

Wesentliche Änderungen**Fassung vom 20.01.2010:**

- Rz. 8.2a: neu eingefügt, Prognoseentscheidung bei Antragstellung
- Rz. 8.4a: redaktionelle Änderung
- Kapitel 2.1: neu gefasst
- Kapitel 2.2: Rz. 8.10 bis 8.13 in FH zu § 7 übernommen
- Rz. 8.17: teilweise Übernahme in FH zu § 7, redaktionelle Änderungen
- Rz. 8.21: redaktionelle Änderung
- Rz. 8.25: Anpassung an die Änderungen der BeschVerfV zum 01.01.2009

Fassung vom 20.10.2008:

- Rz. 8.6 – 8.6dc: Änderung zur Erwerbsfähigkeit von Personen in Werkstätten für behinderte Menschen

Fassung vom 07.11.2007:

- Rz. 8.4a: Anpassung eines Beispiels
- Rz. 8.6 – 8.6d: Klarstellung zur Erwerbsfähigkeit von Personen in Werkstätten für behinderte Menschen
- Rz. 8.12: In Abs. 4a Bulgarien und Rumänien als neue EU-Staaten eingefügt.

Fassung vom 26.09.2006:

- Rz. 8.4a: Anhaltspunkte für die Überprüfung der Erwerbsfähigkeit

Fassung vom 16.08.2006:

- Kapitel 2: Beschäftigung von Ausländern eingefügt

Fassung vom 06.04.2006:

- Rz. 8.4: Falsche Zitierung korrigiert.
- Rz. 8.6a: Klarstellung erfolgt

§ 8**Erwerbsfähigkeit**

(1) Erwerbsfähig ist, wer nicht wegen Krankheit oder Behinderung auf absehbare Zeit außerstande ist, unter den üblichen Bedingungen des allgemeinen Arbeitsmarktes mindestens drei Stunden täglich erwerbstätig zu sein.

(2) Im Sinne von Absatz 1 können Ausländer nur erwerbstätig sein, wenn ihnen die Aufnahme einer Beschäftigung erlaubt ist oder erlaubt werden könnte.

Inhaltsverzeichnis

- 1. Erwerbsfähigkeit**
 - 1.1 Definition Erwerbsfähigkeit**
 - 1.2 Menschen mit Behinderung und Beschäftigte einer Werkstatt für behinderte Menschen (WfbM)**
 - 1.3 Übergangsregelung für Nahtlosigkeitsfälle**
- 2. Beschäftigung von Ausländern**
 - 2.1 Grundsätze**
 - 2.2 Definition Ausländer**
 - 2.3 Beschäftigung**
 - 2.4 Erlaubnis zur Beschäftigung**
 - 2.4.1 Grundsätze**
 - 2.4.2 Unionsbürger -alt-**
 - 2.4.3 EU-8 Bürger**
 - 2.4.4 Drittstaatsangehörige**
 - 2.4.5 Alt- und Übergangsfälle**

1. Erwerbsfähigkeit

1.1 Definition Erwerbsfähigkeit

(1) Nach der weit gefassten Definition des § 8 Abs. 1 ist bereits derjenige als erwerbsfähig anzusehen, welcher die Voraussetzungen einer vollen Erwerbsminderung nicht erfüllt. Der Begriff der vollen Erwerbsminderung lehnt sich an die Bestimmungen des Rentenrechts an. Danach ist Erwerbsfähigkeit nur dann zu verneinen, wenn der Hilfebedürftige wegen Krankheit oder Behinderung nicht imstande ist, in absehbarer Zeit auf dem allgemeinen Arbeitsmarkt mindestens drei Stunden pro Tag erwerbstätig zu sein (§ 43 Abs. 2 Satz 2 SGB VI). Bei der Entscheidung sind einerseits die individuelle gesundheitliche Leistungsfähigkeit der Person und andererseits damit eventuell in Verbindung stehende rechtliche Einschränkungen zu berücksichtigen. Alle sonstigen die Ausübung einer Erwerbstätigkeit hindernden bzw. einschränkenden Tatbestände (z. B. Kindererziehung) stellen folglich keine Ausschlussstatbestände in diesem Sinne dar.

**Erwerbsfähigkeit
(8.1)**

(2) Als „absehbare Zeit“ in diesem Sinne ist in Anlehnung an § 7 Abs. 4 und § 125 SGB III ein Zeitraum von bis zu 6 Monaten anzusehen. Demnach ist auch erwerbsfähig, wer die gesundheitlichen Voraussetzungen innerhalb von sechs Monaten erfüllen wird.

**absehbare Zeit
(8.2)**

Wird eine nicht dauerhafte Erwerbsunfähigkeit von länger als 6 Monaten, prognostiziert, liegen die Voraussetzungen für den Bezug von Arbeitslosengeld II (Alg II) nicht vor. Sofern die Zugehörigkeit zu einer Bedarfsgemeinschaft gegeben ist, kann ein Anspruch auf Sozialgeld bestehen. Ist die Erwerbsfähigkeit dann anlässlich eines Weiterbewilligungsantrages erneut zu prüfen, ist eine erneute Prognoseentscheidung erforderlich. Ergibt diese, dass die Erwerbsunfähigkeit fortbesteht, jedoch voraussichtlich innerhalb der nächsten 6 Monate enden wird, ist die Voraussetzung für den Bezug von Alg II nunmehr ab Beginn des neuen BWZ erfüllt.

**Prognoseentscheidung bei Antragstellung
(8.2a)**

(3) Bedingungen des Arbeitsmarktes sind diejenigen, die die Ausgestaltung der Arbeitsverhältnisse betreffen (z. B. Arbeitsentgelt, Dauer sowie Lage und Verteilung der Arbeitszeit). Üblich sind solche Bedingungen, unter denen nicht nur in Einzel- oder Ausnahmefällen, sondern in nennenswertem Umfang Arbeitsverhältnisse eingegangen werden. Unerheblich ist, ob Arbeitsplätze dieser Art besetzt oder frei sind.

**Bedingungen des Arbeitsmarktes
(8.3)**

(4) Bezieher so genannter „Arbeitsmarktrenten“ sind erwerbsfähig i. S. des § 8 Abs. 1. Die Betroffenen erhalten diese Leistung vom Rentenversicherungsträger, wenn sie in der Lage sind, zwischen drei und sechs Stunden täglich erwerbstätig zu sein und nach Ansicht des Rentenversicherungsträgers der Arbeitsmarkt für sie verschlossen ist.

**Bezieher von Arbeitsmarktrenten
(8.4)**

Ein Anspruch der Betroffenen auf Grundsicherung im Alter und bei Erwerbsminderung nach dem vierten Kapitel des SGB XII besteht nicht. Voraussetzung dafür wäre eine dauerhafte Erwerbsminderung. Der Rentenversicherungsträger zahlt die „Arbeitsmarktrente“ jedoch nur befristet aus.

Da die Betroffenen zwischen drei und sechs Stunden täglich arbeiten können, sind sie in der Lage unter den üblichen Bedingungen des allgemeinen Arbeitsmarktes erwerbstätig zu sein, § 8 Abs. 1. Soweit sie die weiteren Anspruchsvoraussetzungen nach § 7 Abs. 1 erfüllen, besteht ein Anspruch auf Alg II. Die „Arbeitsmarktrente“ wird dann auf das Alg II angerechnet.

(4a) Neben der Prüfung der Erwerbsfähigkeit als Voraussetzung für einen (eigenständigen) Anspruch auf Alg II, ist die objektive Einschätzung des (Rest-) Leistungsvermögens für eine Integration in Arbeit zwingend erforderlich. Bei Zweifeln an der Erwerbsfähigkeit ist deshalb konsequent eine Prüfung von Amts wegen geboten.

Nachfolgende beispielhaft aufgeführte Anhaltspunkte können herangezogen werden:

- Leistungen, die das Vorliegen einer Erwerbsminderung voraussetzen, wurden abgelehnt: Liegen die **versicherungsrechtlichen** Voraussetzungen nicht vor, wird die Rente trotz vorliegender Erwerbsminderung nicht bewilligt. Die Vorlage des Ablehnungsbescheides ist deshalb unverzichtbar.
- Eindruck in Beratungsgesprächen weicht von der subjektiven Einschätzung des Leistungsempfängers ab.
- Kunde weist auf die Beantragung von Leistungen oder laufendes Klageverfahren gegen andere Leistungsträger hin (Anforderung ärztlicher und psychologischer Gutachten der Renten-/Unfallversicherungsträger/des Medizinischen Dienstes der Krankenversicherung/im Einzelfall Befundbericht des behandelnden Arztes).
- länger andauernde Arbeitsunfähigkeit: Die Überprüfung der Erwerbsfähigkeit ist nicht erst nach einer 6-monatigen Arbeitsunfähigkeit geboten. Zweifel an der Erwerbsfähigkeit sind insbesondere gegeben, wenn der Leistungsempfänger innerhalb eines Zeitraumes von 6 Monaten insgesamt mehr als 3 Monate arbeitsunfähig war.
- andauernder Bezug von Krankengeld/Aussteuerung wegen fortdauernden Krankengeldbezuges
- andauernder Bezug von Verletztengeld
- Mitteilung der Krankenkasse über das Fehlen der Erwerbsfähigkeit
- Leistungen, die das Vorliegen einer Erwerbsminderung voraussetzen, sind bereits bewilligt (z. B. Rente wegen teilweiser Erwerbsminderung, Verletztenrente), aber älteren Datums oder es wird eine Verschlechterung des Gesundheitszustandes vermutet.
- Versorgungsamt stellt Schwerbehinderteneigenschaft fest: Weichen die körperliche Funktion, geistige Fähigkeit oder seelische Gesundheit vom – gemessen am Lebensalter – typischen Zustand ab, kann dies ein Indiz für gesundheitliche Einschränkungen sein.

Anhaltspunkte für Zweifel an der Erwerbsfähigkeit (8.4a)

- Schwerbehinderung mit/ohne zusätzlichen Merkzeichen (z. B.: „H“ – hilflos; „B“ – Berechtigung zur Mitnahme einer Begleitperson)
- Beschäftigungsaufgabe aus gesundheitlichen Gründen
- Angabe von Krankheiten im Antrag

(5) Regelungen zum Verfahren sind in den Hinweisen zu § 44a beschrieben.

**Verfahren
(8.5)**

1.2 Menschen mit Behinderung und Beschäftigte einer Werkstatt für behinderte Menschen (WfbM)

(1) Menschen sind behindert, wenn ihre körperliche Funktion, geistige Fähigkeit oder seelische Gesundheit mit hoher Wahrscheinlichkeit länger als 6 Monate von dem für das Lebensalter typischen Zustand abweichen und daher ihre Teilhabe am Leben in der Gesellschaft beeinträchtigt ist (§ 2 Abs. 1 SGB IX).

**Behinderung
(8.6)**

(2) Grundsätzlich ist die Erwerbsfähigkeit in jedem Einzelfall zu prüfen. Allein das Vorliegen einer Behinderung schließt eine Erwerbsfähigkeit im Sinne des § 8 nicht aus.

(3) Behinderte Menschen, die sich im Eingangsverfahren oder im Berufsbildungsbereich einer WfbM befinden, sind voll erwerbsgemindert (§ 43 Abs. 2 Satz 3 Nr. 1 i. V. m. § 1 Satz 1 Nr. 2a SGB VI). Die volle Erwerbsminderung ist aber noch nicht als dauerhaft anzusehen. Ohne weitere Prüfung ist bei diesem Personenkreis von einer fehlenden Erwerbsfähigkeit auszugehen.

**Beschäftigung in
WfbM im Eingangsbereich
(8.6a)**

(4) Bei behinderten Menschen, die im Arbeitsbereich einer Werkstatt für behinderte Menschen oder in nach dem Blindenwarengesetz anerkannten Blindenwerkstätten oder für diese Einrichtungen in Heimarbeit beschäftigt sind, liegt eine dauerhafte, volle Erwerbsminderung (§ 43 Abs. 2 Satz 3 Nr. 1 i. V. m. § 1 Satz 1 Nr. 2a SGB VI) und damit eine fehlende Erwerbsfähigkeit im Sinne des § 8 vor.

**Beschäftigung in
WfbM im Arbeitsbereich
(8.6b)**

(5) Die volle Erwerbsminderung dauert während der gesamten Tätigkeit in der WfbM an und besteht auch bei den Beschäftigten, die einen Übergang auf den allgemeinen Arbeitsmarkt im Sinne des § 5 Abs. 4 Werkstättenverordnung (WVO) anstreben. Von einer Erwerbsfähigkeit kann erst dann ausgegangen werden, wenn die Beschäftigung in einer Werkstatt für behinderte Menschen durch Aufnahme eines sozialversicherungspflichtigen Arbeitsverhältnisses beendet ist.

**Übergang auf den
allg. Arbeitsmarkt
(8.6c)**

1.3 Übergangsregelung für Nahtlosigkeitsfälle

(1) Eine Übergangsregelung besteht gemäß § 65c für Leistungsbezieher, denen Arbeitslosenhilfe am 31.12.2004 im Rahmen des § 198 i. V. m. § 125 SGB III gewährt wird (Nahtlosigkeitsregelung) sowie für Empfänger von Hilfe zum Lebensunterhalt nach dem Bundessozialhilfegesetz, die das 15. Lebensjahr vollendet und das 65. Lebensjahr noch nicht vollendet haben, sofern über den Antrag auf Rente wegen Erwerbsminderung noch nicht entschieden ist. Da in

**Übergangsregelung
bei verminderter
Leistungsfähigkeit
(8.7)**

diesen Fällen bereits eine Eignungsabklärung durch den ärztlichen Dienst des Rentenversicherungsträgers im Rahmen des Rentenverfahrens erfolgt, ist eine zusätzliche Einschaltung des ärztlichen Dienstes/des Amtsarztes der Arbeitsagentur nicht erforderlich. Doppeluntersuchungen sind zu vermeiden.

(2) Bedingt durch die Änderung des Leistungsträgers und der Leistungsart ist dem zuständigen RVTr für die Zeit ab 01.01.2005 ein neuerlicher Anspruchsübergang nach § 103 SGB X anzuzeigen. Gleichzeitig ist die Feststellung des RVTr über das Vorliegen verminderter Erwerbsfähigkeit zu überwachen. Der Überwachungszeitraum soll 9 Monate nicht überschreiten.

(3) Die Verfahrensabsprache zwischen der Bundesagentur für Arbeit und dem Verband Deutscher Rentenversicherungsträger über die Zusammenarbeit bei der Beurteilung der Leistungsfähigkeit von Arbeitsuchenden im Sinne des SGB II (siehe Anlage 1 der Hinweise zu § 44a) findet auch in diesen Fällen Anwendung.

(4) Bei Anerkennung der verminderten Erwerbsfähigkeit erhält der Träger nach SGB II im Regelfall seitens des RVTr eine schriftliche Mitteilung über den Rentenanspruch. Wird dem Betroffenen Rente wegen voller Erwerbsminderung zuerkannt, steht dem Träger nach SGB II ein Erstattungsanspruch gemäß § 103 SGB X zu. Gleichzeitig ist der Beitragserstattungsanspruch nach § 40 SGB i. V. m. § 335 Abs. 2 SGB III (Kranken- und Pflegeversicherung) beim RVTr geltend zu machen; die Geltendmachung ist nicht von der Aufhebung der Bewilligung abhängig.

Anwendung der Verfahrensabsprache (8.8)

2. Beschäftigung von Ausländern

2.1 Grundsätze

(1) Für Ausländer enthält das SGB II in § 7 Abs. 1 Satz 2 und § 8 Abs. 2 Sonderregelungen, die neben den allgemeinen Bestimmungen (§ 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1-4) zu prüfen sind.

(2) Tatbestände, nach denen bestimmte Ausländer vom Leistungsbezug ausgeschlossen sind, finden sich vor allem in § 7 Abs. 1. Liegt kein Leistungsausschluss nach § 7 Abs. 1 oder den allgemeinen Bestimmungen vor, ist in der Regel davon auszugehen, dass die Voraussetzungen des § 8 Abs. 2 zu bejahen sind.

Sonderregelung für den Leistungsbezug (8.9)

2.2 Definition Ausländer

Vgl. hierzu Anlage 5 der FH zu § 7

Rz. 8.10 bis 8.13 in FH zu § 7 übernommen

2.3 Beschäftigung

Unter Beschäftigung ist nach der Legaldefinition (§§ 7 Abs. 1 SGB IV) die nichtselbständige Arbeit zu verstehen. Aufgrund der Aufgabe und des Ziels des SGB II müssen unter „Beschäftigung“ neben der abhängigen Beschäftigung im Sinne des SGB IV alternativ auch

Definition Beschäftigung (8.14)

eine selbständige Erwerbstätigkeit oder die Ausbildungstätigkeiten von Erwerbsfähigen sowie von ihren Angehörigen in einer Bedarfsgemeinschaft verstanden werden.

2.4 Erlaubnis zur Beschäftigung

2.4.1 Grundsätze

(1) Erwerbsfähigkeit i. S. des SGB II kann bei Ausländern nur dann bejaht werden, wenn ihnen rechtlich die Möglichkeit eröffnet ist, in Deutschland zu arbeiten.

Dabei ist nach § 8 Abs. 2 zu unterscheiden zwischen

- "erlaubt ist", d. h. der bereits erfolgten, i. d. R. unbeschränkten Zulassung zur Beschäftigung oder
- "erlaubt werden könnte", d. h. der theoretischen Möglichkeit der Zulassung zur Beschäftigung.

(2) "Erlaubt ist" die Aufnahme einer Beschäftigung

- für freizügigkeitsberechtigte, erwerbsfähige Alt-Unionsbürger und ihre Familienangehörigen (vgl. im Einzelnen Kapitel 2.4.2),
- für neue EU-8-Bürger, wenn sie eine Arbeitserlaubnis-EU besitzen oder ihnen diese erteilt werden könnte (vgl. im einzelnen Kapitel 2.4.3),
- für Drittstaatsangehörige, wenn sich dies aus dem Aufenthaltstitel ergibt (vgl. im Einzelnen Kapitel 2.4.4).

(3) "Erlaubt werden könnte" die Aufnahme einer Beschäftigung, wenn eine Zulassung zum Arbeitsmarkt zwar noch nicht erfolgt ist, aber die rechtlichen Voraussetzungen grundsätzlich eröffnet sind. Dabei reicht bereits die Möglichkeit eines sog. nachrangigen Zugangs (unter dem Vorbehalt einer Arbeitsmarktprüfung insbesondere der Nicht-Verfügbarkeit bevorzogter Bewerber) aus, die Vorschrift betrifft Drittstaatsangehörige und EU-8-Bürger. Es kommt somit darauf an, dass zumindest rechtlich-theoretisch eine Zustimmung zur Aufnahme einer Beschäftigung durch die Bundesagentur für Arbeit erteilt werden könnte, auch wenn im Bezug auf den angestrebten Arbeitsplatz ggf. eine Vorrangprüfung dies verhindert oder den bisherigen Zugang verhindert hat; Entsprechendes gilt für eine Arbeitserlaubnis-EU bei EU-8-Bürgern.

(4) Da die abstrakt-generelle Möglichkeit zum Beschäftigungszugang für den Anspruch auf die Erteilung von Leistungen nach § 8 Abs. 2 ausreicht (so zutreffend auch SG Dessau, InfAusIR 2006, S. 29 f.), ist dem Beschluss des LSG Berlin-Brandenburg (Beschluss vom 13. Dezember 2005, L 25 B 1281/05 AS ER) nicht zu folgen. Der Beschluss widerspricht dem Gesetzeswortlaut ("erlaubt werden könnte") und der eindeutigen, schriftlich dokumentierten Motivation des Bundesgesetzgebers, der in der Gesetzesbegründung zum Vierten Gesetz für moderne Dienstleistungen ausgeführt hat: *"Da die Beschäftigung von Ausländern grundsätzlich unter Er-*

Beschäftigung, die erlaubt werden könnte (8.15)

laubnisvorbehalt steht, ist die...Frage der Erwerbsfähigkeit nur allgemein nach den Bestimmungen des Arbeitsgenehmigungsrechts darauf abzustellen, ob rechtlich ein Zugang zum Arbeitsmarkt besteht oder zulässig wäre, wenn keine geeigneten inländischen Arbeitskräfte verfügbar sind. Die Frage, ob ein unbeschränkter oder ein nachrangiger Arbeitsmarktzugang gewährt wird, richtet sich dabei ausschließlich nach den – durch dieses Gesetz insoweit unberührten – arbeitsgenehmigungsrechtlichen Gründen" ¹.

(5) Für die verschiedenen Ausländergruppen gelten hinsichtlich der erlaubten oder möglichen Zulassung zur Beschäftigung unterschiedliche rechtliche Regelungen; diese werden nachfolgend im Einzelnen dargestellt.

2.4.2 Unionsbürger -alt-

(1) Unionsbürgern aus den alten Mitgliedstaaten ist die Aufnahme einer Beschäftigung gem. § 8 Abs. 2 Alt. 1 erlaubt.

(2) Diese Unionsbürger, die sich als Arbeitnehmer, Arbeitsuchende oder zur Berufsausbildung in Deutschland oder zur Ausübung einer selbständigen Erwerbstätigkeit aufhalten bzw. einreisen, genießen, ebenso wie deren Familienangehörige (auch aus Drittstaaten), volle Freizügigkeit (freizügigkeitsberechtigte Unionsbürger). Die Regelungen gelten für Bürger aus Malta und Zypern, EWR-Staatsangehörige (Isländer, Liechtensteiner, Norweger) und entsprechend für Schweizer.

(3) Vorübergehende Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit oder Unfall lassen das Recht nach § 2 Abs. 1 FreizügG unberührt, d. h. die Aufnahme einer Beschäftigung bleibt erlaubt. Dies gilt auch für die von der zuständigen Agentur für Arbeit bestätigten Zeiten unfreiwilliger Arbeitslosigkeit eines Arbeitnehmers sowie für Zeiten der Einstellung einer selbständigen Tätigkeit infolge von Umständen, auf die der Selbständige keinen Einfluss hatte.

(4) Unionsbürgern wird bei einem Aufenthalt von mehr als drei Monaten von Amts wegen durch die Meldestelle eine deklaratorische Bescheinigung ausgestellt (§ 5 Freizügigkeitsgesetz/EU), die grundsätzlich ohne zeitliche Begrenzung gilt.

(5) Weiterführend hierzu vgl. FH zu § 7 Rz. 7.2b ff.

(6) Der Fortbestand der Erteilungsvoraussetzungen kann nach § 5 Abs. 4 FreizügG/EU von der Behörde aus besonderem Anlass überprüft werden. Sind die Voraussetzungen des Rechts nach § 2 Abs. 1 FreizügG/EU innerhalb von fünf Jahren nach Begründung des ständigen Aufenthalts im Bundesgebiet entfallen, kann der Verlust des Rechts nach § 2 Abs. 1 FreizügG/EU festgestellt und die Bescheinigung über das gemeinschafts-rechtliche Aufenthaltsrecht eingezogen werden.

**Arbeitsmarktzugang
freizügigkeitsberech-
tigter Unionsbürger
(8.16)**

**Deklaratorische Be-
scheinigung durch
die Meldestelle
(8.17)**

**Wegfall der Freizü-
gigkeitsberechtigung
(8.18)**

¹ Vgl. BT-Drs. 15/1516 vom 05.09.2003, S. 52, zu dem ursprünglichen § 8 Abs. 3.

(7) Bis zum Einzug der Bescheinigung über das gemeinschaftsrechtliche Aufenthaltsrecht ist davon auszugehen, dass die Voraussetzungen des § 8 Abs. 2 weiterhin erfüllt sind. Vorbehaltlich anderer feststehender Erkenntnisse ist bis zu diesem Zeitpunkt die volle Arbeitnehmerfreizügigkeit des EU-Bürgers mit einem uneingeschränkten Arbeitsmarktzugang anzunehmen.

(8) Trotz uneingeschränkten Arbeitsmarktzugangs haben auch EU-Bürger keinen Anspruch auf Leistungen des SGB II, wenn die Voraussetzungen des § 7 Abs. 1 Satz 2 vorliegen, d.h. wenn diese ausschließlich zum Zweck der Arbeitsuche in die Bundesrepublik Deutschland eingereist sind, (vgl. Hinweise zu § 7 Rz. 7.6).

(9) Nichterwerbstätige Unionsbürger, die europarechtlich nicht als Arbeitnehmer anzusehen sind, haben **keinen** Anspruch auf Alg II. Nach den Regelungen des Freizügigkeitsgesetzes/EU müssen nichterwerbstätige Unionsbürger und deren Familienangehörige, z. B. Rentner und Studenten, über ausreichende Existenzmittel und einen ausreichenden Krankenversicherungsschutz verfügen, § 4 FreizügG/EU, wenn sie sich dauerhaft in Deutschland aufhalten wollen. Die zuständige Ausländerbehörde kann nach § 5 FreizügG/EU verlangen, dass die Voraussetzungen des Rechts nach § 2 Abs. 1 FreizügG/EU innerhalb angemessener Fristen glaubhaft gemacht werden.

Da sich jede Person, die Leistungen nach dem SGB II beziehen möchte, bei der Arbeitsgemeinschaft oder dem zugelassenen kommunalen Träger als arbeitssuchend melden muss und für den Leistungsbezug die Voraussetzungen des § 8 Abs. 1 (Erwerbsfähigkeit) vorliegen müssen, kann der Begriff des Nichterwerbstätigen praktisch mit dem des Nichterwerbsfähigen gleichgesetzt werden.

2.4.3 EU-8 Bürger

(1) Erlaubt ist den Staatsangehörigen aus den neuen EU-8 Staaten die Aufnahme einer Beschäftigung in der Bundesrepublik Deutschland, wenn sie während der Übergangsfrist, von Befreiungstatbeständen abgesehen, einen uneingeschränkten Zugang zum Arbeitsmarkt haben, d. h. wenn eine Arbeitsberechtigung-EU erteilt ist oder die Voraussetzungen ihrer Erteilung erfüllt sind (§ 12 a ArGV erfordert eine mindestens einjährige Beschäftigung auf dem deutschen Arbeitsmarkt).

Die Arbeitsberechtigung-EU wird von der Bundesagentur für Arbeit erteilt.

(2) Soweit Bürger aus den neuen EU-Staaten ohne eine Arbeitsgenehmigung-EU zur Arbeitsuche in die Bundesrepublik einreisen, ist für den Leistungsbezug nach dem SGB II gemäß § 8 Abs. 2 zu prüfen, ob ihnen die Aufnahme einer Tätigkeit erlaubt werden könnte. Dies ist grundsätzlich zu bejahen, da sie während der noch geltenden Übergangsfristen mit dem ZuwG nach der Sonderregelung gem. § 39 Abs. 6 AufenthG einen allgemeinen Arbeitsmarktzugang für qualifizierte Beschäftigungen erhalten haben. Es braucht insofern nicht geprüft zu werden, ob sie nach der Arbeitsmarktprüfung, insbesondere der Vorrangprüfung, tatsächlich einen Arbeitsplatz erhalten können oder nicht, es reicht diese rechtliche Möglichkeit

Einreise ausschließlich zum Zweck der Arbeitsuche (8.19)

Sonderproblem: Nichterwerbstätige Unionsbürger (8.20)

Arbeitsmarktzugang von Bürgern der neuen EU-Staaten (8.21)

(vgl. oben Kapitel 2.4.1). Die Voraussetzungen des § 8 Abs. 2, 2. Alt. liegen dementsprechend vor.

(3) Auch bei EU-8-Bürgern kann trotz Vorliegen der Voraussetzungen des § 8 Abs. 2 der Bezug von Sozialleistungen gem. § 7 Abs. 1 Satz 2 ausgeschlossen sein, wenn sich dieser Personenkreis ausschließlich zum Zweck der Arbeitssuche in Deutschland aufhält (vgl. Hinweise zu § 7 Rz. 7.6).

(4) Für nichterwerbstätige EU-8 Bürger gelten die Ausführungen oben entsprechend (vgl. Rz. 8.22).

Leistungsausschluss bei Aufenthalt zur Arbeitssuche (8.22)

Nichterwerbsfähige Unionsbürger (8.23)

2.4.4 Drittstaatsangehörige

(1) Auch bei Drittstaatsangehörigen kann davon ausgegangen werden, dass grundsätzlich die Voraussetzungen der ausländerspezifischen Sonderregelung des § 8 Abs. 2 zu bejahen sind, sofern bei ihnen keine Ausschlussgründe nach § 7 (zur Prüffolge vgl. oben unter Kapitel 2.1) vorliegen. Ihnen muss die Aufnahme einer Beschäftigung erlaubt sein oder zumindest erlaubt werden können; dies richtet sich nach den aufenthalts-rechtlichen und beschäftigungsrechtlichen Bestimmungen für drittstaats-angehörige Ausländer (sofern sie nicht Sonderregelungen als Familien-angehörige von Unionsbürgern unterliegen).

Arbeitsmarktzugang von Drittstaatsangehörigen (8.24)

(2) Nach den neuen ausländerrechtlichen Bestimmungen des Zuwanderungsgesetzes muss jeder Aufenthaltstitel von Drittstaatsangehörigen erkennen lassen, ob die Ausübung einer Erwerbstätigkeit erlaubt ist (§ 4 Abs. 2 Satz 2 AufenthG). Der Begriff der Erwerbstätigkeit umfasst dabei nach § 2 Abs. 2 AufenthG sowohl die selbständige als auch die – hier einschlägige – unselbständige Beschäftigung (vgl. oben Kapitel 2.3).

(3) Bei vielen in Deutschland lebenden Drittstaatsangehörigen ist der Zugang zur Beschäftigung bereits aufgrund einer gesetzlichen oder verordnungsrechtlichen Regelung unbeschränkt erlaubt. Die Ausländerbehörde hat diese Berechtigungen zur unbeschränkten Ausübung einer Beschäftigung in den Aufenthaltstitel aufzunehmen. Gleiches gilt in den Fällen, in denen die unbeschränkte Aufnahme einer Beschäftigung mit Zustimmung der Bundesagentur für Arbeit vorliegt.

Uneingeschränkter Arbeitsmarktzugang von Drittstaatsangehörigen (8.25)

(4) Es gibt hierbei folgende Kategorien und Fälle (keine abschließende Aufzählung):

1. Inhaber einer **Niederlassungserlaubnis**, die einen unbeschränkten Zugang zur Erwerbstätigkeit gewährt:

Eine Niederlassungserlaubnis können erhalten:

- nach § 19 AufenthG: Hochqualifizierte,
- nach § 21 Abs. 4 AufenthG: Selbständige nach 3 Jahren Aufenthalt,
- nach § 9 Abs. 2 AufenthG: u. a. "normal" qualifizierte Arbeitsmigranten/Fachkräfte nach 5 Jahren Aufenthalt und andere langjährige Aufhältige,

- nach § 26 Abs. 3 AufenthG: Asylberechtigte, die seit drei Jahren eine Aufenthaltserlaubnis gem. § 25 Abs. 1 oder 2 AufenthG besitzen.

2. Inhaber von befristeten Aufenthaltserlaubnissen mit gesetzlich vorgesehenem unbeschränktem Zugang zur Erwerbstätigkeit, dazu zählen

- Fälle humanitärer Art, d. h. Ausländer die sich gem. § 22 Satz 3 , § 23 Abs. 1 oder § 24 , wenn nicht wegen des Krieges in ihrem Heimatland § 1 AsylbLG greift, § 23 Abs. 2, § 25 Abs.1 Satz 4 oder Abs. 2 AufenthG, aus politischen Gründen in Deutschland aufhalten,
- Familienangehörige von Deutschen (§ 28 Abs. 2 und 5 AufenthG),
- bei Familiennachzug zu Ausländern, insbesondere gem. § 29 Abs. 5, 1. Alt. (wenn Stammberechtigter unbeschränkten Arbeitsmarktzugang hat) oder nach 2 Jahren rechtmäßigem Aufenthalt im Bundesgebiet (§ 29 Abs. 5, 2. Alt.),
- Sonstige Fälle wie einen eigenständigen Aufenthalt nach § 31 Abs. 1 Satz 2 AufenthG, nach Wiederkehr gem. § 37 Abs. 1 Satz 2 AufenthG oder für ehemalige Deutsche nach § 38 Abs. 4 AufenthG. Für Lebenspartner gelten die Familiennachzugsregelungen gem. den Bestimmungen in § 27 Abs. 2 AufenthG entsprechend.

3. Inhaber von befristeten Aufenthaltserlaubnissen mit gesetzlich vorgesehenem unbeschränktem Zugang zur Erwerbstätigkeit, dazu zählen

- insbesondere unbeschränkte Zustimmung nach § 9 Abs. 1 und 4 BeschVerfV (zweijährige, rechtmäßige und versicherungspflichtige Beschäftigung im Bundesgebiet oder dreijähriger ununterbrochener Aufenthalt)
- als Jugendliche eingereiste Ausländer bei Erfüllung verschiedener Integrationsvoraussetzungen gem. § 3a BeschVerfV.

4. Inhaber von befristeten Aufenthaltstiteln mit einer sonstigen unbeschränkten Zustimmung der Bundesagentur für Arbeit oder zustimmungsfreien Beschäftigungen.

(5) Auch in den übrigen Fällen, in denen aufgrund einer Zustimmung der Bundesagentur für Arbeit eine Beschäftigung ohne Beschränkungen erteilt wurde, ist diese in jedem Fall "erlaubt". Zu beachten sind hierbei insbesondere die Alt- und Übergangsfälle, siehe nachfolgend unter Kapitel 2.2.4.

(6) Enthält die Zustimmung jedoch Beschränkungen (vgl. § 13 BeschVerfV) gilt die erteilte Erlaubnis nur innerhalb der dort aufgeführten Beschränkungen. Für andere, weitere Beschäftigungen ist dann von einer nachrangigen Zugangsmöglichkeit ("erlaubt werden könnte") auszugehen, siehe nachfolgend zu Rz. 8.26.

(7) Gleiches gilt in den Sonderfällen, in denen aufgrund von §§ 3 und 4 BeschVerfV eine Beschäftigung auch ohne Zustimmung der Bundesagentur für Arbeit ausgeübt werden kann (Beschäftigung von Familienangehörigen aus dem gleichen Haushalt und zur Heilung, Wiedereingewöhnung u. a.). Zu beachten ist, dass im Gegensatz dazu bei den zustimmungsfreien Beschäftigungen von Studenten oder bei denen, die aufgrund der Beschäftigungsverordnung (BeschV) aus dem Ausland zugelassen werden können, abweichende Regelungen gelten; hier liegt zumeist schon kein gewöhnlicher Aufenthalt in Deutschland vor (vgl. Hinweise zu § 7, Kapitel 2.1).

(8) Sofern noch kein ausdrücklicher unbeschränkter Zugang zur Beschäftigung vorgesehen ist, reicht es für den Leistungsbezug aus, dass eine Zulassung zum Arbeitsmarkt theoretisch erfolgen könnte (vgl. oben Rz. 8.15) und im Übrigen alle anderen Voraussetzungen, insbesondere keine Ausschlussgründe nach § 7, vorliegen.

Eingeschränkter Arbeitsmarktzugang von Drittstaatsangehörigen (8.26)

(9) Auch die Möglichkeit einer solchen, sog. nachrangigen Zulassung zum Arbeitsmarkt sollte nach dem oben dargestellten Grundsatz aus dem Aufenthaltstitel hervorgehen. In der Praxis gibt es jedoch keine einheitliche Handhabung hierzu. Die Ausländerbehörden machen in unterschiedlicher Weise kenntlich, ob ein solcher nachrangiger Arbeitsmarktzugang besteht, d. h. die Aufnahme einer Beschäftigung mit Zustimmung der Bundesagentur für Arbeit möglich wäre.

(10) Deshalb können entsprechende Nebenbestimmungen zur Aufenthaltserlaubnis ("Stempel") der Ausländerbehörden lediglich als Hinweis und Indiz für rechtliche Aspekte, keinesfalls aber schon als bindende Entscheidung, heran gezogen werden. Unproblematisch ist die Formulierung "Beschäftigung nur mit Zustimmung der Bundesagentur für Arbeit gestattet". Damit ist deutlich, dass die Möglichkeit zu einem nachrangigen Arbeitsmarktzugang gegeben ist.

(11) Häufig versehen die Ausländerbehörden die Aufenthaltserlaubnis jedoch mit der Nebenbestimmung "Erwerbstätigkeit nicht gestattet" oder "Beschäftigung nicht gestattet", solange keine Zulassung für eine bestimmte Beschäftigung erfolgt ist. Hier besteht die Gefahr der Ablehnung von Leistungsanträgen, obwohl die Beschäftigung unter Beachtung des Vorrangprinzips mit Zustimmung der Arbeitsverwaltung theoretisch zugelassen werden kann. Diese Fälle sind anhand der rechtlichen Grundlagen sowie durch Rückfragen bei den Ausländerbehörden zu klären.

Nebenbestimmungen im Aufenthaltstitel als Indiz (8.27)

2.4.5 Alt- und Übergangsfälle

(1) Vor dem Inkrafttreten des Zuwanderungsgesetzes (ZuwG) am 1. Januar 2005 wurden Aufenthaltsgenehmigungen von den Ausländerbehörden nach dem Ausländergesetz und Arbeitsgenehmigungen von der Bundesagentur nach dem SGB III erteilt. Für sog. Altfälle, deren Aufenthaltstitel noch nicht "umgeschrieben" ist, enthält vor allem das Aufenthaltsgesetz in §§ 101, 104 und 105 Übergangsregelungen.

Fortgeltung von bisherigen Aufenthaltsrechten und Arbeitsgenehmigungen (8.28)

(2) Demnach gelten grundsätzlich Aufenthaltsgenehmigungen und Arbeitserlaubnisse fort. Eine vor Inkrafttreten des Zuwanderungsgesetzes erteilte Aufenthaltserlaubnis oder Aufenthaltsberechtigung gilt – je nach Zweck - entsprechend als Niederlassungserlaubnis mit unbeschränktem Arbeitsmarktzugang fort. Eine Arbeitsberechtigung gilt als uneingeschränkte Zustimmung der Bundesagentur für Arbeit zur Aufnahme einer Beschäftigung weiter.

(3) Auch eine vor dem 1.1.2005 erteilte befristete Arbeitserlaubnis behält ihre Gültigkeit bis zum Ablauf ihrer Geltungsdauer. Eine Sonderregelung gilt dabei für die aufgrund der sog. "Green-Card-Regelung" eingereisten IT-Fachleute: ihre ursprünglich vor 2005 erteilte befristete Arbeitserlaubnis gilt seitdem als unbefristete Zustimmung fort (§ 46 Beschäftigungsverordnung – BeschV).

(4) In Zweifelsfällen empfiehlt sich, die Rechtslage nach Rücksprache mit den Ausländerbehörden und der Bundesagentur für Arbeit zu klären.