

Handlungshinweis zu den Ansprüchen von Ausländern*innen nach dem SGB II

Inhaltsverzeichnis

A. Ansprüche von EU-Bürgern*innen nach dem SGB II	7
I. Wer sind die Mitglieder der Europäischen Union (EU) und wer ist ihnen gleichgestellt?	7
1. Länder der Europäischen Union	7
2. Länder der EWR – Staaten (EU-Bürgern*innen gleichgestellt).....	8
3. Schweiz	8
4. Familienangehörige und nahestehende Personen von Deutschen.....	8
II. Prüfung des gewöhnlichen Aufenthalts / Nachweise für den gewöhnlichen Aufenthalt	9
2. Drittstaatsangehörige (Familienangehörige und nahestehende Personen von EU-Bürgern*innen aus Nicht-EU-Staaten)	9
III. Leistungsausschluss trotz des Europäischen Fürsorgeabkommens (EFA) auf Ausländer anwendbar – Vorbehalt der Bundesregierung	10
IV. Leistungsausschluss bei Aufenthalt zum Zweck der Arbeitssuche bzw. Personen ohne Aufenthaltsrecht.....	10
1. Personen ohne materielles Aufenthaltsrecht	11
2. Freizügigkeitsrecht zur Arbeitssuche.....	11
V. Kein Leistungsausschluss für Arbeitnehmer*innen, Selbständige, Verbleibeberechtigte, Daueraufenthaltsberechtigte und ihre Familienangehörigen	12
1. Arbeitnehmer*in.....	12
1.1 Allgemeine Definition	12
1.2 Nachweise für Arbeitnehmereigenschaft	13
2. Selbständige	14
2.1 Allgemeines.....	14
2.2 Nachweise für das Vorliegen einer selbständigen Tätigkeit	15
3. Verbleibeberechtigung – Aufrechterhaltung des Freizügigkeitsrechtes gemäß § 2 Abs. 3 FreizügG/EU	15
3.1 Aufrechterhaltung des „Arbeitnehmerstatus“ durch unfreiwillige Arbeitslosigkeit / Aufgabe der Selbständigkeit	15
3.2 Aufrechterhaltung des Arbeitnehmerstatus durch vorübergehende Erwerbsminderung	19
3.3 Aufrechterhaltung des Arbeitnehmerstatus durch Aufnahme einer Berufsausbildung	20
3.4 Aufrechterhaltung des Arbeitnehmerstatus bei Elternzeit	20
4. Familienangehörige	20
4.1 Ehegatten*innen und Partner*innen in eingetragenen Lebenspartnerschaften.....	21
4.2 Kinder	21
4.3 Besonderheiten bei Familienangehörigen aus Drittstaaten	21
4.4 Elternteile und minderjährige Geschwister von minderjährigen, freizügigkeitsberechtigten Unionsbürgern*innen – Status als Familienangehöriger*e aufgrund von Art. 18 AEUV i.V.m. § 28 AufenthG analog	22
4.5 Wegfall des Status als Familienangehöriger*e	23
4.6 Sonderfälle der Aufrechterhaltung des Status als Familienangehöriger*e	24

4.6.1	Hinterbliebene aus Drittstaaten.....	24
4.6.2	Drittstaatsangehörige bei Scheidung.....	25
4.7	Aufenthaltsrecht von Kindern in der Ausbildung und deren Elternteil bei Wegzug oder Tod des*der EU-Bürgers*in, der*die freizügigkeitsberechtigt ist.....	25
4.8	„Recht auf Bildung“ - Artikel 10 der Verordnung (EU) Nr. 492/2011 i.V.m. Verordnung (EU) 2016/589	26
5.	nahestehende Personen	29
5.1	Verwandte.....	29
5.2	Ledige, minderjährige Pflegekinder bei Vormundschaft oder Pflegekindverhältnis	30
5.3	Ledige Lebensgefährten*innen	30
5.4	Hinterbliebene nahestehende Person aus Drittstaaten.....	31
5.5	Antragsverfahren, Bescheinigungen und deren Folgen	31
5.6	Unterschiede zwischen nahestehenden Personen und Familienangehörigen i.S.d. FreizügG/EU	33
6.	Daueraufenthaltsrecht/ Verfestigter Aufenthalt.....	34
6.1	Erwerb des Daueraufenthaltsrechtes	34
6.2	Bescheinigung über das Daueraufenthaltsrecht.....	35
6.3	Familienangehörige von Daueraufenthaltsberechtigten	35
6.4	Familienangehörige eines verstorbenen Arbeitnehmers.....	36
6.5	Verlust des Daueraufenthaltsrechtes	36
6.6	Aufenthalt in Deutschland mit einem Daueraufenthaltsrecht aus einem anderen Mitgliedsstaat der EU (§ 38a AufenthG)	37
6.7	Leistungsanspruch bei verfestigtem Aufenthalt nach fünf Jahren	37
VI.	Kein Leistungsausschluss, wenn Aufenthaltsrecht aufgrund des AufenthG / Schlechterstellungsverbot.....	38
1.	Familienangehörige von Deutschen (§ 28 AufenthG) – Kein Leistungsausschluss während der ersten drei Monate	38
2.	Weitere Konstellationen – Bestätigung der Ausländerbehörde erforderlich – E-Mail-Verfahren	40
VII.	Meldepflichten an die Ausländerbehörde	40
VIII.	Verfahren: Ablehnung oder Versagung.....	41
B.	Ansprüche von Drittstaatsangehörigen nach dem SGB II.....	43
I.	Wer sind Drittstaatsangehörige	43
II.	Überblick über die verschiedenen Aufenthaltsrechte nach dem AufenthG.....	43
1.	Visum (Schengen-Visum und nationales Visum)	43
2.	Aufenthaltserlaubnis (berechtigt in der Regel zu Leistungen nach dem SGB II)	44
3.	Niederlassungserlaubnis gem. § 9 AufenthG / Erlaubnis zum Daueraufenthalt EG.....	44
4.	Aufenthaltserlaubnis gem. § 38a AufenthG.....	45
5.	Fiktionsbescheinigungen	45
5.1	§ 81 Abs. 3 Satz 1 AufenthG (Erlaubnisfiktion) – Rücksprache JBC.22.....	45

5.2	§ 81 Abs. 3 Satz 2 AufenthG (Duldungsfiktion)	46
5.3	§ 81 Abs. 4 Satz 1 AufenthG (Fortgeltungsfiktion)	46
6.	Auslaufende Aufenthaltserlaubnisse und Bewilligungszeiträume	48
6.1	Beantragung der Leistungen mit einer während des vorgesehenen BWZ ablaufenden Aufenthaltserlaubnis:	48
6.2	Beantragung der Leistungen mit einem bereits abgelaufenen Aufenthaltstitel:	49
III.	Kein gewöhnlicher Aufenthalt, wenn Aufenthalt von vorneherein nur vorübergehend	50
IV.	Örtliche Zuständigkeit bei Wohnsitzregelungen im Sinne von § 12a AufenthG und Wohnsitzauflagen nach §12 AufenthG	51
V.	Prüfung der Erwerbsfähigkeit (§ 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 SGB II)	52
VI.	Leistungsansprüche von Kindern bei Geburt in Deutschland	53
VII.	Leistungsansprüche von Personen mit Fluchthintergrund und Ansprüche nach dem AsylbLG	54
1.	Allgemeines zum Asylverfahren	54
2.	Aufenthaltserlaubnisse, die zu Leistungen nach dem AsylbLG berechtigen	56
2.1	§23 Abs. 1 AufenthG	56
2.2	§25 Abs. 5 AufenthG	56
2.3	Weitere Aufenthaltstitel bzw. Bescheinigungen, die nicht zu Leistungen nach dem SGB II berechtigen	57
2.4	Leistungsberechtigungen ab Asylgesuch oder Asylantrag	57
3.	Ende der Leistungsberechtigung nach dem Asylbewerberleistungsgesetz	58
3.1	§25 Abs. 5 AufenthG – Anspruchsbeginn im SGB II	58
3.2	Anerkennung als Asylberechtigter*e, Person mit Fluchthintergrund oder subsidiär Schutzberechtigter*e	59
3.3	Anerkennung als national Schutzberechtigter*e	59
4.	Keine Leistungsberechtigung im SGB II – Anspruch nach dem AsylbLG	59
VIII.	Leistungsausschluss während der ersten drei Monate	60
1.	Ausnahme: Familienangehörige von Deutschen	60
2.	Ausnahme: Aufenthaltsrecht aus humanitären Gründen insbesondere anerkannte Flüchtlinge	60
3.	Familienangehörige von Personen mit einer Aufenthaltserlaubnis aus humanitären Gründen (insbesondere Personen mit anerkanntem Fluchthintergrund)	61
4.	Ausnahme: Familienangehörige und nahestehende Personen von EU-Freizügigkeitsberechtigten	62
IX.	Vorgehensweise, wenn kein Pass vorhanden bzw. Pass abgelaufen	62
X.	Zweifel an der Rechtmäßigkeit einer Aufenthaltserlaubnis wegen fehlender Existenzsicherung	62
XI.	Vorgehensweise bei einer Verpflichtungserklärung	63
XII.	Kein Anspruch auf Leistungen nach dem SGB II bei Vorliegen eines Nichtigkeitsgrundes	63
XIII.	Verfestigter Aufenthalt gem. § 7 Abs. 1 Satz 4 und 5 SGB II	64
XIV.	Meldepflichten an die Ausländerbehörde	64
	Anlage 1: Aufnahmeprogramm des Bundes – Aufenthaltstitel nach § 23 Abs. 2 AufenthG (Kontingentflüchtlinge)	66
	Anlage 2: Aufnahmeprogramm des Bundes für afghanische Ortskräfte und deren Angehörige – Aufenthaltstitel nach § 22 Satz 2 AufenthG	66
	Anlage 3: Ansprüche von Geflüchteten aus der Ukraine	66

Gesetzestexte

national

[§ 30 Abs. 3 Satz 2 SGB I \(gewöhnlicher Aufenthalt\)](#)

[§ 7 SGB II Leistungsberechtigte](#)

[§ 8 SGB II Erwerbsfähigkeit](#)

[Freizügigkeitsgesetz/EU \(FreizügG/EU\)](#)

[Allgemeine Verwaltungsvorschrift zum Freizügigkeitsgesetz/EU](#)

[Aufenthaltsgesetz \(AufenthG\)](#)

[Asylbewerberleistungsgesetz \(AsylbLG\)](#)

[Asylgesetz \(AsylG\)](#)

europäisch

[Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union \(AEUV\)](#)

[Europäisches Fürsorgeabkommen \(EFA\) vom 11.12.1953](#)

[Europäische Menschenrechtskonvention](#)

[Verordnung \(EU\) Nr. 492/2011 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. April 2011 über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Union](#)

[Verordnung \(EU\) 2016/589 des Europäischen Parlaments und des Rates](#)

[Abkommen zwischen der BRD und der Republik Österreich über Fürsorge und Jugendwohlfahrtspflege](#)

In diesem Bearbeitungshinweis werden die Leistungsberechtigungen und die Leistungsausschlüsse nach den verschiedenen Aufenthaltsrechten behandelt.

Im ersten Teil A „[Ansprüche von EU-Bürgern*innen nach dem SGB II](#)“

geht es um Staatsangehörige der Länder der Europäischen Union, der gleichgestellten Staaten und der Schweiz sowie um Familienangehörige dieser Staatsangehörigen.

Im zweiten Teil B „[Ansprüche von Drittstaatsangehörigen nach dem SGB II](#)“ geht es um Staatsangehörige, auf die nicht das europäische Freizügigkeitsrecht, sondern das Aufenthaltsgesetz (AufenthG) anwendbar ist.

Bitte beachten Sie, dass ein **gültiges Passdokument** keine Voraussetzung für einen Leistungsanspruch nach dem SGB II ist. Lässt sich die Identität anhand anderer Dokumente zweifelsfrei feststellen, so ist ein gültiger Ausweis für die positive Leistungsentscheidung nicht erforderlich. Beim Vorliegen eines Aufenthaltstitels nach dem AufenthG hat die Ausländerbehörde in der Regel die Identität bereits geprüft. Lässt sich anhand des Aufenthaltstitels (welcher in der Regel auch ein Foto enthält) und ggf. weiterer Dokumente die Identität feststellen, so sind Leistungen nicht mit der Begründung abzulehnen, dass der Pass abgelaufen ist.

A. Ansprüche von EU-Bürgern*innen nach dem SGB II

I. Wer sind die Mitglieder der Europäischen Union (EU) und wer ist ihnen gleichgestellt?

1. Länder der Europäischen Union

Zur EU gehören derzeit die folgenden Länder:

- | | |
|----------------|-------------------------|
| - Belgien | - Niederlande |
| - Bulgarien | - Österreich |
| - Dänemark | - Polen |
| - Deutschland | - Portugal |
| - Estland | - Rumänien |
| - Finnland | - Schweden |
| - Frankreich | - Slowakei |
| - Griechenland | - Slowenien |
| - Irland | - Spanien |
| - Italien | - Tschechische Republik |
| - Kroatien | - Ungarn |
| - Lettland | - Zypern |
| - Litauen | |
| - Luxemburg | |
| - Malta | |

Sonderregelungen für Österreich

Aufgrund des Abkommens zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Republik Österreich über Fürsorge und Jugendwohlfahrtspflege (DÖFA) bestehen für österreichische Personen teilweise weitergehende Rechte als für sonstige EU-Staatsangehörige. Die Leistungen für österreichische Staatsangehörige sind nur dann abzulehnen, wenn die Einreise mit dem Ziel erfolgte, hier Sozialleistungen zu erhalten.

Sonderregelungen durch den Brexit für das Vereinigte Königreich (England, Schottland, Nordirland und Wales)

Die Rechtslage für „Alt-Briten*innen“, also Briten*innen die bereits vor dem 01.01.2021 hier gelebt haben, ergibt sich direkt aus dem Austrittsabkommen. Es ist damit unmittelbar geltendes EU-Recht. Die bundesrechtlichen Regelungen im FreizügG/EU sind daher nur ergänzend.

Diese Personen sollten in der ersten Jahreshälfte 2021 eine Aufenthaltsanzeige bei der Ausländerbehörde vornehmen und von Amtswegen neue „Aufenthaltsdokumente-GB“ erhalten. Voraussetzung hierfür war ein Wohnsitz am 31.12.2020 in Deutschland. Mit diesem Aufenthaltsrecht liegt ein Leistungsanspruch dem Grund nach vor.

Nach fünfjährigem Aufenthalt (vor und nach dem 31.12.2020 zusammengerechnet) erwerben Briten*innen ein Daueraufenthaltsrecht. Ab dem Zeitpunkt, in dem die fünf Jahre erfüllt sind oder vor dem 31.12.2020 erfüllt waren, führt nur eine Abwesenheit von mehr als fünf Jahren zum Rechtsverlust. Dies ist abweichend vom sonstigen Verlust eines Daueraufenthaltsrechts nach dem FreizügG/EU (vgl. § 4a Abs. 7 FreizügG/EU).

Briten*innen, die erst ab 2021 in die BRD einreisen, sind gestellt wie sonstige Drittstaatsangehörige, d.h. sie benötigen Aufenthaltserlaubnisse nach dem AufenthG.

2. Länder der EWR – Staaten (EU-Bürgern*innen gleichgestellt)

EU-Bürgern*innen gleichgestellt sind gem. § 12 FreizügG/EU Staatsangehörige aus dem Europäischen Wirtschaftsraum (EWR). Das bedeutet, dass ihnen in Bezug auf Leistungen nach dem SGB II die gleichen Rechte zustehen. Dies sind die Länder:

- Island
- Lichtenstein
- Norwegen

3. Schweiz

Des Weiteren sind Staatsangehörige der Schweiz EU-Bürgern gleichgestellt. Das bedeutet, dass auch sie in Bezug auf Leistungen nach dem SGB II die gleichen Rechte haben.

4. Familienangehörige und nahestehende Personen von Deutschen

Durch das Gesetz zur Anpassung des Freizügigkeitsgesetzes/EU und weiterer Vorschriften an das Unionsrecht, das zum 24.11.2020 in Kraft trat¹, wurde die Anwendbarkeit des FreizügG/EU in bestimmten Konstellationen von Familienangehörigen von Deutschen erweitert.

Haben Deutsche von ihrem Recht auf freie Bewegung im Hoheitsgebiet der Mitgliedsstaaten ([Art. 21 AEUV](#)) nachhaltig Gebrauch gemacht, so gelten seit dem 24.11.2020 die nach diesem FreizügG/EU für Familienangehörige und für nahestehende Personen von Unionsbürgern*innen geltenden Regelungen in entsprechender Anwendung auch bei Familienangehörigen und nahestehenden Personen von Deutschen (§ 1 Abs. 1 Nr. 6 i.V.m. 12a FreizügG/EU).

Laut Gesetzesbegründung² gibt es zwei Fallgruppen, bei denen die Familienangehörigen und nahestehenden Personen von Deutschen nicht schlechter gestellt werden dürfen als die Familienangehörigen und nahestehenden Personen von ausländischen Europäern*innen:

¹ [FreizügG/EU-AnpG](#)

² Gesetzesentwurf vom 19.08.2020, Drucksache 19/21750, Seite 33-34

Zum einen betroffen sind Deutsche, die selbst von ihrem Freizügigkeitsrecht als Unionsbürger*innen im Ausland Gebrauch gemacht haben und die nach einem Aufenthalt im EU-Ausland mit ihren Familienangehörigen und nahestehenden Personen in die BRD (zurück) einreisen. Damit die Anwendung des FreizügG/EU eröffnet ist, wird eine Niederlassung der deutschen Person in einem anderen Mitgliedstaat erfordert, die über die Dauer einer Kurzreise oder einer nur formalen Wohnsitznahme hinausgeht, i.d.R. also von einer Dauer über drei Monaten. Reisen die Deutschen nicht mit ihren Familienangehörigen und nahestehenden Personen zusammen in die BRD ein, so müssen in Anlehnung an § 4a Abs.7 FreizügG/EU die Familienangehörigen und nahestehenden Personen dem Deutschen in einem Zeitraum von maximal zwei Jahren den Deutschen nachziehen.

Zum anderen betroffen sind europäische Personen, die von ihrem Recht aus [Art. 21 AEUV](#) Gebrauch gemacht und im weiteren Verlauf die deutsche Staatsangehörigkeit erworben haben. Diese können weiterhin mit ihren drittstaatsangehörigen Familienangehörigen und nahestehenden Personen in familiärer Lebensgemeinschaft in Deutschland wohnen

II. Prüfung des gewöhnlichen Aufenthalts / Nachweise für den gewöhnlichen Aufenthalt

1. EU-Bürger*innen

Bei EU-Bürgern*innen³ ist zunächst zu prüfen, ob sie gem. § 7 S. 1 Abs. 1 Nr. 4 SGB II ihren gewöhnlichen Aufenthalt in der BRD haben. Der Begriff des gewöhnlichen Aufenthaltes nimmt Bezug auf den in § 30 SGB I definierten Begriff. Nach dieser Bestimmung gelten die SGB-Vorschriften für alle Personen, die ihren Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt in seinem Geltungsbereich haben. Den gewöhnlichen Aufenthalt hat jemand nach der Legaldefinition des § 30 Abs. 3 Satz 2 SGB I dort, wo er sich unter Umständen aufhält, die erkennen lassen, dass er an diesem Ort oder in diesem Gebiet nicht nur vorübergehend verweilt.

Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass am angemeldeten Wohnsitz auch der gewöhnliche Aufenthalt begründet wird. Die Frage des gewöhnlichen Aufenthaltes stellt sich demgemäß i. d. R. nur für Personen, die nicht schon über die Bestimmung des Wohnsitzes erfasst sind.

Zum Nachweis des gewöhnlichen Aufenthalts von EU-Bürgern*innen ist im Regelfall der Personalausweis oder Reisepass in Verbindung mit einem Mietvertrag und einer aktuellen Meldebescheinigung ausreichend.

EU-Bürger*innen haben das Recht auf Einreise und Aufenthalt, sofern die Voraussetzungen des § 2 Abs. 2 Freizügigkeitsgesetz (FreizügG/EU) gegeben sind. Voraussetzungen sind bspw. der Aufenthalt als Arbeitnehmer*in, zur Arbeitssuche, zur Berufsausbildung, zur Ausübung einer selbständigen Tätigkeit oder aufgrund von Familienzugehörigkeit. Dieses Recht besteht unabhängig von einem formalen Aufenthaltstitel (in Form eines amtlichen Dokuments). Das bedeutet, dass sie sich grundsätzlich ohne einen „formellen“ Aufenthaltstitel in Deutschland aufhalten dürfen.

2. Drittstaatsangehörige (Familienangehörige und nahestehende Personen von EU-Bürgern*innen aus Nicht-EU-Staaten)

³ In der gesamten Darstellung wird aus Gründen der besseren Lesbarkeit auf die Erwähnung der EWR-Staaten und der Schweiz verzichtet, alle Ausführungen zu den EU-Bürgern*innen gelten ebenfalls für Personen aus diesen Staaten.

Drittstaatsangehörige sind Personen aus Staaten, die nicht zur EU gehören. Sie sind ebenfalls freizügigkeitsberechtigt (d.h., das Freizügigkeitsgesetz findet auf sie Anwendung), wenn sie Familienangehörige oder eine nahestehende Person eines*r freizügigkeitsberechtigten EU-Bürgers*in sind.

Allerdings besteht im Gegensatz zu den EU-Bürgern*innen gem. § 2a Abs. 2 Satz 1 FreizügG/EU für einen längerfristigen Aufenthalt ggf. Visumpflicht. Das bedeutet, dass bei Drittstaatsangehörigen grundsätzlich die Vorlage des Visums anzufordern ist, falls das jeweilige Land visumpflichtig ist. Die Vorlage eines Visums kann nicht verlangt werden, wenn der jeweilige Staat von der Visumpflicht befreit wurde. Eine Staatenliste mit einer Auflistung, welche Länder von der Visumpflicht erfasst sind, ist in der [Staatenliste zur Visumpflicht bzw. –freiheit des Auswärtigen Amtes](#) zu finden.

Bei dem Visum handelt es sich um einen nach den materiellen Voraussetzungen des FreizügG/EU erteilten Aufenthaltstitel. Der Status als Familienangehöriger*e eines*r EU-Bürgers*in wird durch die Anmerkung „Familienangehöriger eines EU-Bürgers/EWR-Bürgers“ im Auflagenfeld des Visumetiketts kenntlich gemacht.

Nach sechs Monaten wird eine sogenannte Aufenthaltskarte ausgestellt. Mit der Aufenthaltskarte wird bestätigt, dass der*die Familienangehörige alle erforderlichen Angaben gemacht hat, die für die Ausstellung der Aufenthaltskarte erforderlich sind. **Bei Drittstaatsangehörigen ist daher innerhalb der ersten sechs Monate des Aufenthalts ggf. das Visum, nach Ablauf der sechs Monate die Aufenthaltskarte anzufordern.**

Für nahestehende Personen von EU-Bürgern*innen sind die Ausführungen unter [Punkt A. V. 5.](#) zu beachten.

III. Leistungsausschluss trotz des Europäischen Fürsorgeabkommens (EFA) auf Ausländer anwendbar – Vorbehalt der Bundesregierung

Die Bundesregierung hat gegen das Europäische Fürsorgeabkommen am 19.12.2011 einen Vorbehalt bzgl. des SGB II erklärt.⁴ **Der Vorbehalt hat zur Folge, dass EU-Bürger*innen in Deutschland aufgrund des Europäischen Fürsorgeabkommens keinen Anspruch auf Leistungen nach dem SGB II geltend machen können.** Das BSG hat die Rechtmäßigkeit des Vorbehalts bestätigt.⁵

Das Urteil des Bundessozialgerichtes vom 19.10.2010 findet insoweit keine Anwendung mehr. Mithin muss zur Prüfung, ob Ausländer*innen einen Anspruch auf Leistungen nach dem SGB II haben, wieder auf die Ausschlusstatbestände des § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 und 2 SGB II abgestellt werden

IV. Leistungsausschluss bei Aufenthalt zum Zweck der Arbeitssuche bzw. Personen ohne Aufenthaltsrecht

Ausländer*innen, ohne Aufenthaltsrecht (a.) oder deren Aufenthaltsrecht sich allein aus dem Zweck der Arbeitssuche ergibt (b.), sind gem. § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 a und b SGB II von Leistungen ausgenommen.

⁴ **Vorbehalt im Anhang II des EFA**

Unter Bezugnahme auf Artikel 16 Buchstabe b) Satz 2 des Europäischen Fürsorgeabkommens vom 11.12.1953 wurde von der Bundesrepublik Deutschland am 19.12.2011 folgender Vorbehalt angebracht:

„Die Regierung der Bundesrepublik Deutschland übernimmt keine Verpflichtung, die im Zweiten Buch Sozialgesetzbuch – Grundsicherung für Arbeitsuchende – in der jeweils geltenden Fassung vorgesehenen Leistungen an Staatsangehörige der übrigen Vertragsstaaten in gleicher Weise und unter den gleichen Bedingungen wie den eigenen Staatsangehörigen zuzuwenden.“

⁵ vgl. BSG vom 3.12.2015 zum Az.: B 4 AS 59/13 R.

Ggf. besteht für diese Personen ein Anspruch auf Leistungen nach dem Dritten Kapitel Zwölftes Buch, Sozialgesetzbuch.

Für Personen, die nach fünf Jahren in Deutschland über einen verfestigten Aufenthalt verfügen, kann dennoch ein Leistungsanspruch nach dem SGB II gem. § 7 Abs. 1 Satz 4 und 5 SGB II bestehen (siehe [V. 5.7](#)).

1. Personen ohne materielles Aufenthaltsrecht

Mit Wirkung zum 29.12.2016 ist durch § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2a SGB II ein Leistungsausschluss für Ausländer*innen ohne Aufenthaltsrecht in das Gesetz aufgenommen worden.⁶ Dieser findet insbesondere bei wirtschaftlich nicht aktiven Unionsbürgern*innen Anwendung. Zuvor wurde der Leistungsausschluss zur Arbeitssuche bei Personen, die sich auf kein materielles Aufenthaltsrecht berufen können, durch einen „Erst-Recht-Schluss“ analog angewandt. EU-Bürger*innen, die sich auf kein Aufenthaltsrecht berufen können, sollen nicht bessergestellt werden als Personen, die sich auf das Aufenthaltsrecht zur Arbeitssuche berufen können.⁷

Beispiel

Der italienische Staatsangehörige I zieht nach Wuppertal und stellt einen Antrag auf Leistungen nach dem SGB II. Er erklärt ausdrücklich, dass er nicht auf Arbeitssuche sei.

I ist gem. § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2a SGB II von Leistungen nach dem SGB II ausgeschlossen.

2. Freizügigkeitsrecht zur Arbeitssuche

Gem. § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 b SGB II sind Ausländer*innen, d.h. auch EU-Bürger*innen, von Leistungen nach dem SGB II ausgeschlossen, wenn sie sich in Deutschland ausschließlich zur Arbeitssuche aufhalten. Ein eigenständiges Recht zur Ausbildungs- oder Studienplatzsuche gibt es im FreizügG/EU nicht, die weiteren Ausschlussstatbestände der o.g. Rechtsnorm sind daher auf EU-Bürger*innen nicht direkt anwendbar.

Das Recht zur Arbeitssuche ist in § 2 Abs. 2 Nr. 1a FreizügG/EU geregelt und besteht danach für bis zu sechs Monate. Darüber hinaus besteht das Recht nur, solange die EU-Bürger*innen nachweisen können, dass sie weiterhin nach Arbeit suchen und begründete Aussichten haben, eingestellt zu werden.

Solange das Recht zur Arbeitssuche besteht, ist der Aufenthalt in Deutschland gem. § 2 Abs. 1 FreizügG/EU zwar rechtmäßig.

Es besteht jedoch kein Anspruch auf Leistungen nach dem SGB II.

Beispiel

Der polnische Staatsangehörige P reist nach Wuppertal und beschließt dort zu bleiben. Er begibt sich auf Arbeitssuche und findet keine Stelle. Deshalb stellt er einen Antrag auf Leistungen nach dem SGB II.

⁶ Gesetz zur Regelung von Ansprüchen ausländischer Personen in der Grundsicherung für Arbeitsuchende nach dem Zweiten Buch Sozialgesetzbuch und in der Sozialhilfe nach dem Zwölften Buch Sozialgesetzbuch (GrSiAusIG): <http://www.buzer.de/gesetz/12346/a202645.htm>

⁷ EuGH, Rs. C-333/13 (Dano), Urt. v. 11.11.2014, Rs. C-140/12 (Brey), Urt. v. 19.11.2013, Rn. 46; BSG vom 03.12.2015 zum Az.: B 4 AS 44/15 R

Der P ist gem. § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2b SGB II von Leistungen nach dem SGB II ausgeschlossen, da er sich nur zur Arbeitsuche in Deutschland aufhält.

V. Kein Leistungsausschluss für Arbeitnehmer*innen, Selbständige, Verbleibeberechtigte, Daueraufenthaltsberechtigte und ihre Familienangehörigen

Gemäß § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 SGB II sind Ausländer*innen, die weder in der Bundesrepublik Deutschland Arbeitnehmer*innen oder Selbständige noch aufgrund des § 2 Abs. 3 FreizügG/EU freizügigkeitsberechtigt sind, und ihre Familienangehörigen für die ersten drei Monate ihres Aufenthalts von Leistungen nach dem SGB II ausgeschlossen.

Einen grundsätzlichen Leistungsanspruch - auch schon während der ersten drei Monate ihres Aufenthalts – haben mithin:

- Arbeitnehmer*innen
- Selbständige
- Verbleibeberechtigte gem. § 2 Abs. 3 FreizügG/EU
- Familienangehörige und nahestehende Personen der vorgenannten Personengruppen
- Daueraufenthaltsberechtigte und ihre Familienangehörigen und nahestehenden Personen

Im Folgenden werden diese Personengruppen erklärt.

Das Ergebnis der Prüfung ist im Rahmen eines Neuantragsverfahrens mittels des Vordrucks „**Checkliste-EU**“, welcher in KDN.sozial LMG im Order „**Auslaender_innen**“ hinterlegt ist, zu dokumentieren.

1. Arbeitnehmer*in

Sobald EU-Bürger*innen in Deutschland als Arbeitnehmer*innen beschäftigt werden, haben sie und ihre Familienangehörigen gem. § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 SGB II grundsätzlich einen Anspruch auf Leistungen nach dem SGB II ab dem Tag der Arbeitsaufnahme. Der Leistungsanspruch kann folglich bereits in den ersten drei Monaten ihres Aufenthalts entstehen

1.1 Allgemeine Definition

Als Arbeitnehmer*in ist nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) jede Person anzusehen, die

- im Rahmen eines privatrechtlichen Vertrages,
- während einer bestimmten Zeit,
- eine tatsächliche, **echte und nicht nur völlig untergeordnete oder unwesentliche Tätigkeit**
- für einen anderen auf dessen Weisungen ausübt,
- für die sie als Gegenleistung eine Vergütung erhält.⁸

⁸ Vgl. bspw. EuGH, Rs. C-94/07 (Raccanelli), Urt. v. 17.07.2008, Rn 33; EuGH, Rs C-46/12 (N.), Urt. v. 21.02.2013, Rn. 40, 42; EuGH, verb. Rs. C-22 u. 23/08 (Vatsouras/Koupatantze), Urt. v. 04.06.2009, Rn. 26.

Die Arbeitnehmereigenschaft kann folglich nicht durch Tätigkeiten begründet werden, die einen so geringen Umfang haben, dass sie sich **als völlig untergeordnet und unwesentlich** darstellen.

Das Vorliegen der Arbeitnehmereigenschaft ist im Rahmen einer Gesamtschau aller Umstände der fraglichen Tätigkeiten als auch des fraglichen Vertragsverhältnisses zu entscheiden.⁹

Der Europäische Gerichtshof (EuGH) hat Kriterien benannt, die zur Klärung herangezogen werden können, ob es sich um eine tatsächliche und echte Tätigkeit handelt. Dazu gehören ein Anspruch auf bezahlten Urlaub und Lohnfortzahlung im Krankheitsfall, die Anwendung eines gültigen Tarifvertrags der Branche auf dieses Beschäftigungsverhältnis oder die bereits bestehende Dauer des Arbeitsverhältnisses.¹⁰

Grundsätzlich kann die Arbeitnehmereigenschaft auch durch eine geringfügige Beschäftigung, einer Tätigkeit mit einem geringen wöchentlichen Zeitumfang sowie einer befristeten Tätigkeit oder einer geringen Vergütung entstehen.

Als Arbeitnehmer*in gilt zudem auch, wer eine Berufsausbildung im dualen System absolviert. Dies sind Ausbildungen, die BAB-förderungsfähig sind.

Hier handelt es sich um Einzelfallentscheidungen. In Zweifelsfällen – insbesondere bei geringfügiger Beschäftigung, kurzen zeitlich befristeten Beschäftigungen und Tätigkeiten mit geringem zeitlichen Umfang oder geringem Arbeitsentgelt - sollte das Fachreferat Recht kontaktiert werden.

Beispiel

Spanier S reist nach Deutschland. Innerhalb der zweiten Woche seines Aufenthalts findet er eine sozialversicherungspflichtige Beschäftigung mit einem Nettolohn von 600,00 Euro.

S hat während der Zeit der Arbeitssuche aufgrund des Leistungsausschlusses gem. § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2b SGB II keinen Anspruch auf Leistungen nach dem SGB II. Mit Beginn der Tätigkeit des S greift der Leistungsausschluss nicht mehr. Er hat ab dem Zeitpunkt der Arbeitsaufnahme einen Anspruch auf ergänzende SGB II Leistungen, da S Arbeitnehmer ist.

Abwandlung

S nimmt eine geringfügige Beschäftigung auf. Er verdient monatlich unter 60 Euro netto.

S hat aufgrund seiner Tätigkeit keinen Anspruch auf Leistungen nach dem SGB II, weil es sich um eine unwesentliche und untergeordnete Tätigkeit handelt. S gilt nicht als Arbeitnehmer im Sinne des FreizügG/EU. Er hält sich nur zur Arbeitssuche auf (Leistungsausschluss gem. § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2b SGB II) und kann sich daher nicht auf ein Freizügigkeitsrecht für Arbeitnehmer berufen.

1.2 Nachweise für Arbeitnehmereigenschaft

Zum Nachweis der Arbeitnehmereigenschaft sind folgende Unterlagen von EU-Bürgern*innen anzufordern:

- Lohnabrechnungen
- Anmeldung zur Sozialversicherung bzw. Anmeldung bei der Minijobzentrale unter der uns bekannten RV-Nummer
- Beleg über den tatsächlichen Erhalt des Arbeitslohnes (Kontoauszüge oder Quittungen)

⁹ Vgl. Allgemeine Verwaltungsvorschrift zum Freizügigkeitsgesetz, Stand Februar 2016, Art. 1, Rn. 2.2.1.1

¹⁰ EuGH, Urteil vom 4. Februar 2010, Rs. C-14/09 – Genc

- Nachweis¹¹ über die tatsächlich geleistete Arbeitszeit, z.B. durch Einkommensbescheinigungen oder Stundenzettel

Der Arbeitsvertrag allein reicht nicht aus, um eine Arbeitnehmereigenschaft zu belegen

2. Selbständige

2.1 Allgemeines

Auch EU-Bürger*innen, die in Deutschland eine selbständige Tätigkeit aufnehmen, können gem. § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 SGB II schon während der ersten drei Monate ihres Aufenthalts in Deutschland einen Anspruch auf Leistungen nach dem SGB II haben.

Voraussetzung ist das Ausüben einer selbständigen Tätigkeit. Die selbständige Tätigkeit - dazu gehört auch die freiberufliche Tätigkeit - ist gekennzeichnet durch:

- die frei gestaltete Tätigkeit,
- die frei gestaltete Arbeitszeit,
- die Verfügungsmöglichkeit über die eigene Arbeitskraft,
- das Arbeiten im eigenen Namen und auf eigene Rechnung
- und das Tragen des wirtschaftlichen Risikos ihrer Tätigkeit (Unternehmerrisiko) im Gegensatz zu abhängig Beschäftigten gemäß § 7 Satz 1 SGB IV, die nach Weisungen arbeiten und in die Arbeitsorganisation des Weisungsgebers eingegliedert sind.

Die wirtschaftliche Tätigkeit muss auf unbestimmte Zeit mittels einer festen Einrichtung in Deutschland tatsächlich ausgeübt werden. Die EU-Bürger*innen müssen nachweisen, dass sie ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit mittels einer festen Einrichtung nachgehen. Unter einer festen Einrichtung sind beispielsweise eine Produktionsstätte, Lager- oder Büroräume zu verstehen.¹²

Der Sitz des Unternehmens muss in Deutschland sein. Inhaber*innen von Unternehmen, die ihren Sitz im Ausland haben und lediglich ihre Dienste in Deutschland anbieten (vgl. § 2 Abs. 2 Nr. 3 FreizügG/EU), haben keinen Anspruch auf Leistungen nach dem SGB II in Deutschland.

Darüber hinaus muss die Tätigkeit einen Umfang haben, welcher eine tatsächliche Verbindung zum Arbeits- bzw. Gütermarkt der Bundesrepublik Deutschland belegt. Auch hier muss es sich um eine tatsächliche, echte und nicht nur völlig untergeordnete oder unwesentliche Tätigkeit handeln. Insbesondere ist die Erzielung eines Gewinns ein entscheidender Faktor. Sollten über einen längeren Zeitraum keine oder nur geringe Gewinne erzielt werden, so kann in der Regel keine selbständige Tätigkeit angenommen werden, die zur Freizügigkeit und damit auch zu Leistungen nach dem SGB II berechtigt. Wann diese Voraussetzungen vorliegen oder nicht, ist eine Einzelfallentscheidung, die in Zweifelsfällen mit dem Fachreferat Recht abzustimmen ist.

Die **Gründungsphase** eines neuen Unternehmens ist oft durch keine oder nur geringe Gewinne begleitet. Dennoch gehört diese zu einer Selbständigkeit unweigerlich dazu und so kann auch in dieser Zeit das

¹¹ Es gelten auch Dokumentationspflichten für bestimmte Berufsgruppen:
<https://www.bmas.de/DE/Arbeit/Arbeitsrecht/Mindestlohn/dokumentationspflicht.html>

¹² EuGH, Rs. C-438/05 (International Transport Workers' Federation und Finnish Seamen's Union), Urt. v. 11.12.2007, Rn. 70; EuGH, Rs. C-107/94 (Factortame), Urt. v. 15.02.1996, Rn. 20.

Freizügigkeitsrecht als selbständige Person ausgeübt werden. Ein schlüssiges unternehmerisches Konzept (Angebotspalette, Kapitalbedarfs- und Finanzierungsplan, Kundengewinnung, Wettbewerbsanalyse, eigene Positionierung am Markt, Qualifikationen und Eignung des Firmengründers etc.) kann die selbständige Person mit leistungsbegründendem Freizügigkeitsrecht von einer anderen Person, die nur eine Liebhaberei ohne Gewinnerzielungsabsicht ausübt und dadurch kein leistungsbegründendes Freizügigkeitsrecht erwirbt, unterscheiden. Wie lange die Gründungsphase andauert kann nicht allgemeingültig festgelegt werden, sondern hängt von vielfältigen Umständen des Einzelfalls ab.¹³ Nach sechs Monaten sollte i.d.R. allerdings ein nicht völlig untergeordneter und unwesentlicher Gewinn vorliegen.

2.2 Nachweise für das Vorliegen einer selbständigen Tätigkeit

Das Vorliegen einer selbständigen Tätigkeit kann beispielsweise durch Einkommenssteuerbescheide bzw. durch Kontoauszüge nachgewiesen werden.

Von der Sachbearbeitung sind des Weiteren die Gewerbeanmeldung sowie die Steuernummer anzufordern. Das bloße Einreichen einer Gewerbeanmeldung in Verbindung mit der Wohnadresse ist jedoch für den Beweis des Vorliegens einer selbständigen Tätigkeit nicht ausreichend.

Darüber hinaus sind Nachweise über eine hinreichende Akquise sowie Nachweise für Betriebseinnahmen und Betriebsausgaben, die eine tatsächliche, echte und nicht nur völlig untergeordnete oder unwesentliche Tätigkeit belegen können, anzufordern.

3. Verbleibeberechtigung – Aufrechterhaltung des Freizügigkeitsrechtes gemäß § 2 Abs. 3 FreizügG/EU

EU-Bürger*innen, deren Freizügigkeitsrecht gemäß § 2 Abs. 3 FreizügG/EU aufrechterhalten bleibt, sogenannte „Verbleibeberechtigte“, können gem. § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 SGB II ebenfalls bereits während der ersten drei Monate Anspruch auf Leistungen nach dem SGB II haben.

3.1 Aufrechterhaltung des „Arbeitnehmerstatus“ durch unfreiwillige Arbeitslosigkeit / Aufgabe der Selbständigkeit

Das Freizügigkeitsrecht von Arbeitnehmern*innen und Selbständigen bleibt gem. § 2 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 FreizügG/EU bei durch die zuständige Bundesagentur für Arbeit (bzw. das Jobcenter) bestätigter unfreiwilliger Arbeitslosigkeit oder Einstellung einer selbständigen Tätigkeit infolge von Umständen, auf die der*die Selbständige keinen Einfluss hatte, erhalten. Hierfür müssen folgende Voraussetzungen erfüllt sein:

- bestehende Arbeitslosigkeit gem. § 138 SGB III ggf. analog,
- unfreiwilliger Verlust der Tätigkeit,
- zeitliche Grenze der Fortgeltung der Arbeitnehmereigenschaft nicht überschritten und
- kein Verlust des Arbeitnehmerstatus.

¹³ LSG Berlin-Brandenburg, L 32 AS 1688/16 B ER vom 19.09.2016

3.1.1 bestehende Arbeitslosigkeit

Voraussetzung für die Verbleibeberechtigung ist, dass die Person durchgängig arbeitslos im Sinne von § 138 Abs. 1 SGB III ist. Demnach ist arbeitslos, wer

1. nicht in einem Beschäftigungsverhältnis steht (Beschäftigungslosigkeit),
2. sich bemüht, die eigene Beschäftigungslosigkeit zu beenden (Eigenbemühungen), und
3. den Vermittlungsbemühungen der Bundesagentur für Arbeit zur Verfügung steht (Verfügbarkeit).

Den Vermittlungsbemühungen der BA steht nach § 138 Abs. 5 SGB III zur Verfügung, wer

1. eine versicherungspflichtige, mindestens 15 Stunden wöchentlich umfassende zumutbare Beschäftigung unter den üblichen Bedingungen des für ihn in Betracht kommenden Arbeitsmarktes ausüben kann und darf,
2. Vorschlägen der Agentur für Arbeit zur beruflichen Eingliederung zeit- und ortsnah Folge leisten kann,
3. bereit ist, jede Beschäftigung im Sinne der Nr. 1 anzunehmen und auszuüben, und
4. bereit ist, an Maßnahmen zur beruflichen Eingliederung in das Erwerbsleben teilzunehmen.

Mithin gilt auch hier die Erreichbarkeitsverordnung.

Daher hat sich der*die EU-Bürger*in spätestens am ersten Tag der Arbeitslosigkeit beim Jobcenter oder der BA arbeitslos zu melden. Arbeitslosigkeit in diesem Kontext meint den Verlust des Arbeitsplatzes also z.B. auch einer geringfügigen Beschäftigung.

Eine verspätete Arbeitslos-Meldung, beispielsweise, weil die Person nach Verlust der Erwerbstätigkeit zunächst eine Reise ins Heimatland unternommen hat, ohne zuvor Kontakt mit der BA bzw. dem Jobcenter aufzunehmen oder eine verspätete Mitteilung eines Umzuges innerhalb Deutschlands in einen anderen Zuständigkeitsbereich der Bundesagentur für Arbeit oder des Jobcenters, führt deshalb dazu, dass der Arbeitnehmerstatus nicht aufrechterhalten bleibt.¹⁴

Auf die rechtzeitige Arbeitslosmeldung von europäischen ehemaligen Arbeitnehmern*innen kam es bei in dem Zeitraum ab dem 14.03.2020 bis zum 21.06.2020 eingetretenen Arbeitslosigkeiten nicht an, wenn eine rechtzeitige Arbeitslosmeldung aufgrund der Corona-Pandemie nicht erfolgen konnte oder erschwert war.

3.1.2 unfreiwilliger Verlust

Weitere Voraussetzung für den Status eines Verbleibeberechtigten ist, dass die Person die Tätigkeit verloren oder aufgegeben hat.

Dabei muss der Verlust der Arbeitnehmereigenschaft **unfreiwillig** erfolgt sein. Unfreiwillig bedeutet, dass das Arbeitsverhältnis beispielsweise nicht selbstverschuldet aufgegeben wurde.

Verschulden ist u.a. in den nachfolgenden Fällen in der Regel gegeben:

- Verhaltensbedingte Kündigung

¹⁴ LSG Berlin-Brandenburg Beschluss vom 28.10.2015 zum Az.: L 29 AS 2344/15 B ER

- Probezeitkündigung (Einzelfallprüfung)
- Eigenkündigung des Arbeitnehmers (Ausnahmen möglich)
- Aufhebungsvertrag (Ausnahmen möglich)

Es gelten im Wesentlichen die gleichen Rechtfertigungsgründe wie bei der Prüfung des wichtigen Grundes bei einer Leistungsminderung wegen Arbeitsaufgabe. Dies gilt auch wenn aktuell tatsächlich keine Leistungsminderungen umgesetzt werden. Bei Kündigungen innerhalb der Probezeit ist daher auch bei der Prüfung der Verbleibeberechtigung der Grund für die Kündigung zu ermitteln, sofern er sich nicht aus der Kündigung ergibt.

Haben EU-Bürger*innen auf Grund ihrer Tätigkeit einen ALG I – Anspruch erworben (in der Regel 12 Monate Tätigkeit innerhalb der letzten 30 Monate) und werden aufstockend Leistungen beantragt, hat die Bundesagentur für Arbeit eine Bestätigung zu erstellen, dass der Arbeitsplatzverlust unfreiwillig erfolgte. Die Bestätigung ist in der Regel der ALG I – Bescheid, aus dem hervorgeht, dass die betroffene Person keine Sperrzeit wegen Arbeitsaufgabe erhalten hat. Eine siebentägige Sperrzeit wegen verspäteter Arbeitssuchend-Meldung ist hierfür in der Regel unbeachtlich.

Für den Fall, dass kein ALG I - Anspruch besteht, trifft das Jobcenter die entsprechende Entscheidung.

Bei den Selbständigen muss die Aufgabe der Selbständigkeit in Folge von Umständen erfolgen, auf die der*die Selbständige keinen Einfluss hatte. Dies ist in der Regel der Fall, wenn die Selbständigkeit dauerhaft wirtschaftlich nicht tragbar war. Hier hat die selbständige Person nachzuweisen, dass sie ernsthaft und mühevoll versucht hat, die wirtschaftliche Situation zu verbessern und somit die Betriebsaufgabe zu vermeiden. Nachweise in diesem Sinne sind zum Beispiel die umfassende Dokumentation über Akquise-Tätigkeiten, geschaltete Werbeanzeigen, übermittelte Angebote an potentielle Kunden*innen usw. Die bloße Behauptung, dass die selbständige Tätigkeit nicht wirtschaftlich tragfähig war, reicht nicht aus. Es sind genauso hohe Anforderungen an die unverschuldete Arbeitslosigkeit zu stellen wie bei Arbeitnehmern*innen.

3.1.3 zeitliche Grenze der Fortgeltung des Arbeitnehmerstatus

Der Arbeitnehmerstatus bleibt nicht in jedem Fall für einen unbegrenzten Zeitraum aufrechterhalten.

Sollte die Tätigkeit nach **Beschäftigungszeiten von unter einem Jahr** beendet werden, besteht die Verbleibeberechtigung und somit auch der Anspruch auf Leistungen nach dem SGB II **für sechs Monate** ab dem Zeitpunkt der Beendigung der Tätigkeit (§ 2 Abs. 3 Satz 2 FreizügG/EU).

Sollte die Tätigkeit nach **Beschäftigungszeiten von einem Jahr oder länger** beendet werden (=Jahresfrist), besteht die Verbleibeberechtigung und der Anspruch auf Leistungen nach dem SGB II grundsätzlich unbefristet (§ 2 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 FreizügG/EU).

Für einen zeitlich grundsätzlich unbefristeten Erhalt des Arbeitnehmer-/Selbständigenstatus ist in der Regel eine durchgängige Beschäftigung/selbständige Tätigkeit von mindestens zwölf Monaten Voraussetzung. Hierbei können sich Zeiten mehrerer Beschäftigungen (auch in Kombination selbständig/unselbständig) aneinanderreihen. Sollte es bei mehreren ausgeübten Tätigkeiten, die zusammen über ein Jahr andauern, zu kurzen Unterbrechungen gekommen sein¹⁵, so ist Rücksprache über den Einzelfall mit JBC.22 zu nehmen.

¹⁵ BSG B 4 AS 17/16 R vom 13.07.2017

3.1.4 kein Verlust der Verbleibeberechtigung

Mit Verlust des Status „arbeitslos“ endet die Verbleibeberechtigung gem. § 2 Abs. 3 FreizügG/EU.¹⁶

Daher endet die Verbleibeberechtigung grundsätzlich mit der Aufnahme einer neuen Beschäftigung. Die Person ist in diesem Fall bereits nach § 2 Abs. 2 Nr. 1 FreizügG/EU Arbeitnehmer*in oder nach § 2 Abs. 2 Nr. 2 FreizügG/EU selbständig und mithin freizügigkeitsberechtigt. Nach dem Ende der jeweiligen Beschäftigung erfolgt eine erneute Prüfung der Verbleibeberechtigung.

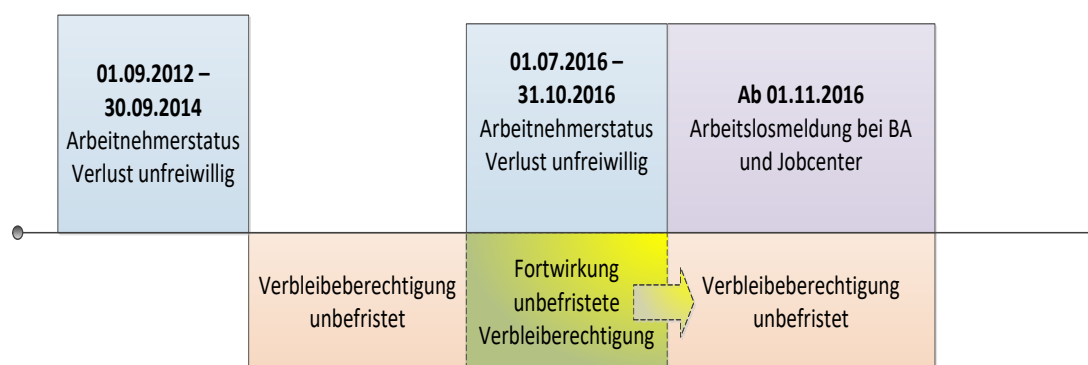
Lag jedoch aufgrund einer vorherigen Beschäftigung eine unbefristete Verbleibeberechtigung bis zur Aufnahme einer erneuten Tätigkeit vor und tritt innerhalb von zwölf Monaten wiederum unverschuldet Arbeitslosigkeit ein, lebt der alte Status als dauerhaft verbleibeberechtigte Person wieder auf. Der*die EU-Bürger*in kann hier nicht schlechter gestellt werden, als wenn er*sie durchgängig arbeitslos gewesen wäre.

Beispiel:

B aus Belgien weist folgende Beschäftigungszeiten auf:

01.09.2012 – 30.09.2014 – Beschäftigung als LKW-Fahrer, Verlust der Beschäftigung unfreiwillig.

01.07.2016 – 31.10.2016 – Beschäftigung als LKW-Fahrer, Verlust der Beschäftigung unfreiwillig.



B hat durch die Tätigkeit vom 01.09.2012 bis zum 30.09.2014 einen unbegrenzten Arbeitnehmerstatus erlangt. Dieser Arbeitnehmerstatus wirkt fort. Da B die Tätigkeit vom 01.07.2016 bis zum 31.10.2016 unfreiwillig verloren hat, bleibt es bei der Fortwirkung der unbegrenzten Verbleibeberechtigung.

Ein unbefristetes Verbleiberecht wirkt jedoch nicht nach, wenn die Folge-Tätigkeit freiwillig verloren wurde.

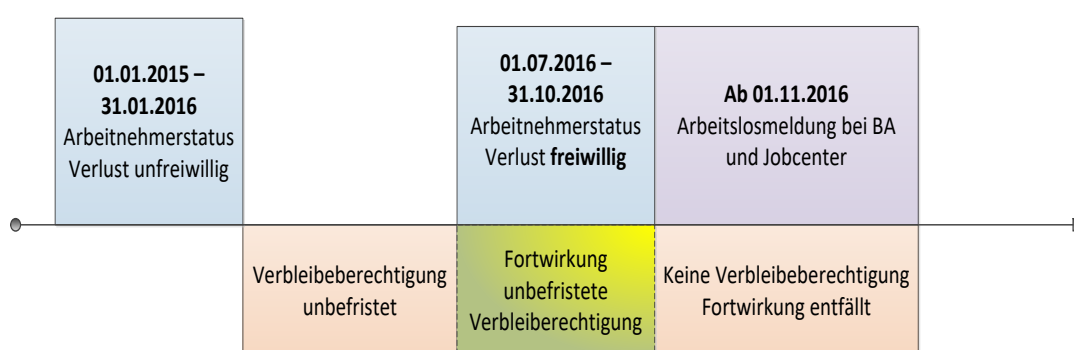
Beispiel:

L aus Litauen weist folgende Beschäftigungszeiten auf:

01.01.2015 bis zum 31.01.2016 – Beschäftigung als Reiseverkehrskauffrau – Verlust unfreiwillig.

01.07.2016 bis 31.10.2016 – Beschäftigung als Reiseverkehrskauffrau – Verlust freiwillig, verhaltensbedingte Kündigung.

¹⁶ LSG Berlin-Brandenburg L 29 AS 2344/15 B ER vom 28.10.2015



L hat kein Verbleiberecht. Sie hat die Tätigkeit vom 01.07.2016 bis zum 31.10.2016 freiwillig verloren. Das zuvor erworbene unbefristete Verbleiberecht wirkt nicht fort, weil die Verbleibeberechtigung entfallen ist und es mithin zu keiner Fortwirkung kommen kann.

Des Weiteren führen folgende Fälle zum Verlust der Verbleibeberechtigung:

Eine ungenehmigte Abwesenheit während der Arbeitslosigkeit führt zum Verlust der Verbleibeberechtigung, da die Person in diesem Fall nicht durchgängig arbeitslos gemeldet bzw. verfügbar ist.

- Eine Verbleibeberechtigung erlischt ebenso, wenn ein Leistungsminderungstatbestand gem. § 31 Abs. 1 oder § 32 SGB II erfüllt ist, weil z.B. die im Kooperationsplan vereinbarten Bewerbungsbemühungen werden ohne wichtigen Grund nicht unternommen und es erfolgt eine Aufforderung nach §15 Abs. 5 SGB II auf die ebenfalls keine Nachweise erfolgen
- Einer Einladung zum Integrationsgespräch mit Rechtsfolgenbelehrung wird ohne wichtigen Grund nicht gefolgt
- eine zumutbare Maßnahme wie eine Arbeitsgelegenheit, eine Maßnahme gem. § 45 SGB III oder eine Weiterbildungsmaßnahme gem. §§ 81 ff. SGB III nicht angetreten oder ohne wichtigen Grund abgebrochen wird.

Ob eine Leistungsminderung nach den Regeln des SGB II tatsächlich verhängt wird oder darauf (z.B. wegen nachgeholter Mitwirkung oder Vorliegen einer besonderen Härte) verzichtet wird, ist irrelevant. Es kommt ausschließlich auf das Erfüllen der zumutbaren Eigenbemühungen an.

Des Weiteren führt u.a. das Vorliegen folgender weiterer Tatbestände zum Verlust der Verbleibeberechtigung:

- Inhaftierung
- Wegzug aus Deutschland
- dauerhaft fehlende Erwerbsfähigkeit

Weitere Ausnahmen sind möglich.

3.2 Aufrechterhaltung des Arbeitnehmerstatus durch vorübergehende Erwerbsminderung

Das Freizügigkeitsrecht aufgrund des Arbeitnehmerstatus bzw. der Selbständigkeit bleibt gem. § 2 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 FreizügG/EU erhalten bei vorübergehender Erwerbsminderung infolge Krankheit oder Unfall. Maßgeblich ist, dass die Erwerbsminderung vorübergehend ist. Nach der Allgemeinen Verwaltungsvorschrift

zum FreizügG/EU¹⁷ ist eine Erwerbsminderung als vorübergehend anzusehen, wenn aufgrund einer ärztlichen Prognose mit der Wiederherstellung der Arbeitsfähigkeit – ggf. auch nur eingeschränkt - gerechnet werden kann. Zweifel an der Wiederherstellung begründen den Wegfall des Rechts nicht. In diesen Fällen ist in der Regel durch die Integrationsfachkräfte ein ärztliches Gutachten zu veranlassen. Sollte die Erwerbsfähigkeit für voraussichtlich länger als sechs Monate nicht wiederhergestellt sein, ist der SGB XII – Träger zuständig, soweit keine weitere erwerbsfähige Person Mitglied der Bedarfsgemeinschaft ist.

Beispiel

Der griechische Staatsangehörige G findet nach zweiwöchiger Arbeitsuche in Deutschland einen Arbeitsplatz. Er verdient 650 EUR netto. Der Lohn reicht nicht, um seinen Lebensunterhalt zu decken. Nach vierwöchiger Arbeit wird er arbeitsunfähig krank; ihm wird mit einer Frist von 2 Wochen in der Probezeit gekündigt.

Während der ersten beiden Wochen erhält er aufgrund des Ausschlusses aus § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2b SGB II keine Leistungen nach dem SGB II, da er sich zum Zweck der Arbeitsuche in Deutschland aufhält.

Danach kann er ergänzend Arbeitslosengeld II beziehen, da er Arbeitnehmer ist. Während der Dauer der Krankheit bleibt er weiterhin leistungsberechtigt, da ihm der Arbeitnehmerstatus erhalten bleibt. Nach der Kündigung ist er weiter leistungsberechtigt nach dem SGB II, aber längstens für sechs Monate (vgl. § 2 Abs. 3 Satz 2 FreizügG/EU).

3.3 Aufrechterhaltung des Arbeitnehmerstatus durch Aufnahme einer Berufsausbildung

Wenn EU-Bürger*innen eine Berufsausbildung beginnen, die im Zusammenhang mit einer früheren Erwerbstätigkeit steht, behalten sie das Freizügigkeitsrecht gem. § 2 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 FreizügG/EU. Der Zusammenhang ist allerdings entbehrlich, wenn die Unionsbürger*innen unfreiwillig arbeitslos geworden sind. Hier ist jedoch der Leistungsausschluss gem. § 7 Abs. 5 SGB II zu prüfen.

3.4 Aufrechterhaltung des Arbeitnehmerstatus bei Elternzeit

Wenn EU-Bürger*innen von ihrem Recht auf Elternzeit gem. BEEG Gebrauch machen, ruht zwar das Arbeitsverhältnis, der Arbeitnehmerstatus im Sinne des Freizügigkeitsrechtes bleibt aber erhalten. In diesen Fällen kommt es also ausnahmsweise nicht darauf an, dass die Tätigkeit tatsächlich ausgeübt wird. Dies gilt aber nur solange das Arbeitsverhältnis fortbesteht.¹⁸

4. Familienangehörige

Auch Familienangehörige von EU-Bürgern*innen können einen Anspruch auf Leistungen nach dem SGB II schon während der ersten drei Monate ihres Aufenthalts haben. Voraussetzung dafür ist, dass sie ihr Recht auf Aufenthalt gem. § 3 Abs. 1 FreizügG/EU Recht von einem*r EU-Bürger*in ableiten.

Dieser*e EU-Bürger*in muss entweder Arbeitnehmer*in, Selbständiger*e oder Verbleibeberechtigter*e gem. § 2 Abs. 3 FreizügG/EU oder Daueraufenthaltsberechtigter*e sein. Ehegatten*innen, Partner*innen in

¹⁷ AVV zum FreizügG/EU Ziffer 2.3.1.1. zu § 2 FreizügG/EU

¹⁸ BSG Urteil B 7/14 AS 91/20 R

eingetragenen Lebenspartnerschaften und Kinder **von** EU-Bürgern*innen oder dessen*deren europäischen Ehegatten*innen oder eingetragenen Lebenspartnern*innen, die in Deutschland den Arbeitnehmerstatus haben, sind ebenfalls Leistungsberechtigte nach dem SGB II.

4.1 Ehegatten*innen und Partner*innen in eingetragenen Lebenspartnerschaften

Das abgeleitete, leistungsbegründende Freizügigkeitsrecht gilt gem. § 1 Abs. 2 Nr. 3 a und b FreizügG/EU für Ehegatten*innen bzw. Partner*innen in Lebenspartnerschaften.

Als Lebenspartner*innen gelten gem. § 1 Abs. 2 Nr. 2 FreizügG/EU

- Lebenspartner*innen im Sinne des Lebenspartnerschaftsgesetzes sowie
- Personen, die auf der Grundlage der Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaates der Europäischen Union oder eines EWR-Staates eine eingetragene Partnerschaft eingegangen sind.

Die Lebenspartnerschaft muss somit nicht in Deutschland eingegangen worden sein. Auch die Eheschließung muss, sofern sie in einem EU-Staat stattfand, zur Ausübung des Freizügigkeitsrechts nicht in Deutschland anerkannt werden.

Dieses abgeleitete Freizügigkeitsrecht besteht bis zur rechtskräftigen Scheidung bzw. bis zur Aufhebung der eingetragenen Lebenspartnerschaft. Das bedeutet, dass auch der*die Ehegatte*in bzw. der*die Lebenspartner*in, der*die getrennt lebt, aber nicht geschieden ist, das Freizügigkeitsrecht behält.

Das abgeleitete Aufenthaltsrecht besteht unabhängig davon, ob:

- die Familienangehörigen sich bereits in Deutschland aufhalten,
- die Familienangehörigen zwecks Begleitung oder Nachzug erstmals nach Deutschland einreisen,
- die Ehe oder Lebenspartnerschaft erst nach dem Zuzug des*der EU-Bürgers*in begründet worden ist, oder ob sich der*die Familienangehörige vor Schließung der Ehe oder Lebenspartnerschaft unrechtmäßig in Deutschland aufgehalten hat.

Verantwortungs- und Einstehensgemeinschaften im Sinne des § 7 Abs. 3 Nr. 3c SGB II können hingegen nicht den Status als Familienangehörige begründen. Ggfs. handelt es sich bei diesen um sog. nahestehende Personen (siehe hierzu Punkt [A.V.5](#)).

4.2 Kinder

Des Weiteren gehören gem. § 1 Abs. 2 Nr. 3c, 1. Alternative FreizügG/EU Kinder des*r EU-Bürgers*in oder dessen*deren Ehegatten*in bzw. eingetragenen*r Lebenspartners*in zu den leistungsberechtigten Familienangehörigen, soweit sie noch nicht 21 Jahre alt sind.

4.3 Besonderheiten bei Familienangehörigen aus Drittstaaten

Das abgeleitete Freizügigkeitsrecht gilt nicht nur für Familienangehörige aus den Mitgliedsstaaten der EU, sondern auch für Familienangehörige aus Drittstaaten (d.h. Staaten, die nicht zur EU gehören).

Einschränkende Voraussetzungen des AufenthG zum Familiennachzug, wie zum Beispiel das Erfordernis von Sprachkenntnissen oder die Sicherung des Lebensunterhalts, finden keine Anwendung; es sei denn, das AufenthG enthält im Ergebnis günstigere Regelungen als das Freizügigkeitsgesetz.

Sie bedürfen jedoch ggf. gem. § 2 Abs. 4 Satz 2 FreizügG/EU zur Einreise eines Visums. Das Visum sollte ein Etikett im Auflagenfeld mit folgendem Inhalt enthalten: „Familienangehöriger eines Unionsbürgers/EWR-Bürgers“. Die Visumpflicht gilt allerdings nur für bestimmte Länder, eine Staatenliste zur Visumpflicht ist auf der [Internetseite des Auswärtigen Amtes](#) veröffentlicht.

Drittstaatsangehörige (auch von der Visumpflicht befreite Drittstaatsangehörige) erhalten innerhalb von sechs Monaten, nachdem sie die erforderlichen Angaben gemacht haben, von der Ausländerbehörde von Amts wegen eine **Aufenthaltskarte** für Familienangehörige von Unionsbürgern ausgestellt. Diese soll fünf Jahre gültig sein. Eine Bescheinigung darüber, dass die erforderlichen Angaben gemacht worden sind, erhalten die Familienangehörigen unverzüglich. Die Aufenthaltskarte hat allerdings nur deklaratorischen Charakter, d.h. das Freizügigkeitsrecht als Familienangehöriger*in besteht unabhängig von der Ausstellung der Aufenthaltskarte. Drittstaatsangehörige haben gem. § 5 Abs. 1 FreizügG/EU einen Anspruch auf diese Bescheinigung. Die Bescheinigung sollte angefordert werden, wenn die Familienverhältnisse unklar sind.

Beispiel

Der italienische Staatsangehörige I kommt mit seiner aus Armenien stammenden Frau A nach Deutschland. Nach vier Wochen nimmt er eine Arbeit als Kraftfahrer auf. Diese deckt den Lebensunterhalt von ihm und seiner Frau nicht ganz ab. Deshalb beantragt er Leistungen nach dem SGB II.

I ist während der ersten vier Wochen seines Aufenthalts gem. § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2b SGB II von Leistungen nach dem SGB II ausgeschlossen, denn er hält sich nur zur Arbeitssuche in Deutschland auf. Ab Beginn seiner Tätigkeit hat er einen Anspruch auf Leistungen nach dem SGB II aufgrund seines Arbeitnehmerstatus. Seine Frau A hat ebenfalls einen Anspruch auf Leistungen nach dem SGB II ab der Arbeitsaufnahme des I, weil sie als seine Ehefrau Familienangehörige eines arbeitnehmenden EU-Bürgers ist. Auf ihre Sprachkenntnisse oder ihre Existenzsicherung kommt es nicht an. Allerdings braucht A zur Einreise ein Visum. Der Status als Familienangehörige eines EU-Bürgers sollte durch die Anmerkung „Familienangehörige eines EU-Bürgers/EWR-Bürgers“ im Auflagenfeld des Visumetiketts kenntlich gemacht worden sein.

4.4 Elternteile und minderjährige Geschwister von minderjährigen, freizügigkeitsberechtigten Unionsbürgern*innen – Status als Familienangehöriger*in aufgrund von Art. 18 AEUV i.V.m. § 28 AufenthG analog

Auch Elternteile von minderjährigen und freizügigkeitsberechtigten Kindern können sich auf den Status als Familienangehörige berufen. Dies ist der Fall, wenn der Elternteil einen Anspruch auf eine Aufenthaltserlaubnis aus Art. 18 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) i.V.m. § 28 AufenthG analog hat.

Beispiel:

M und V sind nicht verheiratet und haben beide die finnische Staatsangehörigkeit. Sie haben ein gemeinsames Kind K, das fünf Jahre alt ist. M und V leben getrennt. Das Kind lebt bei der M und hat ebenfalls die finnische Staatsangehörigkeit. Der Vater V arbeitet in einem Möbelhaus und verdient 900 Euro brutto. V nimmt das Umgangsrecht mit K regelmäßig wahr.

Da der Vater V einer Erwerbstätigkeit nachgeht, kann er sich auf ein Freizügigkeitsrecht als Arbeitnehmer berufen. Das Kind K ist Familienangehöriger eines Arbeitnehmers. Vater und Kind sind freizügigkeitsberechtigt und mithin anspruchsberechtigt nach dem SGB II.

Die Mutter M kann sich allerdings nicht auf ein Freizügigkeitsrecht als Familienangehörige gem. § 3 FreizügG/EU berufen. Gem. § 1 Abs. 2 Nr. 3 a bis c FreizügG/EU i.V.m. § 1 Abs. 2 Nr. 2 FreizügG/EU greift das Recht als Familienangehöriger*e zum einen nur für Ehegatten*innen oder eingetragene Lebenspartner*innen, zum anderen besteht das Recht nur in absteigender Linie.

Da aber das Kind der Mutter freizügigkeitsberechtigt ist, folgt hieraus nach Art. 18 AEUV ein Recht auf Gleichbehandlung mit einem Deutschen für das Kind. Die Mutter eines deutschen Kindes hätte Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 28 AufenthG. Daher ist in diesem Beispiel § 28 AufenthG analog anzuwenden. Die Mutter M hat somit ebenfalls einen Anspruch auf Leistungen nach dem SGB II.

Es ist in dieser Konstellation nicht erforderlich, dass die Mutter eine Aufenthaltserlaubnis bei der Ausländerbehörde tatsächlich beantragt bzw. beim Jobcenter vorlegt. Das Recht auf eine analoge Anwendung des § 28 AufenthG besteht allerdings nur solange, bis das Kind volljährig geworden ist und der Vater weiterhin über den Arbeitnehmerstatus, eine Verbleibeberechtigung oder ein Daueraufenthaltsrecht verfügt.

Sollte der Elternteil in der vorgenannten Konstellation weitere Kinder haben und sollte für diese Kinder ebenfalls ein Leistungsantrag gestellt werden, wird zumindest für minderjährige Geschwisterkinder ebenfalls ein Anspruch auf einen zu Leistungen berechtigenden Titel bestehen. Sind die Geschwister aber bereits volljährig, ist es zwingend erforderlich, dass für diese weiteren Kinder ein Aufenthaltstitel beantragt wird.

Beispiel:

Im vorgenannten Fall hat die Mutter M noch zwei weitere minderjährige Kinder. Diese Kinder haben ebenfalls die finnische Staatsangehörigkeit. Der Vater dieser Kinder ist aber nicht L. Der Vater ist unbekannt.

Die beiden weiteren Kinder erfüllen zumindest bis zum Erreichen der Volljährigkeit die Voraussetzungen für einen Titel sowie den SGB II-Leistungsanspruch.

4.5 Wegfall des Status als Familienangehöriger*e

Verliert der*die Ehegatte*in, der*die Lebenspartner*in, der Elternteil oder das Kind, von dem*der der Status als Familienangehöriger*e abgeleitet wird, das Freizügigkeitsrecht und mithin den Anspruch auf Leistungen nach dem SGB II, so verlieren die Familienangehörigen ebenfalls das Freizügigkeitsrecht und damit ihren Anspruch auf Leistungen nach dem SGB II.

Das gilt grds. auch, wenn der Status als Arbeitnehmer*in, Selbständiger*e, Daueraufenthaltsberechtigter*e oder Verbleibeberechtigter*e aufgrund eines Wegzuges ins Ausland, wegen Todes oder Scheidung verloren geht (Ausnahmen hierzu siehe A.V.4.6 f.).

Beispiel:

Der griechische Staatsangehörige G arbeitet in Vollzeit als Arbeitnehmer in einem griechischen Imbiss. Er hat eine griechische Ehefrau sowie zwei Kinder (1 und 3 Jahre alt). Diese Tätigkeit gibt er auf, ohne dass er einen wichtigen Grund für die Aufgabe der Tätigkeit hat.

Vor Aufgabe der Tätigkeit hatte G sowie seine Familie einen Anspruch auf ergänzende Leistungen nach dem SGB II. Nach Aufgabe der Tätigkeit verliert er seinen Status als Arbeitnehmer. Er ist zudem nicht verbleibeberechtigt gem. § 2 Abs. 3 FreizügG/EU, da er die Arbeit nicht unfreiwillig aufgegeben hat. Mithin verliert er seinen Anspruch auf Leistungen nach dem SGB II. Seine Familie verliert ebenfalls ihren Anspruch auf Leistungen nach dem SGB II, da die Person, von der sie ihren Status als Familienangehörige ableiten, ihr Freizügigkeitsrecht als Arbeitnehmer verloren hat und auch keine Verbleibeberechtigung vorliegt.

4.6 Sonderfälle der Aufrechterhaltung des Status als Familienangehöriger*e

Grundsätzlich verlieren die Familienangehörigen ihr leistungsberechtigendes Freizügigkeitsrecht, wenn die Person (=„Stammberechtigter*e“), von der sie ihr Recht als Familienangehöriger*e ableiten, wegzieht, stirbt oder sie sich von ihnen scheiden lässt. Damit verlieren sie grundsätzlich ihren Anspruch auf Leistungen nach dem SGB II.

EU-Bürger*innen verlieren den Anspruch auf Leistungen trotz Verlustes des Status als Familienangehörige jedoch nicht, wenn sie ein Recht auf Aufenthalt aus einem „eigenen“ Freizügigkeitsrecht geltend machen können.

Beispiel:

U mit ungarischer Staatsangehörigkeit arbeitet gegen ein Brutto-Entgelt von 900 Euro bei einer Supermarktkette. Sie hat eine 19-Jährige Tochter, die im dualen System eine Ausbildung zur Verkaufskauffrau macht und dafür eine Ausbildungsvergütung in Höhe von 600 Euro erhält. U verliert ihre Beschäftigung, weil sie Zeitschriften gestohlen hat.

U hat ihren Status als Arbeitnehmerin und mithin ihren Anspruch auf Leistungen nach dem SGB II verloren. Die Tochter hat dadurch ihren Status als freizügigkeitsberechtigte und leistungsberechtigte Familienangehörige verloren. Da die Tochter aber selbst durch die Ausbildung den Status als Arbeitnehmerin innehat, verliert sie ihren Anspruch auf Leistungen nach dem SGB II nicht. U kann von ihrer Tochter jedoch keinen Status als Familienangehörige ableiten (§ 1 Abs. 2 Nr. 3 FreizügG/EU).

Drittstaatsangehörige „benötigen“ hingegen einen*e EU-Bürger*in („Stammberechtigten*e“), um sich auf das Freizügigkeitsgesetz berufen zu können. Sie können sich lediglich auf das Recht als Familienangehörige berufen. Einen „eigenen“ Arbeitnehmerstatus i.S.d. § 2 Abs. 2 Nr. 1 FreizügG/EU können sie nicht erlangen.

Um entstehende unbillige Härten abzufangen, gibt es Sonderregelungen für Drittstaatsangehörige, nach denen der Status als Familienangehörige trotz Wegfalles des Freizügigkeitsrechtes des*der Stammberechtigten aufrechterhalten bleibt:

4.6.1 Hinterbliebene aus Drittstaaten

Drittstaatsangehörige eines*r verstorbenen EU-Bürgers*in behalten gem. § 3 Abs. 2 FreizügG/EU ihr Freizügigkeitsrecht nur, wenn:

- ein rechtmäßiger Voraufenthalt von einem Jahr als Familienangehöriger*e vorliegt und
- sie selbst Arbeitnehmer*in oder selbständig sind.

Die Regelung über das Verbleiberecht gem. § 2 Abs. 3 FreizügG findet keine Anwendung auf Drittstaatsangehörige, wenn der*die EU-Bürger*in verstirbt.

An die von einer drittstaatsangehörigen Person ausgeübten Tätigkeiten in diesen Konstellationen sind dieselben Ansprüche zu stellen wie an die Tätigkeiten, die bei europäischen Staatsangehörigen zu einem Arbeitnehmerstatus führen. Auch diese dürfen nicht völlig untergeordnet und unwesentlich sein und müssen die sonstigen Voraussetzungen aus dem Kapitel A. V. 1. erfüllen.

4.6.2 Drittstaatsangehörige bei Scheidung

Drittstaatsangehörige Ehepartner*innen und Lebenspartner*innen behalten gem. § 3 Abs. 4 FreizügG/EU bei einer Scheidung ein Freizügigkeitsrecht und somit auch eine Leistungsberechtigung nach dem SGB II, wenn

- sie selbst Arbeitnehmer*innen oder selbständig sind

und entweder:

- die Ehe oder Lebenspartnerschaft bis zur Einleitung des gerichtlichen Scheidungs- oder Aufhebungsverfahrens mindestens drei Jahre bestanden hat, davon mindestens ein Jahr im Bundesgebiet oder
- ihnen durch Vereinbarung der Ehegatten*innen oder Lebenspartner*innen oder durch gerichtliche Entscheidung die elterliche Sorge für die Kinder des*der Unionsbürgers*in übertragen wurde oder
- es zur Vermeidung einer besonderen Härte erforderlich ist, insbesondere, weil dem*der Ehegatten*in oder dem*der Lebenspartner*in wegen der Beeinträchtigung seiner*ihrer schutzwürdigen Belange ein Festhalten an der Ehe oder Lebenspartnerschaft nicht zugemutet werden konnte, oder
- ihnen durch Vereinbarung der Ehegatten*innen oder Lebenspartner*innen oder durch gerichtliche Entscheidung das Recht zum persönlichen Umgang mit dem minderjährigen Kind nur im Bundesgebiet eingeräumt wurde.

Die Regelung über das Verbleiberecht gem. § 2 Abs. 3 FreizügG/EU findet keine Anwendung auf Drittstaatsangehörige bei Scheidung.

An die von einer drittstaatsangehörigen Person ausgeübten Tätigkeiten in diesen Konstellationen sind dieselben Ansprüche zu stellen wie an die Tätigkeiten, die bei europäischen Staatsangehörigen zu einem Arbeitnehmerstatus führen. Auch diese dürfen nicht völlig untergeordnet und unwesentlich sein.

4.7 Aufenthaltsrecht von Kindern in der Ausbildung und deren Elternteil bei Wegzug oder Tod des*der EU-Bürgers*in, der*die freizügigkeitsberechtigt ist

Der Status als Familienangehöriger kann auch aufrechterhalten bleiben, wenn der*die Stammberechtigte stirbt oder wegzieht und sich die Kinder in Ausbildung befinden (§ 3 Abs. 3 FreizügG/EU). Dieses Recht steht den Kindern sowie dem Elternteil zu, welcher zurückbleibt und die elterliche Sorge tatsächlich ausübt. Dieses Recht gilt für EU-Bürger*innen und Drittstaatsangehörige gleichermaßen.

Folgende Voraussetzungen müssen kumulativ vorliegen:

- Der*Die stamm berechnigte EU-Bürger*in war unmittelbar bis zu seinem*ihren Tod bzw. Wegzug entweder Arbeitnehmer*in, Selbständiger*e oder Verbleibeberechnigter*e,
- das Kind hat zum Zeitpunkt des Todes bzw. des Wegzuges das 21. Lebensjahr noch nicht vollendet,
- das Kind absolviert eine Ausbildung (der Begriff „Ausbildung“ wird hier weit ausgelegt, schulische Ausbildungen wie der Besuch der Grundschule bis zum Abitur werden umfasst, ein Studium zählt hingegen nicht dazu) und
- der hinterbliebene Elternteil übt die elterliche Sorge für das Kind während seiner Ausbildung tatsächlich aus.

Das Aufenthaltsrecht des Elternteils, der die elterliche Sorge für ein Kind eines*r weggezogenen oder verstorbenen Arbeitnehmers*in, Selbständigen oder Verbleibeberechnigten tatsächlich wahrnimmt, während das Kind eine Ausbildung im Aufnahmemitgliedstaat absolviert, endet im Regelfall mit dem Eintritt der Volljährigkeit dieses Kindes. In Einzelfällen kann das Aufenthaltsrecht des Elternteils auch über die Volljährigkeit des Kindes hinaus fortgelten, sofern das Kind weiterhin der Anwesenheit und der Fürsorge seines Elternteils bedarf, um seine Ausbildung fortsetzen und abschließen zu können.¹⁹ Das Aufenthaltsrecht des Elternteils kann vor dem Eintritt der Volljährigkeit des Kindes enden, wenn das Kind die Ausbildung vorher abschließt oder abbricht.

Beispiel

Der bulgarische Staatsangehörige B betreibt in Wuppertal seit drei Jahren ein Restaurant. Er lebt seit drei Jahren in Wuppertal. Er hat eine Ehefrau und eine 17-jährige Tochter, die das Gymnasium besucht (beide ebenfalls bulgarische Staatsangehörige). Er geht zurück nach Bulgarien. Seine Ehefrau und die Tochter bleiben in Wuppertal zurück und stellen einen Antrag auf Leistungen nach dem SGB II.

Die Ehefrau und ihre Tochter würden ihr Recht als Familienangehörige nach dem Wegzug des B gem. § 3 Abs. 1 FreizügG/EU verlieren. Das Recht als Familienangehörige ist ein abgeleitetes Recht. Mit dem Wegzug ihres Ehemanns gibt es keine Person mehr, von der sie ihr Recht als Familienangehörige ableiten können. Allerdings befindet sich die 17-jährige Tochter noch in der Schulausbildung. Deshalb ermöglicht ihnen § 3 Abs. 3 FreizügG/EU, dass die Tochter bis zum Abschluss oder Abbruch der Schulausbildung ihr Freizügigkeitsrecht als Familienangehörige behält.

Für die Mutter besteht dieses Recht ebenfalls bis zum Abschluss oder Abbruch der Ausbildung der Tochter. Es endet jedoch spätestens bei Volljährigkeit der Tochter, ggf. also auch früher als das Ausbildungsende.

Solange besteht ein Anspruch für beide auf Leistungen nach dem SGB II.

4.8 „Recht auf Bildung“ - Artikel 10 der [Verordnung \(EU\) Nr. 492/2011](#) i.V.m. [Verordnung \(EU\) 2016/589](#)

Kinder einer europäischen ausländischen Person haben ein Aufenthaltsrecht, wenn der europäische Elternteil zuvor in Deutschland gearbeitet hat und die Kinder zu dieser Zeit die Schule besuchen oder eine Berufsausbildung absolvieren. Diese Kinder sollen unter den gleichen Bedingungen am allgemeinen Unterricht

¹⁹ EuGH-Urteile C-310/08 (Ibrahim) und C-480/08 (Teixeira)

oder an Berufsausbildungen teilnehmen können wie Deutsche. Das Aufenthaltsrecht gilt auch für die Eltern, solange die Kinder die Bildungseinrichtung tatsächlich besuchen und sie die elterliche Sorge ausüben.

Damit haben Kinder und deren Eltern auch dann ein Aufenthaltsrecht, wenn die Eltern die Arbeit zwar verschuldet verloren haben oder keine Verbleibeberechtigten mehr sind, die Kinder weiterhin aber die Schule/Ausbildung besuchen. Es handelt sich somit um ein noch umfassenderes „Recht auf Bildung“ als das des Tatbestandes des § 3 Abs. 3 FreizügG/EU, bei dem der*die EU-Bürger*in, von dem*der das Freizügigkeitsrecht zuvor abgeleitet wurde, unmittelbar bis zu seinem*ihrem Tod oder Wegzug den Arbeitnehmerstatus oder eine Verbleibeberechtigung nach § 2 Abs. 3 FreizügG/EU innegehabt haben muss.

Beispiel

S hat die slowenische Staatsangehörigkeit. Sie hat ein Kind im Alter von 8 Jahren. S hat 10 Monate in Deutschland gearbeitet und das Arbeitsverhältnis aufgrund einer Befristung verloren. Das Ende dieses Arbeitsverhältnisses liegt mehr als ein Jahr zurück.

Weder S noch ihr Kind haben ein Freizügigkeitsrecht nach dem FreizügG/EU. S war für sechs Monate ab Beendigung der Tätigkeit Verbleiberechtigte im Sinne von § 2 Abs. 3 Satz 2 FreizügG/EU. Das Kind von S war während dieses Zeitraumes Familienangehöriger im Sinne von § 3 FreizügG/EU. Nach Ablauf der sechs Monate bestand jedoch kein zu Leistungen nach dem SGB II berechtigendes Freizügigkeitsrecht mehr. Jedoch haben S und ihr Kind ein Aufenthaltsrecht aus Artikel 10 der [Verordnung \(EU\) Nr. 492/2011](#) i.V.m. [Verordnung \(EU\) 2016/589](#) („Recht auf Bildung“). Dieses Freizügigkeitsrecht besteht für das Kind bis zum Abschluss oder Abbruch der Ausbildung und für S für denselben Zeitraum, jedoch höchstens bis das Kind volljährig ist.

Für folgende Konstellation ist daher von einem Leistungsanspruch auszugehen (sofern die sonstigen Leistungsvoraussetzungen vorliegen):

Der*die Antragsteller*in

1. lebt mit einem eigenen
2. minderjährigen Kind
3. in einem Haushalt,
4. das derzeit die Schule besucht oder eine Berufsausbildung macht
5. und bereits die Schule besucht hat bzw. in Berufsausbildung war, als der*die Antragsteller*in oder der andere Elternteil über ein eigenes Freizügigkeitsrecht
6. als Arbeitnehmer*in verfügte.

1.

Es darf sich nicht lediglich um das Kind eines*r Lebensgefährten*in handeln.

2.

Das Kind darf das 18. Lebensjahr noch nicht vollendet haben. Das Kind muss keine europäische Staatsangehörigkeit besitzen, es kann sich auch um einen*e Drittstaatsangehörigen*e handeln. Die Minderjährigkeit ist nur für den Leistungsanspruch der Eltern relevant, das Kind selbst hat während der Ausbildung auch nach Erreichen der Volljährigkeit ein eigenes Aufenthaltsrecht.

3.

Der*die Antragsteller*in versorgt das Kind in einem gemeinsamen Haushalt.

4.

Die Schule wird von dem Kind tatsächlich besucht. Auf das Bestehen von Schulpflicht kommt es nicht an, wenn das Kind der Schule tatsächlich fernbleibt.

5.

Zu irgendeinem Zeitpunkt in der Vergangenheit müssen Freizügigkeitsrecht des Elternteils als Arbeitnehmer*in und Schulbesuch bzw. Berufsausbildung des Kindes zusammenfallen. Dabei kommt es nicht darauf an, ob die Arbeitnehmereigenschaft des Elternteils noch vorlag oder ob das Freizügigkeitsrecht nach § 2 Absatz 3 FreizügG/EU aufrechterhalten bleibt (vgl. A.V.3.). Es kommt auch nicht darauf an, welcher Elternteil über die Arbeitnehmereigenschaft verfügte. Es kann sich auch um den Elternteil handeln, mit dem das Kind nicht (mehr) zusammenlebt, i.d.R. muss ein Elternteil, aber seine elterliche Sorge zu einem Zeitpunkt während des Schulbesuches tatsächlich ausgeübt haben und gleichzeitig über die Arbeitnehmereigenschaft verfügt haben.

6.

Das Freizügigkeitsrecht als Selbständiger*e vermittelt kein Freizügigkeitsrecht nach Art. 10 der Verordnung (EU) Nr. 492/2011.

Liegen die Voraussetzungen vor, besteht bei Vorliegen der allgemeinen Anspruchsvoraussetzungen ein Leistungsanspruch sowohl für das Kind als auch für den*die Antragsteller*in. Dies gilt auch für

- weitere minderjährige Geschwisterkinder des Kindes, die kein eigenes Recht auf Bildung aus Art 10 der Verordnung (EU) Nr. 492/2011 haben (noch nicht oder nicht mehr) und in diesem Haushalt leben und
- mögliche neue Ehepartner*innen des erziehenden Elternteils des Kindes.

In allen Konstellationen, die von der hier beschriebenen idealen Fallgestaltung abweichen, soll über die Expertenfachkräfte Rücksprache mit JBC.22 gehalten werden.

Erreicht das Kind die Volljährigkeit, so endet das Aufenthaltsrecht aus Art. 10 der Verordnung (EU) Nr. 492/2011 i.V.m. Verordnung (EU) 2016/589 und somit auch der Leistungsanspruch für das nun volljährige Kind zwar nicht, solange es die Schule / Berufsausbildung besucht. Allerdings endet der Leistungsanspruch für die Eltern / den Elternteil i.d.R. bei Volljährigkeit des Kindes, da das Kind dann der Anwesenheit und der Fürsorge der Eltern / des Elternteils nicht mehr bedarf, um seine Ausbildung fortzusetzen und abzuschließen. Die Eltern, mögliche neue Ehepartner*innen des erziehenden Elternteils des Kindes und weitere Geschwisterkinder (ohne eigenes Recht aus Art. 10 der Verordnung (EU) Nr. 492/2011) benötigen für einen weiteren Leistungsbezug andere Aufenthalts- oder Freizügigkeitsrechte.

Für Personen, die bereits fünf Jahre in Deutschland leben, kann ein Daueraufenthaltsrecht bestehen (siehe A.V.6) oder es kann bei Vorliegen eines verfestigten Aufenthalts ein Leistungsanspruch nach dem SGB II gem. § 7 Abs. 1 Satz 4 und 5 SGB II bestehen (siehe A.V.6.7).

ACHTUNG: Für die 5 Jahre die zur Erlangung eines Daueraufenthaltsrecht erforderlich sind, zählen die Zeiten in denen NUR ein Recht auf Bildung besteht nicht!

5. nahestehende Personen

Zur Erfüllung der Verpflichtungen der BRD nach europäischem Recht und zur Vermeidung weiterer gegen die BRD gerichtete EU-Vertragsverletzungsverfahren wurde das FreizügG/EU zum 24.11.2020 geändert²⁰ und um Freizügigkeitsrechte von sogenannten nahestehenden Personen erweitert.

Diese Personen benötigen eine **Bezugsperson** mit einer Staatsangehörigkeit

- eines EU-Staates,
- eines EWR-Staates, der nicht der EU angehört, oder
- des Vereinigten Königreichs Großbritannien und Nordirland nach dessen Austritt aus der Europäischen Union, denen nach dem Austrittsabkommen Rechte zur Einreise und zum Aufenthalt in der BRD gewährt wurden.

Nahestehende Personen ähneln den Konstellationen der Familienangehörigen und sind dem Grunde nach leistungsberechtigt nach dem SGB II, sofern ihre Bezugsperson ein Freizügigkeitsrecht innehat, das zu Leistungen nach dem SGB II berechtigt. Es handelt sich bei einer nahestehenden Person eines*r Unionsbürgers*in, um eine Person, die selbst nicht freizügigkeitsberechtigt ist

- als Unionsbürger*in oder
- als Familienangehöriger*r im Sinne des § 3 FreizügG/EU

Der bedeutendste Unterschied zwischen Familienangehörigen und nahestehenden Personen liegt darin, dass das Recht als nahestehende Person nur auf Antrag entsteht und von der Ausländerbehörde verliehen wird (siehe hierzu A.V.[5.5](#)).

Die vom Gesetz vorgesehenen Konstellationen von nahestehenden Personen lassen sich in drei Fallgruppen unterteilen. Gem. § 1 Abs. 2 Nr. 4 FreizügG/EU sind nahestehende Personen einer Bezugsperson

- Verwandte der Bezugsperson und die Verwandten des*der Ehe- oder Lebenspartners*in der Bezugsperson, die nicht Familienangehörige der Bezugsperson im Sinne des § 1 Abs. 2 Nr. 3 FreizügG/EU sind,
- ledige, minderjährige Pflegekinder, die keine Familienangehörigen im Sinne des § 1 Abs. 2 Nr. 3c FreizügG/EU sind, sowie
- ein*e Lebensgefährte*in der Bezugsperson, wenn die Personen beide weder verheiratet noch Lebenspartner*innen einer Lebenspartnerschaft im Sinne des § 1 Abs. 2 Nr. 2 FreizügG/EU sind.

Für diese drei Gruppen gelten gem. § 3a FreizügG/EU unterschiedliche Voraussetzungen, die im Folgenden dargestellt werden.

5.1 Verwandte

Bei verwandten Personen wird Bezug genommen auf § 1589 BGB. Nahestehende Personen, die nicht in gerader Linie verwandt sind, aber von derselben dritten Person abstammen, sind in der Seitenlinie verwandt.

²⁰ [Gesetz zur aktuellen Anpassung des Freizügigkeitsgesetzes/EU und weiterer Vorschriften an das Unionsrecht](#)

Der Grad der Verwandtschaft oder der Schwägerschaft (die Zahl der sie vermittelnden Geburten) wird durch das FreizügG/EU nicht beschränkt. Demnach können z.B. Geschwister, Halbgeschwister, Onkel, Großtanten, aber auch verschwägte Personen nahestehende Verwandte sein. Der Begriff der nahestehenden Verwandten ist damit deutlich weitreichender als der Begriff der Familienangehörigen i.S.d. FreizügG/EU. Der Grad der Verwandtschaft oder der Schwägerschaft wird jedoch bei der Entscheidung über die Verleihung eines Rechts als nahestehende Person durch die Ausländerbehörde nach einer eingehenden Untersuchung der persönlichen Umstände berücksichtigt (§ 3a Abs. 2 FreizügG/EU).

Um als nahestehender*e Verwandter*e zu gelten, muss allerdings zusätzlich eine der drei folgenden Voraussetzungen vorliegen:

- a) Der*Die Unionsbürger*in gewährt dem*der nahestehenden Verwandten zum Zeitpunkt der erstmaligen Antragstellung (bei der Ausländerbehörde) seit mindestens zwei Jahren und nicht nur vorübergehend Unterhalt.
- b) Der*Die Unionsbürger*in hat mit dem*der nahestehenden Verwandten in dem Staat, in dem er*sie vor der Verlegung des Wohnsitzes in das Bundesgebiet gelebt hat oder lebt, in häuslicher Gemeinschaft gelebt und die häusliche Gemeinschaft zwischen dem*der Unionsbürger*in und dem*der nahestehenden Verwandten hat mindestens zwei Jahre bestanden oder
- c) Nicht nur vorübergehende schwerwiegende gesundheitliche Gründe machen zum Antragszeitpunkt (bei der Ausländerbehörde) die persönliche Pflege von dem*der nahestehenden Verwandten durch den*die Unionsbürger*in zwingend erforderlich.

5.2 Ledige, minderjährige Pflegekinder bei Vormundschaft oder Pflegekindverhältnis

Nicht leibliche Kinder können eine nahestehende Person ihrer Bezugsperson sein, wenn sie

- ledig sind,
- unter Vormundschaft von oder in einem Pflegekindverhältnis zu der Bezugsperson stehen,
- mit der Bezugsperson im Bundesgebiet für längere Zeit in familiärer Gemeinschaft zusammenleben werden **UND**
- von der Bezugsperson abhängig sind.

Auch Pflegekinder dürfen keine Familienangehörigen im Sinne des § 1 Abs. 2 Nr. 3c FreizügG/EU sein.

5.3 Ledige Lebensgefährten*innen

Neben Ehepartnern*innen und Lebenspartnern*innen wurde im FreizügG/EU der Begriff der Lebensgefährten*in eingeführt.

Ein*e Lebensgefährte*in ist eine Person, mit der die Bezugsperson

- eine glaubhaft dargelegte,
- auf Dauer angelegte Gemeinschaft eingegangen ist,
- die keine weitere Lebensgemeinschaft gleicher Art zulässt,

- wenn die Personen beide weder verheiratet noch Lebenspartner*innen einer Lebenspartnerschaft im Sinne des § 1 Abs. 2 Nr. 2 FreizügG/EU sind und
- die Bezugsperson mit ihr im Bundesgebiet nicht nur vorübergehend zusammenleben wird.

Die Partnerschaft der Lebensgefährten*innen muss bereits langandauernd bestehen und von den Personen durch ausreichende Dokumentation nachgewiesen werden. Verlangt wird eine zwischen den zwei Personen bestehende Lebensgemeinschaft, die keine weitere Lebensgemeinschaft gleicher Art zulässt, die sich durch innere Bindungen auszeichnet und ein gegenseitiges Entstehen der Partner*innen in den Not- und Wechselfällen des Lebens füreinander begründet.

Wichtige Indizien hierfür sind

- eine Wohn- und Wirtschaftsgemeinschaft,
- gemeinsames Eigentum an der Wohnung oder dem Haus, in dem sich der Lebensmittelpunkt befand / befindet,
- gemeinsame Kinder mit gemeinsamer elterlicher Sorge sowie
- wirtschaftliche Verflechtungen und das Entstehen füreinander auch in finanzieller Hinsicht, wenn etwa der*die Partner*in, der*die hauptsächlich einer Erwerbstätigkeit nachgeht, den*die Partner*in unterhält, der*die die Kinder betreut.

Die bloße Bescheinigung einer gemeinsamen Meldeanschrift ist allerdings unzureichend, da es nur ein Indiz unter mehreren ist und es sich auch um Mitbewohner*innen einer Wohngemeinschaft handeln könnte. Der Nachweis einer dauerhaften Beziehung kann demnach durch Belege über ein längerfristiges Zusammenleben, gemeinsame Kinder, gemeinsame Vermögenswerte wie Konten oder Immobilien und Unterhaltsleistungen geführt werden.²¹

Es wird sich bei Lebensgefährten*innen in der Regel um Verantwortungs- und Entstehungsgemeinschaften im Sinne des § 7 Abs. 3 Nr. 3c SGB II handeln.

Weitere Beteiligte an Mehrfachbeziehungen oder offen ausgestaltete Partnerschaften bzw. (Viel-) Ehen sind von dieser Norm nicht umfasst.

5.4 Hinterbliebene nahestehende Person aus Drittstaaten

Die Regelungen für hinterbliebene Familienangehörige aus Drittstaaten von verstorbenen europäischen Personen finden auch auf hinterbliebene nahestehende Personen aus Drittstaaten Anwendung gem. § 3a Abs. 3 FreizügG/EU i.V.m. § 3 Abs. 2 FreizügG/EU (siehe hierzu Kapitel A.V. 4.6.1).

5.5 Antragsverfahren, Bescheinigungen und deren Folgen

Notwendige Antragstellung und Bescheinigung des Freizügigkeitsrechts

Das Freizügigkeitsrecht als nahestehende Person entsteht nicht kraft Gesetzes. Das Recht muss erst beantragt und durch die Ausländerbehörde verliehen werden. Den Antrag können sowohl neu eingereiste als auch bereits in der BRD aufhältige Ausländer*innen stellen. Die Antragstellung muss jedoch durch die ausländische

²¹ Bundestagsdrucksache 19-21750 vom 19.08.2020, S. 36, 40

Person selbst oder ihren gesetzlich oder richterlich bestellten Vormund, Vertreter oder Betreuer und nicht etwa durch andere Familienangehörige, Arbeitgebende oder andere Behörden erfolgen. Die Regelung des § 16 SGB I zur Weiterleitung von Anträgen bei Unzuständigkeit findet keine Anwendung, da es sich nicht um einen Antrag auf eine Sozialleistung handelt. Der Antrag kann daher auch nicht ersatzweise beim Jobcenter gestellt werden.

Die Ausländerbehörde überprüft bei der Entscheidung über die Verleihung des Freizügigkeitsrechts an nahestehenden Personen gem. § 3a Abs. 2 FreizügG/EU in einer eingehenden Untersuchung der persönlichen Umstände, ob der Aufenthalt der nahestehenden Person erforderlich ist. Dies erfolgt unter Berücksichtigung ihrer Beziehung zur europäischen Bezugsperson sowie anhand von anderen Gesichtspunkten, wie dem Grad der finanziellen oder physischen Abhängigkeit oder dem Grad der Verwandtschaft zwischen ihr und der europäischen Bezugsperson, im Hinblick auf die unter A. V. 5.1-5.3 geschilderten Konstellationen.

Einschränkende Voraussetzungen des AufenthG, wie zum Beispiel das Erfordernis der Sicherung des Lebensunterhalts und entsprechende Ausnahmen, finden bei der Prüfung durch die Ausländerbehörde bei nahestehenden Personen Anwendung (§ 11 Abs. 5 FreizügG/EU i.V.m. § 5 Abs. 1 AufenthG).

Bei Verleihung des Rechts als nahestehende Person stellt die Ausländerbehörden bei Personen, die nicht Unionsbürger*innen sind, eine Aufenthaltskarte aus (§ 5 Abs. 7 Satz 1 FreizügG/EU). Die Aufenthaltskarte soll fünf Jahre gültig sein und berechtigt zum Ausüben einer Erwerbstätigkeit. Aus der Aufenthaltskarte alleine ergibt sich (ähnlich wie bei der Aufenthaltskarte von Familienangehörigen) kein direkter Leistungsanspruch nach dem SGB II. Sie weist lediglich nach, dass die Person unter ähnlichen Bedingungen wie Familienangehörige von Europäern*innen freizügigkeitsberechtigt ist.

Fiktion während des gestellten Antrages

Gem. § 11 Abs. 4 Satz 2 FreizügG/EU findet § 81 des AufenthG bei Beantragung der Verleihung des Freizügigkeitsrechtes als nahestehende Person durch Ausstellung einer Aufenthaltskarte bis zur Entscheidung über den Antrag entsprechende Anwendung. Somit erhält die ausländische Person eine Fiktionsbescheinigung über die Wirkung ihrer Antragstellung. Die Fiktionsbescheinigung ist von der Person, die dieses Freizügigkeitsrecht begehrt, vorlegen zu lassen bzw. durch ein Mitwirkungsschreiben anzufordern. Sollte die Person angeben, keine Fiktionsbescheinigung erhalten zu haben, so ist mit R.204.4 Kontakt aufzunehmen, um den aufenthaltsrechtlichen Status in Erfahrung zu bringen.

Bei nahestehenden Personen mit einer EU-Staatsangehörigkeit oder nahestehenden Personen aus einem Drittstaat, deren Aufenthalt vor Beantragung des Freizügigkeitsrechts als nahestehende Person rechtmäßig war, wird regelmäßig die Erlaubnisfiktion nach § 81 Abs. 3 Satz 1 AufenthG einschlägig sein. Die SGB II-Leistungsvoraussetzung der Erwerbsfähigkeit liegt bei EU-Staatsangehörigen, die das 15. Lebensjahr vollendet und die Altersgrenze nach § 7a SGB II noch nicht erreicht haben, im Regelfall vor. Ansonsten gelten die unter B. II. 5.1 geschilderten Regelungen zur Erlaubnisfiktion und es hat eine Rücksprache der Expertenfachkräfte oder Teamleitungen mit JBC.22 stattzufinden.

Sollte sich die ausländische Person zuvor nicht rechtmäßig im Bundesgebiet aufgehalten haben, wird die Duldungsfiktion nach § 81 Abs. 3 Satz 2 AufenthG einschlägig sein. Diese schließt Leistungen nach dem SGB II aus; es besteht eine Leistungsberechtigung nach dem AsylbLG (vgl. B. II. 5.2).

Visum

Nahestehende Personen, die nicht Unionsbürger sind, bedürfen gem. § 2 Abs. 4 FreizügG/EU für die Einreise eines Visums, sofern sie keine gültige Aufenthaltskarte (auch nicht die eines anderen Mitgliedstaates) besitzen. Das Visum sollte ein Etikett im Auflagenfeld mit folgendem Inhalt enthalten: „nahestehende Person eines Unionsbürgers/EWR-Bürgers“. Die Visumpflicht gilt allerdings nur für diejenigen Länder, für die grundsätzlich Visumpflicht gilt. Handelt es sich um ein Land, das von der Visumpflicht befreit ist, besteht keine Visumpflicht. Eine Staatenliste zur Visumpflicht ist auf der [Internetseite des Auswärtigen Amtes](#) veröffentlicht.

Da bei Erteilung des Visums bereits die Voraussetzungen des Freizügigkeitsrechts für nahestehende Personen durch die deutsche Botschaft geprüft werden, wird dem Grunde nach ein abgeleitetes Freizügigkeitsrecht für die Person mit diesem Visum bestehen (siehe zum Thema Visum auch B.II.1). Ob dieses Freizügigkeitsrecht zu Leistungen nach dem SGB II berechtigt, richtet sich – wie bei Familienangehörigen – nach dem Freizügigkeitsrecht der Bezugsperson.

Nach einem innerhalb des Gültigkeitszeitraums des Visums gestellten Antrag zur Anerkennung als nahestehende Person gilt bis zur Entscheidung der Ausländerbehörde über diesen Antrag die Fortgeltungsfiktion (des Visums) gem. § 81 Abs. 4 AufenthG. Daraus ergibt sich ebenfalls ein von dem Freizügigkeitsrecht der Bezugsperson abhängiger Leistungsanspruch nach dem SGB II.

Daueraufenthaltsrecht

Nahestehende Personen können unter denselben Voraussetzungen wie Familienangehörige ein Daueraufenthaltsrecht erwerben (§ 4a Abs. 1 Satz 2 FreizügG/EU).

Unionsbürger*innen erhalten hierüber auf Antrag unverzüglich eine Bescheinigung des Daueraufenthaltsrechts. Daueraufenthaltsberechtigten nahestehenden Personen wird innerhalb von sechs Monaten nach Antragstellung eine Daueraufenthaltskarte ausgestellt (§ 5 Abs. 7 Satz 3 FreizügG/EU).

Beratung

Beantragen Personen Leistungen nach dem SGB II, die eindeutig ein Freizügigkeitsrecht als nahestehende Person erhalten und nur dadurch ein zu Leistungen berechtigendes Aufenthaltsrecht erwerben könnten, ist zunächst Kontakt zur Ausländerbehörde aufzunehmen, um sich die Erfolgsaussichten eines Antrages auf das Aufenthaltsrecht als nahestehende Person bestätigen zu lassen. Erst nach dieser Bestätigung sind die Antragssteller*innen über die Möglichkeit der Beantragung des Freizügigkeitsrechts als nahestehende Person in dieser Konstellation zu informieren.

5.6 Unterschiede zwischen nahestehenden Personen und Familienangehörigen i.S.d. FreizügG/EU

Der Familiennachzug von weiteren Angehörigen von nahestehenden Personen richtet sich nicht nach dem FreizügG/EU (§ 11 Abs. 8 Satz 2 FreizügG/EU). Hierfür finden die Regelungen des Aufenthaltsgesetzes zum Familiennachzug zu Inhabern*innen von Aufenthaltserlaubnissen aus familiären Gründen aus dem AufenthG entsprechende Anwendung. Dies gilt nicht, wenn die zu nahestehenden Personen nachziehenden Familienmitglieder eigene Freizügigkeitsrechte besitzen.

Das AufenthG findet ebenfalls Anwendung für in das Bundesgebiet nachziehende Familienangehörige von nahestehenden Personen, die selbst ein Daueraufenthaltsrecht erworben haben (§ 11 Abs. 9 FreizügG). Hier kann gem. § 9a AufenthG eine unbefristete Aufenthaltserlaubnis zum Daueraufenthalt-EU durch die Ausländerbehörde vergeben werden.

Die Regelungen zum Verlust des Rechts auf Einreise und Aufenthalt (§ 6 FreizügG/EU) wie auch die Ausreisepflicht (§ 7 FreizügG/EU) gelten nicht für nahestehende Personen. Maßnahmen der Aufenthaltsbeendigung richten sich nach dem AufenthG und werden durch die Ausländerbehörde betrieben.

6. Daueraufenthaltsrecht/ Verfestigter Aufenthalt

6.1 Erwerb des Daueraufenthaltsrechtes

Die Leistungsausschlüsse während der ersten drei Monate des Aufenthalts und wegen des Aufenthalts zur Arbeitssuche gelten ebenfalls nicht für Daueraufenthaltsberechtigte. Diese haben grundsätzlich vom ersten Tag der (Wieder-) Einreise an einen Anspruch auf Leistungen nach dem SGB II.

Das Daueraufenthaltsrecht gem. § 4 a Abs. 1 FreizügG/EU entsteht nach fünf Jahren ständigem, rechtmäßigem Aufenthalt in Deutschland. Es berechtigt zum dauerhaften Verbleiben in Deutschland.

Der ständige Aufenthalt wird gem. § 4 a Abs. 6 FreizügG/EU nicht berührt durch

- Abwesenheiten von bis zu sechs Monaten im Jahr
- Abwesenheiten zur Ableistung des Wehrdienstes oder eines Ersatzdienstes
- sowie eine einmalige Abwesenheit von bis zu zwölf aufeinanderfolgenden Monaten aus wichtigem Grund, insbesondere auf Grund von Schwangerschaft und Entbindung, schweren Krankheiten, eines Studiums, einer Berufsausbildung oder einer beruflichen Entsendung.

Das bedeutet, dass diese Zeiten bei der Berechnung des Fünf-Jahreszeitraumes mit zu berücksichtigen sind.

Zeiten einer Strafhaft werden nicht bei der Berechnung der Zeiten berücksichtigt, gleiches gilt für Zeiten in denen ausschließlich das Recht auf Bildung aus Art. 10 bestand (vgl. 4.8).²²

Beispiel

Der irische Staatsangehörige I arbeitet seit vier Jahren als Raumpfleger in Deutschland. Seine Mutter, die in Irland lebt, wird pflegebedürftig. Deshalb gibt er seine Tätigkeit auf und reist nach Irland, um sie zu pflegen. Nach einem halben Jahr übernimmt ein Pflegedienst die Pflege und I kehrt nach Deutschland zurück. Daraufhin arbeitet er ein weiteres halbes Jahr als Raumpfleger, dann kündigt er seine Tätigkeit.

Einen Anspruch aufgrund einer Verbleibeberechtigung gem. § 2 Abs. 3 FreizügG/EU hat er nicht, weil I seine Tätigkeit freiwillig verloren hat. I hat aber einen Anspruch, weil er daueraufenthaltsberechtigt ist. Zwar hat er sich nur insg. 4 ½ Jahre in Deutschland aufgehalten. Der sechsmonatige Aufenthalt in Irland wird aber zu den 4 ½ Jahren gem. § 4 a Abs. 6 Nr. 1 und Nr. 3 FreizügG/EU dazu gerechnet, weil er sich nicht länger als 6 Monate und zudem auch wegen eines wichtigen Grundes in Irland aufgehalten hat. Somit wurde ein Daueraufenthaltsrecht und damit auch eine Leistungsvoraussetzung für den Bezug von Leistungen nach dem

²² Siehe EUGH vom 16.01.2014 zu den Az.: C-378/12 und C-400/12

SGB II erworben. In solchen Konstellationen ist jedoch das Erfüllen eines Leistungsminderungstatbestandes sowie Kostenersatz nach § 34 SGB II zu prüfen.

Aufenthaltszeiten vor EU-Beitritt des Herkunftsstaates eines europäischen Antragstellers nach dem AufenthG sind berücksichtigungsfähig, wenn ein Freizügigkeitstatbestand aus dem FreizügG/EU erfüllt gewesen wäre. Ein nach rein nationalen Vorschriften rechtmäßiger Aufenthalt (z.B. Aufenthaltserlaubnis aus humanitären Gründen ohne Erwerbstätigkeit) reicht für den Erwerb des Daueraufenthaltsrechts nicht aus.²³

6.2 Bescheinigung über das Daueraufenthaltsrecht

Daueraufenthaltsberechtigte haben gem. § 5 Abs. 5 FreizügG/EU ein Recht darauf, dass ihnen von der Ausländerbehörde das Bestehen des Daueraufenthaltsrechts unverzüglich bescheinigt wird. Bei Drittstaatsangehörigen besteht das Recht, innerhalb von sechs Monaten ab Antragsstellung bei der Ausländerbehörde eine Daueraufenthaltskarte zu erhalten. Von Ausländern*innen, bei denen ein Daueraufenthaltsrecht bestehen könnte und die keine entsprechende Bescheinigung vorweisen können, ist daher diese Bescheinigung zu fordern, soweit nicht durch eigene Prüfung ein offensichtlich bestehendes Daueraufenthaltsrecht festgestellt werden kann.

Diesbezüglich ist das so genannte E-Mail-Verfahren zu nutzen, siehe [A.VI.2](#). Das Jobcenter übermittelt der Ausländerbehörde zur Verfahrensbeschleunigung alle vorliegenden, für das Daueraufenthaltsrecht relevanten Daten wie zum Beispiel den hier bekannten beruflichen Werdegang.

6.3 Familienangehörige von Daueraufenthaltsberechtigten

Familienangehörige von Daueraufenthaltsberechtigten haben ebenfalls einen von dem*der Daueraufenthaltsberechtigten abgeleiteten Anspruch auf Leistungen nach dem SGB II. Sie können zudem ein eigenes Daueraufenthaltsrecht erwerben, wenn sie sich selbst fünf Jahre als Familienangehörige von einem*r Daueraufenthaltsberechtigten in Deutschland aufhalten. Bei Familienangehörigen aus Drittstaaten ist zusätzlich erforderlich, dass sie sich mit dem*der EU-Bürger*in, von dem sie den Status als Familienangehöriger*e ableiten, zusammen ständig rechtmäßig aufgehalten haben (vgl. § 4 a Abs. 1 S. 2 FreizügG/EU)

Beispiel

Der französische Staatsangehörige F ist mit Italienerin I verheiratet. Beide leben seit 10 Jahren gemeinsam in Deutschland und sind seitdem auch schon verheiratet. Der Lebensunterhalt wurde durch die Erwerbstätigkeit von F sichergestellt. Nun lassen sich die beiden scheiden.

F hat während seines zehnjährigen rechtmäßigen Aufenthalts in Deutschland bereits nach 5 Jahren ein Daueraufenthaltsrecht erworben. I hat ebenfalls bereits nach 5 Jahren ein eigenes Daueraufenthaltsrecht in Deutschland erworben, da sie sich bereits über fünf Jahre (als Familienangehörige eines Arbeitnehmers) rechtmäßig in Deutschland aufgehalten hat. Die Scheidung nach 10 Jahren hat bzgl. der Freizügigkeitsrechte keine Bedeutung.

²³ EUGH vom 21.12.2011 zu den Az.: C-424/10 und 425/10

Der Familiennachzug zu Personen, die selbst Familienangehörige oder nahestehende Personen und nicht Unionsbürger*in sind und ein eigenes Daueraufenthaltsrecht erworben haben, richtet sich nach dem AufenthG (s. A.V.5.6). Die weiteren Angehörigen müssen eine Aufenthaltserlaubnis bei der Ausländerbehörde beantragen (§ 11 Abs. 9 FreizügG/EU). Hierbei wendet die Ausländerbehörde die Regelungen des § 9a AufenthG für eine unbefristete Aufenthaltserlaubnis zum Daueraufenthalt-EU an.

6.4 Familienangehörige eines verstorbenen Arbeitnehmers

Stirbt ein*e europäischer*e Arbeitnehmer*in oder Selbständiger*e, erhalten die Familienangehörigen, die bei ihm*ihr zum Todeszeitpunkt ihren ständigen Aufenthalt hatten, unter den in § 4a Abs. 3 FreizügG/EU genannten Bedingungen ein Daueraufenthaltsrecht auch schon vor Ablauf von fünf Jahren. Dies ist der Fall, wenn

- der*die europäische Arbeitnehmer*in oder Selbständige sich zum Todeszeitpunkt mindestens seit zwei Jahren im Bundesgebiet aufgehalten hat **oder**
- der*die europäische Arbeitnehmer*in oder Selbständige infolge eines Arbeitsunfalls oder einer Berufskrankheit gestorben ist **oder**
- der*die überlebende Ehegatte*in oder Lebenspartner*in Deutscher*e nach Art. 116 GG ist oder diese Rechtsstellung durch Eheschließung mit dem*der verstorbenen Unionsbürger*in vor dem 31. März 1953 verloren hat.

6.5 Verlust des Daueraufenthaltsrechtes

Eine Abwesenheit aus einem seiner Natur nach **nicht nur vorübergehenden Grund** von mehr als zwei aufeinanderfolgenden Jahren führt zum Verlust des Daueraufenthaltsrechtes gem. § 4a Abs. 7 FreizügG/EU. Mithin können sich daueraufenthaltsberechtigte EU-Bürger*innen bis zu zwei Jahre ohne Grund im Ausland aufhalten, ohne dass dies Auswirkungen auf das Daueraufenthaltsrecht hat. Bei einem Aufenthalt von einer längeren Dauer als zwei Jahren muss der Aufenthalt jedoch aufgrund eines seiner Natur nach vorübergehenden Grundes erfolgen, damit das Daueraufenthaltsrecht nicht erlischt.

Die Erlöschungswirkung tritt demnach nur ein, wenn objektiv feststeht, dass die ausländische Person nicht nur vorübergehend das Bundesgebiet verlassen hat. Dies kann angenommen werden, wenn sie ihre Wohnung und Arbeitsstelle aufgegeben hat und unter Mitnahme ihres Eigentums ausgereist ist oder wenn sie sich zur endgültigen Ausreise verpflichtet hat (z. B. zur Abwendung einer Ausweisung). Entscheidend ist nicht, ob die ausländische Person subjektiv auf Dauer im Ausland bleibt oder ob sie irgendwann ins Bundesgebiet zurückkehren will. Maßgeblich ist allein, ob der Zweck des Auslandsaufenthalts seiner Natur nach von vornherein nur eine vorübergehende Abwesenheit vom Bundesgebiet erfordert oder nicht.

Beispiele für ihrer Natur nach vorübergehende Aufenthalte sind Wehr- oder Ersatzdienste, die länger als zwei Jahre (ohne freiwillige Verpflichtung) andauern.

Kein seiner Natur nach vorübergehender Grund ist ein Studienaufenthalt im Ausland, der länger als ein Jahr andauert.²⁴

Sollte im Zuge einer Antragsstellung die Bescheinigung über das Bestehen eines Daueraufenthaltsrechtes vorgelegt werden, aber Umstände bekannt sein, die für den Verlust dieses Rechts sprechen, ist Kontakt zur

²⁴ BVerwG 1 C 15.11 vom 11.12.2012

Ausländerbehörde aufzunehmen. Da das Daueraufenthaltsrecht erst entfällt, wenn die Ausländerbehörde den Verlust des Rechts festgestellt hat. Die Bescheinigung wird durch die ABH in diesem Zuge eingezogen (5.6 AVV zum FreizügG/EU).

6.6 Aufenthalt in Deutschland mit einem Daueraufenthaltsrecht aus einem anderen Mitgliedsstaat der EU (§ 38a AufenthG)

Drittstaatsangehörige mit einem Daueraufenthaltsrecht in einem anderen Mitgliedstaat der EU können nur einen Anspruch auf Leistungen nach dem SGB II haben, wenn ihnen eine Aufenthaltserlaubnis gem. § 38a AufenthG erteilt worden ist.

Sie können zwar in der Regel visumfrei nach Deutschland einreisen und bei der örtlich zuständigen Ausländerbehörde eine Aufenthaltserlaubnis nach § 38a AufenthG beantragen. Sofern die allgemeinen Erteilungsvoraussetzungen nach § 5 AufenthG erfüllt sind, besteht ein Anspruch auf die Erteilung.

Mit der Aufenthaltserlaubnis ist jedoch gem. § 38a Abs. 3 AufenthG nicht unmittelbar eine Erlaubnis zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit verbunden. Eine solche muss durch die BA genehmigt werden.

Ein unbeschränkter Anspruch auf SGB II-Leistungen besteht dem Grunde nach aber dennoch, da die Ausübung einer Erwerbstätigkeit erlaubt werden könnte (vgl. § 8 Abs. 2 SGB II)

6.7 Leistungsanspruch bei verfestigtem Aufenthalt nach fünf Jahren

Mit Wirkung zum 29.12.2016 ist durch § 7 Abs. 1 Satz 4 und 5 SGB II²⁵ eine Rückausnahme zu den Leistungsausschlüssen nach § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 a und b SGB II (kein Aufenthaltsrecht bzw. Arbeitssuche) in Kraft getreten. Ein Leistungsanspruch nach dem SGB II besteht, wenn die gem. § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 a und b SGB II ausgeschlossenen Ausländer*innen oder ihre zur Bedarfsgemeinschaft gehörenden Familienangehörigen über einen sog. verfestigten Aufenthalt in Deutschland verfügen. Von einem verfestigten Aufenthalt in Deutschland ist nach Ablauf eines gewöhnlichen Aufenthalts von mindestens fünf Jahren ohne wesentliche Unterbrechungen ab Meldung bei der Meldebehörde auszugehen. Die offizielle, verpflichtende Anmeldung ist Voraussetzung, um die Verbindung nach Deutschland zu dokumentieren.

Diese Fünf-Jahresfrist ist angelehnt an den Erwerb eines Daueraufenthaltsrechts gem. § 4a FreizügG/EU, setzt jedoch im Gegensatz zu diesem keine materielle Freizügigkeitsberechtigung voraus. Es ist somit möglich, auch ohne materielles Aufenthaltsrecht nach fünf Jahren einen Leistungsanspruch nach dem SGB II zu erlangen.

Gleichzeitig gelten die in § 4a Abs. 6 FreizügG/EU genannten Abwesenheitszeiten, die den ständigen Aufenthalt in Deutschland nicht berühren, nicht. Unwesentliche Unterbrechungen des Aufenthaltes in Deutschland (z.B. ein kurzer Heimatbesuch) sind für die Fünf-Jahresfrist unschädlich soweit der gewöhnliche Aufenthalt in der BRD nicht verloren wird. Wesentliche Unterbrechungen hingegen führen dazu, dass die Fünf-Jahresfrist nach Wiedereinreise erneut zu laufen beginnt.

Ein verfestigter Aufenthalt tritt nicht ein bzw. entfällt, wenn durch die Ausländerbehörde die Ausreisepflicht oder der Verlust des Freizügigkeitsrechts einer ausländischen Person festgestellt wurde. Bei

²⁵ Gesetz zur Regelung von Ansprüchen ausländischer Personen in der Grundsicherung für Arbeitsuchende nach dem Zweiten Buch Sozialgesetzbuch und in der Sozialhilfe nach dem Zwölften Buch Sozialgesetzbuch (GrSiAusIG):

<http://www.buzer.de/gesetz/12346/a202645.htm>

ausreisepflichtigen Personen führt jede Wiedereinreise zu einem Neubeginn der Fünf-Jahresfrist, unabhängig von der Dauer der Unterbrechung.

Ein solcher verfestigter Aufenthalt hat keine Auswirkung auf die Beurteilung der Rechtmäßigkeit des Aufenthalts; insbesondere folgt daraus kein materielles Freizügigkeits- oder Aufenthaltsrecht im Sinne des Europa- oder Ausländerrechts.

Ausländische Personen, die sich auf einen Leistungsanspruch nach dem SGB II aufgrund ihres verfestigten fünfjährigen Aufenthalts berufen, haben hierfür Beweismittel vorzulegen. Meldebescheinigungen und Mietverträge allein sind hierfür nicht ausreichend.

Die Frist zum Auslösen des Fünf-Jahres-Zeitraums beginnt mit der Anmeldung bei der Meldebehörde. Sollte der Wohnraum danach verloren werden oder aus anderen Gründen keine durchgängige Meldung in diesem Zeitraum vorliegen (z.B. bei Obdachlosigkeit), so kann dies unschädlich sein, wenn die fünfjährige Anwesenheit im Bundesgebiet durch andere Mittel nachgewiesen wird.

Die Ausländerbehörde ist über die Antragstellung in diesen Konstellationen zu unterrichten (vgl. § 87 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2a AufenthG), damit ggfs. der Verlust des Freizügigkeitsrechts festgestellt werden kann. Weiteres ist dem Punkt A.VII zu entnehmen.

Der Anspruch auf Leistungen nach dem SGB II besteht unabhängig von einem etwaigen Vorbezug von Leistungen nach dem SGB XII.

VI. Kein Leistungsausschluss, wenn Aufenthaltsrecht aufgrund des AufenthG / Schlechterstellungsverbot

EU-Bürger*innen können darüber hinaus einen Anspruch auf Leistungen nach dem SGB II haben, wenn sie sich zwar nach dem FreizügG/EU nur zur Arbeitssuche in Deutschland aufhalten, sich aber auf ein Aufenthaltsrecht aus dem AufenthG berufen können.

Aufgrund des § 11 Abs. 14 FreizügG/EU besteht das sogenannte Schlechterstellungsverbot. Dieses besagt, dass das AufenthG Anwendung findet, soweit es EU-Bürgern*innen eine bessere Rechtsposition vermittelt. Hält sich mithin ein*e EU-Bürger*in nach dem FreizügG/EU nur zur Arbeitssuche in Deutschland auf, erfüllt aber zudem noch die Anspruchsvoraussetzungen für einen Aufenthaltstitel nach dem AufenthG, mit dem ein Recht auf Leistungen nach dem SGB II bestünde, so besteht dem Grunde nach ein Anspruch auf Leistungen nach dem SGB II, denn die Personen halten sich (auch) aus einem anderen Grund als zur Arbeitssuche in Deutschland auf.

1. Familienangehörige von Deutschen (§ 28 AufenthG) – Kein Leistungsausschluss während der ersten drei Monate

In folgenden Konstellationen hat ein*e EU-Bürger*in, gemäß der Rechtsprechung im Bereich des SGB II, dem Grunde nach ein Recht auf eine Aufenthaltserlaubnis nach § 28 AufenthG:

Der*Die EU-Bürger*in

- ist mit einer Person verheiratet bzw. in einer eingetragenen Lebenspartnerschaft, welche die deutsche Staatsangehörigkeit besitzt.
- hat ein minderjähriges deutsches Kind bzw. ein minderjähriges freizügigkeitsberechtigtes Kind
- erwartet ein deutsches bzw. ein freizügigkeitsberechtigtes Kind.

Sollte eine der vorgenannten Konstellationen vorliegen, besteht dem Grunde nach ein Anspruch auf Leistungen nach dem SGB II.

Zum Leistungsanspruch von Familienangehörigen von Deutschen, die von ihrem Freizügigkeitsrecht nachhaltig Gebrauch gemacht haben (die also einen besonderen Bezug zum EU-Ausland haben), siehe Punkt [A.I.4](#)

Alle vorgenannten Personen sind auch während der ersten drei Monate ihres Aufenthalts nicht von Leistungen nach dem SGB II ausgeschlossen.²⁶

Für den Anspruch auf Leistungen nach dem SGB II ist bei Familienangehörigen von Deutschen nicht erforderlich, dass die vorgenannten Personen einen Aufenthaltstitel der Ausländerbehörde tatsächlich beantragen und vorlegen. Es ist ausreichend, dass die Eigenschaft als Familienangehöriger*e eines*r Deutschen nachgewiesen wird (Eheurkunde, Geburtsurkunde etc.), dies gilt gleichermaßen für die Fälle eines freizügigkeitsberechtigten Kindes.

Sollte der*die EU-Bürger*in allerdings ein deutsches bzw. freizügigkeitsberechtigtes Kind erwarten und ein anderes zu SGB II-Leistungen berechtigendes Freizügigkeitsrecht nicht ersichtlich sein, müssen zwingend folgende Nachweise eingereicht werden, damit von einem Leistungsanspruch dem Grunde nach ausgegangen werden kann:

- eine beurkundete Vaterschaftsanerkennung des Deutschen bzw. des freizügigkeitsberechtigten EU-Bürgers
- ggf. eine beurkundete Zustimmung zur Vaterschaftsanerkennung (falls die schwangere Person mit einer Person verheiratet ist, die nicht der Kindesvater ist) sowie
- eine beurkundete Erklärung über das gemeinsame Sorgerecht.²⁷

Alle Dokumente müssen vom Jugendamt, Standesamt oder einem*r Notar*in amtlich beurkundet werden. Die Unterlagen sind nur mit Mitwirkungsschreiben mit Rechtsfolgenbelehrung anzufordern, wenn der*die Antragsteller*in angegeben hat, diese grundsätzlich beibringen zu können und zu wollen. **Ansonsten ist die Anfrage mit einem Schreiben ohne Rechtsfolgenbelehrung durchzuführen.**

Beispiel

Die ungarische Staatsangehörige U heiratet den Deutschen D am 01.05.2020. D lebt in Wuppertal. U beschließt, zu D zu ziehen. Sie reist am 10.06.2020 ein und beantragt im gleichen Monat Leistungen nach dem SGB II.

Nach dem Freizügigkeitsgesetz hätte U nur ein Recht zur Arbeitssuche in Deutschland, das nicht zu Leistungen nach dem SGB II berechtigt. Das Freizügigkeitsrecht von Familienangehörigen gilt nicht für Familienangehörige von Deutschen, die nicht selbst nachhaltig Gebrauch von ihren Freizügigkeitsrechten gemacht haben. Sie hätte jedoch einen Anspruch auf eine Aufenthaltserlaubnis gem. § 28 AufenthG, Familiennachzug zu Deutschen. Daher hätte sie ebenfalls einen Anspruch auf Leistungen nach dem SGB II, denn sie hält sich nicht (nur) zum Zwecke der Arbeitssuche in Deutschland auf. Der Anspruch besteht direkt ab dem 10.06.2020, weil der

²⁶ BSG, 30.01.2013 - B 4 AS 37/12 R

²⁷ BSG, 30.01.2013 - B 4 AS 54/12 R

Leistungsausschluss gem. § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 SGB II während der ersten drei Monate des Aufenthalts nicht auf Familienangehörige von Deutschen anwendbar ist.

2. Weitere Konstellationen – Bestätigung der Ausländerbehörde erforderlich – E-Mail-Verfahren

In den folgenden Konstellationen ist die Erfüllung der Voraussetzungen zur Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis und somit grundsätzlich der Bezug von Leistungen nach dem SGB II möglich:

Die EU-staatsangehörige Person ist mit einer anderen EU-staatsangehörigen Person oder einer drittstaatsangehörigen Person verheiratet oder in eingetragener Lebenspartnerschaft und diese andere Person hat eine Niederlassungserlaubnis oder eine Aufenthaltserlaubnis nach dem AufenthG bzw. erfüllt, im Falle einer EU-staatsangehörigen Person, die entsprechenden Voraussetzungen.

Insbesondere in Fällen, in denen die EU-staatsangehörige Person mit einer Person mit anerkanntem Fluchthintergrund verheiratet ist oder ein Kind mit einer Person mit anerkanntem Fluchthintergrund hat oder erwartet, sind die Voraussetzungen für eine Aufenthaltserlaubnis für die EU-staatsangehörige Person jedenfalls nicht unwahrscheinlich. Die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis und mithin der Anspruch auf Leistungen nach dem SGB II in den vorgenannten Konstellationen hängt aber vom Vorliegen weiterer Voraussetzungen ab, die das Jobcenter nicht prüfen kann. Das Vorliegen der Voraussetzungen zur Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis wird daher in diesen Fällen durch die Ausländerbehörde geprüft.

Hierfür ist das „E-Mail-Verfahren“ durchzuführen:

- Der leistungsbeantragenden Person wird das „Infoblatt Datenübermittlung“ (in KDN-LMG im Ordner „Ausländer*innen“ hinterlegt) ausgehändigt/übermittelt.
- Danach ist per E-Mail Kontakt zur Ausländerbehörde aufzunehmen.
- Die leistungsbeantragende Person wird ggf. von der Ausländerbehörde eingeladen. Eine unterminierte Vorsprache soll aus organisatorischen Gründen bei der Ausländerbehörde nicht erfolgen.

Für eine Leistungsbewilligung reicht eine Bestätigung der Ausländerbehörde aus, dass die Voraussetzungen für die Erteilung eines konkret zu bezeichnenden Aufenthaltstitels vorliegen und der Titel zu Leistungen nach dem SGB II berechtigt. Eine tatsächliche Erstellung des Aufenthaltstitels ist nicht notwendig.

In der Regel besteht in diesen Konstellationen kein Leistungsanspruch während der ersten drei Monate des Aufenthaltes (vgl. B.VIII.).

Bei Unionsbürgern*innen in Fällen des § 25 Abs. 5 AufenthG wird man oftmals von einer Duldungsfiktion ab Einreise ausgehen können. Kritische Einzelfälle können über JBC.22 mit R. 204.2 besprochen werden

VII. Meldepflichten an die Ausländerbehörde

Das Jobcenter ist in mehreren Konstellationen verpflichtet, Meldungen an die Ausländerbehörde abzugeben ([§ 87 Abs. 2 AufenthG](#) in Verbindung mit § 71 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 SGB X), damit von der Ausländerbehörde notwendige Schritte eingeleitet werden können.

Es soll damit verhindert werden, dass ausländische Personen sich in Deutschland illegal aufhalten und Sozialleistungen beanspruchen. Die Ausländerbehörde überprüft, ob eine Verlustfeststellung des Freizügigkeitsrechts möglich ist. Somit kann

- verhindert werden, dass die für einen verfestigten Aufenthalt notwendigen fünf Jahre gewöhnlicher Aufenthalt in der Bundesrepublik ab Anmeldung bei der Meldebehörde erreicht werden oder
- erreicht werden, dass die Leistungsberechtigung nach Erreichen des verfestigten Aufenthalts entfällt (vgl. § 7 Abs. 1 Satz 4, 2. Halbsatz SGB II).

Dem Jobcenter steht hierbei kein Ermessen zu.

In welchen Konstellationen ist eine Meldung abzugeben?

Eine Meldung hat zu erfolgen, wenn Leistungen aufgrund

- § 7 Absatz 1 Satz 2 Nr. 2 a oder b SGB II (kein Aufenthaltsrecht, Arbeitssuche) abgelehnt oder
- § 7 Absatz 1 Satz 4 (verfestigter Aufenthalt) bewilligt,
- in den zuvor genannten Konstellationen Leistungen versagt oder entzogen werden

oder

- eine ausländische Person aus einem ihrer Natur nach nicht vorübergehenden Grund ausgereist ist und dies nicht bereits im AZR gespeichert ist

Darüber hinaus bestehen ebenfalls Meldepflichten, wenn dem Jobcenter bekannt wird, dass

- eine ausländische Person keinen erforderlichen Aufenthaltstitel besitzt und die Abschiebung nicht ausgesetzt ist (Duldung),
- gegen eine räumliche Beschränkung verstoßen wird oder
- ein sonstiger Ausweisungsgrund vorliegen könnte.

Diese Konstellationen betreffen überwiegend Personen aus Drittstaaten.

Wer meldet wie?

Die Meldung muss unverzüglich abgegeben werden, sobald die Voraussetzungen erkannt werden. Hierfür ist in KDN-LMG im Ordner „Auslaender_innen“ das Schreiben „Meldung_R204_Aberkennung.docx“ hinterlegt.

Im Rahmen von Neuanträgen ist die Meldung durch die Expertenfachkräfte an die Ausländerbehörde zu versenden. Zusätzlich ist über Cc JBC.22 über die Meldung zu informieren (fachreferat-recht@jobcenter.wuppertal.de).

VIII. Verfahren: Ablehnung oder Versagung

Anträge von Personen, die sich eigentlich auf das FreizügG/EU berufen, aber keinen Leistungsanspruch nach dem SGB II besitzen, werden i.d.R. durch einen Ablehnungsbescheid des Jobcenters beschieden.

Sollte ein zu SGB II-Leistungen berechtigendes Freizügigkeitsrecht oder ein verfestigter Aufenthalt i.S.d. § 7 Abs. 1 Satz 4 SGB II von den antragstellenden Personen behauptet, aber trotz bestehender Mitwirkungspflicht nicht nachgewiesen werden, so sind die Leistungen im Regelfall zu versagen / entziehen.

Sofern eine Person ohne Leistungsanspruch nach dem SGB II nur vorübergehende Leistungen zur Ausreise aus dem Bundesgebiet beantragen möchte, sind diese Anträge an den SGB XII-Träger weiterzuleiten, um mögliche Ansprüche von dort prüfen zu lassen. Eine Bescheid-Erteilung erfolgt dann von dort.

- Die Antragsunterlagen sowie alle leistungserheblichen Unterlagen werden durch die LG per E-Mail als PDF an folgende Adresse gesendet: grundsicherung@stadt.wuppertal.de

Die leistungsbeantragenden Personen werden über die Weiterleitung mit dem in KDN.LMG im Ordner „SGB2_08_Erwerbsfähigkeit hinterlegten Schreiben „Weiterleitung_an_SGBXII“ informiert.

B. Ansprüche von Drittstaatsangehörigen nach dem SGB II

I. Wer sind Drittstaatsangehörige

Drittstaatsangehörige sind ausländische Personen, die nicht aus den Mitgliedsstaaten der EU kommen und mithin vom Recht der europäischen Freizügigkeit ausgeschlossen sind ([Vergleiche hierzu: Teil B Nr. 1 – „Wer sind die Mitgliedsstaaten der EU und wer ist ihnen gleichgestellt“](#)).

Drittstaatsangehörige, die Familienangehörige von Europäern sind, werden im Teil A dieses Bearbeitungshinweises, „Ansprüche von EU-Bürgern und EU-Bürgerinnen nach dem SGB II“ (siehe: [Teil A Nr. 5.4.3 – „Familienangehörige aus Drittstaaten“](#)) behandelt.

II. Überblick über die verschiedenen Aufenthaltsrechte nach dem AufenthG

Grundvoraussetzung für einen Anspruch auf Leistungen nach dem SGB II bei Drittstaatsangehörigen ist das Vorliegen eines Aufenthaltstitels oder ggf. einer Fiktionsbescheinigung. Im Folgenden werden die verschiedenen Aufenthaltstitel daher erläutert:

1. Visum (Schengen-Visum und nationales Visum)

Zu unterscheiden sind das Visum für den kurzfristigen Aufenthalt (Schengen-Visum) und das Visum für längerfristige Aufenthalte (nationales Visum).

Das **Schengen-Visum** ist in der Regel auf 90 Tage befristet. Schengen-Visa werden überwiegend für Besuchsaufenthalte, touristische oder geschäftliche Zwecke erteilt. Ein Anspruch auf Leistungen nach dem SGB II besteht in diesen Fällen nicht, da kein gewöhnlicher Aufenthalt in der BRD begründet wird.

Das so genannte **nationale Visum** ist ein Visum für längerfristige Aufenthalte. Diese werden in der Regel erteilt, damit Drittstaatsangehörige in Deutschland eine Aufenthaltserlaubnis beantragen können.

Das nationale Visum muss vom Herkunftsstaat aus bei der deutschen Botschaft beantragt werden. Es wird für den jeweiligen Zweck des Aufenthaltes erteilt. Zweck des Aufenthaltes ist beim nationalen Visum in der Regel die Beantragung einer Aufenthaltserlaubnis. Das Vorliegen der Voraussetzungen der Aufenthaltserlaubnis wird bereits bei Erteilung des Visums im Ausland geprüft. Dabei wird die zukünftig zuständige Ausländerbehörde beteiligt. Der jeweilige Aufenthaltszweck ergibt sich aus dem Visum.

Beispiel

Ein tunesischer Staatsangehöriger möchte zu seiner deutschen Ehefrau nach Wuppertal ziehen. In diesem Falle muss er in Tunesien ein Visum zum Ehegattennachzug beantragen. In Deutschland ist eine Aufenthaltserlaubnis zum Zwecke des Ehegattennachzuges zu beantragen. Die deutsche Botschaft in Tunesien prüft das Vorliegen der Voraussetzungen für die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis zum Zwecke des Ehegattennachzuges bereits bei Erteilung des nationalen Visums und beteiligt die Ausländerbehörde in Wuppertal.

Daher besteht ein Anspruch auf Leistungen nach dem SGB II, wenn der Aufenthaltswitzweck, für den das Visum erteilt wurde, ebenfalls zu Leistungen nach dem SGB II berechtigt. Die Leistungsbewilligung ist der jeweiligen Befristung des Visums anzupassen. D.h., der Bewilligungszeitraum ist bis zum Ende des Monats zu begrenzen, in dem das Visum ausläuft (vgl. B.II.6).

Beispiele:

- Visum zum Zweck des Ehegattennachzuges (SGB II–Anspruch besteht, wenn Ehegatte*in Anspruch hat; ggfs. aber erst nach 3 Monaten Aufenthalt in der BRD, wenn Ehegatte*in nicht die deutsche Staatsangehörigkeit besitzt; in letztem Fall auch Verpflichtungserklärung nach § 68 AufenthG prüfen)
- Visum zur Eheschließung in Deutschland (kein SGB II–Anspruch bis die Ehe geschlossen wurde; Verpflichtungserklärung nach § 68 AufenthG prüfen)
- Visum zum Zwecke des Familiennachzuges von Kindern (SGB II–Anspruch besteht; ggfs. aber erst nach 3 Monaten Aufenthalt in der BRD, Eltern nicht die deutsche Staatsangehörigkeit besitzen; in letztem Fall auch Verpflichtungserklärung nach § 68 AufenthG prüfen)
- Visum zum Zwecke eines Studienaufenthaltes (i.d.R. kein SGB II–Anspruch wegen Ausschluss gem. § 7 Abs. 5 SGB II)

2. Aufenthaltserlaubnis (berechtigt in der Regel zu Leistungen nach dem SGB II)

Die Aufenthaltserlaubnis ist in der Regel von sechs Monaten bis zu drei Jahren befristet. Für die Verlängerung der Aufenthaltserlaubnis gelten die gleichen Voraussetzungen wie für die Erteilung. Die Aufenthaltserlaubnis wird immer zu einem bestimmten Zweck erteilt. Der jeweilige Zweck des Aufenthalts sollte sich aus der Aufenthaltserlaubnis ergeben, dort ist der jeweilige Paragraph aufgeführt.

Seit dem 01.09.2011 wird die Aufenthaltserlaubnis als elektronischer Aufenthaltstitel im Scheckkartenformat ausgegeben.

Der Ausschlussgrund des § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2b SGB II – Aufenthalt nur zum Zwecke der Arbeitssuche – ist in der Regel beim Vorliegen einer Aufenthaltserlaubnis nicht gegeben. Denn der Aufenthalt erfolgt regelmäßig zu einem anderen Zweck als zur Arbeitssuche. Sollte eine Aufenthaltserlaubnis vorliegen, so besteht in den überwiegenden Fällen ein Anspruch auf Leistungen nach dem SGB II.

Ein Anspruch auf Leistungen nach dem SGB II besteht nicht, wenn die Aufenthaltserlaubnis zu Leistungen nach dem AsylbLG berechtigt.

Eine Ausnahme besteht des Weiteren für den Fall, dass die Aufenthaltserlaubnis eines Drittstaatsangehörigen nach erfolgreichem Abschluss eines Studiums zur Suche eines diesem Abschluss angemessenen Arbeitsplatzes verlängert wird. Diese Gruppe von Drittstaatsangehörigen hält sich nur zum Zwecke der Arbeitssuche in Deutschland auf und ist von Leistungen nach dem SGB II ausgeschlossen.

3. Niederlassungserlaubnis gem. § 9 AufenthG / Erlaubnis zum Daueraufenthalt EG

Die Niederlassungserlaubnis ist rechtlich die stärkste Form der Aufenthaltstitel. Die Niederlassungserlaubnis ist ein unbefristeter Aufenthaltstitel und berechtigt zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit. Voraussetzung ist

unter anderem in der Regel, dass die Person mindestens fünf Jahre eine Aufenthaltserlaubnis hatte. Sollte eine Niederlassungserlaubnis vorliegen, ist grundsätzlich ein Anspruch auf Leistungen nach dem SGB II gegeben.

Die Erlaubnis zum Daueraufenthalt-EG gem. § 9a AufenthG berechtigt einerseits zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit und ist gleichzeitig die Grundlage, in einem anderen Land unter vereinfachten Voraussetzungen eine Aufenthaltserlaubnis zu erhalten.

4. Aufenthaltserlaubnis gem. § 38a AufenthG

Personen, die eine Erlaubnis zum Daueraufenthalt – EG in einem anderen Land erworben haben, können in Deutschland eine Aufenthaltserlaubnis nach § 38a AufenthG beantragen. Diese Aufenthaltserlaubnis berechtigt ebenfalls grundsätzlich zu einem Anspruch auf Leistungen nach dem SGB II. Die Ausübung einer Erwerbstätigkeit kann hier grundsätzlich von der Bundesagentur für Arbeit erlaubt werden, so dass die Leistungsvoraussetzung der Erwerbsfähigkeit gem. § 8 Abs. 2 SGB II gegeben ist.

Sollte jedoch eine Person mit einer Aufenthaltserlaubnis nach § 38a AufenthG einen Antrag auf Leistungen nach dem SGB II stellen, so ist in jedem Fall Kontakt mit der Ausländerbehörde aufzunehmen, denn in diesem Fall kann der SGB II – Antrag die Rechtmäßigkeit der Aufenthaltserlaubnis gefährden.

5. Fiktionsbescheinigungen

Eine Fiktionsbescheinigung selbst ist kein Aufenthaltstitel, sondern die Bescheinigung darüber, dass

- die erstmalige Erteilung eines Aufenthaltstitels

oder

- die Verlängerung eines bestehenden Aufenthaltstitels

oder

- die Dokumentation eines Aufenthaltsrechts nach dem FreizügG/EU („Alt-Briten“) oder dem Abkommen EU-Schweiz

beantragt wurde (vgl. [B.II.6](#)). Eine Fiktionsbescheinigung ist kein Passersatz

Zu unterscheiden sind verschiedene Formen der Fiktionsbescheinigung, die unterschiedliche Folgen für den Anspruch auf Leistungen nach dem SGB II haben.

Die Wirkung der jeweiligen Antragsstellung entfaltet sich per Gesetz, die Fiktionsbescheinigung hat somit **nur deklaratorische Wirkung**. Das heißt, ein uns vorliegender Nachweis über die rechtzeitige Beantragung der Verlängerung eines Titels hat denselben Beweiswert wie eine Fiktionsbescheinigung. Sofern sich offensichtliche Widersprüche zwischen einer nachgewiesenen Antragsstellung bei der Ausländerbehörde und der vorgelegten Bescheinigung ergeben, ist im Zweifel Rücksprache mit der Ausländerbehörde zu halten.

5.1 § 81 Abs. 3 Satz 1 AufenthG (Erlaubnisfiktion) – Rücksprache JBC.22

§ 81 Abs. 3 Satz 1 AufenthG regelt die Fälle, in denen während eines Aufenthaltes, für den kein Aufenthaltstitel erforderlich ist, erstmalig ein Aufenthaltstitel beantragt wird. Dies betrifft bspw. die Fälle des visumfreien Aufenthalts. Staatsangehörige aus Ländern, die sich visumfrei in Deutschland aufhalten dürfen, können sich

pro Halbjahr maximal 90 Tage in Deutschland aufhalten. Eine Erwerbstätigkeit ist jedoch nicht gestattet (und kann auch nicht gestattet werden). Dies betrifft beispielsweise die USA, Südkorea, Japan, Australien und Kanada. Diese Personen erhalten von der Ausländerbehörde ggf. eine Fiktionsbescheinigung gem. § 81 Abs. 3 Satz 1 AufenthG, falls sie eine Aufenthaltserlaubnis beantragt haben. Die Fiktionsbescheinigung berechtigt diesen Personenkreis grundsätzlich nicht zu Leistungen nach dem SGB II, weil hier keine Erwerbstätigkeit erlaubt werden könnte und somit keine Erwerbsfähigkeit vorliegt. Leistungen sind daher bei dem SGB XII-Träger zu beantragen. Zudem mangelt es i.d.R. an einem gewöhnlichen Aufenthalt in der Bundesrepublik.

Es besteht jedoch ein Anspruch auf Leistungen nach dem SGB II dem Grunde nach, wenn die Ausländerbehörde die Erwerbstätigkeit ausdrücklich gestattet (oder diese gestattet werden könnte) und ein gewöhnlicher Aufenthalt in der Bundesrepublik vorliegt.

Darüber hinaus besteht ein Anspruch auf Leistungen nach §19 Abs. 1 S. 2 SGB II (früher „Sozialgeld“), wenn sich eine weitere erwerbsfähige und hilfebedürftige Person in der Bedarfsgemeinschaft befindet und ein gewöhnlicher Aufenthalt in der Bundesrepublik vorliegt.

EU-Staatsangehörige, die eine Fiktionsbescheinigung gem. § 81 Abs. 3 Satz. 1 AufenthG erhalten, sind erwerbsfähig, denn sie sind aufgrund des Freizügigkeitsgesetzes berechtigt, in Deutschland zu arbeiten und haben somit einen Leistungsanspruch nach dem SGB II, sofern ein gewöhnlicher Aufenthalt in der Bundesrepublik vorliegt.

Da die Konstellationen mannigfaltig sind, ist in Fällen einer Erlaubnisfiktion über die Expertenfachkräfte oder Teamleitungen Rücksprache mit JBC.22 zu halten.

Ausnahme von der Pflicht zur Rücksprache bei in Deutschland geborenen Kindern (s. [B.VI](#))

5.2 § 81 Abs. 3 Satz 2 AufenthG (Duldungsfiktion)

Unter diese Fallgruppe fallen Personen, die sich zunächst rechtmäßig visumfrei in Deutschland aufgehalten haben, dann aber den Antrag auf Verlängerung bzw. den Antrag auf Erlass einer Aufenthaltserlaubnis zu spät, d.h. nach Ablauf des erlaubten, visumfreien Aufenthalts, gestellt haben. Für diese Personengruppe gilt bis zur Entscheidung über ihren Antrag die Abschiebung als ausgesetzt. Sie sind geduldet und leistungsberechtigt nach § 1 AsylbLG.

In diesem Fall besteht gem. § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 SGB II kein Anspruch auf Leistungen nach dem SGB II.

5.3 § 81 Abs. 4 Satz 1 AufenthG (Fortgeltungsfiktion)

Die Fortgeltungsfiktion nach § 81 Abs. 4 Satz 1 AufenthG greift, wenn ein Aufenthaltstitel bereits erteilt wurde, die Geltungsdauer des Aufenthaltstitels abläuft und die Verlängerung oder die Erteilung eines anderen Aufenthaltstitels vor Ablauf des Aufenthaltstitels rechtzeitig beantragt wird. In diesem Fall wirkt die Geltung des ersten Aufenthaltstitels, dessen Verlängerung beantragt wurde, fort. Das heißt, die alten Regelungen bleiben bestehen.

Der Anspruch auf Leistungen nach dem SGB II richtet sich somit nach dem Aufenthaltstitel, der bei Beantragung der Verlängerung oder Erteilung eines anderen Aufenthaltstitels wirksam war.

Bei verspäteter Antragsstellung kann die Ausländerbehörde die Fortgeltung des alten Titels im Einzelfall anordnen (§81 Abs. 4 S. 3 AufenthG).

Beispiel

Die chinesische Staatsangehörige C hat ein nationales Visum (Visum für den längerfristigen Aufenthalt) zur Beantragung einer Aufenthaltserlaubnis für den Ehegattennachzug zu einem Deutschen gem. § 28 AufenthG.

Sie ist mit einem deutschen Staatsangehörigen verheiratet, der in Deutschland lebt. Ihr Visum läuft zum 01.08.2020 ab. Im Juli 2020 beantragt sie eine Aufenthaltserlaubnis gem. § 28 AufenthG und erhält eine Fiktionsbescheinigung.

Die chinesische Staatsangehörige hat dem Grunde nach einen Anspruch auf Leistungen nach dem SGB II, denn das Visum für den längerfristigen Aufenthalt berechtigt in ihrem Fall dem Grunde nach zu Leistungen nach dem SGB II. Daher berechtigt auch die Bescheinigung über die Fortgeltungsfiktion gem. § 81 Abs. 4 Satz 1 AufenthG zu Leistungen nach dem SGB II. Der Anspruch besteht bis zur Entscheidung der Ausländerbehörde über ihren Antrag. Es erfolgt, wenn keine weiteren Verkürzungsgründe hinzutreten, eine Bewilligung für 6 Monate bzw. bis zum Ende des Monats, in dem die Fiktionsbescheinigung abläuft (vgl. B.II.6). Wird der Antrag auf Verlängerung des Aufenthaltstitels abgelehnt, so besteht ab diesem Zeitpunkt kein weiterer Anspruch auf Leistungen nach dem SGB II. Wird ein neuer Aufenthaltstitel erteilt, so ist zu prüfen, ob der Aufenthaltstitel zu Leistungen nach dem SGB II berechtigt.

Beispiel

Die georgische Staatsangehörige G hat eine Aufenthaltserlaubnis gem. § 23 Abs. 1 AufenthG, die wegen des Krieges erteilt wurde. Bislang hatte sie einen Anspruch auf Leistungen nach dem AsylbLG. Die Aufenthaltserlaubnis läuft ab. Sie beantragt die Verlängerung fristgemäß.

In diesem Fall erhält sie ebenfalls eine Fiktionsbescheinigung gem. § 81 Abs. 4 Satz 1 AufenthG. Sie hat aber keinen Anspruch auf Leistungen nach dem SGB II, denn die Aufenthaltserlaubnis, die verlängert werden soll, berechtigt nicht zu Leistungen nach dem SGB II.

Im Falle einer Fiktionsbescheinigung gem. § 81 Abs. 4 Satz 1 AufenthG ist daher mit der Ausländerbehörde Kontakt aufzunehmen, wenn unklar ist,

- welcher aufenthaltsrechtliche Status vor der Beantragung der Verlängerung bestand

oder

- ob ggfs. aufgrund verspäteter Antragstellung ein Fall einer Duldungsfiktion nach § 81 Abs. 4 Satz 2 AufenthG vorliegt.

Zum Umgang mit auslaufenden Aufenthaltstiteln und der Fortgeltungsfiktion bitte auch Abschnitt [B.II.6](#) berücksichtigen.

6. Auslaufende Aufenthaltserlaubnisse und Bewilligungszeiträume

6.1 Beantragung der Leistungen mit einer während des vorgesehenen BWZ ablaufenden Aufenthaltserlaubnis:

Für alle Entscheidungen erfolgt dem Grunde nach eine endgültige Bewilligung bis zum Ende des Monats, in dem die Gültigkeit der Aufenthaltserlaubnis bzw. des sonstigen Aufenthaltstitels abläuft, sofern es keinen anderen Grund für eine vorläufige Bewilligung gibt.

Wenn es sich bei der ablaufenden Aufenthaltserlaubnis um einen Titel handelt, der höchstwahrscheinlich verlängert wird²⁸, sofern sich z.B. an der Situation im Heimatland oder den Familienverhältnissen nichts ändert, kann zusätzlich zur o.g. endgültige Bewilligung eine vorläufige Bewilligung für bis zu 6 zusätzliche Monate erfolgen. Als Grund ist die voraussichtliche Verlängerung der ablaufenden Aufenthaltserlaubnis anzugeben. Der Bescheid ergeht dann als kombinierte endg. und vorl. Bewilligung. Bei Bedarfsgemeinschaften, in denen verschiedene Aufenthaltserlaubnisse aufeinandertreffen, ist diese Regelung nur anzuwenden, wenn alle Aufenthaltserlaubnisse der BG wahrscheinlich verlängert werden. Bei unterschiedlichen Ablaufdaten ist immer von dem ersten Ablaufdatum auszugehen.

Beispiel 1: Eine Einzelperson (marokkanische Staatsangehörigkeit) mit einer Aufenthaltserlaubnis nach §25 Abs. 5 AufenthG die noch bis zu 25.11.2024 gültig ist beantragt im März 2024 Leistungen nach dem SGB II. Es gibt keinen anderen Grund für eine vorläufige Bewilligung und auch keinen anderen Grund für einen verkürzten Bewilligungszeitraum.

Lösung 1: Die Bewilligung erfolgt vom 01.03.2024 bis 30.11.2024

Beispiel 2: Eine BG aus 2 Personen (P1 hat die deutsche und P2 die argentinische Staatsangehörigkeit) stellen im März 2024 einen Antrag auf Leistungen nach dem SGB II. P2 hat eine Aufenthaltserlaubnis nach §28 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG, die vor 2 Jahren erteilt wurde und noch bis zum 28.11.2024 gültig ist. Es gibt keinen anderen Grund für eine vorläufige Bewilligung und auch keinen anderen Grund für einen verkürzten Bewilligungszeitraum.

Lösung 2: Die Bewilligung erfolgt vom 01.03.2024 bis 30.11.2024 (9 Monate) endgültig und für die Zeit vom 01.12.2024 bis 28.02.2025 vorläufig (3 Monate), sodass insgesamt eine Bewilligung für 12 Monate erfolgt.

Beispiel 3: Eine BG aus 2 Personen (P1 hat die syrische und P2 die iranische Staatsangehörigkeit) stellen im März 2024 einen Antrag auf Leistungen nach dem SGB II. P1 hat eine Aufenthaltserlaubnis nach §25 Abs. 2 AufenthG, die bis zum 28.06.2024 gültig ist. P2 hat eine Aufenthaltserlaubnis nach §25 Abs. 2 AufenthG, die bis zum 31.10.2024 gültig ist. Es gibt keinen anderen Grund für eine vorläufige Bewilligung und auch keinen anderen Grund für einen verkürzten Bewilligungszeitraum.

²⁸ S. hierzu Spalte G der Aufenthaltstitelliste

- Lösung 3: Die Bewilligung erfolgt vom 01.03.2024 bis 30.06.2024 (4 Monate) endgültig und für die Zeit vom 01.07.2024 bis 31.12.2024 vorläufig (6 Monate), sodass insgesamt eine Bewilligung für 10 Monate erfolgt. Ausschlaggebend für die Dauer des Bewilligungszeitraums ist immer die Aufenthaltserlaubnis, die zuerst abläuft.
- Beispiel 4: Eine Einzelperson (marokkanische Staatsangehörigkeit) mit einer Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 5 AufenthG, die noch bis zu 25.04.2025 gültig ist, beantragt im April 2025 Leistungen nach dem SGB II. Es gibt keinen anderen Grund für eine vorläufige Bewilligung und auch keinen anderen Grund für einen verkürzten Bewilligungszeitraum. Sie weist anhand einer E-Mail an die Ausländerbehörde die rechtzeitige Beantragung der Verlängerung ihres Aufenthaltstitels nach.
- Lösung 4: Die Bewilligung erfolgt vom 01.04.2025 bis 30.09.2025. Wir wissen, dass die Verlängerung des Aufenthaltstitels rechtzeitig beantragt wurde und somit die Fortgeltungsfiktion gilt. Da der Titel nicht zu denen gehört, die höchstwahrscheinlich verlängert werden, können wir erstmal nur für 6 Monate bewilligen, da dann erneut überprüft werden soll, ob es nun eine Entscheidung über die Verlängerung gibt.

6.2 Beantragung der Leistungen mit einem bereits abgelaufenen Aufenthaltstitel:

Personen, deren Aufenthaltserlaubnis abgelaufen ist, müssen einen Nachweis über die Beantragung der Verlängerung ihrer Aufenthaltserlaubnis erbringen oder eine aktuelle Fiktionsbescheinigung vorlegen.

Diesen Personen ist mit Mitwirkungsschreiben unter kurzer Fristsetzung die folgende Anforderung zukommen zu lassen:

„Beantragen Sie über das Integrationsportal der Stadt Wuppertal die Verlängerung der Aufenthaltserlaubnis von Person XY. Reichen Sie mir eine Kopie der Eingangsbestätigung als Nachweis Ihrer Bemühungen ein. Die Eingangsbestätigung erhalten Sie bei Nutzung des Portals per E-Mail., alternativ können Sie mir, falls vorhanden, die von der Ausländerbehörde erstellte Fiktionsbescheinigung vorlegen.“

Wird nachgewiesen, dass die Beantragung der Weiterverlängerung während der Gültigkeit der vorangegangenen Aufenthaltserlaubnis erfolgt ist:

Es gilt die Fortgeltungsfiktion gem. § 81 Abs. 4 Satz 1 AufenthG, d.h. der bisherige Aufenthaltstitel gilt vom Zeitpunkt seines Ablaufs bis zur Entscheidung der Ausländerbehörde als fortbestehend – auch ohne eine physisch erstellte Fiktionsbescheinigung der Ausländerbehörde.

Wurden zuvor mit der vorangegangenen Aufenthaltserlaubnis rechtmäßig Leistungen nach dem SGB II bezogen, so können diese auch weiterhin bewilligt werden. Eine Änderung kann erst durch die Entscheidung der Ausländerbehörde über die zukünftige Aufenthaltserlaubnis entstehen.

Wird nachgewiesen, dass die Beantragung der Weiterverlängerung erst nach Ablauf der Gültigkeit der vorangegangenen Aufenthaltserlaubnis erfolgt ist:

Wurde der Antrag auf Verlängerung eines Aufenthaltstitels verspätet gestellt, kann die Ausländerbehörde zur Vermeidung einer unbilligen Härte gem. § 81 Abs. 4 Satz 3 AufenthG die Fortgeltungswirkung (rückwirkend) anordnen. Ob die Fortgeltungsfiktion angeordnet wurde/wird, ist durch die SB LG über das interne Funktionspostfach kontakt.abh@stadt.wuppertal.de zu erfragen.

Sollte die Fortgeltungswirkung nicht angeordnet werden, so gilt der Aufenthalt der Person als nicht erlaubt. Die Person ist gem. § 50 AufenthG ausreisepflichtig und es besteht ein Anspruch auf Leistungen gem. § 1 Abs. 1 Nr. 5 AsylbLG. Der Antrag ist in diesen Fällen an R.204.2 weiterzuleiten.

Sonderregelung bei § 25 Abs. 1 und Abs. 2 AufenthG

Ist eine Aufenthaltserlaubnis gem. § 25 Abs. 1 oder Abs. 2 AufenthG von anerkannten Asylberechtigten oder Flüchtlingen ausgelaufen, so gilt auch bei einer verspäteten Antragstellung auf Verlängerung der Aufenthaltserlaubnis (nach Ablauf der Gültigkeit der vorangegangenen Aufenthaltserlaubnis) der Aufenthalt als erlaubt (§ 25 Abs. 1 Satz 3 i.V.m. Abs. 2 Satz 2 AufenthG). **Eine Rücksprache mit der Ausländerbehörde bzgl. der Anordnung der Fortgeltung ist daher in diesen Fällen entbehrlich.**

Bewilligungsdauer der Leistungen unter Berücksichtigung des Nachweises über die Beantragung der Verlängerung der Aufenthaltserlaubnis bzw. der Fiktionsbescheinigung

Liegt für mind. ein Mitglied der Bedarfsgemeinschaft „nur“ eine aktuelle Fiktionsbescheinigung oder ein aktueller Nachweis über die Beantragung einer Verlängerung der Aufenthaltserlaubnis vor und die Person ist damit leistungsberechtigt, können die Leistungen für die Dauer der Fiktionsbescheinigung mind. aber für 6 Monate (z.B. wenn uns nur die Eingangsbestätigung des Integrationsportals vorliegt) weiterbewilligt werden. Als Grund für die Verkürzung des Bewilligungszeitraums ist dann die zu erwartende Entscheidung der Ausländerbehörde über die weitere Aufenthaltsberechtigung anzugeben. Die Bewilligung erfolgt nicht deshalb vorläufig.

Ausnahme: In Fällen einer Fortgeltungsfiktion für einen Titel der gemäß Aufenthaltstitelliste höchstwahrscheinlich verlängert wird, kann eine endgültige Bewilligung (soweit kein Vorläufigkeitsgrund besteht) für den Zeitraum von **12 Monaten** erfolgen. **Eine Rücksprache mit der Ausländerbehörde ist hier i.d.R. nicht erforderlich.**

Vor der nächsten Bewilligung ist durch das Jobcenter bei der Ausländerbehörde zu erfragen, ob über den Antrag inzwischen entschieden wurde und welcher Aufenthaltstitel vergeben wurde, sofern nicht erneut eine aktuelle Fiktionsbescheinigung, oder ein neuer Aufenthaltstitel vorliegt. Die Prüfung der Anspruchsvoraussetzungen nach dem SGB II erfolgt dann anhand des neuen Aufenthaltstitels oder anhand der weiterhin gültigen Fiktion. Ist über den Antrag von der Ausländerbehörde noch nicht entschieden worden gilt die Fiktionswirkung weiter und es kann erneut wie oben beschrieben bewilligt werden.

III. Kein gewöhnlicher Aufenthalt, wenn Aufenthalt von vorneherein nur vorübergehend

Ein gewöhnlicher Aufenthalt wird nicht begründet, wenn der Aufenthaltstitel von vorneherein nicht verlängerbar oder der Aufenthalt auf einen kurzen Zeitraum begrenzt ist

Das gilt jedenfalls für:

- Ferienbeschäftigte
- Saisonarbeitskräfte

- Schaustellergehilfen
- Au-Pair-Beschäftigte
- Gastarbeitnehmer*innen
- Teilnehmende am europäischen Freiwilligendienst

In diesen Fällen liegt in der Regel kein gewöhnlicher Aufenthalt und mithin keine Leistungsberechtigung nach dem SGB II vor, da die oben genannten erwerbsfähigen Personen den Leistungsausschlüssen nach § 7 Abs. 1 SGB II unterliegen.

IV. Örtliche Zuständigkeit bei Wohnsitzregelungen im Sinne von § 12a AufenthG und Wohnsitzauflagen nach §12 AufenthG

Mit dem Integrationsgesetz ist im Jahr 2016 sind § 12a AufenthG und §36 Abs. 2 SGB II in Kraft getreten. Danach können bestimmte Aufenthaltsrechte eine Regelung zur Wohnsitznahme beinhalten. Gem. § 12a Abs. 1 AufenthG sind Asylberechtigte, Flüchtlinge im Sinne von § 3 Absatz 1 des AsylG oder subsidiär Schutzberechtigter im Sinne von § 4 Absatz 1 des AsylG verpflichtet, für den Zeitraum von drei Jahren nach der Anerkennung ihren Wohnsitz in dem Bundesland zu nehmen, in das sie zur Durchführung ihres Asylverfahrens zugewiesen worden sind.

Personen mit einer Aufenthaltserlaubnis gem. den §§ 22, 23 oder 25 Abs. 3 AufenthG sind verpflichtet, innerhalb der ersten drei Jahre nach Erteilung des Titels ihren Wohnsitz in dem Bundesland zu nehmen, in das sie zur Durchführung ihres Asylverfahrens zugewiesen worden sind.

Das gleiche gilt für die Familienangehörigen der vorgenannten Personengruppen. Diese haben in der Regel eine Aufenthaltserlaubnis nach § 30 oder § 32 AufenthG, ggf. aber auch andere Titel.

Die Verpflichtung zur Wohnsitznahme nach § 12a Abs. 1 AufenthG besteht nicht, wenn der Flüchtling oder sein Ehegatte, eingetragener Lebenspartner oder minderjähriges Kind eine sozialversicherungspflichtige Beschäftigung mit einem Stundenumfang von mindestens 15 Stunden wöchentlich aufnimmt oder aufgenommen hat und ein Einkommen erzielt wird, durch das diese Person mindestens den monatlichen durchschnittlichen Bedarf nach den §§ 20 und 22 SGB II decken kann. Entscheidend ist die Bedarfsdeckung der Einzelperson und nicht der Bedarfsgemeinschaft. Die Verpflichtung besteht ebenfalls nicht, wenn eine der vorgenannten Personen eine Berufsausbildung aufnimmt oder aufgenommen hat oder in einem Studien- oder Ausbildungsverhältnis steht.

Darüber hinaus ist es möglich, dass die Aufenthaltserlaubnis eine Wohnsitzregelung für eine bestimmte Stadt enthält. Die Aufenthaltserlaubnis kann auch eine so genannte negative Wohnsitzregelung enthalten, wonach die Person in bestimmten Orten den Wohnsitz nicht nehmen darf.

Flankierend zu § 12a AufenthG wurde im Rahmen des Integrationsgesetzes der § 36 Abs. 2 SGB II neu gefasst. Gem. § 36 Abs. 2 SGB II ist nur das Jobcenter für die Leistungen nach dem SGB II zuständig, in dessen Zuständigkeitsbereich eine der vorgenannten Personen ihren Wohnsitz zu nehmen hat.

Hält sich eine der vorgenannten Personen in einer **anderen Stadt** auf, als sie zugewiesen wurde, ist das Jobcenter für die Leistungen nach dem SGB II zuständig, in dessen Gebiet die Person nach Wohnsitzauflage den Wohnsitz zu nehmen hat. Ergibt sich aus der abweichenden Zuständigkeit eine ungenehmigte Abwesenheit i.S.d. §7b SGB II besteht für die Dauer des Aufenthalts in der „falschen“ Kommune kein Leistungsanspruch.

Beispiel

I hat die somalische Staatsangehörigkeit und ist subsidiär Schutzberechtigter. Er wurde zur Durchführung seines Asylverfahrens Hamburg zugewiesen. Am 30.09.2020 wurde er als Flüchtling im Sinne der Genfer Flüchtlingskonvention anerkannt. Er stellt in Wuppertal am 01.11.2020 einen Leistungsantrag.

I kann keine Leistungen nach dem SGB II durch das Jobcenter Wuppertal beziehen. Das Jobcenter Hamburg ist für die Erbringung der Leistungen nach dem SGB II zuständig. Da I zur Durchführung seines Asylverfahrens Hamburg zugewiesen worden ist, hat er gem. § 12a Abs. 1 AufenthG auch seinen Wohnsitz in Hamburg zu nehmen. Der Antrag ist an das JC Hamburg entsprechend weiterzuleiten. Das Jobcenter Hamburg wird die Leistungen aber für die Dauer des Aufenthalts in Wuppertal ablehnen, da bezogen auf die Zuständigkeit des JC Hamburg, eine nicht genehmigte Abwesenheit i.S.d. §7b SGB II vorliegt.

Hält sich eine der vorgenannten Personen in einem anderen Bundesland auf, als ihr zugewiesen wurde, ist das zuständige Jobcenter für die Leistungen nach dem SGB II nicht eindeutig definiert. Am zweckmäßigsten ist es, den Antrag an das für den letzten Wohnort im zugewiesenen Bundesland zuständige Jobcenter weiterzuleiten und den*die Kunden*in entsprechend zu informieren. Teilt die Person mit in eine andere Kommune in diesem Bundesland ziehen zu wollen, ist der Antrag dorthin weiterzuleiten.

Hat die Person noch nie einen Wohnsitz in dem zugewiesenen Bundesland gehabt, ist bei der Person formlos zu erfragen in welche Kommune Sie ziehen wird und ihr mitzuteilen, dass für uns sonst eine Feststellung der Zuständigkeit unmöglich ist. Wird uns keine Kommune benannt ist ihr der Vordruck „Keine_Zustaendigkeit_ermittelbar“ aus den KDN Vordrucken „Auslaender_innen“ auszuhändigen.

Wohnsitzauflagen bei geflüchteten Menschen aus der Ukraine:

Bei aus der Ukraine geflüchtete Person ohne Aufenthaltstitel nach §24, die aufgrund der ausgestellten Fiktionsbescheinigung einen Anspruch auf Leistungen nach dem SGB II haben, ist zu prüfen ob die Personen gemäß Ausländerzentralregister über eine Landeserstaufnahmeeinrichtung (LEA) aufgenommen wurden.

Wenn ja liegt höchstwahrscheinlich eine kommunenscharfe Wohnsitzregelung vor aus der sich eine konkrete Zuständigkeit ergibt. Diese kann direkt bei der Bezirksregierung Arnsberg erfragt werden.

Wohnsitzauflagen nach §12 AufenthG

Sollten Fälle mit einer Wohnsitzauflage nach §12 AufenthG die nicht Wuppertal oder NRW lautet auftauchen ist umgehend Rücksprache mit JBC.22 zu halten.

V. Prüfung der Erwerbsfähigkeit (§ 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 SGB II)

Gemäß § 8 Abs. 2 SGB II gelten Ausländer*innen als erwerbsfähig, wenn ihnen die Aufnahme einer Erwerbstätigkeit erlaubt ist oder erlaubt werden könnte.

Die Erwerbsfähigkeit kann dann bejaht werden, wenn ihnen rechtlich die Möglichkeit eröffnet ist, in Deutschland zu arbeiten.

„Erlaubt werden könnte“ die Aufnahme einer Beschäftigung, wenn eine Zulassung zum Arbeitsmarkt zwar noch nicht erfolgt ist, aber die rechtlichen Voraussetzungen grundsätzlich gegeben sind.

Ausweislich der Fachlichen Hinweise der Bundesagentur für Arbeit zu § 8 Rn. 8.19-22 ist grundsätzlich davon auszugehen, dass bei Drittstaatsangehörigen, die einen rechtmäßigen Aufenthaltstitel haben, eine Beschäftigung erlaubt werden könnte. Die Möglichkeit eines so genannten nachrangigen Arbeitsmarktzuganges reicht aus. Das bedeutet, dass die Möglichkeit einer Beschäftigungsaufnahme unter dem Vorbehalt einer Arbeitsmarktprüfung durch die Bundesagentur für Arbeit steht. Es kommt dann darauf an, ob zumindest rechtlich die Erlaubnis zur Beschäftigung erlaubt werden könnte, auch wenn gegebenenfalls in Bezug auf den angestrebten Arbeitsplatz eine Vorrangprüfung dies verhindert hat oder den bisherigen Zugang bereits verhindert hat.

Bei Drittstaatsangehörigen ergibt sich die Erlaubnis zur Erwerbstätigkeit grundsätzlich aus dem Aufenthaltstitel. Dieser sollte erkennen lassen, ob eine Erwerbstätigkeit erlaubt ist oder nicht.

Die Möglichkeit eines nachrangigen Arbeitsmarktzuganges ergibt sich leider nicht immer – eindeutig - aus dem Aufenthaltstitel.

Entsprechende Nebenbestimmungen der Ausländerbehörde können daher als Indiz für die Erwerbsfähigkeit herangezogen werden.

Selbst wenn der Aufenthaltstitel die Nebenbestimmung „Erwerbsfähigkeit nicht gestattet“ enthält, heißt das nicht in jedem Fall, dass eine Erwerbsfähigkeit nicht erlaubt werden könnte.

In den Fällen, in denen der Aufenthaltstitel den Vermerk: „Erwerbstätigkeit nicht gestattet“ oder keinen Vermerk enthält, ist Kontakt mit der Ausländerbehörde aufzunehmen, um zu klären, ob die theoretische Möglichkeit der Gestattung einer Erwerbstätigkeit besteht.

VI. Leistungsansprüche von Kindern bei Geburt in Deutschland

Kinder, die in Deutschland geboren werden und Teil einer bei uns leistungsberechtigten Bedarfsgemeinschaft sind, erhalten i.d.R. ab dem Tag ihrer Geburt Leistungen nach dem SGB II. Sie halten sich gemäß § 81 Abs. 2 S. 1 AufenthG innerhalb der ersten 6 Monate rechtmäßig in Deutschland auf. Für einige von ihnen muss aber binnen 6 Monaten ein Antrag auf eine Aufenthaltserlaubnis gestellt werden, damit sie nach Ablauf dieser Zeit weiter leistungsberechtigt im SGB II sind:

ALLE Sorgeberechtigten haben einen AT nach

§ 25 Abs. 4, 4b AufenthG

§ 25 Abs. 5 OHNE vorher abgeschlossenes Asylverfahren

§ 25a Abs. 2 AufenthG

§ 25b Abs. 4 AufenthG

§ 104a Abs. 1 S.1 AufenthG

§ 104b AufenthG

§ 104c AufenthG

Für in Deutschland geborene Kinder besteht, bis auf eine Ausnahme, ansonsten ab der Geburt, auch über den sechsten Monat hinaus, ein Anspruch auf Leistungen, da die Aufenthaltserlaubnis von Amts wegen zu erteilen ist.

Ein ausländerrechtlicher Ausschluss entsteht aber, wenn für das Kind ein Asylantrag gestellt wird, bevor ein Titel erteilt wird oder das Kind zu diesem Zeitpunkt einen Titel hatte, welcher durch den Asylantrag erlischt (§22, §23 oder §25 Abs. 3 bis 5 AufenthG). In diesen Fällen besteht ab der Asylantragsstellung für das Kind ein Anspruch auf Asylbewerberleistungen, die Eltern sind in diesen Fällen entsprechend zu beraten.

Achtung: Bei Eltern mit Fluchthintergrund oder Eltern mit einem Titel nach § 25 Abs. 5 AufenthG kommt es häufig vor, dass für die neugeborenen Kinder ein Antrag auf Asyl gestellt wird.

Daher ist mit Bewilligung der Leistungen für Kinder von Eltern mit einem Aufenthaltstitel nach §25 Abs. 1 bis 5 ein Erstattungsanspruch an 204-FlueAG@stadt.wuppertal.de zu senden.

AUSNAHME:

In einer Konstellation besteht für ein in Deutschland geborenes Kind ab Geburt ausnahmsweise kein Anspruch auf Leistungen nach dem SGB II:

ALLE Sorgeberechtigten haben einen AT nach § 25 Abs. 5 AufenthG NACH abgeschlossenem Asylverfahren bekommen. Dies lässt sich anhand des Ausländerzentralregisters ermitteln.

Mit Erteilung der Aufenthaltserlaubnis ergibt sich der weitere Anspruch aus der Wirkung des Aufenthaltstitels (s. [Aufenthaltstitelliste](#)).

VII. Leistungsansprüche von Personen mit Fluchthintergrund und Ansprüche nach dem AsylbLG

Drittstaatsangehörige sind von Leistungen nach dem SGB II ausgeschlossen, wenn sie einen Anspruch auf Leistungen nach dem AsylbLG haben.

Anspruchsberechtigt nach § 1 AsylbLG sind Asylbewerber*innen, Ausländer*innen mit Duldung, sonstige ausreisepflichtige Ausländer*innen (ohne einen legalen Status) sowie in Einzelfällen auch Ausländer*innen mit Aufenthaltserlaubnissen aus humanitären Gründen.

1. Allgemeines zum Asylverfahren

Der überwiegende Teil der Personen mit Fluchthintergrund durchläuft in Deutschland das reguläre Asylverfahren beim Bundesamt für Migration und Flüchtlinge (BAMF). Diese Personen stellen zunächst einen Asylantrag. Sie erhalten für die Dauer des Asylverfahrens i.d.R. eine Aufenthaltsgestattung und sind in dieser Zeit Leistungsberechtigte nach dem AsylbLG.

Liegen die Voraussetzungen des Art. 16a GG vor und werden die Drittstaatsangehörigen als Asylberechtigte anerkannt, erhalten sie eine Aufenthaltserlaubnis gem. § 25 Abs. 1 AufenthG.

Es besteht darüber hinaus die Möglichkeit, dass das BAMF den Drittstaatsangehörigen die Flüchtlingseigenschaft nach der Genfer Flüchtlingskonvention anerkennt. Dies ist der Fall, wenn der Person bei Rückkehr in das Herkunftsland Verfolgung im Sinne von § 60 Abs. 1 AufenthG droht, ihr Leben oder ihre Freiheit somit wegen ihrer Rasse, Religion, Nationalität, ihrer Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe oder wegen ihrer politischen Überzeugung bedroht ist. In diesem Fall erhält die Person eine Aufenthaltserlaubnis gem. § 25 Abs. 2 Satz 1 Alt. 1 AufenthG.

Weiterhin kann Drittstaatsangehörigen subsidiärer Schutz zuerkannt werden, wenn Gründe für die Annahme bestehen, dass ihnen im Herkunftsland ein ernsthafter Schaden droht. Unter diese Schäden wird beispielsweise die Verhängung oder Vollstreckung der Todesstrafe oder Folter gefasst. Nach diesem Ausgang des Asylverfahrens erhalten die Flüchtlinge eine Aufenthaltserlaubnis gem. § 25 Abs. 2 Satz 1 Alt. 2 AufenthG.

Ferner kann das BAMF auch ein Abschiebungsverbot feststellen. In diesem Fall erhalten Drittstaatsangehörige eine Aufenthaltserlaubnis gem. § 25 Abs. 3 AufenthG.

Mit allen vorgenannten Aufenthaltserlaubnissen besteht ein Anspruch auf Leistungen nach dem SGB II.

Ein Leistungsanspruch nach dem SGB II kann aber auch schon vor Erteilung der jeweiligen Aufenthaltserlaubnis bestehen.

Die Ausländerbehörde stellt für den Zeitraum bis zur Erteilung der Aufenthaltserlaubnis nach den §§ 25 Abs. 1 - 3 AufenthG eine Fiktionsbescheinigung aus, aus der hervorgeht, dass es sich z.B. um eine Person mit anerkannter Flüchtlingseigenschaft handelt.

Im Zweifelsfall haben die betroffenen Personen auch ohne die Fiktionsbescheinigung einen Anspruch auf Leistungen nach dem SGB II. Der Bescheid vom BAMF ist zunächst ausreichend. Der Nachweis über die Beantragung der Aufenthaltserlaubnis ist jedoch unverzüglich durch die Antragsteller*innen nachzureichen.

Beispiel

Ein syrischer Staatsangehöriger spricht in der Eingangszone vor. Er sagt, er sei ein anerkannter Flüchtling. Auf Nachfrage legt er einen Bescheid des BAMF vor, wonach ihm die Flüchtlingseigenschaft zuerkannt wurde. Er hat weder eine Aufenthaltserlaubnis noch eine Fiktionsbescheinigung. Er hat nur einen Nachweis, dass er bei der Ausländerbehörde vorgesprochen hat.

Der syrische Staatsangehörige hat ab dem Monat, der auf die Wirksamkeit (=Bekanntgabe) des Bescheides über die Anerkennung als Flüchtling folgt, einen Anspruch auf Leistungen nach dem SGB II.

Lehnt das BAMF den Asylantrag ab, gilt die betroffene Person als vollziehbar ausreisepflichtig. Möglich ist, dass in diesem Fall eine Duldung gem. § 60a AufenthG erteilt wird. Mit der Duldung hat die Person weiterhin einen Anspruch auf Leistungen nach dem AsylbLG. Bei erfolgreicher Integration besteht grundsätzlich die Möglichkeit, einen Aufenthaltstitel gem. § 25 Abs. 5 AufenthG zu erhalten.

Familienangehörige von Asylberechtigten und Konventionsflüchtlingsen (=Flüchtlinge im Sinne der Genfer Flüchtlingskonvention) haben die Möglichkeit auf das so genannte Familienasyl, die Familienflüchtlingsanerkennung gem. § 26 AsylG. In diesem Fall erhalten die Familienangehörigen selbst die

Anerkennung als Asylberechtigte oder als Flüchtlinge nach der Genfer Flüchtlingskonvention. Dazu müssen sie ebenfalls das Verfahren vor dem BAMF durchlaufen.

Familienangehörige von Personen mit anerkanntem Fluchthintergrund haben darüber hinaus grundsätzlich die Möglichkeit, eine Aufenthaltserlaubnis nach § 30 bzw. § 32 AufenthG zu erhalten. Die Voraussetzungen für die Erteilung sind von der Art des Aufenthaltstitels des*der Stammberechtigten abhängig.

Mit den Aufenthaltserlaubnissen gem. § 30 bzw. § 32 AufenthG besteht grundsätzlich ein Anspruch auf Leistungen nach dem SGB II. Es besteht kein Leistungsausschluss während der ersten drei Monate für Familienangehörige von Personen mit anerkanntem Fluchthintergrund (vgl. § 7 Abs. 1 Satz 3 SGB II).

2. Aufenthaltserlaubnisse, die zu Leistungen nach dem AsylbLG berechtigen

2.1 §23 Abs. 1 AufenthG

Eine Aufenthaltserlaubnis gem. § 23 Abs. 1 AufenthG kann „wegen des Krieges“ ausgestellt werden. In beiden Fällen besteht ein Leistungsausschluss für Leistungen nach dem SGB II.

Personen mit syrischer Staatsangehörigkeit wird die Aufenthaltserlaubnis nach § 23 Abs. 1 AufenthG in der Regel wegen des Krieges erteilt und sind mithin von Leistungen nach dem SGB II ausgeschlossen.

Die Aufenthaltserlaubnis gem. § 23 Abs. 1 AufenthG kann aber auch so genannten Bleibeberechtigten ausgestellt werden.²⁹ In diesem Fall besteht ein Anspruch nach dem SGB II. Daher ist hier Kontakt zur Ausländerbehörde aufzunehmen, falls sich nicht aus der Aufenthaltserlaubnis oder dem Zusatzblatt ergibt, dass der Titel wegen des Krieges ausgestellt worden ist.

2.2 §25 Abs. 5 AufenthG

Personen mit einem Aufenthaltstitel nach § 25 Abs. 5 AufenthG sind Leistungsberechtigte nach dem AsylbLG, sofern die Aussetzung der Abschiebung (Duldung) weniger als 18 Monate zurückliegt. Liegt die Aussetzung der Abschiebung mindestens 18 Monate zurück, besteht ein Anspruch auf Leistungen nach dem SGB II.

Beispiel

Eine Person mit albanischer Staatsangehörigkeit hat einen Asylantrag gestellt. Der Asylantrag wird abgelehnt. Mit der Ablehnung des Asylantrages ist die Person vollziehbar ausreisepflichtig. Da Ausreisehindernisse bestehen, erhält die Person eine Duldung. Die Duldung ist die vorübergehende Aussetzung der Abschiebung. Nach zwei Jahren weiteren Aufenthaltes erhält die Personen eine Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 5

²⁹ **Exkurs: Bleiberechts- / Altfallregelungen**

Ausländer, die bislang nur eine Duldung nach § 60a AufenthG besaßen, konnten aufgrund der Regelung zum Bleiberecht und der gesetzlichen Altfallregelung eine Aufenthaltserlaubnis nach § 23 Abs. 1 AufenthG erhalten. Dies betraf Ausländer, die sich bereits über einen längeren Zeitraum geduldet in Deutschland aufgehalten hatten und die wirtschaftlich sowie sozial als integriert galten. Diesen Personen wurde ein Bleiberecht gewährt. Personen mit syrischer Staatsangehörigkeit mit einem Aufenthaltstitel nach § 23 Abs. 1 AufenthG haben in der Regel einen Titel wegen des Krieges (siehe hierzu auch die [Anlage](#)).

AufenthG. Die Person hat mit der Erteilung des Aufenthaltstitels nach § 25 Abs. 5 AufenthG einen Anspruch auf Leistungen nach dem SGB II, weil die Aussetzung der Abschiebung mehr als 18 Monate zurückliegt.

Minderjährige Kinder, die eine Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 5 AufenthG haben, sind gem. § 1 Abs. 3 Satz 2 AsylbLG Leistungsberechtigte nach dem SGB II, wenn die Eltern Leistungsberechtigte nach dem SGB II sind und die Eltern einen Titel gem. § 25 Abs. 5 AufenthG besitzen. Es kommt in diesem Fall für die Kinder nicht darauf an, dass die Aussetzung der Abschiebung mehr als 18 Monate zurückliegt. Falls die Eltern eine andere Aufenthaltserlaubnis als § 25 Abs. 5 AufenthG haben, gilt diese Regelung für die Kinder jedoch nicht. In diesen Konstellationen haben die Kinder mit einer Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 5 AufenthG erst einen Anspruch auf Leistungen nach dem SGB II, wenn die Aussetzung der Abschiebung 18 Monate bzw. die Erteilung des Aufenthaltstitels 18 Monate zurückliegt.

Beispiel

V mit nigerianischer Staatsangehörigkeit hat seit 18 Monaten eine Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 5 AufenthG. Nun kommt ihr minderjähriges Kind A nach Deutschland, das ebenfalls die nigerianische Staatsangehörigkeit hat. Das Kind A erhält eine Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 5 AufenthG.

Das Kind A hat auch, ab Erteilung des Titels nach § 25 Abs. 5 AufenthG, einen Anspruch auf Leistungen nach dem SGB II, weil es ein minderjähriges Kind einer Person (der V) mit Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 5 AufenthG ist, deren Aussetzung der Abschiebung bereits 18 Monate zurückliegt.

Abwandlung:

B hat die mexikanische Staatsangehörigkeit und eine Aufenthaltserlaubnis nach § 28 AufenthG. Am 01.07.2020 kommt ihr Kind Y zur Welt. Das Kind Y erhält am 01.08.2020 eine Aufenthaltserlaubnis gem. § 25 Abs. 5 AufenthG.

Das Kind Y ist ab dem 01.08.2020 Leistungsberechtigter nach dem AsylbLG. Ein Anspruch auf Leistungen nach dem SGB II besteht erst nach Ablauf von 18 Monaten nach Erteilung des Titels gem. § 25 Abs. 5 AufenthG

2.3 Weitere Aufenthaltstitel bzw. Bescheinigungen, die nicht zu Leistungen nach dem SGB II berechtigen

- **§ 25 Abs. 4 Satz 1 AufenthG** (Abschiebung derzeit nicht möglich, weil bspw. das Schülende abgewartet werden muss, wegen einer Zeugenaussage in einem Prozess, wegen der Pflege eines Angehörigen)
- **§ 60a AufenthG** (Duldung, die Abschiebung ist aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen derzeit nicht möglich, Beispiel: Pass abgelaufen, Schulabschluss steht bevor, Operation)

2.4 Leistungsberechtigungen ab Asylgesuch oder Asylantrag

Seit dem 01.09.2019 sind gem. § 1 Abs. 1 Nr. 1a AsylbLG alle Personen, die ein Asylgesuch stellen, leistungsberechtigt nach dem AsylbLG. Dies betrifft i.d.R. Personen, die an der Bundesgrenze den Wunsch nach Asyl äußern. Diese werden danach Erstaufnahmeeinrichtungen zugeordnet und können von dort den Asylantrag stellen. In dem Zusammenhang des Asylantrages wird dann eine Aufenthaltsgestattung ausgesprochen, die gem. § 1 Abs. 1 Nr. 1 AsylbLG zu Leistungen nach dem AsylbLG berechtigt.

Personen mit bereits erteilter Aufenthaltserlaubnis

Sollte eine Person (häufig Kinder von bereits anerkannten Personen mit Fluchthintergrund), die

- bereits eine Aufenthaltserlaubnis mit Geltungsdauer von mehr als 6 Monaten³⁰ erhalten hat
oder
- nach Gültigkeitsablauf einer zuvor genannten Aufenthaltserlaubnis über eine Fortgeltungsfiktion nach § 81 Abs. 4 AufenthG verfügen,

einen Asylantrag stellen, so wird die Ausländerbehörde im Regelfall keine Aufenthaltsgestattung aussprechen, da die meisten Aufenthaltstitel bestehen bleiben. Gem. § 1 Abs. 2 AsylbLG sind diese Personen im Regelfall dann nicht leistungsberechtigt nach dem AsylbLG, sondern es besteht dem Grunde nach – abhängig von der bisherigen Aufenthaltserlaubnis - ein Anspruch nach dem SGB II.

Diese Regelung gilt nicht für die in § 1 Abs. 1 Nr. 3 AsylbLG genannten Aufenthaltserlaubnisse. Hier bleibt weiterhin eine Leistungsberechtigung nach dem AsylbLG bestehen; dieser Personenkreis ist jedoch ohnehin nicht leistungsberechtigt nach dem SGB II.

Personen ohne bereits erteilte Aufenthaltserlaubnis

Sollte eine Person ein Asylgesuch oder einen Asylantrag stellen und noch nicht im Besitz einer Aufenthaltserlaubnis sein (z.B. neugeborene Kinder von Personen mit anerkanntem Fluchthintergrund), so wird seitens der Ausländerbehörde im Regelfall eine Aufenthaltsgestattung ausgesprochen. Ab Asylantragstellung sind diese dann nicht mehr leistungsberechtigt nach dem SGB II, sondern nach dem AsylbLG. Daher ist in Fällen, in denen Kinder von Personen mit einem Aufenthaltstitel nach §25 Abs. 1 bis 5 AufenthG noch keinen eigenen Aufenthaltstitel haben, grundsätzlich immer ein EA beim Ressort 204.2 vorsorglich anzumelden (per E-Mail an 204-FlueAG@stadt.wuppertal.de).

3. Ende der Leistungsberechtigung nach dem Asylbewerberleistungsgesetz

Gem. § 1 Abs. 3 AsylbLG endet die Leistungsberechtigung mit der Ausreise oder mit Ablauf des Monats, in dem die Leistungsvoraussetzung entfällt.

Hier sind drei Fälle zu unterscheiden:

3.1 §25 Abs. 5 AufenthG – Anspruchsbeginn im SGB II

Hat eine Person einen Aufenthaltstitel gem. § 25 Abs. 5 AufenthG, endet die Leistungsberechtigung nach dem AsylbLG mit Ablauf des Monats, in welchen der Tag fällt, an dem die 18-Monatsfrist beendet ist.

Beispiel

F mit kenianischer Staatsangehörigkeit erhält am 27.11.2019 eine Duldung und anschließend am 15.01.2020 eine Aufenthaltserlaubnis gem. § 25 Abs. 5 AufenthG. Die 18-Monatsfrist ab Beginn der Duldung endet am 27.05.2021. Die Leistungsberechtigung nach dem Asylbewerberleistungsgesetz endet am 31.05.2021.

³⁰ Vgl. § 55 Abs. 2 AsylG

Sollten sodann Leistungen nach dem SGB II beantragt werden, ist der Aufhebungsbescheid der Ausländerbehörde bezüglich der Leistungen nach dem AsylbLG anzufordern.

Für minderjährige Kinder, die eine Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 5 AufenthG besitzen und die mit ihren Eltern in einer Haushaltsgemeinschaft leben, endet die Leistungsberechtigung nach dem AsylbLG gem. § 1 Abs. 3 Satz 2 AsylbLG auch dann, wenn die Leistungsberechtigung eines Elternteils, der eine Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 5 AufenthG besitzt, entfallen ist. Sind die 18 Monate eines Elternteils mit Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 5 AufenthG abgelaufen, können also auch dessen Kinder mit einer Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 5 AufenthG SGB II-Leistungen erhalten, selbst, wenn die 18 Monate bei dem Kind noch nicht abgelaufen sind.

3.2 Anerkennung als Asylberechtigter*e, Person mit Fluchthintergrund oder subsidiär Schutzberechtigter*e

Wird eine Person vom BAMF als Asylberechtigter*e, subsidiär Schutzberechtigter*e oder als Person mit Fluchthintergrund in Sinne der Genfer Flüchtlingskonvention anerkannt, erhält die Person zunächst einen Anerkennungsbescheid. Die Leistungsberechtigung nach dem SGB II beginnt mit Ablauf des Monats, in dem der Anerkennungsbescheid wirksam (=bekanntgegeben) wurde. Der Anspruch auf Leistungen nach dem SGB II besteht auch schon vor Erteilung eines entsprechenden Aufenthaltstitels gem. § 25 Abs. 1 oder 2 AufenthG.

Für den Fall, dass das BAMF den Asylantrag zunächst abgelehnt hat, beginnt die Leistungsberechtigung nach dem SGB II mit Ablauf des Monats, in dem das Urteil des Gerichts über die Anerkennung des zunächst verweigerten Status rechtskräftig geworden ist.

3.3 Anerkennung als national Schutzberechtigter*e

Ferner kann das BAMF ein Abschiebungsverbot nach § 60 Abs. 5 oder 7 AufenthG feststellen. Auch in diesen Fällen besteht ein Anspruch auf Leistungen nach dem SGB II, wenn ein Aufenthaltstitel nach § 25 Abs. 3 AufenthG beantragt und zugesprochen wird. Die Anspruchsberechtigung im SGB II beginnt in diesen Fällen mit Ablauf des Monats, in dem der Titel nach § 25 Abs. 3 AufenthG bekannt gegeben wird.

Die Bekanntgabe erfolgt entweder durch Aushändigung des Aufenthaltstitels oder durch Ausgabe einer Bescheinigung über die Erteilung eines Titels nach § 25 Abs. 3 AufenthG in den Fällen, in denen die Erstellung des „Kärtchens“ noch weitere Zeit in Anspruch nimmt.

Beispiel:

J hat die pakistanische Staatsangehörigkeit und einen Asylantrag gestellt. Das BAMF lehnt die Anerkennung als Asylberechtigter sowie die Anerkennung als Flüchtling im Sinne der Genfer Flüchtlingskonvention ab, stellt aber die Eigenschaft als national Schutzberechtigter fest. Die Entscheidung der Ausländerbehörde über die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 3 AufenthG wurde J am 05.12.2023 bekannt gegeben.

Damit endet die Leistungsberechtigung nach dem AsylbLG mit Ablauf des Monats Dezember 2023. Ab dem 01.01.2024 besteht ein Anspruch auf Leistungen nach dem SGB II

4. Keine Leistungsberechtigung im SGB II – Anspruch nach dem AsylbLG

Anträge von Personen, die gemäß § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 SGB II keinen Leistungsanspruch nach dem SGB II besitzen, sind nicht durch einen Ablehnungsbescheid des Jobcenters zu bescheiden, sondern an R. 204.2 weiterzuleiten. Eine Bescheid-Erteilung erfolgt dann von dort.

Die Antragsunterlagen sowie alle vorhandenen, leistungserheblichen Unterlagen werden durch die LG per E-Mail als PDF an folgende Adresse gesendet: 204-wirtschaftliche-Hilfe@stadt.wuppertal.de

Die leistungsbeantragenden Personen werden über die Weiterleitung mit dem im Ordner „Auslaender_innen“ in KDN.LMG hinterlegten Schreiben „Weiterleitung_kein_Anspruch_AsyblG“ informiert.

Sollte es sich um einen laufenden Fall handeln, bei dem während der Bewilligung ein Aufenthaltsrecht von der Ausländerbehörde aberkannt wird, so sind die Leistungen ab dem nächstmöglichen Zeitpunkt aufzuheben. Eine automatische Weiterleitung an den Leistungsträger nach dem AsylbLG erfolgt nicht.

5. Abweichende Leistungserbringung in Gemeinschaftsunterkünften ohne Selbstversorgungsmöglichkeit

Seit dem 01.01.2024 können Teile des Regelbedarfs als Sachleistung erbracht werden, wenn leistungsberechtigte Personen in einer Gemeinschaftsunterkunft ohne Selbstversorgungsmöglichkeit untergebracht sind. Die Beträge sind in § 68 SGB II festgelegt und von der Höhe der individuellen Regelbedarfe abhängig. Die Umsetzung erfolgt durch eine Auszahlung an den Anbieter (aktuell die Stadt Wuppertal für die Unterbringung im Art-Hotel Bockmühle 18) und eine entsprechende Erklärung im Bescheid (Textbaustein „Regelbedarf als Sachleistung §68 SGB II“).

VIII. Leistungsausschluss während der ersten drei Monate

Gemäß § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 SGB II sind Ausländer*innen, die weder in der Bundesrepublik Deutschland Arbeitnehmer*innen oder Selbständige noch aufgrund des § 2 Abs. 3 FreizügG/EU freizügigkeitsberechtigt sind, und ihre Familienangehörigen für die ersten drei Monate ihres Aufenthalts von Leistungen nach dem SGB II ausgeschlossen.

Daraus folgt ein grundsätzlicher Leistungsausschluss für Drittstaatsangehörige während der ersten drei Monate ihres Aufenthalts.

1. Ausnahme: Familienangehörige von Deutschen

Eine Ausnahme vom Leistungsausschluss während der ersten drei Monate gilt für Drittstaatsangehörige, die Familienangehörige von Deutschen sind. Dies betrifft insbesondere Kinder, Ehegatten oder sorgeberechtigte Personen von Deutschen mit einem Aufenthaltstitel nach § 28 AufenthG. Diese haben grds. einen Anspruch auf Leistungen nach dem SGB II auch schon während der ersten drei Monate ihres Aufenthaltes.³¹

2. Ausnahme: Aufenthaltsrecht aus humanitären Gründen insbesondere anerkannte Flüchtlinge

³¹ BSG, 30.01.2013 - B 4 AS 37/12 R

Eine Ausnahme vom Leistungsausschluss während der ersten drei Monate besteht gem. § 7 Abs. 1 Satz 3 SGB II, wenn Drittstaatsangehörige ein Aufenthaltsrecht aus humanitären Gründen besitzen. Dies sind insbesondere Personen mit anerkanntem Fluchthintergrund.

Personen mit den folgenden Aufenthaltstiteln haben bereits innerhalb der ersten drei Monate einen Leistungsanspruch nach dem SGB II:

- **§ 22 AufenthG** (Aufnahme aus dem Ausland aus völkerrechtlichen oder dringenden humanitären Gründen)
- **§ 23 Abs. 2 AufenthG** (Aufenthaltsgewährung durch die obersten Landesbehörden; Aufnahme bei besonders gelagerten politischen Interessen)
- **§ 23 Abs. 4 AufenthG** (Resettlement-Flüchtlinge)
- **§ 23a AufenthG** (Aufenthaltsgewährung in Härtefällen)
- **§§ 25 Abs. 1, 2 und 3 AufenthG** (Personen mit anerkanntem Fluchthintergrund)
- **Ggf. § 25 Abs. 5 AufenthG** (vgl. § 1 Abs. 3 Satz 2 AsylbLG)
- **§ 104a AufenthG** (Übergangsregelungen)

3. Familienangehörige von Personen mit einer Aufenthaltserlaubnis aus humanitären Gründen (insbesondere Personen mit anerkanntem Fluchthintergrund)

Familienangehörige von Personen mit einer Aufenthaltserlaubnis aus humanitären Gründen sind ebenfalls nicht während der ersten drei Monate des Aufenthaltes von Leistungen nach dem SGB II ausgeschlossen.

Maßgeblich ist, ob die „Bezugsperson“ der Familienangehörigen während der ersten drei Monate aufgrund ihrer Aufenthaltserlaubnis von Leistungen nach dem SGB II ausgeschlossen ist oder nicht.

Die Familienangehörigen brauchen jedoch eine gültige Aufenthaltserlaubnis. In der Regel haben sie eine Aufenthaltserlaubnis gem. § 30 AufenthG (Ehepaare, eingetragene Lebenspartnerschaft) oder gem. § 32 AufenthG (Kinder).

Beispiel

Eine Person mit syrischer Staatsangehörigkeit stellt einen Leistungsantrag. Sie ist vor zwei Wochen eingereist. Sie hat eine Aufenthaltserlaubnis nach § 30 AufenthG. Auf Nachfrage stellt sich heraus, dass ihr bereits in Deutschland lebender Ehemann eine Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 2 Satz 1, Alt. 1 AufenthG hat.

Die syrische Staatsangehörige hat sofort einen Leistungsanspruch. Die „Bezugsperson“ (ihr Ehemann) hat eine Aufenthaltserlaubnis aus humanitären Gründen. Daher findet der Leistungsausschluss während der ersten drei Monate des Aufenthalts keine Anwendung.

Ggf. haben die Familienangehörigen noch keine Aufenthaltserlaubnis nach §§ 30, 32 AufenthG, sondern nur ein Visum zum Zwecke der Familienzusammenführung. Sie benötigen in der Regel ein Visum zur Einreise nach Deutschland, um hier die Aufenthaltserlaubnis nach §§ 30, 32 AufenthG zu beantragen. Für Familienangehörige von Personen mit anerkanntem Fluchthintergrund mit einem Leistungsanspruch nach

dem SGB II besteht bereits ab der Einreise mit dem Visum zum Zwecke der Familienzusammenführung ein Leistungsanspruch nach dem SGB II.

4. Ausnahme: Familienangehörige und nahestehende Personen von EU-Freizügigkeitsberechtigten

Familienangehörige und nahestehende Personen von freizügigkeitsberechtigten europäischen Personen können sich Aufenthaltsrechte nach dem Freizügigkeitsgesetz ableiten, die zu Leistungen nach dem SGB II berechtigen (siehe. hierzu Teil A dieses Bearbeitungshinweises).

IX. Vorgehensweise, wenn kein Pass vorhanden bzw. Pass abgelaufen

Sollten Drittstaatsangehörige kein gültiges Passdokument vorlegen, so ist das grundsätzlich kein Grund, mit dem ein Anspruch auf Leistungen nach dem SGB II abzulehnen ist.

Zunächst ist zu prüfen, ob die Identität der Drittstaatsangehörigen anhand anderer Identitätsnachweise festgestellt werden kann, wie zum Beispiel eines Führerscheins. Zudem enthalten die neueren Aufenthaltserlaubnisse in der Regel ein Foto. Eine Krankenversicherungskarte alleine ist i.d.R. als Identitätsnachweis nicht geeignet, da bei der Erstellung der Karte kein Abgleich zwischen der Identität des*der Karteninhabers*in mit dem eingereichten Foto erfolgt. Eine Krankenversicherungskarte kann aber mit weiteren personengebundenen Nachweisen ein Indiz für die Identität der antragstellenden Person darstellen.

Sollten weiterhin Zweifel bestehen, so ist Kontakt mit der Ausländerbehörde aufzunehmen und ggf. sind die Drittstaatsangehörigen aufzufordern, in Kontakt mit ihrer Botschaft zu treten, um eine Bestätigung über ihre Identität einzuholen.

Hintergrund ist, dass Drittstaatsangehörige ihre Identität bereits bei der Ausländerbehörde nachweisen mussten. Sollte kein gültiger Pass vorliegen, so ist dies in der Regel bei der Ausländerbehörde bekannt. Beispielsweise ist es möglich, dass das Herkunftsland die Ausstellung eines gültigen Passes schlicht verweigert oder die Beibringung eines gültigen Passes mit einem unverhältnismäßigen Aufwand verbunden wäre.

X. Zweifel an der Rechtmäßigkeit einer Aufenthaltserlaubnis wegen fehlender Existenzsicherung

Die Rechtmäßigkeit einer Aufenthaltserlaubnis kann vom Jobcenter Wuppertal grundsätzlich nicht geprüft oder abgeändert werden. Ist eine Aufenthaltserlaubnis von der Ausländerbehörde erteilt worden, so ist das Jobcenter an die Entscheidung der Ausländerbehörde gebunden.

Allerdings sollte in Fällen, in denen bei einem Antrag auf Leistungen nach dem SGB II seit Erteilung der Aufenthaltserlaubnis erst wenige Wochen bzw. Monate vergangen sind und diese Aufenthaltserlaubnis eine ausreichende Existenzsicherung voraussetzt und kein oder nur ein geringes Einkommen vorhanden ist, Kontakt mit der Ausländerbehörde aufgenommen und geklärt werden, ob von dort die Aufenthaltserlaubnis aufzuheben ist. Dies betrifft vor allem den Familiennachzug von Ausländern*innen zu Ausländern*innen.

Sollte die Ausländerbehörde ihre Entscheidung nicht aufheben oder widerrufen, so besteht dem Grunde nach ein Anspruch auf Leistungen nach dem SGB II.

XI. Vorgehensweise bei einer Verpflichtungserklärung

Im Rahmen der Beantragung einer Aufenthaltserlaubnis kann die Ausländerbehörde eine sogenannte Verpflichtungserklärung nach § 68 AufenthG verlangen, wenn die eigene Sicherstellung des Lebensunterhalts zwingende Voraussetzung für die Erteilung des Aufenthaltstitels ist und die Prüfung unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls ansonsten zu einer Ablehnung des Aufenthaltstitels führen würde.

Sollte hinsichtlich der ausreichenden Existenzsicherung eine Verpflichtungserklärung abgegeben worden sein, so ist Kontakt mit der Ausländerbehörde aufzunehmen. Dies gilt auch für die Fälle, in denen seit Erteilung des Aufenthaltstitels einige Zeit vergangen ist.

Das Vorliegen einer Verpflichtungserklärung führt jedoch nicht zum Leistungsausschluss nach dem SGB II. Es kann aber ein Erstattungsanspruch des Jobcenters gegen die Person entstehen, die die Verpflichtungserklärung abgegeben hat.

Im Falle eines Visums zum Zwecke der Familienzusammenführung, Eheschließung oder Vergleichbarem sowie bei einer Aufenthaltserlaubnis gem. §§ 23 Abs. 1, 23 Abs. 2, 25 Abs. 1, 25 Abs. 2 und 25 Abs. 3 sowie 30, 32, 36 und 38a AufenthG ist ein Auskunftersuchen an die Ausländerbehörde zu richten, um zu erfragen, ob eine Verpflichtungserklärung abgegeben wurde.

Ein entsprechender Vordruck ist in KDN.LMG im Ordner unter „Auslaender_innen“ das Schreiben „Anfrage_Auslaenderbehoerde_Verpflichtungserklaerung“ hinterlegt.

Für den Fall, dass das Jobcenter Wuppertal Kenntnis von einer Verpflichtungserklärung erlangt, ist sodann eine **Schadensmeldung** an JBC.24 (Rückforderung) zu veranlassen. Diese prüft, ob ein Erstattungsanspruch gem. § 68 AufenthG geltend gemacht wird.

Für weitere Details wird auf den „Verfahrenshinweis zum Erstattungsanspruch aufgrund einer Verpflichtungserklärung gem. § 68 AufenthG“ verwiesen.

XII. Kein Anspruch auf Leistungen nach dem SGB II bei Vorliegen eines Nichtigkeitsgrundes

Zwar darf die Rechtmäßigkeit einer Aufenthaltserlaubnis grundsätzlich nicht durch das Jobcenter geprüft werden. Ist die Aufenthaltserlaubnis jedoch nichtig, so gilt der Aufenthalt als nicht rechtmäßig und es besteht auch kein Anspruch auf Leistungen nach dem SGB II, da diese Personen einen Anspruch auf Leistungen nach dem Asylbewerberleistungsgesetz haben (§1 Abs. 1 Nr. 5 AsylbLG i.V.m §7 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 SGB II).

Dies betrifft gem. § 51 Abs. 1 AufenthG die folgenden Fälle:

- Der Aufenthaltstitel läuft ab (Nr. 1).
- Eine auflösende Bedingung tritt ein (Nr. 2; z.B. „...erlischt bei Ende der Beschäftigung bei Firma XYZ...“).
- Der Aufenthaltstitel ist durch die Ausländerbehörde zurückgenommen oder widerrufen worden (Nr. 3 und 4).
- Die ausländische Person ist ausgewiesen worden (Nr. 5) oder eine Abschiebungsanordnung nach § 58a AufenthG wird bekannt gegeben (Nr. 5a).
- Die ausländische Person ist aus einem seiner Natur nach nicht vorübergehenden Grund ausgeweist.

Dies kann angenommen werden, wenn die ausländische Person Wohnung und Arbeitsstelle aufgegeben hat und unter Mitnahme ihres Eigentums abgereist ist.

- Die ausländische Person ist ausgereist und nicht innerhalb von sechs Monaten oder einer von der Ausländerbehörde bestimmten längeren Frist wieder eingereist.
- Die ausländische Person stellt nach Erteilung eines Aufenthaltstitels gemäß der §§ 22, 23 oder § 25 Abs. 3 bis 5 AufenthG einen Asylantrag (Nr. 8)

Sollte die Möglichkeit der Nichtigkeit in Betracht gezogen werden, ist die Ausländerbehörde zu kontaktieren und die weitere Vorgehensweise abzustimmen.

Die Ausländerbehörde gibt Zwischenstände und Ergebnisse der Prüfung unter Berücksichtigung der datenschutzrechtlichen Bestimmungen an das Jobcenter zurück. Das Jobcenter wird in den meisten Fällen vorher keine Entscheidung über den Antrag treffen können, da ein materielles Aufenthaltsrecht Voraussetzung für einen Leistungsanspruch nach dem SGB II ist.

XIII. Verfestigter Aufenthalt gem. § 7 Abs. 1 Satz 4 und 5 SGB II

Die Regelungen unter *Punkt A.V.6.7* zu einem Leistungsanspruch aufgrund eines fünfjährigen verfestigten Aufenthaltes gem. § 7 Abs. 1 Satz 4 und 5 SGB II gelten auch für Drittstaatler, die über

- kein zu SGB II-Leistungen berechtigendes Aufenthaltsrecht bzw. (abgeleitetes) Freizügigkeitsrecht
und
- keinen Anspruch auf Leistungen nach dem AsylbLG verfügen.

Demzufolge haben auch die Familienangehörigen, die zur Bedarfsgemeinschaft gehören, einen Leistungsanspruch nach dem SGB II dem Grunde nach.

XIV. Meldepflichten an die Ausländerbehörde

Für drittstaatsangehörige Personen gelten zum einen die bereits unter *Punkt A.VII* aufgeführten Mitteilungspflichten an die Ausländerbehörde im Falle eines Aufenthalts ohne Aufenthaltsrecht oder nur mit dem Aufenthaltsrecht zur Arbeitssuche, bei einer Leistungsbewilligung aufgrund eines verfestigten Aufenthaltes gem. § 7 Abs. 1 Satz 4 und 5 SGB II sowie einer dauerhaften Ausreise.

Zum anderen gelten gem. § 87 Abs. 2 Satz 3 AufenthG Meldepflichten bei Antragstellungen von Personen, die im Besitz einer Aufenthaltserlaubnis nach den §§ 16-21 AufenthG sind. Hierbei handelt es sich um Aufenthaltserlaubnisse, die zum Zwecke der Ausbildung, des Studiums sowie ausbildungsvorbereitenden Maßnahmen oder der Ausübung einer Erwerbstätigkeit oder einer Selbständigkeit vergeben wurden.

Zudem ist mit dem Gesetz zur besseren Durchsetzung der Ausreisepflicht eine weitere Meldepflicht für Personen mit Fluchthintergrund hinzugekommen (§ 8 Abs. 1c AsylG). Demnach müssen die Träger der Grundsicherung für Arbeitsuchende den mit der Ausführung dieses AsylG betrauten Behörden mitteilen, wenn sie von Umständen Kenntnis erlangt haben, dass ein*e Asylberechtigter*e oder eine ausländische Person, der internationaler Schutz im Sinne des § 1 Absatz 1 Nummer 2 zuerkannt worden ist, in sein*ihre Herkunftsland reist. Hintergrund dieser Regelung ist, dass ein Widerruf der Anerkennung der Asylberechtigung bzw. der Zuerkennung von internationalem Schutz in Betracht kommt, wenn die ausländische Person freiwillig in das

Land, das sie aus Furcht vor Verfolgung verlassen hat oder außerhalb dessen sie sich aus Furcht vor Verfolgung befindet, zurückkehrt.

Demnach muss das Jobcenter dem BAMF sowie der Ausländerbehörde mitteilen, wenn Personen, die internationalen Schutz genießen, sich in Ihrem Herkunftsland aufgehalten haben oder eine Reise dorthin unmittelbar bevorsteht.

Die Meldung soll mit dem Schreiben – wenn möglich - mit einer Kopie des Stempels im Reisepass, des Flugtickets oder einer von dem Ausländer unterschriebenen Erklärung zur erfolgten Reise an die Ausländerbehörde (kontakt.abh@stadt.wuppertal.de) und das BAMF (service@bamf.bund.de) übersandt werden.

Ebenfalls soll auch eine Mitteilung an die beiden Behörden erfolgen, wenn sich eine ausländische Person nach erfolgtem Aufenthalt im Herkunftsland wieder im Bundesgebiet aufhält. Dies kann Auswirkungen auf das beim Bundesamt eröffnete Verfahren haben.

Für die Meldung steht in KDN.LMG im Ordner „Auslaender_innen“ der Vordruck „Mitteilung_BAMF_und_Auslaenderbehoerde_Reise_Herkunftsland“ zur Verfügung.

Im Auftrag

gez. Degener

Anlage 1: Aufnahmeprogramm des Bundes – Aufenthaltstitel nach § 23 Abs. 2 AufenthG (Kontingentflüchtlinge)

Seit 2013 haben die Innenminister von Bund und Länder die Aufnahme von Flüchtlingen aus Syrien beschlossen. Diese Flüchtlinge werden auch Kontingentflüchtlinge genannt. Sie erhalten einen Aufenthaltstitel nach § 23 Abs. 2 AufenthG. Die Flüchtlinge werden nach dem sogenannten Königsteiner Schlüssel verteilt.

Diese Personen haben einen Anspruch auf Leistungen nach dem SGB II.

Die Abgabe einer Verpflichtungserklärung ist keine absolute Bedingung für die Aufnahme in das Bundesprogramm. Es können auch Flüchtlinge aufgenommen werden, für die die Bereitschaft erklärt wurde, bei ihrer Unterbringung und Lebensunterhaltssicherung einen Beitrag zu leisten.

Folglich ist auch bei dem Aufenthaltstitel nach § 23 Abs. 2 AufenthG zunächst bei den Antragsstellenden und danach ggf. bei der Ausländerbehörde nachzufragen, ob eine Verpflichtungserklärung abgegeben worden ist.

Sollte keine Verpflichtungserklärung abgegeben worden, sondern lediglich ein „Beitrag“ zum Lebensunterhalt vereinbart worden sein, ist es allerdings nicht möglich, gegen die Person, die den Beitrag zugesagt hat, vorzugehen.

Für Kontingentflüchtlinge besteht kein Leistungsausschluss während der ersten drei Monate. Das gilt auch für deren Familienangehörige mit einem Aufenthaltstitel nach § 30 AufenthG (siehe hierzu auch Punkt [B.VIII](#))

Anlage 2: Aufnahmeprogramm des Bundes für afghanische Ortskräfte und deren Angehörige – Aufenthaltstitel nach § 22 Satz 2 AufenthG

Im August 2021 wurde beschlossen, dass ein politisches Interesse daran besteht afghanische Ortskräfte, die in einem Beschäftigungsverhältnis bei einem der in Afghanistan tätigen Bundesressorts oder der Durchführungsorganisation eines Bundesressorts standen, in Deutschland aufzunehmen. Diesem Personenkreis und ihren Familienangehörigen wird daher zunächst ein drei- oder sechsmonatiges Ausnahme-Visum nach §14 Abs. 2 i.V.m. §22 Satz 2 AufenthG und innerhalb der Gültigkeit dieses Visums eine Aufenthaltserlaubnis nach §22 Satz 2 AufenthG gewährt.

Für diese Personen besteht ebenfalls kein Leistungsausschluss während der ersten drei Monate.

Anlage 3: Ansprüche von Geflüchteten aus der Ukraine

Seit dem 24.02.2022 aus der Ukraine geflohene Personen werden i.d.R. als Kriegsflüchtlinge anerkannt. Durch erstmalige Anwendung der sogenannten „Massenzustrom-Richtlinie“ (EU-Richtlinie 2001/55/EG) erhalten diese Personen einen Aufenthaltstitel nach § 24 AufenthG.

Durch Einführung der § 74 SGB II und §18 AsylbLG zum 01.06.2022 wird diesem Personenkreis ein vorrangiger Anspruch auf Leistungen nach dem SGB II eingeräumt. Voraussetzung für den Anspruch ist die Ausstellung der Fiktionsbescheinigung bei Beantragung des Titels (Erlaubnisfiktion).

Für Personen, die zwischen dem 01.06.2022 und 31.08.2022 bereits Leistungen nach dem AsylbLG erhalten haben, gilt der Antrag auf Leistungen nach dem SGB II per Gesetz als gestellt.

Soweit der Aufenthaltstitel nach § 24 AufenthG noch nicht erteilt wurde, ist der Bewilligungszeitraum jedoch auf 6 Monate zu begrenzen. Bei Vorliegen der Aufenthaltstitel aller Mitglieder der Bedarfsgemeinschaft kann grundsätzlich eine Bewilligung über 12 Monate erfolgen. Die Aufenthaltstitel werden per Gesetz durch Verlängerung der Ukraine-Aufenthaltserlaubnis-Fortgeltungsverordnung verlängert (aktuell bis 04.03.2027).

Die Verlängerung per Gesetz, wie auch das Recht auf visafreie Einreise, betrifft seit dem 04.03.2025 nur noch Personen, die

- die ukrainische Staatsangehörigkeit besitzen, sowie deren Familienangehörige (Ehegatten, Eltern bzw. Kinder)
- am 24.02.2022 in der Ukraine internationalen Schutz oder gleichwertigen nationalen Schutz genossen haben sowie deren Familienangehörigen ODER
- sich am 24.02.2022 in der Ukraine auf Grundlage eines unbefristeten Aufenthaltstitel („permanent residence permit“) aufgehalten haben

Soweit die Verlängerung per Gesetz nicht mehr zutrifft, müssen die Betroffenen die Verlängerung bzw. die Erteilung einer neuen Aufenthaltserlaubnis bei der Ausländerbehörde beantragen. Erfolgt dies rechtzeitig, greift aber die reguläre Fortgeltungsfiktion, die dann bis zur Entscheidung über das weitere Aufenthaltsrecht zu Leistungen nach dem SGB II berechtigt.

Alle ab dem 01.04.2025 erstmalig nach Deutschland eingereisten Personen, die einen Titel nach §24 beantragt haben oder denen dieser bereits bewilligt wurde sind in der NA-Liste für einen etwaigen Übergang in die Asylbewerberleistungen zu kennzeichnen. Eine entsprechende Gesetzesänderung befindet sich aktuell in Vorbereitung.

Auch bei diesem Personenkreis kann es eine Wohnsitzauflage geben, welche zu berücksichtigen ist (siehe [B.IV](#)).