



Mobilität für Drittstaatsangehörige in Europa: Die „kleine Freizügigkeit“ mit § 38a AufenthG

Impressum

Herausgeber:

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

Telefon: +49 (0) 30/2 46 36-0
Telefax: +49 (0) 30/2 46 36-110

www.paritaet.org
info@paritaet.org

Verantwortlich im Sinne des Presserechts:
Gwendolyn Stilling

Autor:

Claudius Voigt, GGUA Münster

Redaktion:

Natalia Bugaj-Wolfram, Der Paritätische Gesamtverband

Gestaltung:

Christine Maier, Der Paritätische Gesamtverband

Titelbild:

© bluedesign – Adobe.Stock

1. Auflage, Februar 2023



Gefördert durch:



Vorwort

Die Mobilität von Drittstaatsangehörigen innerhalb der EU spielt in der Beratungspraxis der MBE eine zunehmend wichtige Rolle, denn nicht nur Unionsbürger*innen nutzen ihr Recht auf Freizügigkeit innerhalb der EU. Auch Angehörige von Drittstaaten, die in einem anderen EU-Staat leben, verlagern ihren Lebensmittelpunkt nach Deutschland. Gründe dafür sind u. a. schlechte Voraussetzungen für Arbeit und Existenzgrundlage in dem jeweiligen EU-Staat oder bessere Perspektiven auf dem deutschen Arbeitsmarkt. Insbesondere auch Menschen, die in einem anderen Unionsstaat als Flüchtlinge anerkannt oder den subsidiären Schutzstatus erhalten haben, suchen nach Wegen, langfristig nach Deutschland überzusiedeln. Dies ist rechtlich aber nur unter eingeschränkten Bedingungen möglich.

Denn anders als für Unionsbürger*innen besteht für Drittstaatsangehörige mit einem Aufenthaltstitel in anderen EU-Staaten zwar in den allermeisten Fällen eine innereuropäische Reisefreiheit, jedoch keine unbeschränkte Freizügigkeit für eine dauerhafte Niederlassung innerhalb der EU.

Eine relativ weitreichende Möglichkeit der langfristigen Mobilität in Europa besteht dann, wenn die Person über eine Erlaubnis zum Daueraufenthalt-EU in dem anderen Unionsstaat verfügt. In diesem Fall besteht unter bestimmten Bedingungen nämlich ein Rechtsanspruch auf Erteilung einer längerfristigen Aufenthaltserlaubnis in Deutschland. Die Rechtsgrundlage ist der § 38a AufenthG. Die Voraussetzungen für den § 38a AufenthG sind allerdings nicht leicht zu erfüllen: Neben der Erlaubnis zum Daueraufenthalt-EU in dem anderen EU-Staat muss in der Regel der Lebensunterhalt in Deutschland gesichert sein, und eine Arbeitserlaubnis wird nur mit Vorrangprüfung erteilt.

In der Beratungspraxis führt das häufig zu Schwierigkeiten bei der Beurteilung der aufenthaltsrechtlichen Perspektive.

In der vorliegenden Publikation sollen die Regelungen hierzu systematisch dargestellt werden, um der Beratungspraxis eine Hilfestellung bieten zu können. Neben den Voraussetzungen für die Erteilung des § 38a AufenthG in Deutschland werden unter anderem die Erlaubnis zum Daueraufenthalt-EU in den anderen EU-Staaten, der Arbeitsmarktzugang und der Anspruch auf Sozialleistungen, aber auch die Möglichkeit der Aufenthaltsverfestigung für diesen Personenkreis aufgegriffen.

Wir danken Claudius Voigt, dem Autor dieser Arbeitshilfe, für die übersichtliche und praxisorientierte Darstellung der komplexen Rechtslage und hoffen, dass diese Arbeitshilfe Sie in Ihrer Beratungspraxis unterstützen wird.

Natalia Bugaj-Wolfram
Referentin für Migrationssozialarbeit
Der Paritätische Gesamtverband

1. Was sind die gesetzlichen Grundlagen?

Die Europäische Union hat durch die Richtlinie 2003/109/EG (Daueraufenthaltsrichtlinie), <https://t1p.de/2792c> zwei grundlegende Aspekte europaweit geregelt:

- Es gibt einen Rechtsanspruch für Drittstaatsangehörige, in einem EU-Staat nach einem fünfjährigen rechtmäßigen Aufenthalt einen langfristigen Aufenthaltstitel zu erhalten, wenn zusätzlich bestimmte Voraussetzungen erfüllt werden. Dieser heißt in Deutschland „**Erlaubnis zum Daueraufenthalt-EU**“ (§ 9a bis c AufenthG) und ist der Niederlassungserlaubnis vergleichbar. In den anderen EU-Staaten heißt er genauso – in der entsprechenden Landessprache. Die Erlaubnis zum Daueraufenthalt-EU gibt es nur für Drittstaatsangehörige. Sie ist nicht zu wechseln mit dem Daueraufenthaltsrecht für Unionsbürger*innen, welches Staatsangehörige der EU sowie ihre drittstaatsangehörigen Familienangehörigen nach einem fünfjährigen Aufenthalt erwerben können.
- Für in einem EU-Staat lebende Drittstaatsangehörige, die in diesem Staat eine „Erlaubnis zum Daueraufenthalt – EU“ besitzen, besteht ein **eingeschränktes Recht auf Freizügigkeit in andere Unionsstaaten**: Unter bestimmten Bedingungen, die im Folgenden dargestellt werden sollen, besteht die Möglichkeit, sich auch in anderen EU-Staaten längerfristig niederzulassen und dort auch zu arbeiten. Die Erlaubnis zum Daueraufenthalt-EU aus einem anderen EU-Staat kann also gleichsam die „Eintrittskarte“ für Deutschland sein. Soweit die Voraussetzungen (insbesondere ein gesicherter Lebensunterhalt) erfüllt sind, hat die betreffende Person in Deutschland einen **Rechtsanspruch auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 38a AufenthG**. Es ist dabei unerheblich, zu welchem Zweck die Person sich in Deutschland aufhalten will; sie kann dies für die Arbeit, das Studium oder auch aus jedem anderen Grund tun.

Beispiel 1:

Ariana ist albanische Staatsangehörige und hat seit sieben Jahren in Italien gelebt und gearbeitet. Bisher hat sie eine nationale italienische Aufenthaltserlaubnis für die Arbeit. Da sie bereits über fünf Jahre in Italien lebt und ihr Lebensunterhalt gesichert ist, kann sie eine italienische Erlaubnis zum Daueraufenthalt-EU beantragen. Diese heißt dort „**soggiornante di lungo periodo – UE**“. Sie ermöglicht es ihr, längerfristig in andere EU-Staaten umzuziehen. Wenn sie z. B. in Deutschland eine Arbeitsstelle finden würde, mit der ihr Lebensunterhalt gesichert wäre, hätte sie hier Anspruch auf eine Aufenthaltserlaubnis nach § 38a AufenthG. Dies gilt unabhängig davon, ob sie eine Qualifikation als Fachkraft hat oder nicht.

Auch wenn sie keine Arbeitsstelle in Deutschland haben sollte, hat sie einen Anspruch auf die Aufenthaltserlaubnis nach § 38a AufenthG, sofern ihr Lebensunterhalt gesichert ist. Das könnte zum Beispiel dann der Fall sein, wenn sie zu einer Freundin in Deutschland ziehen will, deren Einkommen für beide ausreichen würde oder sie von Ersparnissen leben würde.

Beispiel 2:

Anour ist tunesischer Staatsangehöriger und verheiratet mit Andrea, einer deutschen Staatsangehörigen. Er lebt mit ihr seit über fünf Jahren in Deutschland zusammen und hat eine Niederlassungserlaubnis nach § 28 Abs. 2 AufenthG. Der Lebensunterhalt ist durch seine Arbeitsstelle gesichert. Er kann zusätzlich zur Niederlassungserlaubnis eine ebenfalls unbefristete **Erlaubnis zum Daueraufenthalt-EU** gem. § 9a AufenthG beantragen, die es für ihn leichter machen würde, auch in einen anderen EU-Staat zu umzuziehen. Er hat in den anderen EU-Staaten Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis, mit der er dort unter bestimmten Bedingungen auch arbeiten könnte.

Die Daueraufenthaltsrichtlinie und damit die in dieser Arbeitshilfe dargestellten Regelungen gelten in allen EU-Staaten mit Ausnahme von Irland und Dänemark. Auch Großbritannien hat die Richtlinie schon vor dem Brexit nicht angewandt. Das bedeutet, dass in den drei genannten Staaten weder die Rechtstellung eines langfristig Aufenthaltsberechtigten erworben werden kann, noch langfristig aufenthaltsberechtigte Drittstaatsangehörige aus anderen EU-Staaten in den drei genannten Ländern auf dieser Grundlage ein nationales Aufenthaltsrecht erhalten können.

Den Status als langfristig aufenthaltsberechtigte Person können Drittstaatsangehörige erhalten, die seit fünf Jahren rechtmäßig in einem Unionsstaat leben und weitere Voraussetzungen erfüllen (z.B. gesicherter Lebensunterhalt und Altersvorsorge). **Ausgeschlossen** von diesem Status sind jedoch gem. Art. 3 Abs. 2 der Daueraufenthaltsrichtlinie folgende Gruppen:

- Personen, die sich zum **Studium oder zur Berufsausbildung** aufhalten,
- Personen, die den **vorübergehenden Schutz** beantragt oder erhalten haben. Dies betrifft momentan Geflüchtete aus der Ukraine, für die der vorübergehende Schutz durch einen EU-Beschluss eingeführt worden ist.
- Personen, die einen **nationalen Schutzstatus** aus humanitären Gründen erhalten oder beantragt haben.
- Personen, die internationalen Schutz (Flüchtlingschutz oder subsidiärer Schutz) **beantragt** haben, über deren Asylantrag aber noch nicht entschieden wurde.
Achtung: Demgegenüber sind Menschen, die als Flüchtlinge anerkannt oder denen der subsidiäre Schutz zuerkannt wurde, ausdrücklich nicht ausgeschlossen.. Dies ist in einer Änderung der Daueraufenthaltsrichtlinie festgelegt worden (Richtlinie 2011/51/EU, <https://t1p.de/yfbn1>).
- Personen, die sich nur **vorübergehend**, z. B. als Au Pair, Saisonarbeiter*in oder entsandte Arbeitnehmer*in, in dem anderen EU-Staat aufhalten.

2. Welche Möglichkeiten bestehen mit einer Erlaubnis zum Daueraufenthalt-EU für die Weiterwanderung nach Deutschland?

In der Beratungspraxis empfiehlt es sich, zunächst zu klären, ob die ratsuchende Person in einem anderen EU-Staat über den Status eines langfristig Aufenthaltsberechtigten verfügt (also eine Erlaubnis zum Daueraufenthalt-EU besitzt oder erwerben kann), da dies größere aufenthaltsrechtliche Spielräume in Deutschland entfaltet. Der Status einer langfristig aufenthaltsberechtigten Person ist stets gegeben, wenn auf dem gültigen Aufenthaltstitel in der jeweiligen Landessprache folgendes vermerkt ist:

bulgarisch	дългосрочно пребиваващ в ЕО, zusätzlich: Long-term resident – EC; Neue Titel: Long-term resident – EU
englisch	long-term resident – EC
estnisch	pikaajaline elanik – EÜ
finnisch	pitkään oleskelleen kolmannen maan kansalaisen EY- oleskelulupa oder P-EU 2003/109-EU
französisch	carte de résident longue durée – Communauté Européenne oder carte de résident longue durée – UE (Frankreich) résident de longue durée – UE (Luxemburg) résident de longue durée – CE / UE (Belgien Wallonie)
griechisch	επί μακρόν διαμένων – EK; ggf. zusätzlich: LONG-TERM RESIDENT-EC
italienisch	soggiornante di lungo periodo – CE od. UE
kroatisch	osoba s dugotrajnim boravištem – EZ oder osoba s dugotrajnim boravištem – EU
lettisch	pastvgi dzvojosa persona – ES oder pastvgais iedzvojts – ES
litauisch	ilgalaikis gyventojas – EB
maltesisch	residenti gat-tul – KE oder resident fit-tul – UE
niederländisch	EU – langdurig ingezetene (Niederlande, Belgien/Flandern)
polnisch	Pobył rezydenta długoterminowego – UE
portugiesisch	residência CE de longa duração
rumänisch	rezident pe termen lung – CE
schwedisch	varaktigt bosatt inom EU oder P-EG 2003/109/EG
slowakisch	dlhodobý pobyt – EU oder OSOBA S DLHODOBÝM POBYTOM – EÚ
slowenisch	rezident za daljši as – ES oder rezident za daljši as – EU
spanisch	Residente de larga duración – CE oder de larga duración – UE Residencia
tschechisch	povolení k pobytu pro dlouhodob pobývacího rezidenta – ES oder Trvalý pobyt/Permanent residence 51 povolení k pobytu pro dlouhodob pobývacího rezidenta - EU oder Trvalý Pobyt/Permanent Residence 69 Rezident - ES (auch andere Zahlen möglich)
ungarisch	huzamos tartózkodási engedéllyel rendelkez – EK

Quelle: Verfahrenshinweise der Ausländerbehörde Berlin zu § 38a AufenthG (<https://t1p.de/i4cw>)

Praxistipp: Beispiel einer italienischen Erlaubnis zum Daueraufenthalt-EU:



(Bild: https://commons.wikimedia.org/wiki/File:Italian_ID1.jpg)

Falls keine der oben genannten Formulierungen im Aufenthaltstitel vermerkt ist, kann in manchen Fällen dennoch der Status eines langfristig Aufenthaltsberechtigten bestehen oder erworben werden. Dies lässt sich gegebenenfalls mit der Botschaft des jeweiligen EU-Herkunftsstaats oder den jeweiligen Behörden im EU-Herkunftsstaat klären, die darüber eine schriftliche Bestätigung ausstellen können.

3. Dreimonatiger visumfreier Aufenthalt

Zunächst darf jede*r Drittstaatsangehörige*r sich für drei Monate visumfrei in Deutschland aufhalten, wenn sie*er über einen Daueraufenthalt-EU aus einem anderen Schengen-Staat verfügt.

Praxistipp: Aus welchen Staaten ist die Einreise visumfrei möglich?

Dies sind Belgien, Deutschland, Estland, Finnland, Frankreich, Griechenland, Kroatien, Italien, Lettland, Litauen, Luxemburg, Malta, Niederlande, Österreich, Polen, Portugal, Schweden, Slowakei, Slowenien, Spanien, Tschechische Republik und Ungarn.

Es gibt noch weitere Schengen-Staaten, in denen jedoch der Erwerb der Erlaubnis einer Daueraufenthaltserlaubnis-EU nicht möglich ist.

Drittstaatsangehörige aus den übrigen EU-Staaten benötigen für eine Einreise nach Deutschland in der Regel nach wie vor ein Visum (möglich ist ein nationales deutsches Visum oder ein Schengen-Visum). Dies gilt für Irland und Zypern sowie Bulgarien und Rumänien, wo das Schengener Abkommen noch nicht vollständig angewandt wird. Dieses Visumerfordernis widerspricht jedoch offensichtlich Art. 15 Abs. 1 der Daueraufenthaltsrichtlinie.

4. Aufenthalt für mehr als drei Monate

Wer als in einem anderen EU-Staat daueraufenthaltsberechtigte*r Drittstaatsangehörige*r längerfristig in Deutschland bleiben will, muss innerhalb der ersten drei Monate einen Antrag auf eine Aufenthaltserlaubnis nach **§ 38a AufenthG** stellen. Für die Prüfung des Antrags verlangt die Ausländerbehörde normalerweise folgende Dokumente:

- Nachweis des „Daueraufenthalts-EU“ aus dem anderen EU-Staat,
- gültiges Reisedokument (Pass oder Passersatz),
- Nachweis über die vorhandene Lebensunterhaltssicherung für sich und die Familienangehörigen (z. B. aus Erwerbstätigkeit, Vermögen oder Unterhalt durch andere Personen),
- Nachweis über ausreichenden Krankenversicherungsschutz (z. B. über die künftige Arbeitsstelle),
- gegebenenfalls Nachweis über die beabsichtigte Beschäftigung oder selbstständige Erwerbstätigkeit,
- gegebenenfalls Nachweis über einen Ausbildungsplatz oder eine Studieneinschreibung.

Falls die Prüfung bis zur Erteilung der Aufenthaltserlaubnis länger als die ersten drei Monate nach Ein-

reise dauert, muss die Ausländerbehörde eine so genannte „**Fiktionsbescheinigung**“ gem. § 81 Abs. 3 Satz 1 AufenthG (für aus einem Schengen-Staat eingereiste Personen) bzw. gem. § 81 Abs. 4 AufenthG (für Personen aus Nicht-Schengen-Staaten, die mit Visum eingereist sind) erteilen. Dies bedeutet, dass der Aufenthalt auch nach Ablauf der ersten drei Monate weiterhin als rechtmäßig gilt, bis die Ausländerbehörde über die Erteilung der Aufenthaltserlaubnis nach § 38a AufenthG entschieden hat.

In jedem Fall ist es möglich, die Aufenthaltserlaubnis nach § 38a AufenthG in Deutschland zu beantragen – die manchmal verlangte Nachholung eines Visumverfahrens ist nicht erforderlich. Dies ergibt sich aus § 39 Nr. 3 bzw. 6 der Aufenthaltsverordnung (AufenthV). Hiernach **kann** eine Aufenthaltserlaubnis direkt in Deutschland erteilt werden, wenn die Person sich nach dem Schengener Abkommen visumfrei in Deutschland aufhalten darf, im Besitz eines Schengen-Visums ist oder einen von einem anderen Schengen-Staat ausgestellten Aufenthaltstitel besitzt *und* auf die Erteilung der Aufenthaltserlaubnis ein Rechtsanspruch besteht. Dieser Rechtsanspruch besteht grundsätzlich bei der Aufenthaltserlaubnis nach § 38a, da diese erteilt werden **muss**, wenn die Voraussetzungen erfüllt sind.

5. Sicherung des Lebensunterhalts

Für die Erteilung der Aufenthaltserlaubnis nach § 38a AufenthG gelten die Allgemeinen Erteilungsvoraussetzungen des § 5 AufenthG. Hiernach ist es insbesondere erforderlich, dass in der Regel der Lebensunterhalt gesichert ist und ein ausreichender Krankenversicherungsschutz besteht – und zwar für die betreffende Person selbst wie auch für deren in Deutschland lebende Familienangehörige, die zur Be-

darfsgemeinschaft zählen oder denen ein Unterhaltsanspruch zusteht. Der Lebensunterhalt kann in den meisten Fällen nur durch eine Beschäftigung gesichert werden. Aber auch, wenn der Lebensunterhalt durch Verwandte oder Freund*innen gesichert werden kann, muss die Aufenthaltserlaubnis ausgestellt werden – auch wenn die Person nicht arbeiten wird (vgl. Art. 14 Abs. 2 der Daueraufenthaltsrichtlinie).

Zum Hintergrund: Wie wird die Lebensunterhaltssicherung geprüft?

Die Voraussetzung der Lebensunterhaltssicherung ergibt sich neben § 5 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG auch aus den Regelungen des Art. 15 Abs. 2 Buchstaben a) und b) der Daueraufenthaltsrichtlinie. Da diese Bedingung auf europäischem Recht basiert, sind auch die europarechtlichen Definitionen der Lebensunterhaltssicherung heranzuziehen – und nicht die nationalen. Und das bedeutet: Der Lebensunterhalt kann in manchen Fällen als gesichert gelten, obwohl ein ergänzender Anspruch auf Leistungen nach dem SGB II besteht.

Dies ergibt sich aus der Rechtsprechung des EuGH (Rechtssache „Chakroun“, C-578/08), <https://t1p.de/pcea0>, die vom Bundesverwaltungsgericht am für Deutschland übernommen worden ist (BVerwG, Urteil vom 20. November 2010, 1 C 20.09), <https://t1p.de/lxsf3>. Hiernach dürfen die **Erwerbstätigenfreibeträge gem. § 11b Abs. 3 SGB II**, die das Jobcenter bei seiner Anspruchsprüfung vom Einkommen absetzt, **ausländerrechtlich** von der Ausländerbehörde rechnerisch **nicht abgezogen werden**. Auch der Grundfreibetrag von 100 Euro gem. § 11b Abs. 2 SGB II darf bei der ausländerrechtlichen Einkommensprüfung rechnerisch ganz oder teilweise nicht abgezogen werden, wenn nachgewiesen wird, dass die Aufwendungen, für die der Grundfreibetrag vorgesehen ist, in dieser Höhe tatsächlich nicht entstehen – etwa, weil nur geringe oder keine Fahrtkosten zur Arbeit anfallen und auch keine Arbeitskleidung angeschafft werden muss.

Die beiden genannten Entscheidungen beziehen sich zwar auf den Anwendungsbereich der Familiennachzugsrichtlinie (Art. 7 Abs. 1c) der Richtlinie 2003/86/EG)). Da hier aber dieselbe Formulierung verwendet wird („feste und regelmäßige Einkünfte, die ohne Inanspruchnahme der Sozialhilfeleistungen (...) ausreichen“), wie in Art. 15 Abs. 2a) der Daueraufenthaltsrichtlinie, müssen auch beim § 38a AufenthG entsprechend der Daueraufenthaltsrichtlinie zwingend dieselben Kriterien angelegt werden (so sieht es auch ein Urteil des Verwaltungsgerichts Aachen vom 23. April 2014; 8 K 1515/12; <https://t1p.de/pwe9q>).

Im Klartext bedeutet dies: **Das Nettoeinkommen (und nicht das „bereinigte Einkommen“)** muss **mindestens so hoch sein, wie der Bedarf nach dem SGB II** (Regelbedarf plus Warmmiete). Die Mehrbedarfe für werdende Mütter, Menschen mit Behinderung und bei kostenaufwändiger Ernährung darf ebenfalls nicht bei der Lebensunterhaltsberechnung berücksichtigt werden, da diese besondere und außergewöhnliche Situationen abdecken, aber eben nicht den allgemeinen Bedarf.

Wichtig: Kinderzuschlag, Kindergeld, Elterngeld, Unterhaltsvorschuss, Arbeitslosengeld I, Kurzarbeiter*innengeld, Rente, BAföG gelten dabei als Einkommen (§ 2 Abs. 3 AufenthG).

Beispiel:

Tayo hat einen italienischen Aufenthaltstitel, in dem steht: „soggiornante di lungo periodo – CE“. Er ist alleinstehend und beantragt den § 38a AufenthG in Deutschland. Er ist alleinstehend und zahlt für ein kleines Zimmer eine Warmmiete von 500 Euro inkl. Heiz- und Nebenkosten. Er würde in einem Job als Hilfsarbeiter bei einer outgesourceten Firma des Hamburger Hafens, für die er auch eine Beschäftigungserlaubnis erhalten würde, **1.100 Euro netto** (1.500 Euro brutto) verdienen. Er hat keine Fahrtkosten, da er mit dem Fahrrad zur Arbeit fährt, und es fallen auch keine Kosten für Arbeitskleidung usw. an.

Sein fiktiver Bedarf nach dem SGB II würde betragen:

Regelbedarf Stufe 1:	502 Euro
plus Warmmiete:	500 Euro

Gesamtbedarf:	1.002 Euro

Nach den oben skizzierten Grundsätzen muss sein Lebensunterhalt als gesichert gelten, da sein Nettoeinkommen diesen Bedarf decken könnte. Die Freibeträge bei Erwerbstätigkeit dürfen von der Ausländerbehörde rechnerisch nicht von seinem Nettoeinkommen abgesetzt werden, und auch der Grundfreibetrag von 100 Euro darf nicht abgezogen werden, weil er nachweisen kann, dass ihm keine Kosten für die Ausübung der Arbeit entstehen. Er hätte einen Anspruch auf die Erteilung der Aufenthaltserlaubnis.

Wenn Tayo beim Jobcenter jedoch einen Antrag auf Leistungen nach dem SGB II stellen würde, würde eine andere Berechnung durchgeführt. Das Jobcenter würde dem Bedarf von 1.002 Euro ein deutlich geringeres anrechenbares („bereinigtes“) Einkommen gegenüberstellen:

Nettoeinkommen	1.100 Euro
minus Grundfreibetrag	- 100 Euro
minus 1. Stufe des Erwerbstätigenfreibetrags (20 Prozent des Bruttoeinkommens zwischen 100 und 1.000 Euro)	- 180 Euro
minus 2. Stufe des Erwerbstätigenfreibetrags (10 Prozent des Bruttoeinkommens zwischen 1.000 und 1.200 Euro)	- 20 Euro
<i>Anmerkung: Die Obergrenze für die 2. Stufe des Erwerbstätigenfreibetrags würde sich von 1.200 auf max. 1.500 Euro erhöhen, wenn ein minderjähriges Kind vorhanden wäre.</i>	
Ergibt das nach dem SGB II anrechenbare („bereinigtes“) Einkommen	= 800 Euro

Nach der Berechnung des Jobcenters hätte Tayo einen ergänzenden Anspruch auf 202 Euro (Gesamtbedarf minus bereinigtes Einkommen).

Praxistipp: Ab 1. Juli 2023 gelten deutlich höhere Freibeträge

Durch die Einführung des Bürgergelds wird sich die Berechnung der Freibeträge ab 1. Juli 2023 erheblich verändern. Der maximale Freibetrag bei Erwerbstätigkeit wird dann um bis zu 48 Euro höher liegen als bisher. Für Personen, die unter 25 Jahre alt sind und eine Ausbildung, ein Studium, eine berufsvorbereitende Bildungsmaßnahme, eine Einstiegsqualifizierung oder einen Freiwilligendienst absolvieren, wird der nicht-anrechenbare Freibetrag sogar bei 520 Euro liegen.

Manche Ausländerbehörden orientieren sich bei der Einkommensprüfung an den SGB-II-rechtlichen Regelungen und verlangen für einen gesicherten Lebensunterhalt aufgrund der Freibetragsregelungen ein deutlich höheres Einkommen (s.o.). Dies ist nach unserer Auffassung falsch. Daher sollte die Ausländerbehörde in diesem Fall auf die oben dargestellte Rechtsprechung, u. a. des EuGH und des Bundesverwaltungsgerichts, hingewiesen werden.

Zum Hintergrund: Übersicht über die Regelbedarfsstufen ab 1.1.2023:

Regelbedarfsstufe	Höhe	Für wen?
1	502,-	Alleinstehende/ Alleinerziehende
2	451,-	Volljährige Partner*innen innerhalb einer Bedarfsgemeinschaft
3	402,-	unter 25-jährige Kinder im Haushalt der Eltern
4	420,-	Jugendliche von 14 bis unter 18 Jahre
5	348,-	Kinder von 6 bis unter 14 Jahre
6	318,-	Kinder 0 bis 5 Jahre

6. Zugang zur Beschäftigung

Damit Tayo aus dem obigen Beispiel seinen Lebensunterhalt sichern und somit in Deutschland die Aufenthaltserlaubnis nach § 38a erhalten kann, muss er arbeiten. Hierfür benötigt er jedoch eine Beschäftigungserlaubnis von der Ausländerbehörde. Bei § 38a AufenthG wird diese für Beschäftigungen unabhängig von der Qualifikation erteilt: Man muss also, anders als bei der Fachkräfteeinwanderung, keinen anerkannten Berufsabschluss besitzen, und es muss sich nicht um qualifizierte Beschäftigungen handeln.

In der Regel unterliegen Personen, die in Deutschland eine Aufenthaltserlaubnis nach § 38a beantragen, aber der Zustimmungspflicht durch die Arbeitsagentur. Das heißt: Eine abhängige Beschäftigung darf nur aufgenommen werden, wenn eine Beschäftigungserlaubnis durch die Ausländerbehörde erteilt worden ist, und diese darf nur erteilt werden, wenn die Arbeitsagentur zugestimmt hat.

Praxistipp: Zustimmung durch die Arbeitsagentur

Die Entscheidung über die Zustimmung treffen spezielle Teams der Arbeitsagentur (ZAV-Teams). Diese haben ihren Sitz an zentralen Standorten und sind über folgende Telefonnummer erreichbar:
→ 0228 713 2000

Auf der Seite der Arbeitsagentur finden sich Informationen zum Verfahren und auch die benötigten Formulare:
→ <https://t1p.de/d4myf>

Im Rahmen des behördeninternen Zustimmungsverfahrens führt die Arbeitsagentur in der Regel eine **Arbeitsmarktprüfung** durch. Das bedeutet: Die BA prüft einerseits, ob für den konkret in Aussicht stehenden Job bevorrechtigte Arbeitnehmer*innen mit deutscher Staatsangehörigkeit, Unionsangehörige oder Drittstaatsangehörige mit einem rechtmäßigen Aufenthalt zur Verfügung stehen. Das Ergebnis dieser Prüfung ist abhängig von der Lage auf dem regionalen Arbeitsmarkt und von der jeweiligen Branche und deren objektiv nachvollziehbaren Erfordernissen an die Qualifikationen des entsprechenden Bewerbers. Dieser Schritt wird als „**Vorrangprüfung**“ bezeichnet.

Andererseits prüft die BA in einem zweiten Schritt die Arbeitsbedingungen für die in Aussicht stehende Tätigkeit: z. B. ob ein allgemeiner oder branchenspezifischer Mindestlohn eingehalten wird, ob bei tarifgebundenen Betrieben nach Tarif bezahlt und ansonsten zumindest der orts- und branchenübliche Lohn beachtet wird. Dieser Schritt wird als „**Beschäftigungsbedingungsprüfung**“ bezeichnet.

Nur wenn beide Prüfungen positiv ausgehen, erteilt die BA gegenüber der Ausländerbehörde ihre Zustimmung zur Erteilung einer Arbeitserlaubnis.

Praxistipp: Zwei-Wochen-Frist für das Zustimmungsverfahren

Für die Prüfung hat die BA nach Übermittlung der Zustimmungsanfrage durch die Ausländerbehörde nur 14 Tage Zeit. Sollte die BA innerhalb dieser Zeit der Ausländerbehörde nicht mitgeteilt haben, dass noch Unterlagen fehlen, gilt die Zustimmung als erteilt – die Ausländerbehörde kann die Arbeitserlaubnis ausstellen. Diese Regelung nennt sich „**Zustimmungsfiktion**“ und ist in § 36 Abs. 2 der Beschäftigungsverordnung normiert.

Für Tätigkeiten als **Leiharbeiter*in** darf keine Zustimmung erteilt werden. Dies ist in § 40 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG geregelt.

Eine einmal erteilte Arbeitserlaubnis für eine konkrete Beschäftigung **darf für längstens ein Jahr nur auf diese Tätigkeit beschränkt werden**. Das heißt: Spätestens nach einem Jahr besteht die Berechtigung zur Ausübung jeder Erwerbstätigkeit; für die Aufnahme eines anderen Jobs benötigt man dann keine neue Arbeitserlaubnis. Dies muss die Ausländerbehörde im Aufenthaltstitel vermerken.

Praxistipp: Zustimmung der Arbeitsagentur entfällt für bestimmte Tätigkeiten

Es gibt eine Reihe von Ausnahmen, in denen keine Arbeitsmarktprüfung durchgeführt wird – die Zustimmung also entfällt. Eine Beschäftigungserlaubnis der Ausländerbehörde ist allerdings dennoch erforderlich. Gerade diese Ausnahmen sind für die Beratungspraxis sehr wichtig, da diese es in manchen Fällen ermöglichen, die Voraussetzungen für die Erteilung der Aufenthaltserlaubnis zu erfüllen:

- Personen, die eine **betriebliche Berufsausbildung** oder eine betriebliche Weiterbildung aufnehmen

Hierunter sind nicht nur qualifizierte, mindestens zweijährige Berufsausbildungen zu verstehen, sondern etwa auch Ausbildungen zur Alten- oder Krankenpflegehelfer*in, die nur ein Jahr dauern. In diesen Fällen ist für die Aufnahme der Berufsausbildung, die als Beschäftigungsverhältnis gilt, keine Zustimmung durch die BA erforderlich (§ 38a Abs. 3 Satz 4 AufenthG).

Für Personen, die eine **qualifizierte (mindestens zweijährige) Berufsausbildung** absolvieren, besteht zudem immer die Möglichkeit, zusätzlich bis zu zehn Stunden in der Woche jede beliebige Nebentätigkeit auszuüben. Dieser Anspruch besteht per Gesetz, das heißt, es ist weder eine zusätzliche Arbeitserlaubnis durch die Ausländerbehörde, noch eine Prüfung durch die Arbeitsagentur erforderlich (§ 38a Abs. 3 S. 3 u. 4 i. V. m. § 16a Abs. 3 AufenthG).

- Personen, die ein **Freiwilliges Soziales Jahr oder einen Bundesfreiwilligendienst** in Deutschland leisten

Für die Absolvierung eines gesetzlich geregelten Freiwilligendienstes (Freiwilliges Soziales Jahr bzw. Bundesfreiwilligendienst) ist keine Zustimmung durch die BA erforderlich (§ 14 Abs. 1 Nr. 1 BeschV). Allerdings ist zu beachten, dass nur dann für einen Freiwilligendienst die Aufenthaltserlaubnis nach § 38a AufenthG erteilt wird, wenn der Lebensunterhalt gesichert ist. Dies wird nur zu erfüllen sein, wenn während des Freiwilligendienstes eine kostenlose Unterkunft vorhanden ist.

- Nebentätigkeiten neben einem **Studium oder einer schulischen Berufsausbildung**

Personen, die sich mit § 38a AufenthG zum Zwecke eines Studiums in Deutschland aufhalten, haben per Gesetz die Berechtigung zu jeder Beschäftigung von bis zu 120 vollen oder 240 halben Tagen pro Jahr. Zudem besteht automatisch die Erlaubnis zur Ausübung studentischer, unibezogener Nebentätigkeiten (z. B. als wissenschaftliche Mitarbeiter*innen oder Tutor*innen) oder für studienbezogene Praktika. Diese Tätigkeiten werden auch nicht auf die 120 Tagesgrenze angerechnet (§ 16b Abs. 3 AufenthG).

Personen, die sich mit § 38a AufenthG zum Zwecke einer schulischen qualifizierten Berufsausbildung in Deutschland aufhalten, haben per Gesetz die Berechtigung zu jeder (Neben-)Beschäftigung von maximal zehn Wochenstunden (§ 16a Abs. 3 AufenthG).

7. Selbstständige Erwerbstätigkeit und Freiberuflichkeit

Für die Ausübung einer selbstständigen Tätigkeit ist keine Zustimmung durch die BA erforderlich. Dennoch unterliegt die Berechtigung zur Selbstständigkeit bestimmten Bedingungen, die durch die Ausländerbehörde geprüft werden und sich an den Regelungen des § 21 AufenthG orientieren.

Es besteht einerseits die Möglichkeit einer **selbstständigen Tätigkeit im Rahmen eines Gewerbes**. Hierfür ist es nach den Vorgaben des § 21 Abs. 1 AufenthG grundsätzlich erforderlich, dass an der geplanten Tätigkeit

1. ein wirtschaftliches Interesse oder ein regionales Bedürfnis besteht,
2. die Tätigkeit positive Auswirkungen auf die Wirtschaft erwarten lässt und
3. die Finanzierung der Umsetzung durch Eigenkapital oder durch eine Kreditzusage gesichert ist.

Für eine Prüfung dieser Voraussetzungen sollten der Ausländerbehörde Dokumente wie ein Finanzierungsplan, ein Firmenprofil und ein Lebenslauf vorgelegt werden. Bei der Beurteilung muss die Ausländerbehörde die IHK oder die Handwerkskammer, die Gewerbebehörden und die für die Berufszulassung zuständigen Behörden beteiligen. Kriterien der Beurteilung können unter anderem sein: die Tragfähigkeit der Geschäftsidee, unternehmerische Erfahrung, Höhe des Kapitaleinsatzes und Schaffung von Arbeitsplätzen.

Für Personen, die **einen deutschen Hochschulabschluss** besitzen und ein Gewerbe in einem Bereich eröffnen möchten, das mit diesem Hochschulabschluss in Verbindung steht, gelten die oben genannten Bedingungen (Nr. 1 bis 3) nicht (§ 21 Abs. 2a AufenthG).

Für Staatsangehörige bestimmter Staaten gelten die Bedingungen (Nr. 1 bis 3) ebenfalls nicht. Dies gilt für folgende Staaten, mit denen völkerrechtliche Abkommen geschlossen worden sind: Dominikanische Republik, Indonesien, Iran, Japan, Philippinen, Sri Lanka, Türkei und USA (§ 21 Abs. 3 AufenthG).

Andererseits besteht die Möglichkeit einer **freiberuflichen Tätigkeit**. Unter freiberuflicher Tätigkeit sind diejenigen Tätigkeiten zu verstehen, die in § 18 Abs. 1 Nr. 1 Satz 2 des Einkommensteuergesetzes aufgeführt sind. Hierzu zählen etwa freie Künstler*innen, Sprachlehrer*innen, Architekt*innen, Dolmetscher*innen usw. Auch für die Tätigkeit als Freiberufler*in sollen ein Finanzierungsplan und ein Konzept über die Tätigkeit sowie geeignete Nachweise über berufliche Erfahrungen vorgelegt werden. Allerdings müssen nicht die oben genannten Voraussetzungen (wirtschaftliches Interesse, positive Auswirkungen auf die Wirtschaft) erfüllt werden (§ 21 Abs. 5 AufenthG).

Nach spätestens einem Jahr Besitz der Aufenthaltserlaubnis nach § 38a berechtigt diese auch zu jeder unselbstständigen Beschäftigung. Dies ergibt sich zwar nicht aus dem Wortlaut des § 38a AufenthG, aber unmittelbar aus der Daueraufenthaltsrichtlinie (Art. 21 Abs. 2 Satz 2).

8. Zugang zu sozialen Leistungen

Bis zur Erteilung der Aufenthaltserlaubnis nach § 38a AufenthG

In den ersten drei Monaten, bevor die Aufenthaltserlaubnis erteilt worden ist, besteht kein Anspruch auf reguläre Sozialhilfeleistungen nach dem SGB II oder SGB XII. Allerdings kann ein Anspruch auf „Überbrückungsleistungen“ nach § 23 Abs. 3 Satz 3 SGB XII bestehen.

Nach Ablauf der ersten drei Monate besteht, wenn die Aufenthaltserlaubnis nach § 38a AufenthG bereits beantragt, aber noch nicht ausgestellt worden ist, Anspruch auf Ausstellung einer Fiktionsbescheinigung. Hiermit können Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach dem SGB XII bezogen werden. Ein Anspruch auf Leistungen nach dem SGB II besteht hingegen wohl nicht, weil noch keine Arbeitserlaubnis erteilt worden ist, da in diesem Fall keine ausländische Erwerbsfähigkeit gegeben ist.

Nach Erteilung der Aufenthaltserlaubnis nach § 38a AufenthG

Nach Art. 21 Abs. 1 i. V. m. Art. 11 der Daueraufenthaltsrichtlinie genießen Personen mit Daueraufenthalt-EU, die in einem zweiten Mitgliedsstaat einen entsprechenden Aufenthaltstitel erhalten, **die gleiche Behandlung wie die eigenen Staatsangehörigen**. Dies gilt unter anderem für die Gebiete des Arbeitsmarktzugangs (mit den oben beschriebenen Einschränkungen), Bildung und Ausbildungsförderung, Soziale Sicherheit und Sozialhilfe.

Für Deutschland heißt das: Personen, denen eine Aufenthaltserlaubnis nach § 38a AufenthG erteilt worden ist, haben Zugang zu (nahezu) **sämtlichen sozialen Leistungen**. Im Folgenden soll ein Überblick gegeben werden, welche sozialen Leistungen beansprucht werden können und welche davon unter Umständen das Aufenthaltsrecht gefährden könnten.

SGB II bzw. SGB XII

Für Personen mit einer Aufenthaltserlaubnis nach § 38a besteht dem Grunde nach ein **Anspruch auf Leistungen nach dem SGB II** (oder, wenn sie dauer-

haft nicht erwerbsfähig sind oder die Altersgrenze überschritten haben, nach dem SGB XII). Die Ausschlüsse des § 7 Abs. 1 Satz 2 SGB II gelten für sie nicht, da sie zum Zeitpunkt der Erteilung der Aufenthaltserlaubnis bereits seit drei Monaten in Deutschland leben, ein Aufenthaltsrecht *nicht* allein zum Zweck der Arbeitsuche besitzen und auch nicht zum Personenkreis des AsylbLG gehören.

Das Problem ist allerdings: Für die Erteilung und Verlängerung der Aufenthaltserlaubnis nach § 38a AufenthG muss – wie oben bereits beschrieben – in der Regel der Lebensunterhalt gesichert sein. Somit kann der Bezug von Leistungen nach dem SGB II zu Schwierigkeiten mit der Ausländerbehörde führen. Das gilt allerdings nicht für den ergänzenden Leistungsbezug, wenn das tatsächliche Netto-Einkommen zwar ausreichend hoch ist, um den Bedarf (Regelsatz plus Warmmiete) zu decken, aber dennoch aufgrund der Freibetragsregelungen noch ein ergänzender Anspruch besteht.

Auch **besondere Leistungen der Sozialhilfe nach dem SGB XII** (z. B. Eingliederungshilfe, Hilfe zur Pflege, Hilfen zur Überwindung besonderer sozialer Schwierigkeiten, Hilfe in anderen Lebenslagen u. a.) können bezogen werden, ohne dass dies von der Ausländerbehörde negativ berücksichtigt werden dürfte, da sie nicht zum normalen Lebensunterhaltsbedarf zählen.

Kindergeld, Kinderzuschlag, Unterhaltsvorschuss und Elterngeld

Auf **Kindergeld** besteht nach § 62 Abs. 2 Nr. 2 des Einkommensteuergesetzes ein **Anspruch**, wenn die Aufenthaltserlaubnis zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit berechtigt oder berechtigt hat. **Diese Bedingung gilt für Kinderzuschlag, Unterhaltsvorschuss und Elterngeld ebenfalls**. Dies ist bei Personen mit einer Aufenthaltserlaubnis nach § 38a AufenthG in aller Regel der Fall, da auch die Erlaubnis für eine konkrete Beschäftigung oder für eine selbstständige Tätigkeit hierfür ausreicht. Auch Studierende und Auszubildende haben danach einen Anspruch auf Kindergeld, da die Rechtsgrundlage stets § 38a AufenthG ist, auch wenn diese in Verbindung mit § 16a oder b AufenthG

erteilt worden sein sollte. Auch für Kinder, die nicht in Deutschland leben, sondern sich noch in einem anderen EU-Staat aufhalten, kann gem. § 63 Abs. 1 Satz 3 EStG Kindergeld bezogen werden.

Das Kindergeld ist eine **unschädliche Leistung**, die ausländerrechtlich als Einkommen angerechnet ist. Das Kindergeld wird zum 1. Januar 2023 auf 250 Euro für die ersten drei Kinder erhöht worden.

Auf **Kinderzuschlag** besteht für Personen mit § 38a AufenthG gem. § 6a des Bundeskindergeldgesetzes ein Anspruch. Der Kinderzuschlag ist ebenfalls eine ausländerrechtlich unschädliche Sozialleistung, die als Einkommen berücksichtigt wird. Der Kinderzuschlag ist zum 1. Januar 2023 auf bis zu 250 Euro pro Kind erhöht worden. Der Kinderzuschlag kann somit zusammen mit dem Kindergeld in vielen Fällen dazu beitragen, den Lebensunterhalt einer Familie als gesichert geltend zu lassen, auch wenn das Erwerbseinkommen nicht besonders hoch ist.

Auf **Unterhaltsvorschuss** besteht gem. § 1 Abs. 2a Nr. 2 des Unterhaltsvorschussgesetzes ein Anspruch. Der Unterhaltsvorschuss ist ebenfalls eine unschädliche Sozialleistung, die wie Einkommen berücksichtigt wird.

Auf **Elterngeld** besteht gem. § 1 Abs. 7 Nr. 2 des Bundeselterngeldgesetzes ein Anspruch. Das Elterngeld ist eine unschädliche Sozialleistung.

Wohngeld

Personen mit einer Aufenthaltserlaubnis nach § 38a AufenthG haben einen **Anspruch auf Wohngeld** gem. § 3 Abs. 5 Nr. 3 des Wohngeldgesetzes. Hiernach besteht grundsätzlich Anspruch auf Wohngeld mit *jedem* Aufenthaltstitel.

Nach den Allgemeinen Verwaltungsvorschriften gilt der Bezug von Wohngeld als ausländerrechtlich „schädlich“, das heißt: Der Lebensunterhalt gilt damit als nicht gesichert.

Diese Auffassung ist nach der Rechtsprechung des EuGH und des Bundesverwaltungsgerichts zur Fra-

ge der Lebensunterhaltssicherung im europarechtlichen Sinne nicht mehr haltbar: Zumindest, wenn das reine Nettoeinkommen den Bedarf (Regelbedarf des SGB II plus möglicher Mehrbedarf für Alleinerziehende plus Warmmiete) decken kann, darf der zusätzliche und darüber hinaus gehende Bezug von Wohngeld nicht als „schädlich“ betrachtet werden (so auch OVG Niedersachsen, 8. Senat, Beschluss vom 20.03.2012, 8 LC 277/10, <https://t1p.de/hioiw>).

Integrationskurs

Es besteht ein **Anspruch auf Teilnahme an einem Integrationskurs** gem. § 44 Abs. 1 Nr. 1 d) AufenthG, unter Umständen besteht auch die Pflicht gem. § 44a Abs. 1 AufenthG, falls die Ausländerbehörde oder das Jobcenter eine Verpflichtung aussprechen. In diesem Fall kann die Ausländerbehörde die Verlängerung der Aufenthaltserlaubnis im Rahmen einer Einzelfallentscheidung ablehnen, wenn keine „ordnungsgemäße Teilnahme“ stattgefunden hat, es sei denn, die Integration in das gesellschaftliche und soziale Leben ist anderweitig erfolgt. Eine erfolgreiche Teilnahme darf hingegen nicht verlangt werden.

Von der Verpflichtung zur Teilnahme am Orientierungskurs sind Personen mit Aufenthaltserlaubnis nach § 38a ausgenommen, wenn sie bereits in dem ursprünglichen EU-Mitgliedstaat zur Erlangung ihrer Rechtsstellung als langfristig Aufenthaltsberechtigte an Integrationsmaßnahmen teilgenommen haben.

Ausbildungsförderung (BAföG und Berufsausbildungsbeihilfe)

Auf **Berufsausbildungsbeihilfe** nach dem SGB III besteht unabhängig vom Aufenthaltsstatus ein Anspruch.

Der Zugang sowohl zu **BAföG** ist in § 8 BAföG geregelt. Hiernach besteht für Personen mit einer Aufenthaltserlaubnis nach § 38a kein unmittelbarer Anspruch auf BAföG.

Ein Anspruch besteht erst dann, wenn

- die Person selbst bereits **mindestens fünf Jahre** in Deutschland gelebt hat und zeitweilig erwerbstätig gewesen ist oder
- ein Elternteil der Person innerhalb der letzten sechs Jahre **mindestens drei Jahre** in Deutschland gelebt hat und davon mindestens sechs Monate erwerbstätig war, soweit er unverschuldet an einer längeren Erwerbstätigkeit gehindert war. Für den Bereich der Berufsausbildungsbeihilfe können auch Kindererziehungszeiten als Zeit der Erwerbstätigkeit angerechnet werden. (§ 8 Abs. 3 BAföG)

Darüber hinaus besteht ein Anspruch für folgende Gruppen:

- Personen, die als Ehegatten oder Kinder einer Person mit § 38a selbst eine Aufenthaltserlaubnis nach § 30 oder 32 bis 34 AufenthG besitzen und sich seit **mindestens 15 Monaten** in Deutschland aufhalten (§ 8 Abs. 2 Nr. 2 BAföG)
- Personen, die als **Flüchtling nach der Genfer Flüchtlingskonvention** (zu erkennen am Reiseausweis für Flüchtlinge) in einem *anderen* EU-Staat anerkannt sind, haben unabhängig von den oben genannten Einschränkung sofort einen eigenen Anspruch auf BAföG. Unter diese Regelung können also sowohl Personen mit § 38a als auch deren Ehegatten mit einer familiären Aufenthaltserlaubnis fallen. (§ 8 Abs. 1 Nr. 6 BAföG bzw. § 59 Abs. 1 Nr. 6 SGB III)

Die Regelungen zur Ausbildungsförderung von Personen mit § 38a dürften in dieser Form mit EU-Recht nicht vereinbar sein. Denn der **Gleichbehandlungsgrundsatz** der Daueraufenthaltsrichtlinie für Daueraufenthaltsberechtigte im anderen EU-Staat gilt gemäß Art. 21 Abs. 1 i. V. m. Art. 11 Abs. 1 b) RL 2003/109/EG ausdrücklich für Ausbildungsförderung:

„Langfristig Aufenthaltsberechtigte werden auf folgenden Rechtsgebieten wie eigene Staatsangehörige behandelt: (...) allgemeine und berufliche Bildung einschließlich Stipendien und Ausbildungsbeihilfen gemäß dem nationalen Recht; (...)“

Dies ist in Deutschland offensichtlich nicht umgesetzt.

Krankenversicherung

Normalerweise wird für Personen mit einer Aufenthaltserlaubnis nach § 38a AufenthG durch die Erwerbstätigkeit eine Krankenversicherungspflicht im regulären System des SGBV entstehen. Für Personen, die nicht erwerbstätig sind, ist in der Regel die freiwillige Mitgliedschaft in der Gesetzlichen Krankenversicherung möglich, da die Vorversicherungszeiten in einem anderen EU-Staat angerechnet werden.

Solange noch keine Erwerbstätigkeit ausgeübt wird (etwa in den ersten drei Monaten), gilt:

Falls eine Absicherung im staatlichen Gesundheitssystem des anderen EU-Staats besteht, sind die betroffenen Personen auch in Deutschland im Krankheitsfall abgesichert. Normalerweise erfolgt dies über die EHIC (European Health Insurance Card), die auf der Rückseite der Versicherungskarte abgedruckt ist und auch für Drittstaatsangehörige innerhalb der EU gilt. Es ist im Notfall auch möglich, die Mitgliedschaft im Gesundheitssystem des anderen EU-Staats über eine Provisorische Ersatzbescheinigung (PEB) nachzuweisen.

Bei Krankheit besteht in Deutschland dann Anspruch auf Behandlung und Kostenübernahme durch eine frei gewählte gesetzliche Krankenkasse, die sich die Kosten aus dem anderen EU-Staat erstatten lässt. Der Umfang des Behandlungsanspruchs hängt von der geplanten Dauer des Aufenthalts in Deutschland ab. Er geht über eine reine Notfallversorgung hinaus und umfasst diejenigen Leistungen, die erforderlich sind, um nicht vorzeitig in den anderen EU-Staat zurückkehren zu müssen. Auch die Kosten für Entbindung können dazu gehören.

9. Familienzusammenführung

Für den Familiennachzug zu Personen mit einer Aufenthaltserlaubnis nach § 38a AufenthG gelten erleichterte Regelungen:

Wenn die Ehe **bereits im ersten EU-Mitgliedsstaat bestanden hat**, haben Ehepartner*innen einen Anspruch auf Ehegatt*innennachzug gem. § 30 Abs. 1 Nr. 3f) AufenthG. In diesem Fall gilt weder das Mindestalter von 18 Jahren, noch Spracherfordernisse. Minderjährige ledige Kinder und – über das Aufenthaltsgesetz hinaus – auch Stiefkinder (Kinder der*des Ehepartner*in) haben einen Anspruch auf Familiennachzug gem. § 32 Abs. 1 Nr. 4 AufenthG. Dies ergibt sich aus Art. 16 Abs. 1 bzw. 4 der Daueraufenthaltsrichtlinie i. V. m. Art. 4 Abs. 1 der Familiennachzugsrichtlinie, RL 2003/86/EG, <https://t1p.de/fkasc>).

Ein Visum ist für die Einreise zum Zweck des Familiennachzugs in diesem Fall **nicht erforderlich** (Art. 16 Abs. 3 i. V. m. Art. 15 Abs. 1 der Daueraufenthaltsrichtlinie). Allerdings ist in der Regel der gesicherte Lebensunterhalt Voraussetzung.

Falls die Familie **noch nicht im anderen EU-Mitgliedsstaat bestanden hatte**, richtet sich der Familiennachzug nach den „normalen“ Regelungen des § 30 bzw. 32 AufenthG, so dass bei Ehegatt*innen Sprachkenntnisse vorausgesetzt werden. Auch ein Visum ist dann erforderlich.

10. Langfristiges Aufenthaltsrecht nach fünf Jahren

Wenn die Person fünf Jahre mit einer Aufenthaltserlaubnis nach § 38a in Deutschland gelebt hat, erfüllt sie die Voraussetzungen für das Recht auf Daueraufenthalt für Deutschland. Sie sollte dann eine Niederlassungserlaubnis oder eine „Erlaubnis zum Daueraufenthalt-EU“ gem. § 9a bis c AufenthG bei der Ausländerbehörde beantragen. Dabei muss sie sich nicht zwischen der „normalen“ Niederlassungserlaubnis und der Erlaubnis zum Daueraufenthalt-EU entscheiden, sondern beide Aufenthaltstitel müssen gegebenenfalls auch nebeneinander erteilt werden.

→ Bundesverwaltungsgericht, Urteil vom 19. März 2013 – 1 C 12.12; <https://t1p.de/4ym1z>

Für die Erlaubnis zum Daueraufenthalt-EU sind als weitere Voraussetzungen zu erfüllen:

→ Der Lebensunterhalt muss für die Person selbst und ihre Familienangehörigen gesichert sein. Dazu zählt auch eine angemessene gesetzliche oder private Altersvorsorge.

→ Es muss ausreichender Kranken- und Pflegeversicherungsschutz bestehen.

→ Es müssen normalerweise ausreichende Kenntnisse der deutschen Sprache (B 1) und Grundkenntnisse der Rechts- und Gesellschaftsordnung vorliegen. Ausnahmen gelten für Personen, die dies wegen einer körperlichen, geistigen oder seelischen Krankheit oder Behinderung nicht erfüllen können.

→ Es dürfen keine Gründe der Öffentlichen Sicherheit oder Ordnung entgegenstehen.

→ Es muss ausreichender Wohnraum vorhanden sein. Hierfür genügen für Personen über sechs Jahre zwölf Quadratmeter und für Kinder unter sechs Jahre zehn Quadratmeter Wohnfläche.

Es ist wichtig, die Erlaubnis zum Daueraufenthalt-EU und / oder eine Niederlassungserlaubnis rechtzeitig nach der fünfjährigen Aufenthaltszeit in Deutschland zu beantragen, da normalerweise nach einer ununterbrochenen sechsjährigen Abwesenheit in dem ursprünglichen EU-Staat der Daueraufenthalt dort erlischt (Art. 9 der Daueraufenthaltsrichtlinie; § 51 Abs. 9 AufenthG). Achtung: Wenn sich die Person nicht in einem anderen Unionsstaat, sondern außerhalb der

EU aufhält, erlischt der Daueraufenthalt nicht erst nach sechs Jahren, sondern in der Regel schon nach zwölf Monaten ununterbrochener Abwesenheit.

Der Verlust des Daueraufenthaltsrechts in einem anderen Mitgliedsstaats hat zur Folge, dass dann auch die Aufenthaltserlaubnis nach § 38a in Deutschland widerrufen werden soll und nicht verlängert werden kann (§ 52 Abs. 6 AufenthG). Die Frage, ob diese Regelung mit Unionsrecht vereinbar ist, liegt gegenwärtig beim Europäischen Gerichtshof zur Prüfung vor (EuGH, C-129/22).

Beispiel:

Baya ist georgische Staatsangehörige und hat eine Erlaubnis zum Daueraufenthalt in Schweden. In ihrem schwedischen Aufenthaltstitel steht „varaktigt bosatt inom EU“. Sie lebt und arbeitet nun seit etwas mehr als fünf Jahren in Deutschland und besitzt eine Aufenthaltserlaubnis nach § 38a AufenthG. Sie erfüllt die Voraussetzungen sowohl für die Niederlassungserlaubnis nach § 9 als auch für die Erlaubnis zum Daueraufenthalt-EU nach § 9a bis c AufenthG.

Sie sollte in Deutschland eine Erlaubnis zum Daueraufenthalt-EU beantragen. Denn nach insgesamt sechs Jahren Abwesenheit aus Schweden wird sie die dortige Erlaubnis zum Daueraufenthalt-EU verlieren – mit der Folge, dass dann auch die Grundlage für ihren Aufenthalt nach § 38a in Deutschland gefährdet wäre. Mit der deutschen Erlaubnis zum Daueraufenthalt-EU hat sie hingegen ein sicheres Aufenthaltsrecht für Deutschland.

Auswirkungen auf die Praxis

Die Regelungen zur innereuropäischen Mobilität für langfristig aufenthaltsberechtigte Drittstaatsangehörige können nicht selten Aufenthaltsperspektiven für Menschen in Deutschland schaffen, die zuvor in einem anderen EU-Mitgliedsstaat gelebt haben – sei es für die Arbeit oder als anerkannte Schutzsuchende. Allerdings sind die Voraussetzungen hoch und werden der sozialen und wirtschaftlichen Realität oftmals nicht gerecht. Eine zentrale Schwierigkeit stellt die Voraussetzung einer durchgehenden Sicherung des Lebensunterhalts dar, die nicht nur über Jahre hinweg für den Erwerb des Daueraufenthaltsrechts in dem ursprünglichen EU-Land erfüllt gewesen sein muss, sondern auch für den Umzug nach Deutschland verlangt wird.

Insbesondere für Menschen mit niedriger formaler Qualifikation oder geringen Deutschkenntnissen ist diese Bedingung oftmals – jedenfalls zeitweilig – nicht zu erfüllen. Besonders gravierend ist, dass es hierfür auch nicht etwa eine „Schutzklausel“ wie für Unionsbürger*innen gibt, die nach Verlust einer Arbeitsstelle zumindest zeitweilig ihre aufenthalts- und sozialrechtlichen Ansprüche behalten würden: Personen mit einer Aufenthaltserlaubnis nach § 38a, die arbeitslos werden und keine anderweitigen Einkünfte erzielen können, droht umgehend der Verlust des Aufenthaltsrechts, insbesondere nach einem Antrag auf Leistungen nach dem SGB II. Diese Tatsache führt häufig zu prekären Lebensverhältnissen und zu erhöhter Ausbeutbarkeit und Schutzlosigkeit auf dem Arbeitsmarkt.

Hinzu kommt, dass in Deutschland Personen mit § 38a AufenthG zumindest 12 Monate lang nur einen nachrangigen Arbeitsmarktzugang haben. Es handelt sich hierbei um einen der ganz wenigen Fälle, in denen in Deutschland überhaupt noch eine Vorrangprüfung vorgesehen ist. Es stellt sich die Frage, ob dies – auch hinsichtlich des damit verbundenen Verwaltungsaufwands – sinnvoll ist.

Wünschenswert wäre, dass die Möglichkeiten von Drittstaatsangehörigen zur innereuropäischen Mobilität und zur Inanspruchnahme sozialer Rechte stärker an die Freizügigkeitsrechte von Unionsbürger*innen angenähert werden. Die politischen Entwicklungen auf EU-Ebene lassen indes eher das Gegenteil befürchten.



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

www.paritaet.org
info@paritaet.org