Nach ihrem Wortlaut gewährt die Verordnung **Kindern von (früheren) freizügigkeitsberechtigten Arbeitnehmern** zwar zunächst nur einen gleichen Zugang zum „allgemeinen Unterricht“ und zur „Lehrlings- und Berufsausbildung“. Dieses Recht kann nach Auffassung des EuGH jedoch nur dann effektiv ausgeübt werden, wenn das Kind auch ein Aufenthaltsrecht während der Ausbildung besitzt.

Die Verordnung gewährt also Kindern eines vormaligen Wanderarbeitnehmers und deren die tatsächliche Sorge ausübenden Eltern ein eigenständiges Aufenthaltsrecht. Das Bundesverwaltungsgericht sieht hierin ein von § 2 Abs. 1 FreizügG/EU umfassendes Freizügigkeitsrecht¹³⁵ „sui generis“. Voraussetzung ist, dass das Kind die Schule regelmäßig besucht bzw. der Ausbildung auch tatsächlich nachgegangen wird. Für dieses Recht ist weder erforderlich, dass das Kind bereits die Schule besucht hat, während der Elternteil beschäftigt war¹³⁶, noch dass der Elternteil schon bei der Einschulung des Kindes Arbeitnehmer war¹³⁷.

In der Regel wird das Kind durch den Unionsbürgerelternanteil ebenfalls die Unionsbürgerschaft besitzen. Hierauf kommt es nach dem Wortlaut der FreizügVO aber nicht an. Auch das drittstaatsangehörige Kind eines Unionsbürgers und eines Drittstaatsangehörigen kann ein Aufenthaltsrecht aus Art. 10 FreizügVO herleiten.

Beispiel: Die alleinerziehende kongolesische F und ihre Tochter K leben in Deutschland. Der Lebensunterhalt ist nicht gesichert.

Ein Aufenthaltsrecht besteht, wenn der Vater von K Unionsbürger ist, als Arbeitnehmer tätig ist oder war und K die Schule tatsächlich besucht.

Der „allgemeine Unterricht“ umfasst jedenfalls den Besuch einer berufs- und allgemeinbildenden Schule¹³⁸. „Unterricht“ erfordert vom Wortlaut her zumindest, dass das Angebot der Ausbildungseinrichtung über eine reine Betreuung hinaus geht. „Allgemein“ dürfte dieser sei, wenn er für jeden vorgesehen und zugänglich ist.

Das Aufenthaltsrecht des Kindes erstreckt sich auf den bzw. die sorgeberechtigten Elternteil(e), gleich welcher Staatsangehörigkeit, bis das Kind das 18. Lebensjahr vollendet hat oder bei fortdauernder Betreuungsbedürftigkeit¹³⁹.

¹³³ VO 492/2011 vom 05.04.2011

¹³⁴ VO 1612/68/EWG

¹³⁵ BVerwG, Urt. v. 11.09.2019, 1 C 48.18, Rn. 30

¹³⁶ ebenso LSG Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 29.04.2016, L 4 AS 182/16 B ER; a.A. LSG Niedersachsen-Bremen im Beschluss vom 15.01.2016, L 15 AS 226/15 8 ER,

¹³⁷ BSG, U. v. 09.03.2022, B 7/14 AS 30/21 R

¹³⁸ BVerwG, Urt. v. 11.09.2019, 1 C 48.18, Rn. 22ff

¹³⁹ BVerwG, Urt. v. 11.09.2019, 1 C 48.18

Mittel zur Lebensunterhaltssicherung müssen nicht nachgewiesen werden; der Bezug von Sozialleistungen steht einem Aufenthaltsrecht nach Art. 10 FreizügVO nicht entgegen¹⁴⁰.

Nachdem die Sozialgerichte zunächst überwiegend der Auffassung waren, dass bei einem Aufenthaltsrecht nach Art. 10 FreizügVO ein Leistungsanspruch besteht, hatte der Gesetzgeber zwischen dem 28.12.2016 und 1.1.2021 einen europarechtswidrigen¹⁴¹ Leistungsausschluss normiert. Seit dem 1.1.2021 besteht in diesen Fällen nunmehr unstreitig (wieder) ein Leistungsanspruch.

Wenn sich das Aufenthaltsrecht des drittstaatsangehörigen Elternteils aus der Freizügigkeitsrichtlinie ergibt¹⁴², ist eine Aufenthaltskarte auszustellen. Da es sich bei einem Aufenthaltsrecht nach Art. 10 FreizügVO nicht um ein solches nach der Freizügigkeitsrichtlinie handelt, ist eine (deklaratorische) **Aufenthaltserlaubnis eigener Art** („sui generis“) **aus Art. 20, 21 AEUV** auszustellen.

Für den **Erwerb eine Daueraufenthaltsrechts** genügt ein Aufenthaltsrecht aus Art. 10 FreizügVO nach Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts allerdings nicht, da hierfür ein ständiger rechtmäßiger Aufenthalt im Sinne der Freizügigkeitsrichtlinie erforderlich sei¹⁴³. Bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen -insbesondere der Lebensunterhaltssicherung und Rentenbeitragen- 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** befindet **und der Lebensunterhalt nicht gesichert** werden kann, fehlt regelmäßig an einem Freizügigkeitsrecht des Kindes. Das Unionsbürgerkind kann dem (drittstaatsangehörigen) Elternteil dann 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.

Beispiel: F ist nicht erwerbstätig und lebt gemeinsam mit M und der gemeinsamen Tochter T ohne verheiratet zu sein. M geht einer Erwerbstätigkeit nach,

¹⁴⁰ EuGH Rs. Teixeira (Unionsbürgerkind), C-480/08, Rs. Ibrahim (drittstaatsangehöriges Kind), C-310/08, beide 23.02.2010

¹⁴¹ EuGH Urt. v. 6.10.2020, JobCenter Krefeld ././ JD, C-181/19

¹⁴² Art. 12 FreizügRL bzw. § 3 Abs. 4 FreizügG/EU

¹⁴³ BVerwG, Urt. v. 11.09.2019, 1 C 48.18, Rn. 31

die jedoch den Lebensunterhalt der Familie nicht vollständig deckt. M verfügt über ein Freizügigkeitsrecht als Arbeitnehmer und leitet dies auch auf seine Tochter ab. F hat jedoch kein eigenes Freizügigkeitsrecht und kann weder eines von F ableiten, da beide nicht verheiratet sind noch kann er ein Freizügigkeitsrecht von T ableiten, da sie ihr keinen Unterhalt leistet.

In Konstellationen, in denen ein Unionsbürgerkind von einem Elternteil ein Freizügigkeitsrecht ableiten kann, der andere sorgeberechtigte Elternteil jedoch über kein Freizügigkeitsrecht verfügt, wird diskutiert, dass § 11 Abs. 14 Satz 1 FreizügG/EU iVm § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 AufenthG auch diesem Elternteil ein Aufenthaltsrecht vermitteln kann¹⁴⁴. Da es sich hierbei um eine offene Rechtsfrage handelt, ist ein einem sozialgerichtlichen Verfahren jedenfalls Prozesskostenhilfe zu bewilligen¹⁴⁵.

Besteht ein besonderes Abhängigkeitsverhältnis zwischen dem Unionsbürgerkind, dem freizügigkeitsberechtigten Elternteil und dem drittstaatsangehörigen Elternteil, steht dem drittstaatsangehörigen Elternteil auch hier ein **Aufenthaltsrecht eigener Art** („sui generis“) **aus Art. 20, 21 AEUV** zu. Der freizügigkeitsberechtigte Elternteil wäre andernfalls gezwungen, Deutschland zu verlassen und könnte sein Freizügigkeitsrecht nicht ausüben. In diesen Fällen ist eine deklaratorische Aufenthaltserlaubnis nach Art. 20,21 AEUV zu erteilen¹⁴⁶.

Steht das Unionsbürgerkind nur zu seinem drittstaatsangehörigen Elternteil in einem besonderen Abhängigkeitsverhältnis, wird in der Regel im EU-Staat dessen Staatsangehörigkeit das Kind hat, die familiäre Lebensgemeinschaft geführt werden können. Steht dem drittstaatsangehörigen Elternteil dort aber kein Aufenthaltsrecht zu, ist ebenfalls ein unionsrechtliches Aufenthaltsrecht aus Art. 20,21 AEUV anzunehmen¹⁴⁷. Andernfalls wäre das Unionsbürgerkind infolge der Verweigerung des Aufenthaltsrechts *de facto* gezwungen, das Gebiet der Union als Ganzes zu verlassen, und ihm wäre dadurch der tatsächliche Genuss des Kernbestands der Rechte, die ihm der Unionsbürgerstatus verleiht, verwehrt würde.¹⁴⁸

¹⁴⁴ *für ein Aufenthaltsrecht*: LSG NRW, Beschluss vom 30.11.2015 - L 19 AS 1713/15 B ER, Beschluss vom 1.8.2017 - L 19 AS 1131/17 B ER, Beschluss vom 30.10.2018 - L 19 AS 1472/18 B ER; ebenso Dienelt, in: Bergmann/Dienelt, § 11 FreizügG/EU Rn. 38, 39 und Oberhäuser, in: NK-AuslR, FreizügG/EU § 11 Rn. 57 f.; *ablehnend*: LSG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 22.5.2017 - L 31 AS 1000/17 B ER; LSG NRW, Beschluss vom 27.7.2017 - L 21 AS 782/17 B ER, Hailbronner, in: AuslR, Freizügigkeitsgesetz/EU § 11 Rn. 38
¹⁴⁵ BVerfG, Beschl. v. 4.10.2019, 1 BvR 1710/18, Rn. 13, Besch. v. 8.7.2020, 1 BvR 932/20

¹⁴⁶ Hinweise des Bundesministeriums des Innern vom 7.4.2020 an die Innenminister M3-21002/67#1

¹⁴⁷ Hinweise des Bundesministeriums des Innern vom 7.4.2020 an die Innenminister M3-21002/67#1

¹⁴⁸ EuGH, Urteil vom 8. Mai 2018, K.A. u. a., C-82/16

Bejaht man eines der vorgenannten Aufenthaltsrechte, ist dieses nicht vom Leistungsausschluss umfasst, da sich das Aufenthaltsrecht dann „nicht nur“ aus dem Recht zur Arbeitssuche“ ergibt.

3.7.4. Verbleibeberechtigung des Ehegatten bei Scheidung

Anders als im Aufenthaltsgesetz führt eine Trennung der Ehegatten nicht zum Wegfall des Freizügigkeitsrechts. Unionsrechtlich ist für die Möglichkeit, vom freizügigkeitsberechtigten Ehegatten ein Freizügigkeitsrecht als Ehegatte ableiten zu können, ausschließlich relevant, dass sich **beide Ehegatten im Bundesgebiet** aufhalten und **keine Scheidung** eingereicht wurde.

Ist der freizügigkeitsberechtigte Ehegatte **selbst Unionsbürger**, behält er auch im Falle einer Scheidung **unabhängig von der Dauer der Ehe** 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 angewendet werden muss.

Drittstaatsangehörige Ehegatten behalten für den Fall der Scheidung 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
- es besteht das (Mit-)**Sorgerechts** für Kinder des Unionsbürgers
- es besteht ein auf das Bundesgebiet beschränktes Umgangsrecht für das Kind oder
- in Fällen besonderer Härte (z.B. häusliche Gewalt)¹⁴⁹

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** besteht. Dies setzt zwar voraus, dass über einen Zeitraum von drei Jahren eine eheliche Lebensgemeinschaft geführt wurde. Allerdings ist bei Ersterteilung dann unerheblich, ob eine Erwerbstätigkeit ausgeübt wird oder der Lebensunterhalt gesichert ist und bei der Verlängerung wäre Ermessen auszuüben. Daneben kann ein Aufenthaltsrecht auch als sorgeberechtigter Elternteil eines minderjährigen Unionsbürgers in Ausbildung nach Art. 10 FreizügVO in Betracht kommen¹⁵⁰.

Wenn der Unionsbürger **den Mitgliedsstaat vor Einleitung des Scheidungsverfahrens verlässt**, steht dem Ehegatten unabhängig von der Ehebestandszeit kein

¹⁴⁹ siehe hierzu § 31 AufenthG

¹⁵⁰ siehe auch 3.7.3

weiteres unionsrechtliches Aufenthaltsrecht zu, wenn nicht zuvor ein Daueraufenthaltsrecht entstanden ist.¹⁵¹

Etwas anderes kann dann gelten, wenn ein Drittstaatsangehöriger Opfer von Gewalttaten im häuslichen Bereich seitens des Ehegatten mit Unionsbürgerschaft geworden ist und die Scheidung in angemessener Zeit nach Verlassen des Mitgliedsstaats durch den Unionsbürger eingereicht wird. Der Drittstaatsangehörige soll hier wählen können, ob er dem Ehegatten in den anderen Mitgliedsstaat folgt oder die Scheidung einreicht, um seine Rechte aus Art. 13 Abs. 2 FreizügRL aufrecht zu erhalten.¹⁵²

3.7.5 nahestehende Personen

Die Freizügigkeitsrichtlinie verpflichtet die Mitgliedsstaaten, das Aufenthaltsrecht von weiteren Angehörigen, die nicht unter die Definition der Familienangehörigen fallen, zu erleichtern¹⁵³. Wegen fehlender Umsetzung dieser Vorschrift war gegen Deutschland ein Vertragsverletzungsverfahren eingeleitet worden. Der Gesetzgeber hat daraufhin im November 2020 den Nachzug von „nahestehenden Personen“ geregelt.

Dem in § 1 Abs. 2 Nr. 4 FreizügG/EU genannten erweiterten Personenkreis kann nunmehr nach § 3a FreizügG/EU ein Aufenthaltsrecht zuerkannt werden. Es handelt sich hierbei insbesondere um Pflegekinder, nichteheliche Partner*innen, Geschwister, Onkel/Tanten des Unionsbürgers oder seines Ehegatten. Die Zuerkennung eines Aufenthaltsrechts setzt aber einen Antrag voraus und steht im Ermessen der Behörde. Die Zuerkennung des Aufenthaltsrechts ist (anders als bei Familienangehörigen) konstitutiv.

Anders als bei Familienangehörigen im engeren Sinne erfordert die Zuerkennung eines Aufenthaltsrechts an nahestehende Personen auch die Erfüllung der Regelerteilungsvoraussetzungen des § 5 AufenthG, also insbesondere die Sicherung des Lebensunterhalts und die Einreise mit dem erforderlichen -also für diesen Zweck ausgestellten- Visum.¹⁵⁴

Als Nachweis der Zuerkennung eines Aufenthaltsrechts wird eine „Aufenthaltskarte für nahestehende Person eines Unionsbürgers“ ausgestellt, die zur Erwerbstätigkeit berechtigt¹⁵⁵. Bei Wegfall der Voraussetzungen kann die Aufenthaltskarte nach der entsprechend anzuwendenden Vorschrift des § 7 Abs. 2 S. 2 AufenthG zeitlich verkürzt werden.¹⁵⁶

¹⁵¹ EuGH, Rs. Singh, C-218/14, 16.07.2015, Urteil vom 30.6.2016, Rs. NA, C-115/15

¹⁵² EuGH, Urteil vom 2.9.2021, Rs. X, C-930/19

¹⁵³ Art. 3 Abs. 2 FreizügRL

¹⁵⁴ § 11 Abs. 5 FreizügG/EU

¹⁵⁵ § 5 Abs. 7 FreizügG/EU

¹⁵⁶ § 11 Abs. 5 FreizügG/EU

„Nahestehende Personen“ sind zwar nicht von einem Leistungsausschluss umfasst. Allerdings kann der Wegfall der Sicherung des Lebensunterhalts zu einer Verkürzung der Aufenthaltskarte führen.

Die Situation ist daher vergleichbar mit einer Person, die eine Aufenthaltserlaubnis aus familiären Gründen nach dem Aufenthaltsgesetz besitzt (z.B. § 30) deren Erteilung und Verlängerung die Sicherung des Lebensunterhalts voraussetzt.

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 handelt es sich um ein Verfahren, das die Rechtmäßigkeitsvermutung des Aufenthalts eines Unionsbürgers oder seiner Familienangehörigen beseitigt.

Eine solche Feststellung ist nach § 5 Abs. 4 FreizügG/EU nur **innerhalb von fünf Jahren** nach Begründung des „ständigen rechtmäßigen Aufenthalts“ möglich. Die Möglichkeit zur Feststellung des Verlusts des Freizügigkeitsrechts nach § 5 IV FreizügG/EU erlischt daher erst mit dem Entstehen eines Daueraufenthaltsrechts¹⁵⁷.

Unionsbürger die sich fünf Jahre tatsächlich im Bundesgebiet aufgehalten haben, sind vom Leitungsausschluss nicht erfasst, unabhängig davon, ob sie ein Daueraufenthaltsrecht erworben haben.

Mit der Feststellung des Nichtbestehens des Rechts auf Einreise und Aufenthalt wird die Ausreisepflicht begründet¹⁵⁸ und auf den Unionsbürger finden die Regelungen des Aufenthaltsgesetzes Anwendung¹⁵⁹.

Die Feststellung hat **keine Einreisesperre** zur Folge und steht unter dem Vorbehalt, dass in der Folgezeit nicht erneut eine Freizügigkeitsberechtigung entsteht. Der Unionsbürger kann daher bei Vorliegen eines Freizügigkeitstatbestandes erneut einreisen oder auch ohne Ausreise die Aufhebung der dann rechtswidrig gewordenen Verlustfeststellung verlangen. Die Ausländerbehörde darf – auch bei bestandskräftiger Feststellung des Nichtbestehens eines Freizügigkeitsrecht – eine Abschiebung nicht durchführen, wenn in der Zwischenzeit ein Freizügigkeitsrecht entstanden ist. **Der Feststellungsbescheid ist daher jederzeit „unter Kontrolle zu halten“**¹⁶⁰.

Das Recht auf Einreise und Aufenthalt be- und entsteht bei materiellem Bestand einer Freizügigkeitsberechtigung kraft Unionsrechts unabhängig von einer entsprechenden behördlichen Genehmigung¹⁶¹.

¹⁵⁷ BVerwG, Urteil vom 16.7.2015 - 1 C 22.14

¹⁵⁸ § 7 Abs. 1 FreizügG/EU

¹⁵⁹ § 11 Abs. 14 S. 2 FreizügG/EU

¹⁶⁰ BVerwG, Urteil vom 11.09.2019 - BVerwG 1 C 48.18

¹⁶¹ BVerwG, Urteil vom 11.09.2019, 1 C 48.18, Rn. 13

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 entfallen¹⁶².

Unionsbürger ohne materielles Aufenthaltsrecht unterfallen bereits vor Durchführung eines ausländerbehördlichen Verfahrens auf Nichtbestehen eines Freizügigkeitsrechts den Leistungsausschlüssen in § 7 Abs. 1 S. 2 SGB II / § 23 Abs. 3 SGB XII.

Ungeklärt ist die Frage, ob bzw. welche Leistungsansprüche während eines Rechtsmittelverfahrens gegen eine Verlustfeststellung bestehen. Richtigerweise erstreckt sich der Suspensiveffekt des verwaltungsrechtlichen Rechtsmittels auch auf die Leistungsansprüche, so dass weitere Leistungsansprüche bestehen, wenn die Ausreisepflicht nicht vollziehbar ist.¹⁶³

(Erst) mit Vollziehbarkeit der Ausreisepflicht unterfällt der Unionsbürger dem Asylbewerberleistungsgesetz (§ 1 Abs. 1 Nr. 5 AsylbLG).¹⁶⁴

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 mit Wiederholungsgefahr in Betracht.

¹⁶² § 7 Abs. 1 S. 4 FreizügG

¹⁶³ LSG BBg, 20.4.2023 L 29 AS 320/23 B ER; a.A: LSG SH, 8.7.2021, L 6 AS 92/21 B ER

¹⁶⁴ Rundschreiben Soz Nr. 04/2017 über Leistungen nach SGB XII für Unionsbürgerinnen und Unionsbürger und deren Familienangehörige der Senatsverwaltung für Integration, Arbeit und Soziales Berlin vom 26.6.2017 LSG NRW, 16.1.2019, L 7 AS 1085/18 B; a.A: LSG NRW, 30.5.2019, L 20 AY 15/19 B ER, siehe auch unter III..

Mit der Verlustfeststellung wird die Ausreisepflicht begründet¹⁶⁵ und auf den Unionsbürger finden die Regelungen des Aufenthaltsgesetzes Anwendung¹⁶⁶. 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 legen¹⁶⁷. Bei Eintreten günstiger Umstände kann der Unionsbürger nachträglich eine Neubefristung beantragen.

Eine 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 entfallen¹⁶⁸.

Mit Vollziehbarkeit der Ausreisepflicht unterfällt der Unionsbürger dem Asylbewerberleistungsgesetz (§ 1 Abs. 1 Nr. 5 AsylbLG)¹⁶⁹.

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. 4 FreizügG/EU (Missbrauchsfälle)

Mit § 2 Abs. 4 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 die dem FreizügG/EU unterfallende Personen nicht anwendbar¹⁷⁰.

Liegen die tatbestandlichen Voraussetzungen vor, kann das Nichtbestehen des Rechts auf Einreise und Aufenthalt festgestellt werden. Hierzu ist ebenso **Ermessen**

¹⁶⁵ § 7 Abs. 1 FreizügG/EU

¹⁶⁶ § 11 Abs. 14 S. 2 FreizügG/EU

¹⁶⁷ BVerwG, Urteil vom 25.03.2015, 1 C 18.14

¹⁶⁸ § 7 Abs. 1 S. 4 FreizügG

¹⁶⁹ Rundschreiben Soz Nr. 04/2017 über Leistungen nach SGB XII für Unionsbürgerinnen und Unionsbürger und deren Familienangehörige der Senatsverwaltung für Integration, Arbeit und Soziales Berlin vom 26.6.2017; LSG NRW, 16.1.2019, L 7 AS 1085/18 B; a.A.: LSG NRW, 30.5.2019, L 20 AY 15/19 B ER

¹⁷⁰ § 11 Abs. 1 FreizügG/EU; Zu weitgehend daher OVG Berlin-Brandenburg Beschl. v. 28.11.2016 – OVG 12 N 13.16.

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 entfallen¹⁷¹.

Hinsichtlich etwaiger Leistungsansprüche gilt das zu 4.2 Gesagte.

¹⁷¹ § 7 Abs. 1 S. 4 FreizügG

5. Leistungsrechtliche Besonderheiten bei Unionsbürgern

Zwar ist der Aufenthalt von Unionsbürgern und ihren Familienangehörigen rechtmäßig, solange die Ausländerbehörde weder den Verlust oder das Nichtbestehen des Aufenthaltsrechts festgestellt hat¹⁷². Allerdings soll allein die Tatsache, dass sich ein Unionsbürger und seine Familienangehörigen rechtmäßig im Bundesgebiet aufhalten, nicht automatisch zu einem Leistungsanspruch führen.

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 Leistungsansprüche auch bei rechtmäßigem Aufenthalt ausschließen sollen. Entscheidend für den Ausschluss von Sozialleistungen kommt es auf den Grund des Aufenthalts an. Diesen hat die Leistungsbehörde selbständig zu ermitteln.

Bei folgenden Aufenthaltswegen besteht kein Anspruch auf existenzsichernde Sozialleistungen nach SGB II und SGB XII:

Keine Leistungen nach SGB II erhalten Ausländer, denen die Erwerbstätigkeit nicht erlaubt ist oder erlaubt werden könnte¹⁷³. Diesem Leistungsausschluss kommt für Unionsbürger und ihre Familienangehörigen keine Bedeutung (mehr) zu, da diese vollen Zugang zum Arbeitsmarkt haben.

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 29.12.2016 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 waren seit 2016 Ausländer, die ihr Freizügigkeitsrecht allein oder neben einem Freizügigkeitsrecht zur Arbeitssuche auf **Art. 10 FreizügVO** gründen können (dazu unter 3.7.3). Diese Regelung wurde vom EuGH als europarechtswidrig beanstandet und zum 1.1.2021 aufgehoben¹⁷⁴.

Der Leistungsausschluss greift aber dann nicht mehr ein, wenn der Ausländer seit mindestens **fünf Jahren seinen gewöhnlichen Aufenthalt** im Bundesgebiet hat und keine ausländerbehördliche Feststellung des Verlusts des Freizügigkeitsrechts erfolgt ist (siehe 5.4).

¹⁷² BSG Urteil vom 19.10.2010 – B 14 AS 23/10 R, Rn. 14

¹⁷³ § 8 Abs. 2 SGB II

¹⁷⁴ EuGH Urt. v. 6.10.2020, JobCenter Krefeld ./ JD, C-181/19

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 oder sich das Aufenthaltsrecht allein aus dem Zweck der Arbeitssuche ergibt. Eine Ausnahme gilt auch hier bei fünfjährigem Voraufenthalt ohne wesentliche Unterbrechungen (dazu unter 5.6).

Da die Leistungsbehörde über Leistungsansprüche zu entscheiden hat, kommt ihr die undankbare Aufgabe zu, den Aufenthaltswitz zu ermitteln und festzustellen, ob diese Aufenthaltswitz einem Leistungsausschluss unterliegt. Hierfür ist die Kenntnis der Freizügigkeitstatbestände und –im Hinblick auf die Meistbegünstigungsklausel¹⁷⁵- der Aufenthaltsansprüche des Aufenthaltsgesetzes erforderlich.

Dem **Asylbewerberleistungsgesetz** unterfällt ein Unionsbürger oder seine Familienangehörigen erst dann, wenn er „vollziehbar ausreisepflichtig“ ist¹⁷⁶. Das ist erst dann der Fall, wenn ein Verlustfeststellungsbescheid bestandskräftig ist oder die sofortige Vollziehung angeordnet und kein Eilrechtsschutz beantragt wurde¹⁷⁷.

5.1 Leistungsausschluss in den ersten drei Monaten

Der SGB II-Ausschluss in den ersten drei Monaten des Aufenthalts¹⁷⁸ soll grundsätzlich verhindern, dass während des voraussetzungslosen Aufenthaltsrechts Leistungsansprüche bestehen. Dieser Leistungsausschluss ist mit Europarecht vereinbar¹⁷⁹.

Der Ausschlusstatbestand **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 entgegen seinem Wortlaut nicht in **aufenthaltsrechtlichen Anspruchsfällen**. Sofern für die Einreise kein gesicherter Lebensunterhalt gefordert wird (z.B. beim Nachzug zum deutschen Ehegatten¹⁸⁰ oder dem privilegierten Familiennachzug zu anerkannten Flüchtlingen¹⁸¹), kann eine Versagung von SGB II-Leistungen auch nicht mit § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 SGB II begründet werden.

¹⁷⁵ § 11 Abs. 14 S. 1 FreizügG/EU

¹⁷⁶ § 1 Abs. 1 Nr. 5 AsylbLG

¹⁷⁷ siehe unter 4.1

¹⁷⁸ § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 SGB II

¹⁷⁹ EuGH Rs. Garcia Nieto, C – 299/1425.02.2016,

¹⁸⁰ BSG, 30.01.2013, B 4 AS 37/12 R – Nr. 7.14 Fachl. Hinweise der BA

¹⁸¹ SG Berlin, 16.07.2015, S 175 AS 13627/15 ER – Nr. 7.40 Fachl. Hw. BA

5.2 Leistungsausschluss bei Arbeitsuche

Die Anwendung des Ausschlusstatbestandes bei Arbeitssuche¹⁸² erfordert eine "**fik-tive Prüfung**", ob ein Aufenthaltsrecht allein zum Zweck der Arbeitsuche bestand oder daneben auch **andere Aufenthaltszwecke** den Aufenthalt des Unionsbürgers im Inland rechtfertigen konnten. Die Norm ist eng auszulegen und es muss positiv festgestellt werden, dass dem Ausländer ein Aufenthaltsrecht allein zur Arbeitssuche zusteht¹⁸³.

Ein anderes Aufenthaltsrecht kann sich aus einem anderen Freizügigkeitsrecht aber auch aus einem nationalen Aufenthaltsrecht ergeben¹⁸⁴, wie etwa der bevorstehenden Geburt eines deutschen Kindes¹⁸⁵.

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 nicht auf den Gleichbehandlungsgrundsatz in Art. 24 Abs. 1 FreizügRL berufen. Für den Arbeitssuchenden enthält Art. 24 Abs. 2 FreizügRL die europarechtliche Rechtsgrundlage für den Ausschluss von Sozialleistungen¹⁸⁶.

5.3 Leistungsausschluss bei fehlendem Aufenthaltsrecht

Unionsbürger, die sich auf kein Aufenthaltsrecht berufen können, sich aber dennoch im Bundesgebiet aufhalten, sind seit dem 29.12.2016 von einem expliziten Leistungsausschluss erfasst¹⁸⁷. 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 sind¹⁸⁸.

¹⁸² § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2b SGB II; § 23 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 SGB XII

¹⁸³ BSG, 30.01.2013, B 4 AS 54/12 R, Rn. 24 ff

¹⁸⁴ BSG 25.01.2012, B 14 AS 138/11 R

¹⁸⁵ BSG, 30.01.2013, B 4 AS 54/12 R

¹⁸⁶ EuGH Rs. Alimanovic, C-67/14, 15.09.2015

¹⁸⁷ § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2a SGB II; § 23 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 SGB XII

¹⁸⁸ BSG, 03.12.2015, B 4 AS 44/15 R; EuGH Rs. Dano, 11.11.2014

5.4. 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 wurde¹⁸⁹.

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 ist¹⁹⁰. 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. Eine einschränkende Auslegung kommt aber bei obdachlosen Personen in Betracht, da eine Anmeldung in diesen Fällen nicht möglich oder zumindest nicht erforderlich ist¹⁹¹. Kommt es während des Fünfjahreszeitraums zu einer Meldeunterbrechung, soll der weitere gewöhnliche Aufenthalt zudem auch anders nachgewiesen werden können¹⁹².

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 haben¹⁹³.

Liegt zwar ein fünfjähriger tatsächlicher Aufenthalt, jedoch kein Daueraufenthaltsrecht vor, kann die Ausländerbehörde prüfen können, ob das Nichtbestehen eines Freizügigkeitsrechts festgestellt werden kann. Die Ausländerbehörde erhält durch eine neu eingeführte Meldepflicht Kenntnis vom Leistungsbezug¹⁹⁴, die Leistungsbe-

¹⁸⁹ § 7 Abs. 1 S. 4 SGB II; § 23 Abs. 3 S. 7 SGB XII

¹⁹⁰ so auch die Gesetzesbegründung BR-Ds. 587/16, S. 9

¹⁹¹ LSG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 05.05.2021 - L 9 SO 56/21 B ER; lt. LSG Berlin Brandenburg; Beschluss vom 6. Juni 2017; L 15 SO 112/17 B ER ist der anderweitige Nachweis grundsätzlich möglich.

¹⁹² BR-Ds. 587/16, S. 9 mit Verweis auf § 60 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 SGB I

¹⁹³ BR-Ds. 587/16, S. 11

¹⁹⁴ § 87 Abs. 2 Nr. 2a AufenthG

hörde erhält durch Zugang zum Ausländerzentralregister Kenntnis von der Verlustfeststellung¹⁹⁵. Auch nach fünfjährigem tatsächlichen Aufenthalt ist eine Nichtbestehensfeststellung möglich¹⁹⁶.

Wurde durch die Ausländerbehörde das Nichtbestehen oder der Verlust des Freizügigkeitsrechts festgestellt, bleibt der Unionsbürger auch dann von Leistungen ausgeschlossen, wenn er sich fünf Jahre tatsächlich im Bundesgebiet aufhält. Dies dürfte jedoch erst dann gelten, wenn die Nichtbestehensfeststellung bestandskräftig ist. Die gegenteilige Auffassung hätte zur Folge, dass Unionsbürger während der Dauer eines Widerspruchs- oder Klageverfahrens zwar im Bundesgebiet verbleiben dürften, während dieser Zeit aber von existenzsichernden Leistungen ausgeschlossen wären. Einer nicht vollziehbaren Verlustfeststellung kommt daher leistungrechtlich richtiger Weise keine Tatbestandswirkung zu¹⁹⁷.

5.5. Leistungsausschluss für Altersrentner im SGB II

Nach § 7 Abs. 4 SGB II erhält keine Leistungen, wer eine **Altersrente** bezieht. Dies gilt auch dann, wenn es sich hierbei um eine ausländische Rente handelt. Nicht umfasst hiervon sind jedoch andere Renten zB wegen Erwerbseinschränkungen. Es handelt sich hierbei allerdings um eine reine Zuständigkeitsregelung, die Bezieher von Altersrenten dem SGB XII zuweist. Der Unionsbürger, der im Heimatland eine Altersrente bezieht, kann daher, wenn er ein Freizügigkeitsrecht als Arbeitnehmer besitzt, einen (ergänzenden) Leistungsanspruch nach SGB XII haben.

5.6. Leistungsausschlüsse im SGB XII / Überbrückungsleistungen

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 nach Auffassung des Bundessozialgerichts jedoch nicht, wenn der Unionsbürger einem ausländerrechtlichen Leistungsausschluss in § 7 Abs. 1 S. 2 SGB II unterfällt¹⁹⁸. Der Gesetzgeber hat als Reaktion auf diese Rechtsprechung die Leistungsausschlüsse des SGB II in § 23 Abs. 3 SGB XII weitgehend wiederholt.

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

¹⁹⁵ § 18a Nr. 4 AZRG; § 18b Nr. 4 AZRG

¹⁹⁶ BVerfG, Urteil vom 16.7.2015 - 1 C 22.14, siehe 4.1

¹⁹⁷ LSG Niedersachsen-Bremen, B. v. 6. November 2017, L 8 SO 262/17 B ER; Hessisches LSG, B. v. 10. Juli 2018, L 9 AS 142/19 B ER; Sächsisches LSG, Beschluss vom 20. März 2018, L 3 AS 73/18 B ER; LSG Nordrhein-Westfalen, B. v. 19. März 2018, L 19 AS 133/18 B ER; LSG Hamburg, B. v. 28. September 2017, L 4 SO 55/17 B ER; LSG Niedersachsen-Bremen, B. v. 26. Mai 2017, L 15 AS 62/17 B ER. und vom 25. November 2016, L 11 AS 567/16 B ER; wohl auch BVerfG, Beschl. v. 26.02.2020 1 BvL 1/20; a.A. LSG Schleswig-Holstein B. v. 08.07.2021, L 6 AS 92/21 B ER

¹⁹⁸ Bundessozialgericht, 03.12.2015, B 4 AS 44/15 R

- in den ersten drei Monaten des Aufenthalts, sofern der Unionsbürger nicht Arbeitnehmer, Selbständiger oder Verbleibeberechtigter ist,
- für Arbeitsuchende

Hier kann auf die Ausführungen zum SGB II verwiesen werden.

Die von den Leistungsausschlüssen Umfassten sollen lediglich reduzierte Leistungen erhalten, „um den Zeitraum bis zur Ausreise zu überbrücken“ (sog. **Überbrückungsleistungen**).

Mit dieser Neuregelung wollte der Gesetzgeber der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts die Grundlage entziehen, wonach vom Leistungsausschluss umfasste einen Anspruch auf Ermessensleistungen nach § 23 Abs. 1 S. 3 SGB haben, so lange sie sich tatsächlich im Bundesgebiet aufhalten.

Überbrückungsleistungen sind zeitlich beschränkt auf

- längstens 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.

Bislang war streitig, ob Überbrückungsleistungen **explizit beantragt** werden müssen¹⁹⁹ oder diese in einem Antrag auf Hilfen zum Lebensunterhalt enthalten sind („Aliud“, nicht „Minus“²⁰⁰). Nach neuerer Rechtsprechung des BSG ist nun geklärt, dass es eines expliziten Antrages nicht bedarf und für den Fall des Eingreifens eines Leistungsausschlusses nach § 7 SGB II der SGB XII-Träger zu unterrichten bzw. im gerichtlichen Verfahren beizuladen ist, damit über einen Anspruch auf Überbrückungsleistungen entschieden werden hat.²⁰¹

Zwar sollen Überbrückungsleistungen „die Zeit bis zur Ausreise“ überbrücken. Hieraus lässt sich jedoch nicht der Schluss ziehen, dass eine Gewährung voraussetzt dass die Antragsteller den **Willen äußern, ausreisen zu wollen**.²⁰²

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, ...

¹⁹⁹ so LSG Nordrhein-Westfalen Beschl. v. 5.7.2017 – L 9 SO 213/17 B ER und L 9 SO 314/17 B; LSG Berlin-Brandenburg Beschl. v. 14.3.2017 – L 15 SO 321/16 B ER; LSG Bayern Beschl. v. 2.8.2017 – L 8 SO 130/17 B

²⁰⁰ so LSG Hamburg Beschl. v. 21.2.2018; L 4 SO 10/18 B ER; LSG Berlin-Brandenburg: Beschl. v. 2.2.2018; L 26 AS 24/18 B ER

²⁰¹ BSG, 27.01.2021 - B 14 AS 25/20 R; SG 13.07.2023 - B 8 SO 11/22 R

²⁰² BSG 13.07.2023 - B 8 SO 11/22 R

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 und der Leistungszeitraum über einen Monat hinaus zu verlängern²⁰³. Die allgemeine Situation im Herkunftsland soll hierzu nicht ausreichen.²⁰⁴ Zu denken ist aber insbesondere an Schwangere im Mutterschutz, schwer Erkrankte oder Personen, denen aus verschiedenen Gründen die Ausreise nicht zumutbar ist.

In folgenden Einzelfällen wurde in der Rechtsprechung eine längere und/oder umfangreiche Leistungsgewährung anerkannt:

- Schwere psychische Erkrankung, die stationärer Behandlung bedarf, bei Destabilisierung Gefahr der Suizidalität²⁰⁵
- Bis zur Klärung der Behandlungsmöglichkeiten im Heimatland nach Kehlkopf-Operation²⁰⁶
- Krebserkrankung mit erheblicher Einschränkung der Bewegungsfähigkeit bei GdB von 100 und Notwendigkeit ständiger Begleitung²⁰⁷
- Demenz mit Unterstützungsbedarf in alltäglichen Situationen, Alkoholismus, fehlende Fähigkeit, sich im Herkunftsstaat ein Hilfesystem aufzubauen²⁰⁸
- Dialysepflichtige Nierenerkrankung mit GdB von 100²⁰⁹
- Behandlung schwerer Suchterkrankung, wenn bei Ausreise von ungewisser Behandlungsperspektive und gravierender Verschlechterung der Gesundheit auszugehen ist, da keine Angehörigen im Heimatland²¹⁰
- Während laufender Klage gegen Verlustfeststellung und Fortsetzung der schulischen Ausbildung nach 2 bzw. 4 Jahren Schulbesuch in Deutschland²¹¹
- Wenn ein Länderwechsel zum Verlust eines Schuljahres führen könnte bei gleichzeitiger stationärer, jugendpsychologischer Behandlung²¹²
- Gefährdung des Kindeswohls, weil Mutter gesundheitlich eingeschränkt und Familie in Deutschland²¹³

²⁰³ § 23 Abs. 3 S. 6 SGB XII

²⁰⁴ LSG Hessen, 20.6.2017, L SO 70/17 B ER; LSG BW, 27.11.2019, L 7 SO 3873/19 ER-B;

²⁰⁵ LSG Niedersachsen, 29.11.2018, L 8 SO 134/18 B ER

²⁰⁶ LSG Hessen, 29.6.2020, L 4 SO 91/20 B ER

²⁰⁷ LSG Berlin-Brandenburg, 8.3.2018 L 25 AS 337/18 B ER

²⁰⁸ LSG NRW, 30.5.2019, L 20 AY 15/19 B ER

²⁰⁹ LSG BW, 28.3.2018, L 7 AS 430/18 ER-B

²¹⁰ LSG NRW, 28.3.2018, L 7 AS 115/18 B ER

²¹¹ LSG Hessen, 29.6.2020, L 4 SO 91/20 B ER

²¹² LSG Berlin-brandenburg, 20.6.2017, L 15 SO 104/17 B ER

²¹³ LSG NRW, 30.1.2019, L 7 AS 2006/18 B ER

Entsprechend der Regelung des SGB II endet ein Leistungsausschluss bei Anwesenheit von fünf Jahren. Beginn des Zeitraumes soll auch hier die meldebehördliche Registrierung sein²¹⁴.

Über die Überbrückungsleistungen hinaus sind die angemessenen Kosten der Rückreise zu gewähren; allerdings darlehnsweise²¹⁵. Die in den meisten Fällen wohl erfolglose Geltendmachung von Rückzahlungsansprüchen dürfte wohl zu einem nicht verhältnismäßigen Verwaltungsaufwand führen.

5.7. verfassungsrechtliche Bedenken

Mit der Neuregelung wollte der Gesetzgeber die Entscheidung des Bundessozialgerichts vom 03.12.2015²¹⁶ korrigieren. Hierin hatte das Gericht 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 hatte bei den Untergerichten heftigen Widerspruch erzeugt²¹⁷.

Begründet hat das Bundessozialgericht seine Auffassung mit verfassungsrechtlichen Bedenken gegen einen Leistungsausschluss für Personen, die sich rechtmäßig (z.B. zur Arbeitssuche oder wegen der fortdauernden Ausbildung ihres Kindes) im Bundesgebiet aufhalten. Diese Bedenken sind auch durch die gesetzliche Neuregelung nicht ausgeräumt. 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

²¹⁴ § 23 Abs. 3 S. 7f. SGB XII

²¹⁵ § 23 Abs. 3a SGB XII

²¹⁶ BSG, 03.12.2015, B 4 AS 44/15 R

²¹⁷ 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

*will, darf er bei der konkreten Ausgestaltung existenzsichernder Leistungen nicht pauschal nach dem Aufenthaltsstatus differenzieren.*²¹⁸

Wie zu erwarten war, hat die Rechtsprechung weitgehend uneinheitlich auf die Neuregelung reagiert. Rechtssicherheit ist daher frühestens zu erwarten, wenn sich das Bundesverfassungsgericht der Frage angenommen hat, ob ein Unionsbürger auf den Vorrang des Sozialleistungssystems seines Heimatlandes verwiesen werden kann. Vorlagebeschlüsse der Sozialgerichte Mainz und Darmstadt brachten keine inhaltliche Klärung, da die Vorlagen wegen unzureichender Auseinandersetzung mit Sachverhaltsfragen für unzulässig erklärt wurden²¹⁹.

Der 4. Senat des Bundessozialgerichts hat die Regelungen der Überbrückungsleistungen für mit dem Grundrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums vereinbar gesehen. Ausländer, die über kein Aufenthaltsrecht oder nur ein Aufenthaltsrecht zum Zweck der Arbeitsuche verfügen und denen eine Ausreise aus der Bundesrepublik Deutschland möglich und zumutbar sei, könnten von Leistungen der Grundsicherung für Arbeitsuchende ausgeschlossen werden²²⁰. Soweit eine Ausreise aufgrund besonderer Umstände im Einzelfall nicht möglich oder nicht zumutbar sei, greife die Härtefallregelung des § 23 Abs 3 Satz 6 SGB XII.

Hinsichtlich eines Ausschlusses von Unionsbürgern, die ihr Aufenthaltsrecht wegen des Schulbesuches ihres Kindes aus Art. 10 FreizügVO herleiten, ist nun geklärt, dass ein solcher europarechtlich unzulässig ist, da er gegen das Diskriminierungsverbot verstößt²²¹.

5.8. Leistungsansprüche nach Fürsorgeabkommen

Für Staatsangehörige eines Beitrittsstaates des Europäischen Fürsorgeabkommens²²² haben diese Grundsätze nur eingeschränkte Gültigkeit.

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 Abkommen geht als Spezialregelung den Leistungseinschränkungen des SGB II und SGB XII grundsätzlich vor²²³. Für den vom EFA erfassten Personenkreis war der Leistungsausschluss somit zunächst wirkungslos.

²¹⁸ BVerfG, 18.07.2012, 1 BvL 10/10 und 2/11

²¹⁹ BVerfG, Beschluss vom 04.12.2019, 1 BvL 4/16 Beschluss vom 26.02.2020 – 1 BvL 1/20

²²⁰ BSG, Urteil vom 30.03.2022, B 4 AS 2/21 R; kritisch hierzu: LSG Hessen, L 4 SO 133/22 B ER

²²¹ EuGH Urt. v. 6.10.2020, JobCenter Krefeld ./ JD, C-181/19

²²² Belgien, Dänemark, Deutschland, Estland, Frankreich, Griechenland, Großbritannien, Irland, Island, Italien, Luxemburg, Malta, Niederlande, Norwegen, Portugal, Schweden, Spanien, Türkei

²²³ Bundessozialgericht, 19.10.2010, B 14 AS 23/10 R

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

*„Die Regierung der Bundesrepublik Deutschland übernimmt keine Verpflichtung, die im **Zweiten Sozialgesetzbuch** 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 Bundessozialgericht 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 im Sinne des Abkommens dürfte damit Hilfe zum Lebensunterhalt nach SGB XII zu gewähren.²²⁴

Der Anspruch erfordert jedoch eine **materielle Freizügigkeitsberechtigung** oder einen rechtmäßigen Aufenthalt. Dieser kann sich zum Beispiel aus der Arbeitssuche (in den ersten 6-Monaten und darüber hinaus bei Erfolgsaussichten) ergeben. Keine Leistungsansprüche ergeben sich aber bei Personen, die nicht bzw. nicht mehr Erfolg versprechend Arbeit suchen²²⁵ oder die sich in den ersten drei Monaten ihres Aufenthalts „nur“ auf das voraussetzungslose Aufenthaltsrecht berufen können.²²⁶

Der Gesetzgeber hat sich bei Neuregelung des § 23 Abs. 3 SGB XII zu Leistungsansprüchen von EFA-Staatern nicht positioniert, so dass bei vorliegender Freizügigkeitsberechtigung nach der FreizügRL auf die Rechtsprechung des BSG²²⁷ zurückgegriffen werden kann.

Vergleichbar mit dem EFA wurde ein bilaterales Abkommen mit **Österreich** geschlossen²²⁸, das Gleichbehandlung bei der Vergabe von Fürsorgeleistungen vorsieht. Die Regelungen des Abkommens gehen den Leistungsausschlüssen des SGB II und SGB XII vor²²⁹. Von Leistungen nach diesem Abkommen sind lediglich Personen ausgenommen, die eingereist sind, um die Vergünstigungen aus dem Abkommen in Anspruch zu nehmen²³⁰. Der Sozialhilfebezug muss allerdings das „prägende

²²⁴ LSG Sachsen-Anhalt, 07.03.2017 - L 2 AS 127/17 B ER; LSG Berlin-Brandenburg, 14.03.2017 – L 15 SO 321/16 B ER und 21.03.2017 – L 18 AS 526/17 B ER (JobCenter muss gem. § 43 SGB I vorleisten, da es Antrag nicht weitergeleitet hat!); offen gelassen in BSG B4 AS 2/21 R, 29.03.2022; a.A. LSG Nds, 14.3.2019, L 13 AS 43/19 B ER

²²⁵ LSG Berlin-Brandenburg, 02.08.2017, L 5 AS 1357/17 B ER

²²⁶ Bundessozialgericht, U. v. 9. August 2018, Az. B 14 AS 32/17 R

²²⁷ Bundessozialgericht, 19.10.2010, B 14 AS 23/10 R

²²⁸ Abkommen zwischen Deutschland und Österreich über Fürsorge- und Jugendwohlfahrtspflege vom 17. Januar 1966

²²⁹ LSG Mecklenburg-Vorpommern, 07.03.2012 - L 8 B 489/10 ER, SG München 10.2.2017- S 46 AS 204/15; SG Düsseldorf, 13.3.2017, S 43 AS 3864/14; aA: LSG NRW, 22.06.2010, L 1 AS 36/08

²³⁰ Schlussprotokoll zum Fürsorge- und Jugendwohlfahrtspflegeabkommen

Motiv“ der Einreise gewesen sein, ohne dass der Ausländer die Einreise nicht unternommen hätte²³¹. Die Rechtsprechung ist bei der Anwendung dieses Ausschlussgrundes sehr zurückhaltend. Ein entsprechendes Abkommen mit der **Schweiz**²³² wurde von Deutschland zum 31.03.2006 gekündigt.

6. Mitteilungspflichten

§ 87 Abs. 2 Nr. 2a AufenthG regelt eine Mitteilungspflicht für den Fall der Beantragung oder Inanspruchnahme von Sozialleistungen. Diese Vorschrift ist auch für dem FreizügG/EU unterfallende Unionsbürger anwendbar²³³.

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
§ 7 Abs. 1 S. 4 SGB II	<ul style="list-style-type: none"> ○ gewöhnlicher Aufenthalt über 5 Jahre ohne Daueraufenthaltsrecht
§ 23 Abs. 3 S. 1 Nr. 2, 3 SGB XII	<ul style="list-style-type: none"> ○ ohne Aufenthaltsrecht ○ Arbeitssuche ○ 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"> ○ Aufenthalt über 5 Jahre ohne Daueraufenthaltsrecht

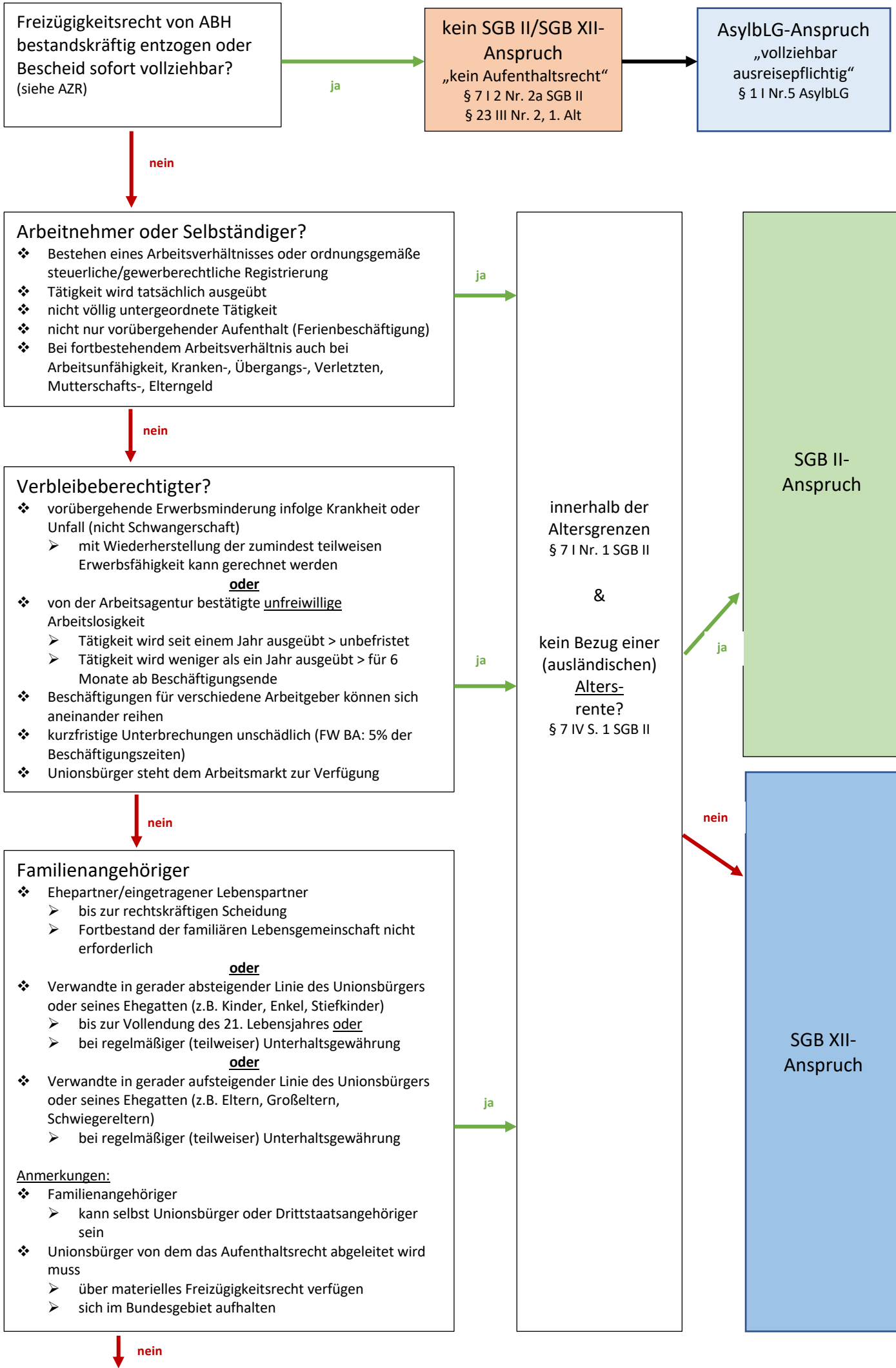
Sozialämter, JobCenter, Bundesagentur für Arbeit, Jugendämter, Gesundheitsämter und Familienkassen haben umgekehrt Zugriff auf Daten des Ausländerzentralregisters von nicht freizügigkeitsberechtigten Unionsbürgern²³⁴. Damit kann ermittelt werden, ob das Nichtbestehen eines Freizügigkeitsrechts festgestellt wurde.

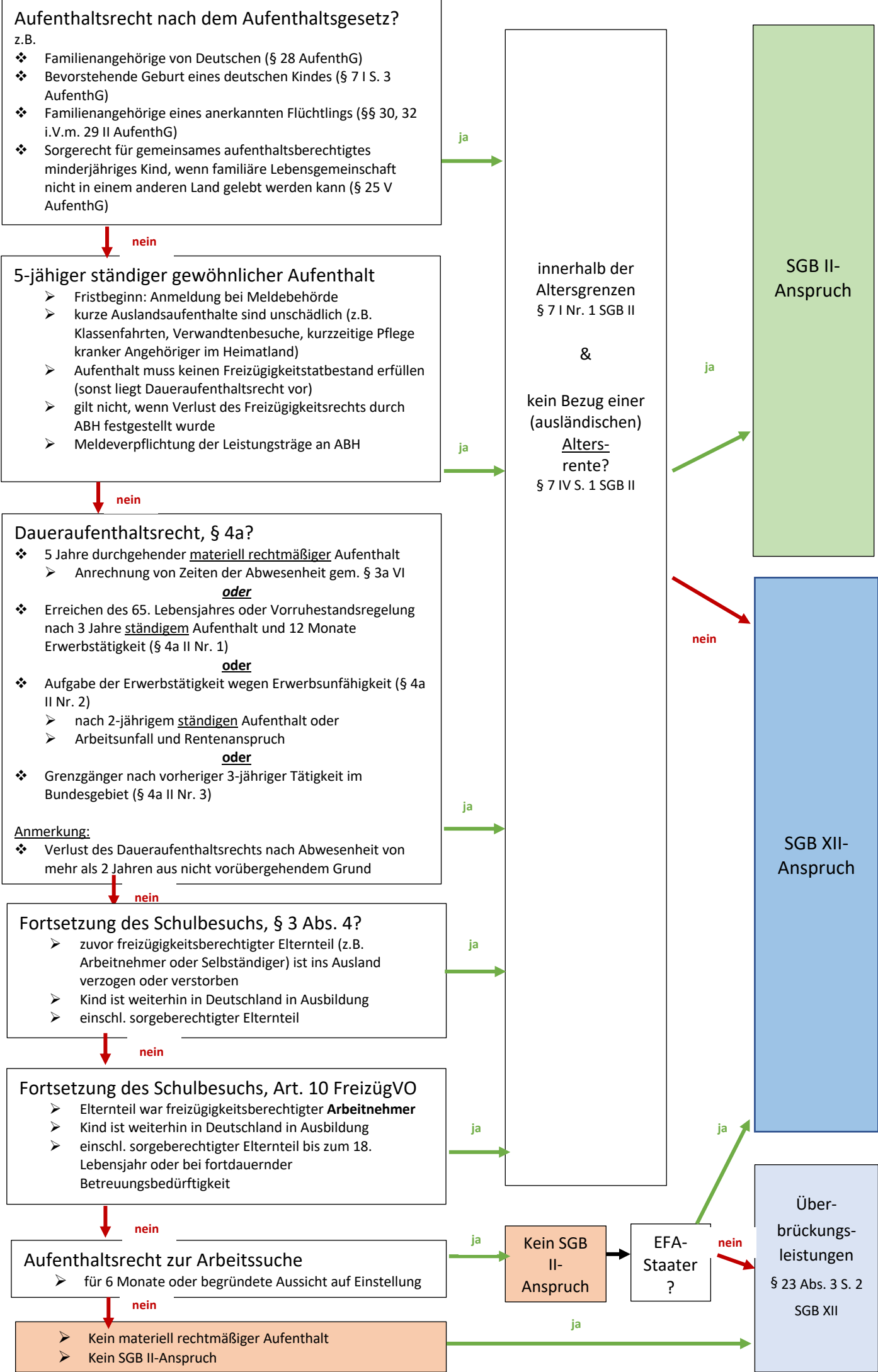
²³¹ BSG, 18.11.2014, B 8 SO 9/13 R unter Bezugnahme auf BVerwG vom 04.06.1992, 5 C 22/87

²³² Vereinbarung über die Fürsorge für Hilfsbedürftige vom 14.07.1952

²³³ § 11 Abs. 7 FreizügG/EU

²³⁴ §§ 18a bis 18f AusländerzentralregisterG





Aufenthaltsrecht nach dem Aufenthaltsgesetz?

z.B.

- ❖ Familienangehörige von Deutschen (§ 28 AufenthG)
- ❖ Bevorstehende Geburt eines deutschen Kindes (§ 7 I S. 3 AufenthG)
- ❖ Familienangehörige eines anerkannten Flüchtlings (§§ 30, 32 i.V.m. 29 II AufenthG)
- ❖ Sorgerecht für gemeinsames aufenthaltsberechtigtes minderjähriges Kind, wenn familiäre Lebensgemeinschaft nicht in einem anderen Land gelebt werden kann (§ 25 V AufenthG)

nein

5-jähriger ständiger gewöhnlicher Aufenthalt

- Fristbeginn: Anmeldung bei Meldebehörde
- kurze Auslandsaufenthalte sind unschädlich (z.B. Klassenfahrten, Verwandtenbesuche, kurzzeitige Pflege kranker Angehöriger im Heimatland)
- Aufenthalt muss keinen Freizügigkeitstatbestand erfüllen (sonst liegt Daueraufenthaltsrecht vor)
- gilt nicht, wenn Verlust des Freizügigkeitsrechts durch ABH festgestellt wurde
- Meldeverpflichtung der Leistungsträger an ABH

nein

Daueraufenthaltsrecht, § 4a?

- ❖ 5 Jahre durchgehender materiell rechtmäßiger Aufenthalt
 - Anrechnung von Zeiten der Abwesenheit gem. § 3a VI oder
- ❖ Erreichen des 65. Lebensjahres oder Vorruhestandsregelung nach 3 Jahre ständigem Aufenthalt und 12 Monate Erwerbstätigkeit (§ 4a II Nr. 1) oder
- ❖ Aufgabe der Erwerbstätigkeit wegen Erwerbsunfähigkeit (§ 4a II Nr. 2)
 - nach 2-jährigem ständigen Aufenthalt oder
 - Arbeitsunfall und Rentenanspruch oder
- ❖ Grenzgänger nach vorheriger 3-jähriger Tätigkeit im Bundesgebiet (§ 4a II Nr. 3)

Anmerkung:

- ❖ Verlust des Daueraufenthaltsrechts nach Abwesenheit von mehr als 2 Jahren aus nicht vorübergehendem Grund

nein

Fortsetzung des Schulbesuchs, § 3 Abs. 4?

- zuvor freizügigkeitsberechtigter Elternteil (z.B. Arbeitnehmer oder Selbständiger) ist ins Ausland verzogen oder verstorben
- Kind ist weiterhin in Deutschland in Ausbildung
- einschl. sorgeberechtigter Elternteil

nein

Fortsetzung des Schulbesuchs, Art. 10 FreizügVO

- Elternteil war freizügigkeitsberechtigter **Arbeitnehmer**
- Kind ist weiterhin in Deutschland in Ausbildung
- einschl. sorgeberechtigter Elternteil bis zum 18. Lebensjahr oder bei fortdauernder Betreuungsbedürftigkeit

nein

Aufenthaltsrecht zur Arbeitssuche

- für 6 Monate oder begründete Aussicht auf Einstellung

nein

- Kein materiell rechtmäßiger Aufenthalt
- Kein SGB II-Anspruch

innerhalb der Altersgrenzen § 7 I Nr. 1 SGB II

&

kein Bezug einer Altersrente? § 7 IV S. 1 SGB II

SGB II-Anspruch

SGB XII-Anspruch

Überbrückungsleistungen § 23 Abs. 3 S. 2 SGB XII

ja

ja

ja

ja

ja

ja

ja

ja

nein

ja

nein

ja