



Freizügigkeit und Recht auf Arbeit für (Neu-)EU-BürgerInnen

Rechtsanwalt Peter von Auer
Souchaystr. 3
60594 Frankfurt
www.ra-vonauer.de

I. (Voraussetzungslose) Einreise u. Aufenthalt für drei Monate

Art. 21 Abs. 1 AEUV (= ex Art. 18 EG):

Jeder Unionsbürger hat das Recht, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten vorbehaltlich der in den Verträgen und in den Durchführungsvorschriften vorgesehenen Beschränkungen und Bedingungen frei zu bewegen und aufzuhalten.

§ 2 Abs. 4 S. 1 FreizügG/EU:

Unionsbürger bedürfen für die Einreise **keines Visums und für den Aufenthalt keines Aufenthaltstitels.**

§ 2 Abs. 5 FreizügG/EU:

Für einen Aufenthalt von Unionsbürgern von bis zu drei Monaten ist der **Besitz eines gültigen Personalausweises oder Reisepasses ausreichend.**

§ 5 Abs. 1 FreizügG/EU:

Freizügigkeitsberechtigten Unionsbürgern und ihren Familienangehörigen mit Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaates der Europäischen Union wird **von Amts wegen unverzüglich eine Bescheinigung über das Aufenthaltsrecht ausgestellt.**

II. Aufenthalt zur Arbeitssuche

1. Erstmalige Arbeitssuche

Fall 1:

Ein rumänischer Staatsangehöriger kommt in das Bundesgebiet und meldet sich hier arbeitssuchend. Nach sechsmonatigem Aufenthalt, in welchem er ohne Erfolg eine Arbeitsstelle sucht, weist ihn die Ausländerbehörde darauf hin, dass er das Bundesgebiet zu verlassen habe: Da er nicht einmal eine Arbeitsgenehmigung nach § 284 SGB III beantragt habe, sei er nicht Arbeitssuchender i.S.d. § 2 Abs. 2 Nr. 1 FreizügiG/EU. Er dürfe sich daher nicht länger als drei Monate im Bundesgebiet aufhalten. Sechs Monate seien aber selbst für die Arbeitssuche die Höchstgrenze. Es sei daher eine Verlustfeststellung nach § 5 Abs. 5 FreizügG/EU beabsichtigt.

Der Betroffene wendet nachweislich einer schriftlichen Bestätigung der Firma X ein, es bestehe ein Praktikum bzw. „*Einfühlungsverhältnis ohne Vergütungsanspruch*“ bei dem Arbeitgeber X für die Dauer von zwei Wochen. Wenn X zufrieden sei, werde er dort entgeltlich eingestellt. Die Ausländerbehörde hält gleichwohl an ihrem Vorhaben fest und informiert außerdem die Zollbehörde, die „*wegen Schwarzarbeit*“ ein Ermittlungsverfahren nach § 404 SGB III gegen ihn und X aufnehmen soll.

1. Ist der Betroffene „Arbeitssuchender“ i.S.d. § 2 Abs. 2 Nr. 1 FreizügG/EU trotz fehlenden Antrags auf Arbeitsgenehmigung nach § 284 SGB III?
2. Wie lange ist ein Aufenthalt zur Arbeitssuche regelmäßig zulässig?
3. Liegen die Voraussetzungen des § 404 Abs. 2 Nr. 4 i.V.m. § 404 Abs. 3 SGB III seitens des Betroffenen und nach § 404 Abs. 2 Nr. 3 i.V.m. § 404 Abs. 3 SGB III seitens des X vor?

a) Voraussetzungen des Aufenthalts zur Arbeitssuche

§ 2 Abs. 2 Nr. 1 FreizügG/EU:

Gemeinschaftsrechtlich freizügigkeitsberechtigt sind Unionsbürger, die sich als Arbeitnehmer, ***zur Arbeitssuche*** oder zur Berufsausbildung aufhalten wollen.

Voraussetzung ist allein die ernsthafte Arbeitssuche, **nicht** bereits das Beantragen oder Bestehen einer Arbeitsgenehmigung nach § 284 SGB III:

VGH Bayern, Beschluss vom 16.01.2099, 19 C 08.3271:

„Dem [Bestehen des Freizügigkeitsrechts als Arbeitssuchender] steht nicht entgegen, dass die Klägerin bislang noch keine Arbeitsgenehmigung/EU beantragt hat. Gemäß § 284 Abs. 3 SGB III i.V.m. § 39 Abs. 2 bis 4 AufenthG muss vor Erteilung einer Arbeitsgenehmigung/EU eine Arbeitsmarktprüfung und eine Beurteilung der Arbeitsbedingungen erfolgen. Dazu hat der künftige Arbeitgeber gegenüber der Arbeitsagentur ein konkretes, überprüfbares Stellenangebot vorzulegen oder der Arbeitnehmer ein solches nachzuweisen(vgl. HK-AuslR/Clodius, 2008, RdNr. 18 zu FreizügG/EU, Anhang § 284 SGB III). Andernfalls können die Erteilungsvoraussetzungen nicht geprüft werden und die Antragstellung macht keinen Sinn. Die Klägerin muss deshalb zunächst erst einmal eine Arbeitsstelle suchen und finden, um überhaupt mit einiger Aussicht auf Erfolg eine Arbeitsgenehmigung/EU beantragen zu können.“

Lösung Fall 1.1.:

Der Umstand, dass noch keine Arbeitsgenehmigung nach § 284 SGB III beantragt wurde, steht der Eigenschaft als Arbeitssuchender nicht entgegen.

b) mögliche Dauer der Arbeitssuche

EuGH („Antonissen“, C-292/89, 26.02.1991):

*„Das Gemeinschaftsrecht über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer verwehrt es dem Recht eines Mitgliedstaats nicht, einen Angehörigen eines anderen Mitgliedstaats, der zum Zweck der Stellensuche in sein Gebiet eingereist ist, unbeschadet einer Klagemöglichkeit auszuweisen, wenn er nach **sechs Monaten** keine Stelle gefunden hat, sofern der Betroffene nicht nachweist, dass er weiterhin und mit begründeter Aussicht auf Erfolg Arbeit sucht.“*

Hieraus hat sich die **Verwaltungspraxis** ergeben, dass **sechs Monate die zeitliche Grenze der Arbeitssuche** darstellen.

Aber:

EuGH („Tsiotras“, - C-171/91, 26. 5. 1993)

*„Wie der Gerichtshof im selben Urteil [= „Antonissen] weiter ausgeführt hat, erscheint ein Zeitraum von sechs Monaten als zu diesem Zweck ausreichend; **erbringt der Betroffene freilich nach Ablauf dieses Zeitraums den Nachweis, dass er weiterhin und mit begründeter Aussicht auf Erfolg Arbeit sucht, so darf er vom Aufnahmemitgliedstaat nicht ausgewiesen werden (Randnr. 21).**“*

Daher:

VGH Bayern, Beschluss vom 16.01.2009, 19 C 08.3271:

*„Das Gemeinschaftsrecht [kennt] **keine starren Fristen, die den Zeitraum der Arbeitssuche beschränken**. Vor allem gibt es keinen Automatismus dergestalt, dass etwa nach Ablauf von drei Monaten eine Verlassenspflicht bestünde, wenn bis zu diesem Zeitpunkt kein Arbeitsplatz gefunden wurde (vgl. EuGH, Urt. vom 26.2.1991 -C-292/89 -, InfAuslR 1991, 151 [152] "Antonissen"). **Auch wenn sich in der Verwaltungspraxis als allgemeine Richtschnur eine zeitliche Grenze von sechs Monaten herausgebildet haben mag (vgl. OVG RhPf, Beschluss vom 10.3.1997 - 10 B 10011/97 , InfAuslR 1997, 192), so ist eine Aufenthaltsbeendigung nach Ablauf dieses Zeitraums doch gleichwohl nur dann zulässig, wenn nicht nachgewiesen wird, dass weiterhin mit konkreter Aussicht auf Erfolg nach Arbeit gesucht wird (vgl. EuGH, Urt. vom 26.2.1991 – C-292/89 -, InfAuslR 1991, 151 [152] "Antonissen"; Urt. vom 23.3.2004 - C-138/02 -, InfAuslR 2004, 375 [377] "Collins").“***

Lösung Fall 1.2.:

Es gibt für die Arbeitssuche i.S.d. § 2 Nr. 1 FreizügG/EU keine starre 6-Monats-Grenze.

Im Fall 1 ist der rumänische Staatsangehörige auch nach diesem Zeitraum Arbeitssuchender, da mit der Bestätigung des X die begründete Aussicht auf einen Arbeitsplatz besteht.

2. Aufenthalt zur Arbeitssuche nach (unfreiwilligem) Verlust eines Arbeitsplatzes

a) Nach Ausübung einer Tätigkeit von mehr als einem Jahr

§ 2 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 FreizügG/EU:

Das Recht nach Absatz 1 bleibt für Arbeitnehmer und selbständig Erwerbstätige ***unberührt bei unfreiwilliger durch die zuständige Agentur für Arbeit bestätigter Arbeitslosigkeit*** oder Einstellung einer selbständigen Tätigkeit infolge von Umständen, auf die der Selbständige keinen Einfluss hatte ***nach mehr als einem Jahr Tätigkeit.***

Fall 2:

Ein Rumäne arbeitet in der Firma X. Nach 9 Monaten wird er aus betriebsbedingten Gründen entlassen, eine Kündigungsschutzklage bleibt erfolglos. Er meldet sich arbeitssuchend und findet nach 3 Monaten bei Y erneut ein Arbeitsverhältnis. Nach 9 Monaten verliert U dieses erneut Grund einer Betriebsverlagerung nach Rumänien. Für beide Beschäftigungen lag eine Arbeitsgenehmigung-EU nach § 284 SGB III vor.

Liegen die Voraussetzungen des § 2 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 FreizügG/EU vor?

Lösung Fall 2:

Umstritten ist, ob nur eine **ununterbrochene** Beschäftigung von mindestens einjähriger Dauer (Hailbronner, AuslR, FreizügG/EU, § 2 Rn. 76) oder Zeiten **mehrerer Beschäftigungen zusammengerechnet** berücksichtigt werden (HK-AuslR/Hoffmann, FreizügG/EU, § 2 Rn. 31). Der letztgenannten Auffassung ist zuzustimmen:

Weder der Wortlaut von Art. 7 Abs. 3 b der Freizügigkeits-RL („*nach mehr als einjähriger Beschäftigung*“) noch jener des § 2 Abs. 3 Nr. 2 FreizügG/EU („*Tätigkeit von mehr als einem Jahr ausgeübt*“) geben eindeutig Aufschluss.

Sinn und Zweck der Regelungen ist es, einem in den Arbeitsmarkt des Mitgliedstaates integrierten Arbeitnehmer das Recht auf dortigen Verbleib nach unfreiwilligem Arbeitsplatzverlust zu bewahren. Eine Orientierung an der aktuellen Arbeitsmarktsituation, in welcher kaum ein Arbeitnehmer vor betriebsbedingter Kündigung o.ä. gefeit ist, gebietet es, das Freizügigkeitsrecht Betroffener auch dann zu erhalten, wenn sie erst durch das Zusammenrechnen mehrerer Beschäftigungen die Jahresschwelle überschreiten.

Außerdem kann ein Arbeitnehmer, der wie im Fall – insgesamt – weit mehr als ein Jahr auf dem deutschen Arbeitsmarkt beschäftigt war, nicht jenem schlechter gestellt werden, der nur ein Jahr – ununterbrochen – beschäftigt war.

b) Nach Ausübung einer Tätigkeit von weniger als einem Jahr

§ 2 Abs. 3 S. 2 FreizügG/EU:

Bei unfreiwilliger durch die zuständige Agentur für Arbeit bestätigter Arbeitslosigkeit ***nach weniger als einem Jahr Beschäftigung bleibt das Recht aus Absatz 1 während der Dauer von sechs Monaten unberührt.***

Beachte:

Die strikte Begrenzung von sechs Monaten wird der Rechtsprechung des EuGH nicht gerecht, wonach auch nach Ablauf von sechs Monaten nicht ausgewiesen werden kann, wer nach Ablauf dieses Zeitraums nachweist, dass er weiterhin und mit begründeter Aussicht auf Erfolg Arbeit sucht („Antonissen“ und „Tsiotras“; vgl. auch VGH Bayern, Beschluss vom 16.01.2009, 19 C 08.3271; s.o. II.1.b).

III. Die Arbeitnehmerfreizügigkeit und deren teilweise Suspendierung für Rumänen und Bulgaren bis einschließlich 31.12.2003

Art. 45 AEUV (ex Art. 39 EG)

gewährleistet die uneingeschränkte Freizügigkeit der Arbeitnehmer.

Art. 23 der Beitrittsakte zum Vertrag zum Beitritt zur EU vom 25.04.2005

sowie deren Anhang VI und VII ermöglicht demgegenüber die Suspendierung eines ungehinderten und diskriminierungsfreien Zugangs zum Arbeitsmarkt zu Gunsten der bisherigen 15 Mitgliedstaaten in drei Phasen bis zu maximal 7 Jahren (sog. „2+2+3-Modell“).

Da die BRD hiervon in **§ 13 FreizügG/EU** (vollumfänglich) Gebrauch gemacht hat, ist die Arbeitnehmerfreizügigkeit für Rumänen und Bulgaren **bis zum 31.12.2013** außer Kraft gesetzt. Erst ab **01.01.2014** besteht damit für Rumänen und Bulgaren uneingeschränkte Arbeitnehmerfreizügigkeit.

Im Gegensatz zur BRD haben bisher 15 Mitgliedstaaten (Tschechische Republik, Estland, Litauen, Zypern, Lettland, Polen, Slowenien, Slowakei, Finnland, Schweden, Dänemark, Griechenland, Spanien, Portugal und Ungarn) den Arbeitsmarkt für bulgarische und rumänische Arbeitnehmer umfassend geöffnet.

IV. Konsequenzen der suspendierten Arbeitnehmerfreizügigkeit

1. Erforderlichkeit einer Arbeitserlaubnis-EU / Arbeitsberechtigung

a) Grundsätzliche Erforderlichkeit einer Arbeitserlaubnis-EU bzw. -berechtigung

Bis einschließlich 31.12.2013 ist zur Aufnahme einer unselbständigen Tätigkeit grundsätzlich eine **Arbeitserlaubnis-EU nach § 284 SGB III bzw. eine Arbeitsberechtigung nach § 12 a ArGV erforderlich.** Diesbezügliche Antragstellung und Genehmigung erfolgt ausschließlich bei der bzw. durch die Bundesagentur für Arbeit (im Folgenden: BA), bzw. die dort angesiedelten Zentralen Auslands- und Fachvermittlungen, ZAV).

b) Ausnahmen

In folgenden Fällen ist eine Arbeitserlaubnis-EU ausnahmsweise nicht (bzw. nicht mehr seit ArbRGenÄndV vom 12.12.2011, gültig seit 01.01.2012) erforderlich :

§ 12 b) Abs. 1 ArGV: Für **Fachkräfte mit Hochschulabschluss oder einer vergleichbaren Qualifikation** (vor dem 01.01.2011: eingeschränkte Vorrangprüfung nach § 39 Abs. 2 Nr. 2 = keine ungünstigeren Bedingungen als jene vergleichbarer deutscher Arbeitnehmer)

§ 12 c ArGV: **Auszubildende für eine qualifizierte betriebliche Ausbildung** in einem staatlich anerkannten oder vergleichbar geregelten Ausbildungsberuf (vor dem 01.01.2012: nur im Falle eines im Ausland erworbenen anerkannten deutschen Schulabschlusses)

§ 12 e ArGV: **Saisonarbeitskräfte für eine Saisonbeschäftigung nach §18 BeschV** (in der Fassung seit 11.05.2011, zuvor: § 12 d ArGV).

c) Voraussetzungen zur Erteilung einer Arbeitserlaubnis-EU

aa) Qualifizierte Beschäftigung: (Eingeschränkte) Vorrangprüfung und Möglichkeit der Zustimmung zu jeder qualifizierten Beschäftigung

Qualifizierte Arbeitnehmer (= mindestens 3-jährige Berufsausbildung, § 25 S. 2 BeschV) unterliegen für eine ihrer Qualifikation entsprechenden Beschäftigung nach **§ 12 b) Abs. 2 ArgV** keiner Vorrangprüfung nach **§ 39 Abs. 2 Nr. 1 AufenthG** d.h., **Deutsche und uneingeschränkt freizügigkeitsberechtigte Unionsbürger** werden gegenüber **Rumänen und Bulgaren** nicht bevorzugt:

Es wird lediglich geprüft, ob **die Arbeitsbedingungen nicht ungünstiger sind, als jene vergleichbarer deutscher Arbeitnehmer, § 39 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG.**

Qualifizierte Arbeitnehmer genießen nach **§ 39 Abs. 6 S. 1 AufenthG** eine Privilegierung weiter insofern, als die **Zustimmung zu jeder qualifizierten Beschäftigung möglich** ist, der einschränkende Katalog der §§ 25 ff. BeschV also nicht zur Anwendung kommt.

bb) Arbeitserlaubnis-EU für *unqualifizierte* Arbeitnehmer

(1) Vorrangprüfung / Grundsatz der Gemeinschaftspräferenz

Die BA nimmt bei der Prüfung zur Zulassung zum Arbeitsmarkt rumänischer und bulgarischer **unqualifizierter** Arbeitnehmer nach § 284 SGB III eine **Vorrangprüfung nach § 39 Abs. 2 AufenthG** vor, d.h., **Deutsche und uneingeschränkt freizügigkeitsberechtigte Unionsbürger werden gegenüber Rumänen und Bulgaren bevorzugt.**

Rumänische und bulgarische Staatsangehörige werden aber **nicht mit Drittstaaten gleichgestellt, sondern nach dem Grundsatz der sog. Gemeinschaftspräferenz (§ 39 Abs. 6 S. 2 AufenthG) diesen gegenüber bevorzugt.**

Beachte:

Es wird vertreten, dass **§ 39 Abs. 6 S. 1 AufenthG** (s.o., II.1.c)aa) gemeinschaftsrechtskonform dahingehend auszulegen ist, dass die Norm **auch auf unqualifizierte Arbeitnehmer anzuwenden** ist, ihnen also – in Abweichung von §§ 17 ff. BeschV – der **Zugang zu jeder unqualifizierten Tätigkeit** zu genehmigen ist:

Argumentiert wird mit **§ 34 BeschV**, wonach Staatsangehörigen bestimmter Staaten (Andora, Australien, Israel, Japan, Kanada, Monaco, Neuseeland, San Marino, USA) die Zustimmung zu jeder – auch zu unqualifizierter – Beschäftigung erteilt werden kann. Eine Besserstellung dieser Drittstaaten gegenüber den neuen Unionsbürgern stelle aber einen **Verstoß gegen den Grundsatz der Gemeinschaftspräferenz dar** (siehe oben, III. 3. c) (vgl. Röseler in: Renner, AuslR, AufenthG, § 39 Rn. 27; HK AuslR/Stiegeler, AufenthG, § 39 Rn. 25).

In der **Praxis** erfolgt die Zustimmung unqualifizierter rumänischer und bulgarischer Staatsangehöriger indessen nach dem – eingeschränkten – Katalog der §§ 17 ff. BeschV.

(2) Der Katalog der §§ 17 ff. Beschäftigungsverordnung (BeschV)

§ 18 BeschV: Saisonbeschäftigung

Keine Arbeitsgenehmigung erforderlich, § 12 e) ArGV (siehe oben, II.1. b) unter folgenden Voraussetzungen:

Bereiche: Land- u. Forstwirtschaft, Hotel- u. Gaststättengewerbe, Obst- u. Gemüseverarbeitung sowie in Sägewerken

Absprache der BA mit der Arbeitsverwaltung des Herkunftslandes

Diese bestehen zurzeit mit Bulgarien und Rumänien, Polen, der Slowakischen Republik, Slowenien, Ungarn, der Tschechischen Republik aber auch mit dem Drittstaat Kroatien.

Arbeitszeit: mindestens 30-stündige wöchentliche Arbeitszeit bei
Durchschnittlich mindestens 6 Stunden arbeitstäglich

Dauer: Beschäftigung für den einzelnen Arbeitnehmer für maximal sechs Monate im Kalenderjahr; ein Betrieb darf Saisonbeschäftigte maximal acht Monate im Kalenderjahr beschäftigen.

§ 21 BeschV: Haushaltshilfen

Tätigkeitsbereich

hauswirtschaftliche Arbeit und pflegerische Alltagshilfen in Haushalten mit Pflegebedürftigen; **nicht**: Ausübung pflegerischer Tätigkeit, diese ist qualifizierten Pflegekräften nach § 30 BeschV vorbehalten.

Umfasst sind bspw. folgende Tätigkeiten: Kochen, Putzen, Hilfeleistung bei Nahrungsaufnahme, Waschen der Pflegebedürftigen

Absprachen der Bundesagentur für Arbeit mit den Arbeitsverwaltungen

Rumäniens und Bulgariens bestehen.

Dauer: Die Zustimmung kann für drei Jahre erteilt werden. Innerhalb dieses Zeitraums kann die Zustimmung zum Wechsel des Arbeitgebers erteilt werden.

Für eine erneute Beschäftigung nach erfolgter Ausreise darf eine erneute Zustimmung erst erteilt werden, wenn sich die betreffende Person nach der Ausreise mindestens so lange im Ausland aufgehalten hat, wie sie im Inland beschäftigt war.

Arbeitgeber sind hier private Haushalte mit Personen, für die erhöhter Betreuungsbedarf besteht und pflegebedürftige Personen (Pflegestufe 0-III oder blinde Person)

§ 39 BeschV: Werkvertragsarbeitnehmer

Grundlage für die Zustimmung:

Bilaterale Vereinbarungen über die Entsendung und Beschäftigung von Arbeitnehmern ausländischer Unternehmen auf der Grundlage von Werkverträgen.

Derartige Vereinbarungen bestehen mit: Rumänien, Ungarn, Bosnien-Herzegowina, Kosovo, Kroatien, Lettland, Mazedonien, Polen, Serbien, Montenegro, Slowakische Republik, Slowenien, Tschechische Republik, Türkei

Keine Arbeitsmarktprüfung:

Werkvertragsabkommen sind Kontingentvereinbarungen, so dass eine Arbeitsmarktprüfung nicht stattfindet.

Aber Schutzklauseln:

Zustimmung ausgeschlossen,

- wenn in dem Betrieb des deutschen Werkvertragspartners Arbeitnehmer entlassen werden oder Kurzarbeit droht.
- in Arbeitsagenturbezirken, in welchen in den letzten sechs Monaten durchschnittlich eine Arbeitslosenquote von über 30 % bestand.

Dauer:

Grundsatz: längstens 2 Jahre.

Ausnahme: Es steht von vornherein fest, dass die Ausführung des Werkvertrages länger dauert, dann ist die Zustimmung für die Höchstdauer von 3 Jahren möglich.

Arbeitnehmern in leitender Position oder Verwaltungspersonal (bspw. Techniker, Bauleiter) kann die Zustimmung für eine Höchstdauer von 4 Jahren erteilt werden, § 39 Abs. 2 BeschV.

Erneute Zustimmung:

Nur, wenn der Zeitraum zwischen Ausreise und erneuter Einreise nicht kürzer ist, als die Gesamtgeltungsdauer der Arbeitsgenehmigung (Begrenzung auf maximal 2 Jahre) Bei einer Tätigkeit von nicht mehr als neun Monaten beträgt er höchstens drei Monate.

Bedeutung

haben die Werkvertragsarbeitnehmerabkommen in Bezug auf die neuen EU-Mitgliedstaaten vor allem in jenen Bereichen, in welchen die Dienstleistungsfreiheit im Falle der Entsendung von Arbeitnehmern eingeschränkt ist (dazu näher unten, VI.2.):

- Bauhaupt- und Nebengewerbe,
- Gebäudereinigung,
- Innendekoration.

d) Arbeitsberechtigung nach § 12 a) Abs. 1, 4 ArGV

§ 12 a) Abs. 1 und 4 ArGV:

unbeschränkte Arbeitsberechtigung nach einem **ununterbrochenen Zeitraum von mindestens 12 Monaten**, in welchem ein bulgarischer oder rumänischer Arbeitnehmer zum deutschen Arbeitsmarkt zugelassen war

Beachte § 12 a) Abs. 1 S. 2 ArGV:

Die Erteilung einer Arbeitsberechtigung ist im Falle der Entsendung ausgeschlossen.

12 a) Abs. 3 ArGV:

Erlöschen der Arbeitsberechtigung, wenn der Inhaber **aus einem seiner Natur nach nicht nur vorübergehenden Grunde ausreist** oder eine **erteilte Aufenthaltserlaubnis-EG erlischt oder aufgehoben wird**.

Fall 3:

Ein Rumäne, der im Besitz einer Arbeitsberechtigung ist, beschließt, Deutschland „*auf Nimmerwiedersehen*“ den Rücken zu kehren. Er meldet sich ab, kündigt seinen Job, löst seine Wohnung auf und reist nach Rumänien. Nach sieben Monaten kehrt er zurück. Als er von seiner Arbeitsberechtigung Gebrauch machen will, weist ihn die Ausländerbehörde darauf hin, dass diese erloschen sei. Die zu dem – wortgleichen – Begriff des „*einem seiner Natur nach nicht nur vorübergehenden Grundes*“ einer Ausreise entwickelten Grundsätze nach § 51 Abs. 1 Nr. 6 AufenthG bzw. die Frist von sechs Monaten nach § 51 Abs. 1 Nr. 7 AufenthG gälten auch im Rahmen des § 12 a) ArGV.

Lösung Fall 3:

Anders als im Rahmen des für Drittstaater geltenden

§ 51 Abs. 1 Nr. 6 AufenthG,

bei welchem bereits die Umstände bei Ausreise auf einen nicht nur vorübergehenden Grund schließen lassen können, ohne dass es auf ein bestimmte Dauer des Aufenthalts im Ausland ankommt (bspw. Aufgabe von Arbeitsstelle und Wohnsitz, Abmeldung),

oder des

§ 51 Abs. 1 Nr. 7 AufenthG,

bei welchem ein sechsmonatiger Auslandsaufenthalt – unabhängig von der Intention des Betroffenen – stets zum Erlöschen eines Aufenthaltstitels führt, ist **i.R.d. § 12 a) Abs. 3 ArGV eine tatsächliche Abwesenheit von 12 Monaten erforderlich (vgl. Ziff. 2.12a.310 DA ArGV der Bundesagentur für Arbeit).**

2. Ordnungswidrigkeit nach § 404 SGB III im Falle fehlender Arbeitserlaubnis-EU / Arbeitsberechtigung

Ohne Arbeitserlaubnis-EU bzw. Arbeitsberechtigung stellt die Arbeitsaufnahme durch einen rumänischen oder bulgarischen Staatsangehörigen sowie dessen Beschäftigung eine **Ordnungswidrigkeit nach § 404 SGB III** dar, die mit **Bußgeld – für den Arbeitnehmer bis zu 5.000,- €** (§ 404 Abs. 2 Nr. 4 i.V.m. § 404 Abs. 3 SGB III) und **für den Arbeitgeber bis zu 500.000,- €** (§ 404 Abs. 2 Nr. 3 i.V.m. § 404 Abs. 3 SGB III) geahndet werden kann.

Ordnungswidrig handelt auch ein **Unternehmer, der einen Subunternehmer beauftragt**, von dem er weiß oder fahrlässig nicht weiß, dass dieser zur Erfüllung des Auftrags Arbeitnehmer ohne Arbeitsgenehmigung beschäftigt (**bis zu 500.000,- € Bußgeld**, § 404 Abs.1, 3 SGB III).

Lösung Fall 1.3.:

Ein Verstoß gegen § 284 i.V.m. § 404 SGB III setzt nach h.M. eine **entgeltliche** Tätigkeit voraus:

In der Arbeitsgerichtsbarkeit ist ein sog. „**Einfühlungsvermögen ohne Vergütungsanspruch**“ anerkannt. Dieses ist ein ganz loses Rechtsverhältnis eigener Art, welches sich von einem Arbeitsverhältnis – insbesondere auch von einem Probearbeitsverhältnis – dadurch unterscheidet, dass der in den Betrieb aufgenommene potentielle Arbeitnehmer während der Einfühlungsphase **keine Pflichten übernimmt**, insbesondere **keine Arbeitspflicht** hat, da er **nicht dem Direktions- oder Weisungsrecht des potentiellen Arbeitgebers unterliegt**, sondern **lediglich dem Hausrecht des Betriebsinhabers** untersteht. Zweck eines Einfühlungsverhältnisses ist i.d.R. die Voraussetzungen für das potentielle spätere Arbeitsverhältnis zu klären.

(vgl. OLG Oldenburg, Beschluss vom 09.04.2010, 2 SsRs /46/10 m.w.N.)

V. Aufenthalt zur selbständigen Tätigkeit im Rahmen der Niederlassungsfreiheit

Niederlassungsfreiheit meint die tatsächliche Ausführung einer auf Dauer angelegten wirtschaftlichen Tätigkeit mittels einer festen Einrichtung in einem anderen Mitgliedstaat.

Erfasst ist – in Abgrenzung zur Arbeitnehmerfreizügigkeit – nur die selbständige, also weisungsunabhängige Tätigkeit, bei der das wirtschaftliche Risiko getragen wird.

Das Merkmal der „festen Einrichtung in einem anderen Mitgliedstaat“ sowie die „auf Dauer angelegte Tätigkeit“ grenzt die Niederlassungsfreiheit von der aktiven Dienstleistungsfreiheit ab.

Die Niederlassungsfreiheit gilt für rumänische und bulgarische Staatsangehörige uneingeschränkt.

Wird von der Niederlassungsfreiheit Gebrauch gemacht, müssen die nationalen gewerberechtlichen, steuerrechtlichen und sozialversicherungsrechtlichen Erfordernisse beachtet werden.

VI. Aufenthalt zur selbständigen Tätigkeit im Rahmen der aktiven Dienstleistungsfreiheit

Die Dienstleistungsfreiheit wird in Art. 57 AEUV (ex Art. 49 EG) negativ zur Arbeitnehmerfreizügigkeit und Niederlassungsfreiheit definiert:

Danach sind Dienstleistungen im Sinne der Verträge Leistungen, die in der Regel gegen Entgelt erbracht werden, soweit sie nicht den Vorschriften über den freien Waren- und Kapitalverkehr und über die Freizügigkeit der Personen unterliegen.

1. „Ein-Mann-Firmen“

Für rumänische und bulgarische „Ein-Mann-Firmen“ gilt die aktive Dienstleistungsfreiheit uneingeschränkt.

2. Recht auf Entsendung und dessen Einschränkung für rumänische / bulgarische Unternehmen

Die Dienstleistungsfreiheit schließt grundsätzlich das Recht von Unternehmen ein, im Ausland durchzuführende Aufgaben durch eigenes Personal im Wege der Entsendung zu erledigen.

a) Branchenbezogene Einschränkungen für Bulgarien u. Rumänien

(Nur) Österreich und Deutschland haben sich bezüglich der aktiven Dienstleistungsfreiheit eine Übergangsfrist einräumen lassen, welche die Entsendung von Arbeitnehmern durch in Bulgarien /Rumänien ansässige Unternehmen betrifft. Dies betrifft folgende Branchen:

- Bauhaupt- und Nebengewerbe
- Gebäudereinigung
- Innendekoration.

b) Entsendung in anderen Branchen

Die Ausübung der Dienstleistungsfreiheit durch Entsendung in anderen Bereichen ist denkbar. Bspw. können rumänische und bulgarische Pflegedienste Mitarbeiter zur Versorgung von Pflegebedürftigen in Deutschland entsenden.

Geltung deutscher gesetzlicher und tarifvertraglicher Arbeitsbedingungen

Der Grundsatz des **Art. 30 Abs. 2 Nr. 1 EGBGB**, wonach ein Arbeitsverhältnis bei fehlender Rechtswahl grundsätzlich dem Recht jenes Staates unterliegt, in welchem der Arbeitnehmer gewöhnlich seine Arbeit verrichtet, selbst wenn er vorübergehend in einen anderen Staat entsandt ist, wird durch das **Arbeitnehmerentsendegesetz (AEntG)** durchbrochen:

§ 2 AEntG: „Die in **Rechts- oder Verwaltungsvorschriften** enthaltenen Regelungen über

1. die Mindestentgeltsätze einschließlich der Überstundensätze,
2. den bezahlten Mindestjahresurlaub,
3. die Höchstarbeitszeiten und Mindestruhezeiten,
4. die Bedingungen für die Überlassung von Arbeitskräften, insbesondere durch Leiharbeitsunternehmen,
5. die Sicherheit, den Gesundheitsschutz und die Hygiene am Arbeitsplatz,
6. die Schutzmaßnahmen im Zusammenhang mit den Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen von Schwangeren und Wöchnerinnen, Kindern und Jugendlichen und
7. die Gleichbehandlung von Männern und Frauen sowie andere Nichtdiskriminierungsbestimmungen finden auch auf Arbeitsverhältnisse zwischen einem im Ausland ansässigen Arbeitgeber und seinen im Inland beschäftigten Arbeitnehmern und Arbeitnehmerinnen zwingend Anwendung“

§ 3 AEntG:

Die Rechtsnormen eines **allgemeinverbindlichen / für allgemeinverbindlich erklärten Tarifvertrages** finden ebenfalls Anwendung auf Arbeitsverhältnisse zwischen einem Arbeitgeber mit Sitz im Ausland und seinen in Deutschland beschäftigten Arbeitnehmern.

In Bezug auf die Dauer des Erholungsurlaubs, des Urlaubsentgelts sowie zusätzlichen Urlaubsgeldes bedarf es keines allgemeinverbindlichen / für allgemeinverbindlich erklärten Tarifvertrags, sofern für das gesamte Bundesgebiet (Einzel-)tarifvertragliche Regelungen existieren.