

# Rechtsmittel gegen Ablehnung von ALG II für Unionsbürger - deutscher Vorbehalt gegen das EFA wirkungslos

Von Georg Classen, Stand: 29. Oktober 2013

Es kursieren Hinweise auf den deutschen Vorbehalt gegen das Europäische Fürsorgeabkommen EFA vom Dezember 2011. Manche Jobcenter stellen das ALG II für bisher nicht erwerbstätige nur arbeitssuchende Unionsbürger der überwiegend westeuropäischen Staaten, die das EFA unterzeichnet haben, ein. Das EFA haben sämtliche "alten" EU-Staaten außer Finnland und Österreich<sup>1</sup> sowie Estland, Malta, Norwegen, Island und die Türkei anerkannt.<sup>2</sup>

Vgl. dazu die GA der Arbeitsagentur v. 23.02.2012:

[http://www.arbeitsagentur.de/nn\\_166486/zentraler-Content/HEGA-Internet/A07-Geldleistung/Dokument/GA-SGB-2-NR-08-2012-02-23.html](http://www.arbeitsagentur.de/nn_166486/zentraler-Content/HEGA-Internet/A07-Geldleistung/Dokument/GA-SGB-2-NR-08-2012-02-23.html)

Dazu folgende Hinweise:

## **1. Der nachträglich - 7 Jahre nach Inkrafttreten des SGB II! - erklärte deutsche Vorbehalt bezüglich des SGB II ist nichtig**

Deutschland akzeptiert das EFA für wesentliche Teile seines Anwendungsbereichs nicht mehr. Das SGB II ist mit dem SGB XII Nachfolgegesetz des BSHG, für das das EFA ausdrücklich galt. Der deutsche Vorbehalt kommt einer einseitigen Teilkündigung des auf Gegenseitigkeit beruhenden EFA gleich. Deutsche im Ausland können sich weiter auf das EFA berufen. Der Vorbehalt dürfte daher völkerrechtswidrig (Verstoß gegen Wiener Vertragsrechtskonvention) und nichtig sein.

## **2. Der Ausschluss nur Arbeitssuchender Unionsbürger vom SGB II ist europarechtswidrig**

Ein ALG II Anspruch nur Arbeitssuchender Unionsbürger und die Nichtanwendbarkeit der Ausschlussklausel in § 7 Abs. 1 Satz 2 SGB II auf nur Arbeitssuchende Unionsbürger ergibt sich nach überwiegender Meinung in Rechtsprechung und Kommentierung - unabhängig vom EFA - aus den gegenüber dem SGB II höherrangigen europäischen Rechtsgrundsätzen, insbesondere aus dem Gleichheitsgrundsatz des Art 18 AEUV (Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union). Die Mehrzahl der Sozialgerichte spricht deshalb bereits seit Jahren entgegen dem Wortlaut des SGB II zumindest unabwiesbare Leistungen (zB 70 % des Regelsatzes) zu.

## **3. Ein Anspruch nur Arbeitssuchender Unionsbürger auf ALG II ergibt sich seit 1.5.2010 unabhängig von EFA aus der EG VO 883/2004, und zwar für alle Unionsbürger**

Das EFA ist für den ALG II Anspruch nur Arbeitssuchender Unionsbürger weitgehend bedeutungslos, da die Ansprüche nach der seit 1.5.2010 geltenden VO 883/2004 weiter reichen. Das BSG hat sich bisher allerdings erfolgreich um die Auseinandersetzung mit der europarechtliche Zulässigkeit des Ausschlusses vom Alg II und eine Vorlage an den EuGH gedrückt, und stattdessen zB Ansprüche nach dem EFA, oder aufgrund des Aufenthaltsstatus als Familienangehöriger zugesprochen.

Aufgrund der **Aufnahme des Alg II in die VO 883/2004** und des demnach zu beachtenden **Gleichbehandlungsanspruchs von Unionsbürgern mit Inländern** sprechen die Sozialgerichte seit 2011 zunehmend auch "nur arbeitssuchenden" bis nicht erwerbstätigen Unionsbürgern aus Rumänien und Bulgarien uneingeschränkte

---

<sup>1</sup> Deutschland hat mit Österreich ein dem EFA ähnliches Fürsorgeabkommen geschlossen, gemäß Schlussprotokoll zu diesem Abkommen ist jedoch die Einreise zum Zweck des Leistungsbezugs ein Ausschlussgrund. Laut LSG MV 7.3.2012 L 8 B 489/10 ER [www.fluechtlingsinfo-berlin.de/fr/docs/C2399.pdf](http://www.fluechtlingsinfo-berlin.de/fr/docs/C2399.pdf) kann hiernach auch für das Alg II Gleichbehandlung beansprucht werden. Auch zwischen Deutschland und der Schweiz bestand ein Fürsorgeabkommen, das jedoch per 31.03.2006 gekündigt wurde.

<sup>2</sup> Wortlaut EFA mit Liste der Unterzeichnerstaaten und der Vorbehalte über [www.conventions.coe.int](http://www.conventions.coe.int).

ALG II Ansprüche zu. Der Gleichbehandlungsanspruch von Unionsbürgern mit Inländern gilt ebenso für die gleichermaßen in die VO 883/2004 aufgenommene **Grundsicherung bei Erwerbsminderung und im Alter nach dem SGB XII**.

Wegen der Anfang 2011 eingefügten Klarstellung in § 8 Abs. 2 Satz 2 SGB II [http://www.gesetze-im-internet.de/sgb\\_2/\\_8.html](http://www.gesetze-im-internet.de/sgb_2/_8.html) ist auch der bis Ende 2013 für nichtqualifizierte Rumänen und Bulgaren zum Teil fehlende Arbeitserlaubnis und der nur **nachrangige Arbeitsmarktzugang** (vgl. zum ab 1.1.2012 geltenden Recht §12a bis §12e ArGV [www.gesetze-im-internet.de/argv/index.html](http://www.gesetze-im-internet.de/argv/index.html)) kein Hindernis für das ALG II mehr.

#### 4. Zum Anspruch auf Alg II nach der VO 883/2004

Die am 1.5.2010 in Kraft getretene [VO 883/2004/EG](#) ersetzt die frühere [VO EWG 1408/71](#). Sie gilt in allen Mitgliedsstaaten der EU und dient der „**Koordinierung der sozialen Sicherungssysteme**“ innerhalb der EU zur effektiven Wahrnehmung des Freizügigkeitsrechts der Unionsbürger. Sie regelt, welcher Staat (Herkunftsstaat oder Aufnahmestaat) für innerhalb der EU gewanderte Unionsbürger zuständig ist für Leistungen der sozialen Sicherung.

Einer europarechtlichen VO kommt als höherrangiges Gemeinschaftsrecht Anwendungsvorrang gegenüber dem z.B. im SGB II enthaltenen nationalen Recht zu. Eine europarechtliche VO ist in all ihren Teilen verbindlich und **gilt unmittelbar**. Sie bedarf – im Gegensatz zu einer europarechtlichen Richtlinie wie z.B. der Unionsbürgerrichtlinie (RL 28/2004) - nicht erst der Umsetzung in nationales Recht, vgl. dazu Art. 288 Abs. 2 AEUV. Die VO 883/2004/EG hat somit auch in Deutschland **Gesetzescharakter** und geht zudem den Regelungen des deutschen Sozialgesetzbuches vor.

**Art. 4** der [VO 883/2004/EG](#) garantiert Unionsbürgern, die sich in einem anderen Mitgliedsstaat aufhalten, **Gleichbehandlung bei den Leistungen der Sozialen Sicherheit**. Gemäß Art 3 Abs. 3 i.V.m. Art. 70 der VO gilt dies auch für die in Anhang X der VO aufgeführten "besonderen beitragsunabhängigen Geldleistungen". Art. 70 macht lediglich die Einschränkung, dass diese Leistungen nicht exportiert werden. Alg II muss also nur gewährt werden, solange der Unionsbürger seinen Wohnsitz in Deutschland hat.

**Anhang X VO 883/2004/EG** in der durch [VO EG 988/2009](#) zum 1.5.2010 aktualisierten Fassung nennt für Deutschland als besondere beitragsunabhängige Geldleistungen a) **die Grundsicherung nach dem 4. Kapitel SGB XII** sowie b) **die Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts der Grundsicherung für Arbeitsuchende nach dem SGB II**.

Ebenso war dies auch schon bisher in Anhang IIa der [VO EWG 1408/71](#) geregelt. Die in Anhang X genannte Einschränkung "soweit für diese Leistungen nicht dem Grunde nach die Voraussetzungen für den befristeten Zuschlag nach Bezug von Arbeitslosengeld (§ 24 Abs. 1 SGB II) erfüllt sind." ist irrelevant, da dieser Zuschlag seit 1.1.2011 abgeschafft ist. Allerdings setzte Art. 2 [VO EWG 1408/71](#) voraus, dass der Unionsbürger z.B. als Arbeitnehmer, Selbständiger oder Student dem sozialen Sicherungssystem des Aufnahmelandes zugehört. Art. 2 [VO EG 883/2004](#) setzt hingegen nur noch voraus, dass für den Unionsbürger (auch) die Rechtsvorschriften des Aufnahmelandes gelten.

**Im Ergebnis leitet sich aus der VO EG 883/2004 ein Anspruch auf ALG II für alle Unionsbürger (auch bisher nicht erwerbstätige Rumänen und Bulgaren) nach den gleichen Maßstäben wie für Deutsche ab.** Alg II kann auch beansprucht werden, wessen Aufenthaltsrecht nur auf der Arbeitssuche beruht, oder wenn auch dieser Aufenthaltsgrund nicht vorliegt, die Ausländerbehörde aber nicht festgestellt hat, dass das Aufenthaltsrecht erloschen ist.

Hingegen gilt gemäß Art. 3 Abs. 5 [VO EG 883/2004](#) in der durch Art. 1 Nr. 4 [VO EG 988/2009](#) geänderten Fassung der Gleichbehandlungsgrundsatz nicht für die "soziale und medizinische Fürsorge". Unionsbürger können aus der VO - anders als aus dem Europ. Fürsorgeabkommen EFA – keine Ansprüche auf Sozialhilfe nach SGB XII mit Ausnahme Grundsicherung nach dem 4. Kapitel SGB XII ableiten.

#### 5. Hintergrund

Weder der EuGH noch das **BSG** haben die Frage, ob es sich beim Alg II um „Sozialhilfe“ i.S.v. Art 24 Abs. 2 UnionsbürgerRL handelt, und ob der Ausschluss mit dem Gleichbehandlungsgrundsatz des Art. 18 AEUV vereinbar ist, bisher hinreichend eindeutig geklärt.<sup>3</sup> Den Fall eines französischen Klägers löste das BSG durch den

---

<sup>3</sup> Nahe gelegen hätte eine Vorlage an den EuGH. Dies gilt auch für die Vereinbarkeit des Ausschlusses mit der VO

Verweis auf das Europäische Fürsorgeabkommen EFA. Das EFA vom 11.12.1953 garantiert Ausländern der Abkommensstaaten mit erlaubtem Aufenthalt die **Gleichbehandlung** mit Inländern bei der Sozialhilfe einschließlich von Sozialhilfe zur medizinischen Versorgung. Da es sich nach Auffassung des BSG beim Alg II um "Sozialhilfe" im Sinne des EFA handelt, könnten auch Unionsbürger aus EFA-Staaten, die sich nur zur Arbeitsuche aufhalten, Alg II beanspruchen.<sup>4</sup> Auch eine Einreise zum Zweck des Leistungsbezugs sei nicht ausgeschlossen.

Die Bundesregierung hat darauf am 19.12.2011 beim Europarat einen **"Vorbehalt" zum EFA** hinterlegt, wonach das SGB II nicht mehr unter das EFA fallen würde. Dieser Vorbehalt dürfte völkerrechtswidrig sein, da Deutschland damit de facto das EFA einseitig aufgekündigt hat, da es das Abkommen in seinem Kernbereich - Sozialhilfe für Erwerbsfähige - nicht mehr einhalten möchte, und es nur noch für den Bereich des SGB XII anerkennen will.<sup>5</sup> Hält man den Vorbehalt (und den Ausschluss "nur Arbeitsuchender" vom SGB II auch ansonsten) jedoch für zulässig, ist die Konsequenz, dass die nunmehr dem Grunde nach vom SGB II ausgeschlossenen arbeitssuchenden Unionsbürger aus EFA-Staaten einen **Anspruch auf Sozialhilfe** (und Krankenhilfe) nach dem 3. und 5. Kapitel SGB XII erhalten.<sup>6</sup> Denn für das SGB XII bleibt das EFA anwendbar,<sup>7</sup> auch die Anspruchseinschränkungen des § 23 Abs. 3 SGB XII für nur Arbeitsuchende und bei Einreise zum Zweck des Leistungsbezugs sind wegen des EFA nicht anwendbar.<sup>8</sup>

## 6. Konsequenzen für die Praxis

### a) prüfen ob der Unionsbürger ein anderes Aufenthaltsrecht als "nur zur Arbeitsuche" besitzt,

- zB als zumindest **geringfügig Erwerbstätiger** (selbständig oder Arbeitnehmer), 200 bis 300 € für 8 -10 Std/Woche reichen aus, auch Minijob geht, ggf. ist Gewerbeanmeldung Buchhaltung (Rechnungen) und Steuernummer nötig,
- als **arbeitslos gewordener verbleibeberechtigter Erwerbstätiger**, vgl. § 2 Abs 3 FreizügG/EU. Demnach haben unfreiwillig arbeitslos gewordene, bei Jobcenter/Arbeitsagentur arbeitsuchend registrierte Unionsbürger bereits nach kurzer Erwerbstätigkeit als verbleibeberechtigte Arbeitnehmer oder Selbständige für weitere 6 Monate ein Freizügigkeitsrecht und Anspruch auf Alg II. Nach mindestens einem Jahr Erwerbstätigkeit gelten sie auf Dauer als verbleibeberechtigte Arbeitnehmer oder Selbständige und haben dauerhaft den gleichen Alg II-Anspruch wie Deutsche,
- als **Familienangehöriger** eines Erwerbstätigen oder arbeitslos gewordenen, vgl. § 3 FreizügG/EU,
- als **Daueraufenthaltsberechtigter**, vgl. § 4a FreizügG/EU,
- als erklärtermaßen **"Nichterwerbstätiger"**, vgl. § 4 FreizügG/EU. Der Leistungsbezug ist in diesem Fall allerdings nur solange unschädlich für das Freizügigkeitsrecht, wie keine "unangemessene Sozialhilfe" beansprucht wird. Eine evtl. Aufenthaltsbeendung wäre aber auch dann aber nur nach Anhörung des Betroffenen, mit größter Zurückhaltung, und unter Berücksichtigung aller besonderen Umstände des Einzelfalles möglich. Ein vorübergehender Leistungsbezug in akuten Krisen und Notlagen (Schwangerschaft, Krankheit, Obdachlosigkeit, Frauenhaus etc.) ist jedenfalls nicht unangemessen.
- usw.

**Der Ausschluss für "nur Arbeitsuchende" in § 7 SGB II ist auf die genannten Unionsbürger schon mangels Tatbestand nicht anwendbar.**

Siehe zu alledem ausführlich zB

---

883/2004, über die das BSG am 25.1.2012 - B 4 AS 138/11 R zu entscheiden hatte. Auch dies lies das BSG offen, da dem Kläger das Alg II bereits wegen seines Aufenthaltsrechts als Familienangehöriger zustehe.

<sup>4</sup> BSG 19.10.2010.

<sup>5</sup> Laut VG Berlin 25.4.2012 - S 55 AS 9238/12 fehlt eine Ermächtigung durch Parlamentsgesetz. Vgl. zur Kritik Antrag Die Grünen, "Neuen Vorhalt zum EFA zurücknehmen", BT-Drs. 17/9036 v. 21.3.2012.

<sup>6</sup> Die Jobcenter müssten die Anträge daher gemäß § 16 SGB I an die Sozialämter weiterleiten. Auf die Zuständigkeit der Sozialämter weist die Berliner Sozialverwaltung mit Rdschr. v. 24.2.2012 hin: [www.fluechtlingsinfo-berlin.de/fr/pdf/SenGesSoz\\_EFA\\_SGBXII\\_240212.pdf](http://www.fluechtlingsinfo-berlin.de/fr/pdf/SenGesSoz_EFA_SGBXII_240212.pdf)

<sup>7</sup> Mit Ausnahme nur der Hilfe für Personen in besonderen sozialen Schwierigkeiten (§ 67 ff SGB XII), für die Deutschland ebenfalls einen Vorbehalt erklärt hat, der es aber erlaubt, auch diese Hilfe im Einzelfall zu gewähren.

<sup>8</sup> Vgl. dazu BSG 19.10.2010 - B 14 AS 23/10 R, Rn 39 ff.

[http://www.fluechtlingsinfo-berlin.de/fr/pdf/Classen\\_SGB\\_II\\_XII\\_AsyblLG.pdf](http://www.fluechtlingsinfo-berlin.de/fr/pdf/Classen_SGB_II_XII_AsyblLG.pdf)

**b) wenn der Unionsbürger ein Aufenthaltsrecht "nur zur Arbeitsuche" besitzt**, ist der Ausschluss für "nur Arbeitssuchende" ebenfalls nicht anwendbar, weil er europarechtswidrig ist, weil er **gegen den europarechtlichen Gleichheitsgrundsatz verstößt (Art. 18 AEUV) sowie gegen die VO 883/2004.**

## 7. Rechtsmittel

Widerspruch und Klage sowie Eilantrag beim Sozialgericht gegen das Jobcenter haben in beiden o.g. Fällen gute Erfolgsaussichten.

Wichtig ist es in jedem Fall, beim Eilantrag auch für die "Dringlichkeit" des Bedarfs, die exakte Einkommenssituation (alle Einnahmen, Mietkosten) und die Mittellosigkeit hinreichend präzise darzulegen und nachzuweisen!

Zusätzlich sollte man den Anspruch immer auch nach dem SGB XII beim Sozialamt geltend machen und das Sozialamt "beiladen" lassen, § 75 SGG, siehe unten.

Praxishinweise zu Rechtsmitteln im Sozialrecht finden sich in Kapitel 8 von Classen, **Sozialleistungen für MigrantInnen und Flüchtlinge, Handbuch für die Praxis**, Karlsruhe 2008. Kostenloser download des als Printversion vergriffenen Handbuchs im Volltext:

[http://www.fluechtlingsinfo-berlin.de/fr/pdf/Classen\\_Sozialleistungen\\_fuer\\_MigrantInnen\\_und\\_Fluechtlinge.pdf](http://www.fluechtlingsinfo-berlin.de/fr/pdf/Classen_Sozialleistungen_fuer_MigrantInnen_und_Fluechtlinge.pdf)

## 8. EFA und Sozialhilfeansprüche nach SGB XII

Da der deutsche Vorbehalt - selbst wenn er wirksam wäre - **nur das SGB II** betrifft, ergeben sich aus dem EFA nach wie vor Ansprüche auf Gleichbehandlung bei der Sozialhilfe zum Lebensunterhalt und in besonderen Lebenslagen. Der Ausschluss in **§ 23 Abs. 3 SGB XII** für Ausländer bei Einreise zum Sozialhilfebezug, Einreise zum Zweck der Krankenbehandlung oder zur Arbeitsuche ist somit für EFA-Angehörige unwirksam.

Dies betrifft in der Praxis nicht zuletzt die Gleichbehandlung von EFA-Angehörigen mit Deutschen beim **Anspruch auf Krankenscheine bzw. Krankenbehandlungskosten nach § 47 ff SGB XII** vom Sozialamt, den gemäß § 21 SGB XII auch nichtversicherte Erwerbsfähige besitzen, die ansonsten dem Grunde nach dem SGB II zuzuordnen sind, zumal das EFA ausdrücklich auch die Sozialhilfe zur Krankenbehandlung mit umfasst.

Einen Vorbehalt bezüglich des SGB XII hatte Deutschland beim EFA (bereits früher) lediglich bezüglich der **Hilfe für Menschen in besonderen sozialen Schwierigkeiten nach § 67 ff SGB XII** erklärt, wobei bereits nach dem EFA aber auch diese Leistungen gewährt werden "dürfen". Nach Art 24 UnionsbürgerRL besteht jedoch - mit Ausnahme der ersten 3 Monate und der "nur Arbeitssuchenden" - bezüglich der Hilfe für Menschen in besonderen sozialen Schwierigkeiten ein Gleichbehandlungsanspruch mit Deutschen. Im Übrigen sind auch hier Art. 18 AEUV und Art 1 und 20 GG zu beachten, und ggf. Leistungen im Ermessenswege zu gewähren.

Gleichbehandlungsansprüche aller Unionsbürger bei der **Grundsicherung nach dem 4. Kapitel SGB XII** ergeben sich wie erwähnt bereits aus der **VO 883/2004**.

Nicht zuletzt sind im Falle eines Ausschlusses vom SGB II auch bei "Erwerbsfähigen" immer hilfsweise auch Ansprüche auf Sozialhilfe zum Lebensunterhalt nach dem 3. Kapitel SGB XII als "letztes soziales Netz" zumindest im **Ermessenswege** zu prüfen (Ermessen nach § 23 Abs. 1 Satz 3 SGB XII; Grundrecht auf menschenwürdige Existenz nach Art. 1 und 20 GG). Gemäß § 16 SGB I muss(t)en Jobcenter im Ablehnungsfall daher den Antrag ans Sozialamt weiterleiten, gemäß § 75 SGG die Sozialgerichte den Sozialhilfeträger zum Verfahren "beiladen". Daher sollte man selbst sich zusätzlich immer auch ans Sozialamt wenden, und beim Sozialgericht die "Beiladung" des Sozialhilfeträgers beantragen.

Geht man von der **Rechtmäßigkeit des EFA-Vorbehalts** und der Ablehnung des Jobcenters aus, ist nämlich der Anspruch "nur Arbeitssuchender" Unionsbürger auf Alg II "dem Grunde nach" ausgeschlossen. Damit greift aber auch der Ausschluss Erwerbsfähiger von der Hilfe zum Lebensunterhalt nach § 21 SGB XII nicht mehr, und es besteht anstelle des Alg II Anspruch auf Leistungen in gleicher Höhe als "Hilfe zum Lebensunterhalt" nach dem 3. Kapitel SGB XII sowie auf eine Krankenversicherung nach § 5 Abs. 1 Nr. 13 SGB V bzw. § 9 SGB V (Bürgerversicherung bzw. freiwillige Versicherung) iVm § 32 SGB XII (Übernahme der Beiträge durch das Sozialamt), hilfsweise nach § 47 ff SGB XII iVm. § 264 SGB V (Krankenversicherung vom Sozialamt).

Für EFA-Angehörige greift wegen des im Bereich der Sozialhilfe nach SGB XII weiter geltenden Gleichbehandlungsanspruches mit Deutschen auch der Ausschluss des § 23 Abs. 3 SGB XII (Einreise zum Zweck des Leistungsbezugs nicht. Somit haben erwerbsfähige EFA-Angehörige **anstelle des Alg II zumindest Anspruch auf Sozialhilfe (Regelsätze, Miete, Krankenversicherung) nach SGB XII.**

Vgl. dazu ausführlich **Rundschreiben SenSoz Berlin vom 24.02.2012:**

[http://www.fluechtlingsinfo-berlin.de/fr/pdf/SenGesSoz\\_EFA\\_SGBXII\\_240212.pdf](http://www.fluechtlingsinfo-berlin.de/fr/pdf/SenGesSoz_EFA_SGBXII_240212.pdf)

Die **Berliner Senatssozialverwaltung** weist darauf hin, dass - geht man von der Zulässigkeit des Ausschlusses vom Alg II aus - aufgrund des für das SGB XII weiter geltenden EFA nunmehr **anstelle des vom Jobcenter gestoppten Alg II die Sozialämter Hilfe zum Lebensunterhalt gewähren müssen.**

### **8.1 Keine Sozialhilfe wegen Erwerbsfähigkeit?**

Bei dem hier in Rede stehenden Ausschluss vom Alg II bzw. vom SGB II bereits "dem Grunde nach" liegt - wenn man den Ausschluss als rechtmäßig betrachtet - keine Zuständigkeit der Jobcenter mehr vor.

Die **Erwerbsfähigkeit** steht dann dem Anspruch auf "Sozialhilfe zum Lebensunterhalt" nach dem **3. Kapitel SGB XII** nicht entgegen. Ausgeschlossen ist bei Erwerbsfähigkeit lediglich die "Grundsicherung bei Erwerbsminderung und im Alter" nach dem 4. Kapitel SGB XII.

Die Hilfe zum Lebensunterhalt nach dem SGB XII 3. Kapitel ist eine Auffangregelung für alle, die unter sonst kein anderes Gesetz fallen, wenn wie hier weder SGB II noch AsylbLG noch SGB XII 4. Kapitel zutreffend sind. Niemand fällt zuständigkeitstechnisch durch alle Sozialgesetze. Das ist der Unterschied zur "Sanktion" bei fehlenden Arbeitsbemühungen etc. nach § 31 SGB II: Diese Personen bleiben im SGB II (beim Jobcenter) zuständig, erhalten von dort nur eben weniger oder nichts an Leistungen. Hingegen definiert § 7 Abs. 1 Satz 2 SGB II diverse Ausschlüsse für Ausländer vom SGB II dem Grunde nach, u.A. bei Aufenthaltsrecht allein zur Arbeitsuche. Diese Personen wären dann - wenn der Ausschluss rechtmäßig wäre - raus aus der SGB II-Zuständigkeit. In den Fällen ist dann hilfsweise AsylbLG sowie SGB XII 3. Kapitel zu prüfen

Siehe zu alledem ausführlich diesen Beitrag unter B.VII:

[http://www.fluechtlingsinfo-berlin.de/fr/pdf/Classen\\_SGB\\_II\\_XII\\_AsyblLG.pdf](http://www.fluechtlingsinfo-berlin.de/fr/pdf/Classen_SGB_II_XII_AsyblLG.pdf)

und den im Rundschreiben von SenSoz Berlin zitierten Beschluss des **LSG NRW**

[http://www.justiz.nrw.de/nrwe/sgs/lsg\\_nrw/j2007/L\\_9\\_B\\_80\\_07\\_AS\\_ERbeschluss20070627.html](http://www.justiz.nrw.de/nrwe/sgs/lsg_nrw/j2007/L_9_B_80_07_AS_ERbeschluss20070627.html)

### **8.2 Keine Sozialhilfe wegen Aufenthaltsrecht nur zur Arbeitsuche bzw. Einreise zum Zweck des Leistungsbezugs - § 23 Abs. 3 SGB XII?**

Das BSG vertritt in seinem Urteil vom 19.10.2010, B 14 AS 23/10 R <http://juris.bundessozialgericht.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bsg&Art=en&nr=11845> zum Alg II die Ansicht, dass das EFA die Anwendung der Um-Zu-Regelung ausschließt, vgl. Rn 39 ff des Urteils: *"Der Senat vermag schließlich auch keinen rechtlichen Ansatzpunkt dafür zu erkennen, das EFA nur auf diejenigen Ausländer anzuwenden, die sich zur Zeit des Eintritts der Hilfebedürftigkeit bereits in dem um Hilfe angegangenen Staat erlaubt aufhielten und mithin nicht auf diejenigen, die als bereits bedürftige Personen in einen Vertragsstaat einreisten ..."*. Sinngemäß gilt erst recht für den ebenfalls in § 23 Abs. 3 SGB XII genannten Ausschlussgrund "Aufenthalt nur zur Arbeitsuche."

Ebenso lese auch das Rdschr von Sen Soz Berlin, dessen Anlage allerdings einen (nicht allgemein zugänglichen) Link zu einer Juris-Kommentierung von Pablo Coseriu (ebenfalls Richter am BSG...) mit gegenteiliger Ansicht enthält. Herr Coseriu erläutert dort aber unter der Überschrift "Verfassungsmäßigkeit" ausführlich, dass **Rechtsfolge des Ausschlusses in § 23 Abs. 3 SGB XII** - anders als zumeist in der Praxis der Berliner Sozialämter üblich - **gerade nicht die Null-Leistung, sondern lediglich eine Kürzung der Leistung auf das Niveau des § 1a AsylbLG ist.**

Ist derzeit jedoch eine Ausreise wg Krankheit, Schwangerschaft, in Kürze erwartetem dauerhaften Aufenthaltsrecht durch Geburt oder Eheschließung usw. unzumutbar, wäre m.E. auch eine Kürzung auf das Niveau § 1a AsylbLG ermessensfehlerhaft. Zweck des § 23 Abs 3 SGB XII wie des § 1a AsylbLG ist es ja, einer missbräuchlichen Einreise entgegenzuwirken und auf die Betroffenen einen Ausreisedruck zu erzeugen. Dies ist aber nicht in jedem Fall legitim.

Darüber hinaus dürfte in sehr vielen Fällen - zB bei Aufenthalt zur Arbeitsuche oder Eintritt der Hilfebedürftigkeit erst einige Zeit nach Einreise - bereits der Tatbestand des § 23 Abs 3 SGB XII in Frage stehen. Und die Anwendung des Ausschlussgrundes "Aufenthaltsrecht nur zur Arbeitsuche" dürfte durch das EFA ohnehin ausgeschlossen sein.



## 9. Kommentierung und Materialien

### Wortlaut Vorbehalte EFA

<http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ListeDeclarations.asp?NT=014&CM=8&DF=9/17/2006&CL=GER&VL=1>

### Sozialleistungen für MigrantInnen nach SGB II, SGB XII und AsylbLG

Alg II, Sozialhilfe, AsylbLG: Aufenthaltsrecht und Sozialleistungen für Unionsbürger und Drittstaater, von Georg Classen, Mai 2012

[http://www.fluechtlingsinfo-berlin.de/fr/pdf/Classen\\_SGB\\_II\\_XII\\_AsyblLG.pdf](http://www.fluechtlingsinfo-berlin.de/fr/pdf/Classen_SGB_II_XII_AsyblLG.pdf)

### Sozialleistungen für Unionsbürger/innen nach der VO 883/2004

Prof. D. Frings zum Anspruch von Unionsbürgern/innen auf Krankenversicherungsschutz, Familienleistungen und Alg II nach der VO 883/2004 und zum deutschen Vorbehalt gegen das EFA, März 2012

[http://www.fluechtlingsinfo-berlin.de/fr/pdf/Frings\\_Sozialleistungen\\_883-2004.pdf](http://www.fluechtlingsinfo-berlin.de/fr/pdf/Frings_Sozialleistungen_883-2004.pdf)

**Classen, Sozialleistungen für MigrantInnen und Flüchtlinge, Handbuch für die Praxis, 2008.** Download des als Printversion vergriffenen Handbuchs im Volltext:

[www.fluechtlingsinfo-berlin.de/fr/pdf/Classen\\_Sozialleistungen\\_fuer\\_MigrantInnen\\_und\\_Fluechtlinge.pdf](http://www.fluechtlingsinfo-berlin.de/fr/pdf/Classen_Sozialleistungen_fuer_MigrantInnen_und_Fluechtlinge.pdf)

**Fortbildung** - Folien und Gesetze zum Aufenthaltsrecht nach FreizügG/EU, Leistungen nach SGB II/XII und Krankenversicherung für Unionsbürger, April 2012

[http://www.fluechtlingsinfo-berlin.de/fr/pdf/Fobi\\_Sozialrecht\\_EU\\_2012.pdf](http://www.fluechtlingsinfo-berlin.de/fr/pdf/Fobi_Sozialrecht_EU_2012.pdf)

### Antwort der Bundesregierung auf Fragen der Grünen im Februar und März 2012 zum EFA-Vorbehalt

[http://www.fluechtlingsinfo-berlin.de/fr/pdf/Antwort\\_BR\\_EFA-Vorbehalt\\_0212.pdf](http://www.fluechtlingsinfo-berlin.de/fr/pdf/Antwort_BR_EFA-Vorbehalt_0212.pdf)

Zur Antwort der Bundesregierung ist anzumerken, dass ein Verweis auf das AsylbLG schon deshalb nicht möglich ist, weil das EFA einen Anspruch auf Gleichbehandlung im Bereich der Fürsorgeleistungen gewährt, wie sie eigene Staatsangehörige erhalten. Deutsche können gemäß § 1 AsylbLG jedoch keine AsylbLG-Leistungen erhalten. Existenzsichernde Leistungen gibt es nur in Form des SGB II oder der SGB XII Leistungen.

### Antrag der Grünen „Neuen Vorbehalt zum Europäischen Fürsorgeabkommen zurücknehmen“

BT-Drs. 17/9036, <http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/17/090/1709036.pdf>

*"Hintergrund: Die schwarz-gelbe Bundesregierung legte im Dezember 2011 einen Vorbehalt gegen das Europäische Fürsorgeabkommen (EFA) ein. Hiernach soll Zuwanderinnen und Zuwanderer aus 14 EU-Ländern sowie Norwegen, Island und der Türkei, die ausschließlich zur Arbeitssuche nach Deutschland kommen, fortan kein Anspruch mehr auf Leistungen der Grundsicherung für Arbeitsuchende (SGB II) sowie Hilfen zur Überwindung besonderer sozialer Schwierigkeiten (Kap. 8 SGB XII) zustehen. Ein solch weit reichender Vorbehalt verstößt gegen den Kern des EFA, wonach allen Angehörigen der Unterzeichnerstaaten dieselben Fürsorgeleistungen zur Verfügung zu stellen sind wie den eigenen Staatsangehörigen, und kommt mithin einer Teilkündigung gleich.*

*Die Bundesregierung hat mit der Einlegung des Vorbehalts einen zentralen und wichtigen Grundsatz - die gegenseitige europäische Solidarität - angegriffen.*

*Wir fordern mit unserem Antrag die Rücknahme des Vorbehalts. Zudem soll allen ernsthaft und nachweislich arbeitssuchenden Unionsbürgerinnen und -bürgern (also auch der Angehörigen der EFA-Staaten) ein Anspruch auf entsprechende SGB II-Leistungen zustehen. Der Antrag ist eilbedürftig, da die Bundesagentur für Arbeit am 23. Februar 2012 eine Geschäftsanweisung erlassen hat, die den EFA-Angehörigen mit sofortiger Wirkung SGB II-Leistungen untersagt. Die Bundesregierung will die Betroffenen offenbar ohne jede Unterstützung lassen."*

### Unterrichtung durch das BMAS zum EFA v. 25.04.2012, Ausschussdrucksache 17(11)881

[http://www.harald-thome.de/media/files/Unterrichtung-EFA-v.-25.04.2012---17\(11\)881.pdf](http://www.harald-thome.de/media/files/Unterrichtung-EFA-v.-25.04.2012---17(11)881.pdf)

**Beschlussempfehlung Ausschuss für Arbeit und Soziales, BT-DRs 17/9474 vom 27.4.2012 dazu:**

<http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/17/094/1709474.pdf>

*"Die Fraktion der CDU/CSU lobte die Position der Bundesregierung als überzeugend. Die Ansprüche der Betroffenen seien gesichert: Sie könnten erworbene Ansprüche auf Arbeitslosengeld I bis zu sechs Monaten nach Deutschland importieren. Darüber hinaus hätten sie bei Bedürftigkeit „Auffangansprüche“ nach SBG XII. Sie würden durch den Vorbehalt also nicht schlechter gestellt als deutsche Bürger und Bürgerinnen.*

*Die Fraktion der FDP verwies auf die gesicherte Rechtsposition der Bundesregierung in dieser Sache. Die Begründung sei nachvollziehbar. Zudem seien die betroffenen EU-Bürger und Bürgerinnen im Bedarfsfall sozial genauso abgesichert wie deutsche Staatsangehörige."*

## 10. Ausgewählte Rechtsprechung

### Anspruch für alle Unionsbürger aufgrund VO 883/2004

- LSG Hessen LSG HE 14.07.2011 - L 7 AS 107/11 B [www.fluechtlingsinfo-berlin.de/fr/docs/C2376.pdf](http://www.fluechtlingsinfo-berlin.de/fr/docs/C2376.pdf) ALG 2 aufgrund des sozialrechtlichen **Gleichbehandlungsanspruchs für alle Unionsbürger** nach **VO EG 883/2004** für eine bisher nicht erwerbstätig gewesene Bulgarin ohne Arbeitserlaubnis.
- LSG BW 24.10.11 - L 12 AS 3938/11 ER-B, [www.fluechtlingsinfo-berlin.de/fr/docs/C2365.pdf](http://www.fluechtlingsinfo-berlin.de/fr/docs/C2365.pdf)
- LSG BE/BB B.v. 30.09.11 - L 14 AS 1148/11 B ER, [www.fluechtlingsinfo-berlin.de/fr/docs/C2375.pdf](http://www.fluechtlingsinfo-berlin.de/fr/docs/C2375.pdf)
- LSG NI/HB 11.08.11 - L 15 AS 188/11 B ER, [www.fluechtlingsinfo-berlin.de/fr/docs/C2357.pdf](http://www.fluechtlingsinfo-berlin.de/fr/docs/C2357.pdf)
- LSG BE/BB 30.11.10 - L 34 AS 1501/10 B ER, [www.fluechtlingsinfo-berlin.de/fr/docs/C2377.pdf](http://www.fluechtlingsinfo-berlin.de/fr/docs/C2377.pdf)
- LSG BY 12.03.08 - L 7 B 1104/07 AS ER zur VO 1408/71 [www.fluechtlingsinfo-berlin.de/fr/docs/C2379.pdf](http://www.fluechtlingsinfo-berlin.de/fr/docs/C2379.pdf).
- LSG ST 14.11.11 - L 5 AS 406/11 B ER, [www.fluechtlingsinfo-berlin.de/fr/docs/C2392.pdf](http://www.fluechtlingsinfo-berlin.de/fr/docs/C2392.pdf)
- SG Berlin 24.05.11 - S 149 AS 17644/09 [www.fluechtlingsinfo-berlin.de/fr/docs/C2378.pdf](http://www.fluechtlingsinfo-berlin.de/fr/docs/C2378.pdf)
- SG Berlin S 96 AS 5723/12 ER, B.v. 26.03.12, [www.fluechtlingsinfo-berlin.de/fr/docs/C2398.pdf](http://www.fluechtlingsinfo-berlin.de/fr/docs/C2398.pdf)
- SG Berlin S 110 AS 28262/11, U.v. 27.03.12, [www.fluechtlingsinfo-berlin.de/fr/docs/C2414.pdf](http://www.fluechtlingsinfo-berlin.de/fr/docs/C2414.pdf)
- SG Berlin S 110 AS 7455-12 ER, B.v. 05.04.12, [www.fluechtlingsinfo-berlin.de/fr/docs/C2413.pdf](http://www.fluechtlingsinfo-berlin.de/fr/docs/C2413.pdf).
- SG Berlin S 75 AS 10822/12 ER B.v. 10.05.12 (auf EFA Vorbehalt kommt es wg VO 883/2004 nicht an) [www.fluechtlingsinfo-berlin.de/fr/docs/C2425.pdf](http://www.fluechtlingsinfo-berlin.de/fr/docs/C2425.pdf)
- SG Berlin S 91 AS 8804/12 ER, B.v. 08.05.12, [www.fluechtlingsinfo-berlin.de/fr/docs/C2430.pdf](http://www.fluechtlingsinfo-berlin.de/fr/docs/C2430.pdf)
- LSG BE/BB L 18 AS 1018/12 B ER, B.v. 10.05.12 (Anspruch europarechtlich nicht geklärt, im Eilverfahren daher nur Leistungen analog § 3 AsylbLG) [www.fluechtlingsinfo-berlin.de/fr/docs/C2432.pdf](http://www.fluechtlingsinfo-berlin.de/fr/docs/C2432.pdf)
- LSG BE/BB L 14 AS 763/12 B ER, B.v. 27.04.12 [www.fluechtlingsinfo-berlin.de/fr/docs/C2458.pdf](http://www.fluechtlingsinfo-berlin.de/fr/docs/C2458.pdf)
- LSG BE/BB L 25 AS 837/12 B ER, B.v. 23.05.12 [www.fluechtlingsinfo-berlin.de/fr/docs/C2457.pdf](http://www.fluechtlingsinfo-berlin.de/fr/docs/C2457.pdf)
- LSG HE L 9 AS 615/12 B ER v. 29.10.12 [www.fluechtlingsinfo-berlin.de/fr/docs/C2515.pdf](http://www.fluechtlingsinfo-berlin.de/fr/docs/C2515.pdf) Alg II für nur arbeitsuchende rumänische Unionsbürger aufgrund Art 4 VO 883/2004 iVm Anhang X zur VO sowie Art. 34 Grundrechtscharta EU (vgl. Schreiber, NZS 2012, 647, Eichenhofer, Zesar 2012, 357, Frings, ZAR 2012, 317).
- LSG NRW L 19 AS 1809/12 B ER, B.v. 20.12.12, [www.fluechtlingsinfo-berlin.de/fr/docs/C2551.pdf](http://www.fluechtlingsinfo-berlin.de/fr/docs/C2551.pdf) ebenso LSG NRW - L 7 AS 2016/12 B ER B.v. 10.12.12 [www.fluechtlingsinfo-berlin.de/fr/docs/C2552.pdf](http://www.fluechtlingsinfo-berlin.de/fr/docs/C2552.pdf) Es ist umstritten, ob der Leistungsausschluss gegen europ. Recht, insb. Art. 4 EG VO 883/2004 verstößt. Aufgrund Folgenabwägung Leistungen im Eilverfahren, weil auch ausl. Staatsangehörigen das Grundrecht auf ein menschenwürdiges Existenzminimum zusteht.
- LSG HE L 7 AS 624/12 B ER, B.v. 18.12.12 [www.fluechtlingsinfo-berlin.de/fr/docs/C2553.pdf](http://www.fluechtlingsinfo-berlin.de/fr/docs/C2553.pdf)

- **LSG SN L 2 AS 182/12 B ER, B.v. 20.12.12** [www.fluechtlingsinfo-berlin.de/fr/docs/C2548.pdf](http://www.fluechtlingsinfo-berlin.de/fr/docs/C2548.pdf)
- **LSG SN L 7 AS 964/12 B ER, B.v. 31.01.13** [www.fluechtlingsinfo-berlin.de/fr/docs/C2539.pdf](http://www.fluechtlingsinfo-berlin.de/fr/docs/C2539.pdf) Der Leistungsausschluss verstößt gegen Art 18 und 21 AEUV und VO EG 883/2004
- **LSG SH L 6 AS 29/13 B ER, B.v. 01.03.13** [www.fluechtlingsinfo-berlin.de/fr/docs/C2573.pdf](http://www.fluechtlingsinfo-berlin.de/fr/docs/C2573.pdf) Europarechtliche Gründe (VO EG 883/2004) sprechen überwiegend gegen den Ausschluss. Jedenfalls sind im Rahmen einer Folgenabwägung bei unzureichenden Bindungen in den Herkunftsstaat Leistungen nach SGB II in Höhe des Existenzminimums nach dem BVerfG-Urteil v. 18.06.12 zum AsylbLG zu gewähren.
- **LSG Hessen U.v. 20.09.13 - L 7 AS 474/13** [www.fluechtlingsinfo-berlin.de/fr/docs/C2602.pdf](http://www.fluechtlingsinfo-berlin.de/fr/docs/C2602.pdf), ebenso **LSG Bayern U.v. 19.06.13 - L 16 AS 847/12** [www.fluechtlingsinfo-berlin.de/fr/docs/C2603.pdf](http://www.fluechtlingsinfo-berlin.de/fr/docs/C2603.pdf) Leistungsausschluss vom SGB II ist europarechtswidrig wg Verstoß gegen Gleichbehandlungsgebot Art. 24 Abs. 1 UnionsbürgerRL als auch Art. 4 i. V. m. Art. 70 VO (EG) 883/2004.

### **EFA-Vorbehalt ist völkerrechtswidrig und daher nichtig**

- **SG Berlin 78 AS 8137-12 ER, B.v. 25.04.2012** [www.fluechtlingsinfo-berlin.de/fr/docs/C2417.pdf](http://www.fluechtlingsinfo-berlin.de/fr/docs/C2417.pdf) Alg II für zur Arbeitsuche eingereisten Griechen, EFA-Vorbehalt völkerrechtswidrig, Anspruch auch nach VO 883/2004,
- **SG Berlin B.v. 25.04.12 - S 55 AS 9238/12** [www.fluechtlingsinfo-berlin.de/fr/docs/C2416.pdf](http://www.fluechtlingsinfo-berlin.de/fr/docs/C2416.pdf) Für den EFA-Vorbehalt fehlt eine hinreichende Grundlage durch **Parlamentsgesetz**.
- **SG Düsseldorf S 10 AS 1258/12 ER, B.v. 26.04.12** (EFA Vorbehalt wohl völkerrechtswidrig) [www.fluechtlingsinfo-berlin.de/fr/docs/C2431.pdf](http://www.fluechtlingsinfo-berlin.de/fr/docs/C2431.pdf)
- **LSG BE/BB L 19 AS 794/12 B ER, B.v. 09.05.12** [www.fluechtlingsinfo-berlin.de/fr/docs/C2452.pdf](http://www.fluechtlingsinfo-berlin.de/fr/docs/C2452.pdf), ebenso **LSG BE/BB L 19 AS 1851/12 B ER, B.v. 15.08.12** [www.fluechtlingsinfo-berlin.de/fr/docs/C2499.pdf](http://www.fluechtlingsinfo-berlin.de/fr/docs/C2499.pdf) EFA-Vorbehalt ist völkerrechtswidrig und wirkungslos. Vorbehalte zu völkerrechtlichen Abkommen können nach Art. 2 Abs. 1d und Art. 19 Wiener Vertragsrechtskonvention nur bei Ratifizierung, Unterzeichnung, Annahme oder Genehmigung eines Vertrags, aber nicht nachträglich erklärt werden. Art. 16 b EFA regelt als speziellere Vorschrift, dass die Vertragsschließenden neuere Rechtsvorschriften dem Europarat mitzuteilen haben, die in Anhang I noch nicht aufgeführt sind, und gleichzeitig Vorhalte hinsichtlich der Anwendung dieser Rechtsvorschriften auf Angehörige der Vertragsstaaten machen können. Der Vorbehalt vom 19.12.2011 ist als Reaktion auf das Urteil des BSG vom 19.10.2010 zu verstehen. Das SGB II ist jedoch kein neues Gesetz, denn es ist bereits am 1.1.2005 in Kraft getreten. Der Leistungsausschluss in § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 ist mit wenigen Änderungen aber schon zum 28.08.2007 in Kraft getreten [*Anm: zutreffend ist bereits der 01.04.2006, BGBl I 2006, 558, vgl. zur Begründung BT.-Drs. 16/688, 13*], ohne dass gleichzeitig ein Vorbehalt erklärt worden ist. Letztlich werden bei der Auslegung geltenden Rechts durch ein Bundesgericht keine neuen Rechtsvorschriften geschaffen. Somit liegt kein zulässiger Vorbehalt vor, das EFA ist weiter anzuwenden. Auf die Frage, ob die Zulässigkeit des Vorbehalts an der fehlenden Ermächtigung durch Parlamentsgesetz scheitert (so SG Berlin B.v. 25.04.12 - S 55 AS 9238/12 [www.fluechtlingsinfo-berlin.de/fr/docs/C2416.pdf](http://www.fluechtlingsinfo-berlin.de/fr/docs/C2416.pdf)) kommt es damit nicht an.
- **LSG BE/BB L 25 AS 837/12 B ER, B.v. 23.05.12** [www.fluechtlingsinfo-berlin.de/fr/docs/C2457.pdf](http://www.fluechtlingsinfo-berlin.de/fr/docs/C2457.pdf)
- **LSG BY L 16 AS 568/12 B ER, B.v. 14.08.12** [www.fluechtlingsinfo-berlin.de/fr/docs/C2481.pdf](http://www.fluechtlingsinfo-berlin.de/fr/docs/C2481.pdf) EFA Vorbehalt dürfte unwirksam sein, da SGB II wohl kein neue Rechtsvorschrift im Sinne von Art. 16 Buchst. b EFA ist, und weil der Bundestag gemäß Art. 59 Abs. 2 S. 1 GG damit hätte befasst werden müssen.
- **LSG ST L 2 AS 903/12 B ER, B.v. 29.01.13** [www.fluechtlingsinfo-berlin.de/fr/docs/C2550.pdf](http://www.fluechtlingsinfo-berlin.de/fr/docs/C2550.pdf)
- **LSG BE-BB L 31 AS 318/13 B ER, B.v. 11.03.13** [www.fluechtlingsinfo-berlin.de/fr/docs/C2582.pdf](http://www.fluechtlingsinfo-berlin.de/fr/docs/C2582.pdf) Zweifel ob EFA-Vorbehalt wirksam ist, im Rahmen einer Folgenabwägung Alg II.

**Ausschluss nur Arbeitssuchender europarechtswidrig, Anspruch unmittelbar aus EU-Primärrecht**



Daher zumindest im Rahmen einer **Folgenabwägung** vorläufiger Alg II-Anspruch im Eilverfahren (ohne Prüfung VO 883/2004). Es liegen zahlreiche weitere Entscheidungen mit demselben Tenor aus der Zeit seit 2006 vor, siehe [www.fluechtlingsinfo-berlin.de/fr/gesetzgebung/Urteile2.pdf](http://www.fluechtlingsinfo-berlin.de/fr/gesetzgebung/Urteile2.pdf).

- LSG BE/BB L 28 AS 566/11 ER-B v. 17.05.11, [www.fluechtlingsinfo-berlin.de/fr/docs/C2449.pdf](http://www.fluechtlingsinfo-berlin.de/fr/docs/C2449.pdf)
- LSG NRW L 6 AS 356/11 B ER v. 17.05.11, [www.fluechtlingsinfo-berlin.de/fr/docs/C2450.pdf](http://www.fluechtlingsinfo-berlin.de/fr/docs/C2450.pdf)
- LSG SH L 3 AS 155/11 B ER v. 14.09.11, [www.fluechtlingsinfo-berlin.de/fr/docs/C2451.pdf](http://www.fluechtlingsinfo-berlin.de/fr/docs/C2451.pdf)
- SG Berlin S 37 AS 8126/12 ER B.v. 10.04.12, [www.fluechtlingsinfo-berlin.de/fr/docs/C2448.pdf](http://www.fluechtlingsinfo-berlin.de/fr/docs/C2448.pdf)
- SG Berlin S 124 AS 7164/12 ER - B.v. 14.05.12 [www.fluechtlingsinfo-berlin.de/fr/docs/C2455.pdf](http://www.fluechtlingsinfo-berlin.de/fr/docs/C2455.pdf) EFA Vorbehalt wirksam, kein Anspruch nach VO 883/2004, Ausschluss verstößt aber gegen Art. 18 AEUV
- LSG SN L 7 AS 964/12 B ER, B.v. 31.01.13 [www.fluechtlingsinfo-berlin.de/fr/docs/C2539.pdf](http://www.fluechtlingsinfo-berlin.de/fr/docs/C2539.pdf) Der Leistungsausschluss verstößt gegen Art 18 und 21 AEUV und ebenso auch gegen VO EG 883/2004.

### **Alg II-Ausschluss für bereits länger hier lebende Unionsbürger nicht europarechtskonform**

- LSG HH L 4 AS 266/12 B/ER, B.v. 11.10.12 [www.fluechtlingsinfo-berlin.de/fr/docs/C2577.pdf](http://www.fluechtlingsinfo-berlin.de/fr/docs/C2577.pdf), ebenso LSG NI-HB 25.07.07 - L 6 AS 444/07 ER [www.fluechtlingsinfo-berlin.de/fr/docs/C2584.pdf](http://www.fluechtlingsinfo-berlin.de/fr/docs/C2584.pdf), LSG HH 02.03.10 - L 5 AS 54/10 B ER: Kein Alg II-Ausschluss wegen Aufenthalt nur zur Arbeitssuche für Unionsbürger, die in Deutschland bereits erwerbstätig waren, auch über den 6-Monatszeitraum des § 2 III FreizügG/EU hinaus. § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II erfasst gemäß Art. 14 Abs. 4 iVm Art 24 II Unionsbürger-RL nur Personen, die sich erstmals zur Arbeitssuche nach Deutschland begeben.

### **Sozialhilfe nach SGB XII für erwerbsfähige, als Ausländer vom SGB II ausgeschlossene Unionsbürger**

- LSG HH L 4 AS 332/12 B ER, B.v. 14.01.13 [www.fluechtlingsinfo-berlin.de/fr/docs/C2586.pdf](http://www.fluechtlingsinfo-berlin.de/fr/docs/C2586.pdf) Leistungen nach 3. Kapitel SGB XII für erwerbsfähigen Arbeitssuchenden, da EFA insoweit weiter gilt.
- LSG NRW B.v. 29.06.12 - L 19 AS 973/12 B ER [www.fluechtlingsinfo-berlin.de/fr/docs/C2482.pdf](http://www.fluechtlingsinfo-berlin.de/fr/docs/C2482.pdf), ebenso LSG NRW B.v. 03.09.12 - L 19 AS 1542/12 B ER [www.fluechtlingsinfo-berlin.de/fr/docs/C2562.pdf](http://www.fluechtlingsinfo-berlin.de/fr/docs/C2562.pdf), LSG NRW B.v. 02.10.12 - L 19 AS 1393/12 B ER [www.fluechtlingsinfo-berlin.de/fr/docs/C2563.pdf](http://www.fluechtlingsinfo-berlin.de/fr/docs/C2563.pdf), LSG NRW B.v. 15.11.12 - L 19 AS 1917/12 B ER [www.fluechtlingsinfo-berlin.de/fr/docs/C2564.pdf](http://www.fluechtlingsinfo-berlin.de/fr/docs/C2564.pdf), Sozialhilfe nach 3. Kapitel SGB XII aufgrund EFA-Vorbehalt für vom SGB II ausgeschlossenen Unionsbürger. § 21 SGB XII schließt Sozialhilfe für erwerbsfähige Ausländer, die gemäß § 7 Abs. 1 Satz 2 SGB II vom Alg II ausgeschlossen sind nicht aus (vgl. Eicher, jurisPK-SGB XII, § 21 SGB XII Rn 9, Rn 19ff; Coseriu jurisPK-SGB XII, § 23 Rn 36.3).
- LSG BE/BB L 14 AS 933/12 B ER B.v. 28.06.12, [www.fluechtlingsinfo-berlin.de/fr/docs/C2468.pdf](http://www.fluechtlingsinfo-berlin.de/fr/docs/C2468.pdf) Anspruch für nur arbeitssuchenden Spanier nach EFA auf Sozialhilfe zum Lebensunterhalt nach § 23 SGB XII. Die Erwerbsfähigkeit (§ 21 SGB XII) steht dem Anspruch nicht entgegen. Denn der Antragsteller wäre, wenn er wegen der Regelung in § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II keine Leistungen nach SGB II beanspruchen könnte, von den dort vorgesehenen Leistungen ausgeschlossen und danach gerade nicht "dem Grunde nach leistungsberechtigt nach SGB II; ebenso bereits
- LSG NRW, B.v. 03.11.06 - L 20 B 248/06 AS ER, InfAuslR 2007, 114 [www.fluechtlingsinfo-berlin.de/fr/docs/C2469.pdf](http://www.fluechtlingsinfo-berlin.de/fr/docs/C2469.pdf)
- LSG NRW B.v. 27.06.07- L 9 B 80/07 AS ER [www.fluechtlingsinfo-berlin.de/fr/docs/C2113.pdf](http://www.fluechtlingsinfo-berlin.de/fr/docs/C2113.pdf)
- LSG Sachsen, B.v. 04.01.11 - L 7 SO 28/10 B [www.fluechtlingsinfo-berlin.de/fr/docs/C2470.pdf](http://www.fluechtlingsinfo-berlin.de/fr/docs/C2470.pdf)
- SG Konstanz B.v. 05.11.08 - S 3 AS 2665/09 ER [www.fluechtlingsinfo-berlin.de/fr/docs/C2471.pdf](http://www.fluechtlingsinfo-berlin.de/fr/docs/C2471.pdf)
- LSG NI/HB B.v. 20.07.12 - L 9 AS 563/12 B ER [www.fluechtlingsinfo-berlin.de/fr/docs/C2485.pdf](http://www.fluechtlingsinfo-berlin.de/fr/docs/C2485.pdf) § 21 SGB XII steht einem Sozialhilfeanspruch nach dem EFA iVm 3. Kapitel SGB XII nicht entgegen, wenn der Hilfebedürftige wegen § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II als nur arbeitssuchender Unionsbürger kein Alg II beanspruchen kann.
- LSG BE/BB L 14 AS 933/12 B ER B.v. 28.06.12, [www.fluechtlingsinfo-berlin.de/fr/docs/C2468.pdf](http://www.fluechtlingsinfo-berlin.de/fr/docs/C2468.pdf) An-

spruch für nur arbeitsuchenden Spanier nach EFA auf Sozialhilfe zum Lebensunterhalt nach § 23 SGB XII. Die Erwerbsfähigkeit (§ 21 SGB XII) steht dem Anspruch nicht entgegen. Denn der Antragsteller wäre, wenn er wegen der Regelung in § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II keine Leistungen nach SGB II beanspruchen könnte, von den dort vorgesehenen Leistungen ausgeschlossen und danach gerade nicht "dem Grunde nach leistungsberechtigt nach SGB II.

- **LSG HH L 4 AS 332/12 B ER, B.v. 14.01.13** [www.fluechtlingsinfo-berlin.de/fr/docs/C2586.pdf](http://www.fluechtlingsinfo-berlin.de/fr/docs/C2586.pdf) Ausschluss nur Arbeitsuchender im SGB II und EFA-Vorbehalt sind europa- und völkerrechtlich nicht zu beanstanden, es liegt auch kein Verstoß gegen VO 883/2004 und primäres EU-Recht vor. Aber: Anspruch auf Leistungen nach dem 3. Kapitel SGB XII (Sozialhilfe zum Lebensunterhalt) für erwerbsfähige Arbeitsuchende aus EFA-Vertragsstaaten, da das EFA für den Bereich des SGB XII weiter gilt.
- sowie Kommentierung Eicher in jurisPK-SGB XII, § 21 Rn. 26 f. SGB XII.

### Kein SGB II-Ausschluss, da kein Aufenthalt allein zur Arbeitsuche vorliegt

- **BSG 25.01.12 - B 14 AS 138/11 R** [www.fluechtlingsinfo-berlin.de/fr/docs/C2605.pdf](http://www.fluechtlingsinfo-berlin.de/fr/docs/C2605.pdf) Anspruch auf Alg II da vorliegend kein Aufenthalt zur Arbeitsuche sondern nach wie vor ein **abgeleitetes Aufenthaltsrecht als Familienangehöriger** vorliegt. Die inzwischen allein mit ihrem kleinen Sohn lebende Klägerin war in 2004 als 14-jährige Jugendliche mit ihren Eltern eingereist. Bis 2009 hatten weder Klägerin noch Eltern Sozialleistungen erhalten, daher lag ein Aufenthaltsrecht nach § 4 FreizügG/EU und inzwischen ein Daueraufenthaltsrecht vor. Dabei ist ein auf Dauer bestehender gemeinsamer Wohnsitz kein Tatbestandsmerkmal für das abgeleitete Aufenthaltsrecht als Familienangehöriger. Allein der Umstand, dass die Klägerin vor Geburt ihres Sohnes **aus ihrem Elternhaus ausgezogen** ist und eine **eigene Wohnung** gemietet hat, lässt das abgeleitete Aufenthaltsrecht als Familienangehörige nicht entfallen.

- **BSG B 4 AS 54/12 R, U.v. 30.01.13** [www.fluechtlingsinfo-berlin.de/fr/docs/C2596.pdf](http://www.fluechtlingsinfo-berlin.de/fr/docs/C2596.pdf)

**Anspruch auf ALG II für schwangere Bulgarin wegen Zusammenlebens mit dauerhaft bleibeberechtigtem Kindsvater.** Trotz eingeschränkter Arbeitnehmerfreizügigkeit war die Klägerin erwerbsfähig iS der Regelung des § 8 Abs 2 SGB II aF. Auch der Leistungsausschluss nach § 7 Abs 1 Satz 2 Nr 2 SGB II greift nicht. Es kann nicht festgestellt werden, dass sich die Klägerin allein zur Arbeitssuche aufgehalten hat. Aufgrund der Vorwirkungen der Geburt ihres Kindes bestand bereits ein anderer Aufenthaltswitz.

Aus § 11 Abs 1 S. 5 FreizügG/EU iVm der Auffangregelung des § 7 Abs 1 S. 3 AufenthG können sich in begründeten Fällen Aufenthaltserlaubnisse für nicht ausdrücklich erfasste Aufenthaltswitz ergeben. Dies betrifft insbesondere Aufenthaltsrechte aus dem Zusammenleben von Partnern mit einem gemeinsamen Kind und bevorstehenden Familiengründungen. Der **zu erwartenden Geburt des Kindes**, das aus **Art 6 GG Anspruch auf Ermöglichung und Aufrechterhaltung eines familiären Bezugs zu beiden Elternteilen** von Geburt an hat, kommen aufenthaltsrechtliche Vor- und Schutzwirkungen für das Aufenthaltsrecht seiner Eltern zu. Insofern wäre es der schwangeren Klägerin nicht zumutbar gewesen, sich vom Vater des Kindes zu trennen und das Bundesgebiet zu verlassen. Es bestand daher bereits vor Anerkennung der Vaterschaft durch den Lebensgefährten ein von der Arbeitssuche unabhängiges Aufenthaltsrecht.

Der Kindsvater ist Grieche und lebte bereits mehr als 8 Jahre in Deutschland, das **erwartete Kind** wird daher nach § 4 Abs 3 StAG auch die **deutsche Staatsangehörigkeit** erhalten.

Eine Entscheidung, ob der Ausschluss nur Arbeitssuchender gegen Europarecht verstößt (**VO 883/2004**), hat das BSG bei dieser Gelegenheit wiederum nicht getroffen.

- **LSG HH L 4 AS 266/12 B/ER, B.v. 11.10.12** [www.fluechtlingsinfo-berlin.de/fr/docs/C2577.pdf](http://www.fluechtlingsinfo-berlin.de/fr/docs/C2577.pdf), im Ergebnis ebenso LSG NI-HB 25.07.07 - L 6 AS 444/07 ER [www.fluechtlingsinfo-berlin.de/fr/docs/C2584.pdf](http://www.fluechtlingsinfo-berlin.de/fr/docs/C2584.pdf); LSG HH 02.03.10 - L 5 AS 54/10 B ER

Kein Alg II-Ausschluss wegen Aufenthalt nur zur Arbeitssuche für Unionsbürger, die **in Deutschland bereits erwerbstätig waren**, auch über den 6-Monatszeitraum des § 2 Abs. 3 FreizügG/EU hinaus. § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II erfasst gemäß Art. 14 Abs 4 iVm Art 24 II Unionsbürger-RL nur Personen, die sich erstmals zur Arbeitssuche nach Deutschland begeben. Ein den Anspruch ausschließender Aufenthalt allein zum Zweck der Arbeitssuche liegt nicht mehr vor, wenn eine tatsächliche Verbindung zum dt. Arbeitsmarkt

vorliegt. Der Ausschluss ist dann auch nach Ablauf der Verbleibefrist des § 2 Abs. 3 FreizügG/EU nicht mehr anwendbar.

- **LSG NRW 10.10.13 - L 19 AS 129/13** [www.fluechtlingsinfo-berlin.de/fr/docs/C2604.pdf](http://www.fluechtlingsinfo-berlin.de/fr/docs/C2604.pdf) ALG II für rumänische Familie mit Kindern, die lange Zeit nur von Kindergeld und Verkauf von Obdachlosenzeitung (über-)lebten und erfolglos Arbeit suchten. **Nach längerer objektiv aussichtsloser Arbeitssuche** wechselt Freizügigkeitsgrund von „zur Arbeitssuche“ zu „nicht-erwerbstätig“ bzw. „ohne Aufenthaltsgrund“. Für „nicht-erwerbstätige“ bzw. „ohne Aufenthaltsgrund freizügigkeitsberechtigte“ UnionsbürgerInnen besteht bereits nach dem Wortlaut des § 7 SGB II kein Leistungsausschluss. Dieses Freizügigkeitsrecht bleibt dann auch ohne ausreichender Existenzmittel iSd § 4 FreizügG/EU so lange bestehen, bis die Ausländerbehörde im Rahmen einer Ermessensentscheidung eine **Verlustfeststellung** getroffen hat.

### Entscheidungen die den SGB II-Ausschluss für anwendbar halten

Vgl. zur Kritik dieser Entscheidungen **Frings**, *Sozialleistungen für Unionsbürger/innen nach der VO 883/2004*, [www.fluechtlingsinfo-berlin.de/fr/pdf/Frings\\_Sozialleistungen\\_883-2004.pdf](http://www.fluechtlingsinfo-berlin.de/fr/pdf/Frings_Sozialleistungen_883-2004.pdf) sowie SG Berlin S 91 AS 8804/12 ER, B.v. 08.05.12, [www.fluechtlingsinfo-berlin.de/fr/docs/C2430.pdf](http://www.fluechtlingsinfo-berlin.de/fr/docs/C2430.pdf).

kein Anspruch nach VO 883/2004:

- **LSG BE/BB L 20 AS 2347/11 B ER, B.v. 29.02.12**, [www.fluechtlingsinfo-berlin.de/fr/docs/C2415.pdf](http://www.fluechtlingsinfo-berlin.de/fr/docs/C2415.pdf), die Möglichkeit des Ausschlusses von Alg II als "Sozialhilfe" nach Art 24 Abs. 2 Unionsbürger-RL gehe als "spezielleres Recht" dem Gleichbehandlungsanspruch VO 883/2004 vor; ebenso (ohne die Arbeitnehmereigenschaft des Klägers hinreichend zu prüfen) LSG BB L 29 AS 414/12 AS ER, B.v. 05.03.12 [www.fluechtlingsinfo-berlin.de/fr/docs/C2393.pdf](http://www.fluechtlingsinfo-berlin.de/fr/docs/C2393.pdf), LSG BE/BB L 5 AS 2157/11 B ER, B.v. 03.04.12, [www.fluechtlingsinfo-berlin.de/fr/docs/C2412.pdf](http://www.fluechtlingsinfo-berlin.de/fr/docs/C2412.pdf); LSG BW L 3 AS 1477/11, U.v. 16.05.12, [www.fluechtlingsinfo-berlin.de/fr/docs/C2486.pdf](http://www.fluechtlingsinfo-berlin.de/fr/docs/C2486.pdf); LSG BE/BB L 5 AS 1749/12 B ER, B.v. 06.08.12 [www.fluechtlingsinfo-berlin.de/fr/docs/C2487.pdf](http://www.fluechtlingsinfo-berlin.de/fr/docs/C2487.pdf) kein Anspruch nach VO 883/2004, EFA-Vorbehalt ist völkerrechtskonform.
- **LSG BE/BB L 23 SO 157/12 B ER, B.v. 18.07.12**, [www.fluechtlingsinfo-berlin.de/fr/docs/C2467.pdf](http://www.fluechtlingsinfo-berlin.de/fr/docs/C2467.pdf) aufgrund § 21 SGB XII keine Sozialhilfe zum Lebensunterhalt für nach § 7 SGB II vom Alg II ausgeschlossene erwerbsfähige Ausländer, Ausschluss von jeglichen Leistungen ist auch nicht europarechtswidrig.

kein Anspruch nach Europarecht in besonderen Fallkonstellationen:

- **LSG NRW L 7 AS 614/11 B E, B.v. 18.11.11**, [www.fluechtlingsinfo-berlin.de/fr/docs/C2394.pdf](http://www.fluechtlingsinfo-berlin.de/fr/docs/C2394.pdf) VO 883/2004 wegen bis Ende 2013 noch eingeschränkter Arbeitnehmerfreizügigkeit ggf. noch nicht anwendbar auf Unionsbürger aus **Rumänien** und **Bulgarien**, soweit diese im konkreten Fall noch keine tatsächliche Verbindung zum Arbeitsmarkt des Aufnahmemitgliedsstaats hergestellt haben.
- **LSG NRW L 19 AS 1956/11 B ER, B.v. 07.12.11** [www.fluechtlingsinfo-berlin.de/fr/docs/C2456.pdf](http://www.fluechtlingsinfo-berlin.de/fr/docs/C2456.pdf) kein Alg II-Anspruch nach Europarecht (Art 18 AEUV), wenn lediglich faktischer **Aufenthalt ohne Freizügigkeitsgrund** vorliegt (*krankte* Klägerin, *nicht arbeitssuchend*). Nur wer materiell freizügigkeitsberechtigt ist, kann gewöhnlichen Aufenthalt iSd SGB II begründen (Anspruch nach VO 883/2004 nicht geprüft).

### Die in Art. 1 Abs. 1 GG garantierte Menschenwürde ist migrationspolitisch nicht zu relativieren - Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 18. Juli 2012 zum AsylbLG

**BVerfG, 1 BvL 10/10 vom 18.7.2012, [www.bverfg.de/entscheidungen/ls20120718\\_1bvl001010.html](http://www.bverfg.de/entscheidungen/ls20120718_1bvl001010.html)**

Art. 1 Abs. 1 GG in Verbindung mit dem Sozialstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 1 GG garantiert ein **Grundrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums** (vgl. BVerfGE 125, 175). Art. 1 Abs. 1 GG begründet diesen Anspruch als Menschenrecht. Er umfasst sowohl die physische Existenz des Menschen als auch die Sicherung der Möglichkeit zur Pflege zwischenmenschlicher Beziehungen und ein Mindestmaß an Teilhabe am gesellschaftlichen, kulturellen und politischen Leben. **Das Grundrecht steht deutschen und ausländischen Staatsangehörigen, die sich in der Bundesrepublik Deutschland aufhalten, gleichermaßen zu.**

Migrationspolitische Erwägungen, die Leistungen an Asylbewerber und Flüchtlinge niedrig zu halten, um Anreize für Wanderungsbewegungen durch ein im internationalen Vergleich eventuell hohes Leistungsniveau zu vermeiden, können von vornherein kein Absenken des Leistungsstandards unter das physische und soziokulturelle Existenzminimum rechtfertigen. **Die in Art. 1 Abs. 1 GG garantierte Menschenwürde ist migrationspolitisch nicht zu relativieren.**