

Zugang zu Sozialleistungen für Unionsbürger

**Beitrag zur Arbeitsgruppe Mittellose Unionsbürger/innen als neue Wanderarme
„Bürger oder Bettler“ Evangelische Obdachlosenhilfe in Deutschland e.V.**

Rechtsanwältin Eva Steffen

04.11.2010

Rechtsanwältin Eva Steffen
Aachener Str. 60-62
50674 Köln
Tel.: 0221/35501735
Fax: 0221/35501717
E-Mail: kanzlei.steffen@gmx.de

Gliederung

A. Einführung	Seite 2
B. Maßgebliche Rechtsquellen	
C. Aufenthaltsrechtliche Rahmenbedingungen	Seite 6
D. Sozialrechtliche Aufenthaltsrechtliche Rahmenbedingungen	Seite 12
E. Die Entwicklung der EuGH Rechtsprechung zur Frage des Zugangs zu Sozialleistungen	Seite 26
F. Aus der EuGH Rechtsprechung abzuleitende Grundsätze	Seite 31
G. Übersicht über die nationale Rechtsprechung	Seite 32
H. Ergebnis und Praxistipp	Seite 35
I. Zugang zur Erwerbstätigkeit für Unionsbürger der Beitrittsstaaten und ihre Familienangehörigen	Seite 36
J. Zugang zu weiteren Sozialleistungen	Seite 39
K. Internet und Literaturtipps	Seite 45

Zugang zu Sozialleistungen für Unionsbürger

Beitrag zur Arbeitsgruppe Mittellose Unionsbürger/innen als neue Wanderarme
„Bürger oder Bettler“ Evangelische Obdachlosenhilfe in Deutschland e.V.
Rechtsanwältin Eva Steffen

A. Einführung

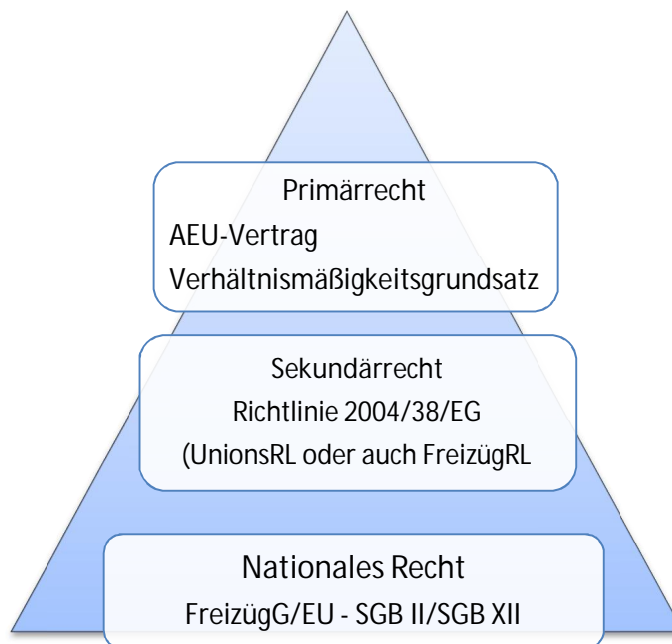
Seit der Einführung der Unionsbürgerschaft 1992 durch den Vertrag von Maastricht in Art. 17 EUV (jetzt Art. 20 AEUV) hat sich das Freizügigkeitsrecht aus Art. 18 EUV (jetzt Art. 21 AEUV) weiterentwickelt zu einem grundlegenden Rechtstatus mit auch sozialrechtlichen Teilhabeansprüchen.

Das Recht, sich in einem anderen Mitgliedstaat aufzuhalten, ist nicht länger an rein wirtschaftliche Aspekte geknüpft. Der EuGH hat diese Entwicklung mit seiner Rechtsprechung maßgeblich auch im Hinblick auf Fragen des Zugangs zu Sozialleistungen geprägt.

Der Beitrag beschäftigt sich mit den aufenthalts- und sozialrechtlichen Rahmenbedingungen der Unionsbürger unter besonderer Berücksichtigung der Situation der Roma aus den Beitrittsstaaten.

B. Maßgebliche Rechtsquellen

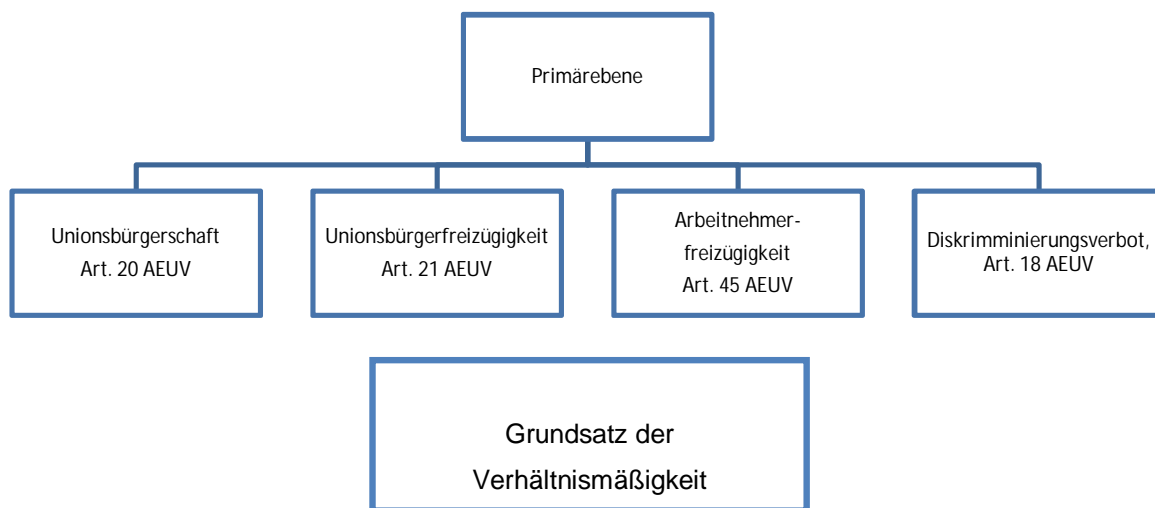
I. Die verschiedenen Rechtsebenen



Beachte: Der EG Vertrag wurde mit Inkrafttreten des Vertrages von Lissabon seit dem 01.12.2009 in AEU Vertrag umbenannt (Vertrag über die Arbeitsweise der EU).

Auf der Ebene der Rechtssetzungsakte des Europarates ist das **Europäische Fürsorgeabkommen** von Bedeutung. Es regelt den Zugang zu Leistungen der sozialen und der Gesundheitsfürsorge, hat den Rang eines einfachen Bundesgesetzes und ist unmittelbar geltendes Recht.

II. Maßgebliche Rechtsgrundlagen auf Primärebene



Unionsbürgerschaft

Artikel 20 AEU (ex-Art. 17 EG)

(1) Es wird eine Unionsbürgerschaft eingeführt. Unionsbürger ist, wer die Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaats besitzt. Die **Unionsbürgerschaft** ergänzt die nationale Staatsbürgerschaft, ersetzt sie aber nicht.

(2) Die Unionsbürger haben die in diesem Vertrag vorgesehenen Rechte und Pflichten.

Sie haben unter anderem

a) das Recht, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten..

Zur Unionsbürgerschaft gehört **das Freizügigkeitsrecht** als grundlegender Status der Unionsbürgerschaft.

Unionsbürgerfreizügigkeit

Art. 21 AEU, (ex-Artikel 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...

Die Unionsbürgerfreizügigkeit kann zwar durch Sekundärrecht beschränkt werden. Hierbei sind jedoch die allgemeinen Grundsätze des Gemeinschaftsrechts, insbesondere der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu beachten. Beschränkungen sind nur in engen Ausnahmen möglich.

Arbeitnehmerfreizügigkeit

Art. 45 AEU (ex-Artikel 39 EG),

(1) Innerhalb der Union ist die **Freizügigkeit der Arbeitnehmer** gewährleistet.

(2) Sie umfasst die Abschaffung jeder auf der Staatsangehörigkeit beruhenden unterschiedlichen Behandlung der Arbeitnehmer der Mitgliedstaaten in Bezug auf Beschäftigung, Entlohnung und sonstige Arbeitsbedingungen.

(3) Sie gibt - vorbehaltlich der aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit gerechtfertigten Beschränkungen – den **Arbeitnehmern das Recht**,

a) sich um **tatsächlich angebotene Stellen zu bewerben**;

b) sich **zu diesem Zweck** im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten **frei zu bewegen**;

c) sich in einem Mitgliedstaat aufzuhalten, um dort nach den für die Arbeitnehmer dieses Staates geltenden Rechts- und Verwaltungsvorschriften eine Beschäftigung auszuüben;

d) nach Beendigung einer Beschäftigung im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaates unter Bedingungen zu verbleiben, welche die Kommission durch Rechtsverordnung festlegt...

Diskriminierungsverbot

Der entscheidende Grundsatz bei der Frage eines Anspruchs der Unionsbürger auf Sozialleistungen ist das Diskriminierungsverbot aus

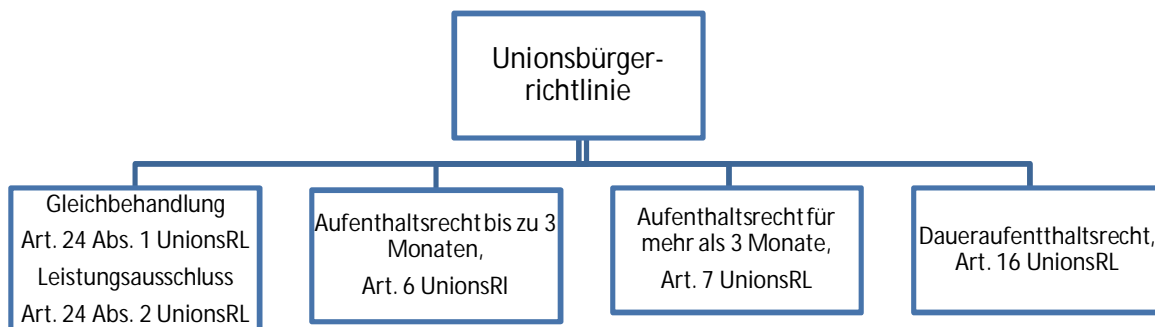
Art. 18 AEU (ex-Artikel 12 EG)

Unbeschadet besonderer Bestimmungen der Verträge ist in ihrem Anwendungsbereich jede **Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit** verboten...

Verhältnismäßigkeitsgrundsatz

Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ist als allgemeiner Grundsatz des Gemeinschaftsrechts bei allen Entscheidungen zu beachten.

III. Maßgebliche Rechtsgrundlagen auf Sekundärebene



Art. 24 Abs. 1 und Abs. 2 UnionsRL

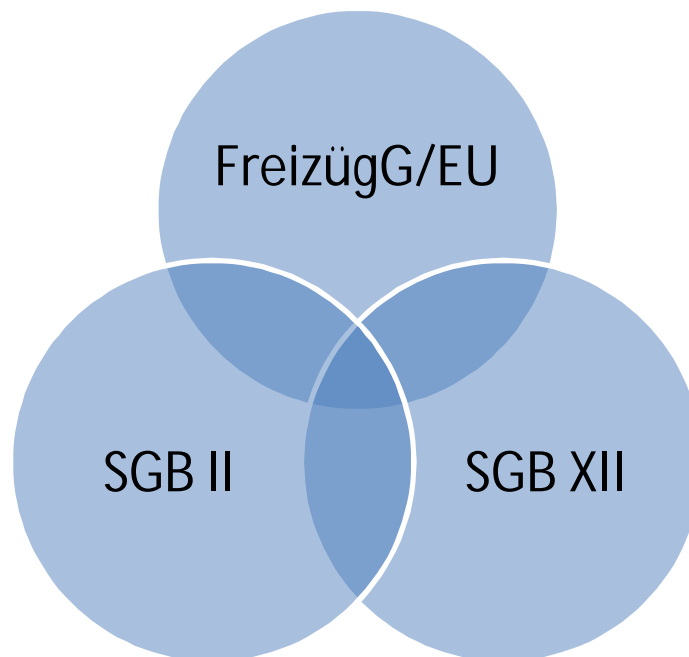
Artikel 24 Abs. 1 Gleichbehandlung

(1) Vorbehaltlich spezifischer und ausdrücklich im Vertrag und im abgeleiteten Recht vorgesehener Bestimmungen genießt jeder Unionsbürger, der sich aufgrund dieser Richtlinie im Hoheitsgebiet des Aufnahmemitgliedstaats aufhält, im Anwendungsbereich des Vertrags die gleiche Behandlung wie die Staatsangehörigen dieses Mitgliedstaats. Das Recht auf Gleichbehandlung erstreckt sich auch auf Familienangehörige, die nicht die Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaats besitzen und das Recht auf Aufenthalt oder das Recht auf Daueraufenthalt genießen.

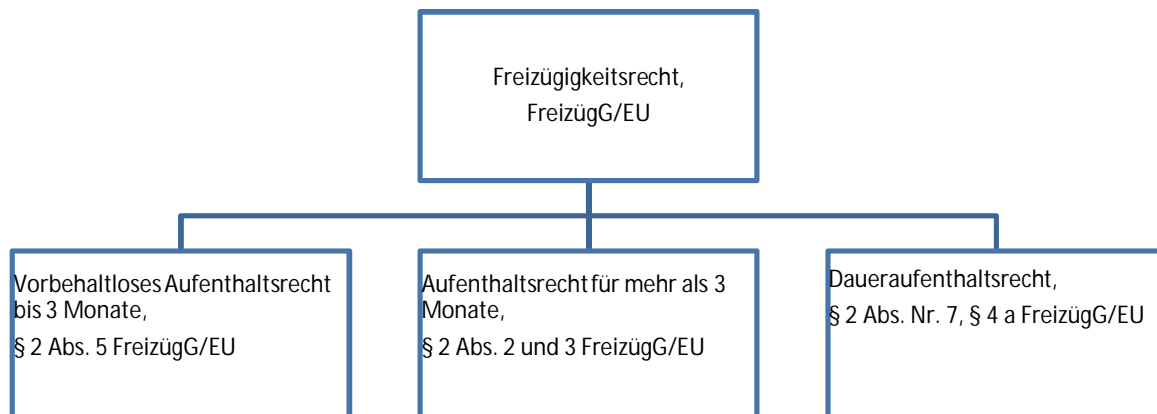
Artikel 24 Abs. 2 Beschränkung des Gleichbehandlungsgrundsatzes

(2) Abweichend von Absatz 1 ist der Aufnahmemitgliedstaat jedoch nicht verpflichtet, anderen Personen als Arbeitnehmern oder Selbstständigen, Personen, denen dieser Status erhalten bleibt, und ihren Familienangehörigen während der ersten drei Monate des Aufenthalts oder gegebenenfalls während des längeren Zeitraums nach Artikel 14 Absatz 4 Buchstabe b einen Anspruch auf Sozialhilfe oder vor Erwerb des Rechts auf Daueraufenthalt Studienbeihilfen, einschließlich Beihilfen zur Berufsausbildung, in Form eines Stipendiums oder Studiendarlehens, zu gewähren.

IV. Maßgebliche Rechtsgrundlagen auf nationaler Ebene



C. Aufenthaltsrechtliche Rahmenbedingungen



I. Freizügigkeitsrechte nach dem FreizügG/EU

Vorbehaltloses Aufenthaltsrecht bis zu 3 Monaten



Erforderlich ist lediglich ein Pass oder Personalausweis

Aufenthaltsrecht für mehr als 3 Monate



Erforderlich ist Aufenthaltsgrund

- Zur Ausübung einer Beschäftigung (ein Umfang von 5,5 h und einem Nettolohn von 175,00 € ist nach der Rechtsprechung des EuGH ausreichend).
- Zur Ausübung einer selbständigen Tätigkeit
- Zur Arbeitssuche (Meldung bei der Arbeitsagentur)
- Zur Dienstleistungserbringung
- Als Dienstleistungsempfänger
- Nicht Erwerbstätige, wenn der Lebensunterhalt einschließlich Krankenversicherung gewährleistet ist

Daueraufenthaltsrecht



Nach mehr als 5 Jahren rechtmäßigen Aufenthaltes

Aufenthaltsrecht nach dem AufenthG gem. § 11 Abs. 1 Satz 5 FreizügG/EU



Aufenthaltsrecht nach § 11 Abs. 1 Satz 5 AufenthG, wenn es eine günstigere Rechtsstellung vermittelt als das FreizügG/EU

Beispiele (humanitäre Gründe; gesundheitlichen Gründe; familiäres Aufenthaltsrecht, etc.)

Siehe zum Freizügigkeitsrecht: Verwaltungsvorschriften zum FreizügG/EU

[\(www.verwaltungsvorschriften-im-internet.de/bsvwvbund/\)](http://www.verwaltungsvorschriften-im-internet.de/bsvwvbund/):

1. Freizügigkeitsbescheinigung

„5.0 Für keine Gruppe von Unionsbürgern (Erwerbstätige und Nichterwerbstätige) ist ein Aufenthaltstitel erforderlich. Vielmehr wird Unionsbürgern sowie den Familienangehörigen, die Staatsangehörige eines Mitgliedstaates der EU sind, im vereinfachten Verfahren von Amts wegen eine Bescheinigung über das Aufenthaltsrecht ausgestellt (§ 5 Absatz 1). „

„5.1.1 Bei der Bescheinigung über das gemeinschaftsrechtliche Aufenthaltsrecht von Unionsbürgern handelt sich um eine Art Anmeldebestätigung, da die Angaben, die diese zu ihrem Freizügigkeitsrecht machen, i. d. R. nicht überprüft werden...

Die Bescheinigung ist unverzüglich auszustellen (Umsetzung des Artikels 8 Absatz 2 Satz 2 Freizügigkeitsrichtlinie).“

„ 5.1.2.3 Die Bescheinigung ist regelmäßig ohne Angabe eines Gültigkeitszeitraums auszustellen. Da die Freizügigkeitsrichtlinie ausdrücklich eine Anmeldebescheinigung vorsieht, der ein Gültigkeitszeitraum naturgemäß fremd ist, sollte nur in Ausnahmefällen ein Gültigkeitszeitraum vermerkt werden. Dies ist dann denkbar, wenn z. B. der geplante Aufenthalt von vornherein vorübergehender Natur ist.“

Merke: Die Freizügigkeitsbescheinigung ist nur deklaratorisch. Der Freizügigkeitsgrund kann sich jederzeit ändern.

2. Glaubhaftmachung der aufenthaltsrechtlichen Voraussetzungen

„5.3.1 Die Ausländerbehörde kann die Glaubhaftmachung der aufenthaltsrechtlichen Voraussetzungen durch Angaben und Vorlagen der erforderlichen Nachweise sowohl bei Unionsbürgern als auch bei deren Familienangehörigen verlangen. Dies ist jedoch erst drei Monate nach Einreise zulässig (Artikel 8 Absatz 2 Freizügigkeitsrichtlinie). Davor besteht das voraussetzungslose Aufenthaltsrecht gemäß § 2 Absatz 5. ...“

„5.3.1.1.1 Bei einem Unionsbürger ist grundsätzlich vom Bestehen der Freizügigkeitsvoraussetzungen auszugehen, wenn er erklärt, dass eine der geforderten Ausübungsvoraussetzungen vorliegt und **keine Zweifel an seiner Erklärung bestehen**. In diesem Fall ist von der Vorlage entsprechender Dokumente zur Glaubhaftmachung vor Ausstellung der Bescheinigung abzusehen. Eine Überprüfung der Angaben findet nicht statt.“

„5.3.1.1.2 Für den Fall, dass auf eine Prüfung nicht verzichtet werden kann, können von einem freizügigkeitsberechtigten Unionsbürger nur die in § 5a Absatz 1 genannten und von einem Familienangehörigen, der ebenfalls Unionsbürger ist, nur die in § 5a Absatz 2 genannten Dokumente verlangt werden.“

§ 5a Vorlage von Dokumenten

(1) Die zuständige Behörde darf für die Ausstellung der Bescheinigung nach § 5 Abs. 1 von einem Unionsbürger den gültigen Personalausweis oder Reisepass und im Fall des
1.§ 2 Abs. 2 Nr. 1, wenn er nicht Arbeitsuchender ist, eine Einstellungsbestätigung oder eine Beschäftigungsbescheinigung des Arbeitgebers,
2.§ 2 Abs. 2 Nr. 2 einen Nachweis über seine selbständige Tätigkeit,
3.§ 2 Abs. 2 Nr. 5 einen **Nachweis über ausreichenden Krankenversicherungsschutz und ausreichende Existenzmittel** verlangen.

3. Nichtbestehen/Verlust des Aufenthaltsrechts

„5.3.1.1.3 Sollten die Voraussetzungen für ein Aufenthaltsrecht nicht vorliegen, stellt die Ausländerbehörde dies fest und teilt es dem Betroffenen mit. Die Ausreisepflicht entsteht mit der Feststellung der fehlenden Freizügigkeitsvoraussetzungen, es sei denn, es werden Rechtsmittel eingelegt (§ 7 Absatz 1, vgl. Nummer 7.1.1.1 f.). Die Unanfechtbarkeit der Feststellung muss nicht abgewartet werden. Die Pflicht zur Ausreise ist sofort vollziehbar.

„5.4.1 Die Ausländerbehörde kann innerhalb der ersten fünf Jahre des Aufenthalts den Fortbestand der Erteilungsvoraussetzungen aus besonderem Anlass prüfen. Ein besonderer Anlass liegt insbesondere dann vor, **wenn nichterwerbstätige Unionsbürger oder deren Familienangehörige Leistungen nach SGB II oder SGB XII in Anspruch nehmen wollen**. Dies entspricht Artikel 14 Absatz 2 Freizügigkeitsrichtlinie. Der Bezug von Leistungen nach den genannten Sozialgesetzbüchern darf jedoch **nicht automatisch zur Verlustfeststellung** führen.“

„5.4.2 Ein besonderer Anlass liegt auch vor, wenn hinreichende Anhaltspunkte bekannt werden, dass die Begünstigten über **freizügigkeitsrechtlich relevante Umstände getäuscht** haben (z. B. Täuschung über nicht vorhandene Existenzmittel).“

5.5.1.1 Der Verlust bzw. das Nichtbestehen des Freizügigkeitsrechts aufgrund des Fehlens der Ausübungsvoraussetzungen (§§ 2 bis 4) kann nur innerhalb der ersten fünf Jahre nach Begründung des ständigen Aufenthalts festgestellt werden, § 5 Absatz 5 Satz 1. Die Feststellung des Verlustes ist mit der Einziehung der Bescheinigung bzw. dem Widerruf der Aufenthaltskarte zu verbinden. **Nach fünf Jahren rechtmäßigem Aufenthalt ist der Fortfall der Freizügigkeitsvoraussetzungen nicht mehr relevant, da das Daueraufenthaltsrecht erworben wurde** (vgl. Nummer 4 a).

5.5.1.3 **Eine Entscheidung gemäß § 5 Absatz 5 kann nach fünf Jahren rechtmäßigen Aufenthalts auch dann nicht getroffen werden, wenn die Freizügigkeitsvoraussetzungen bereits früher nicht mehr vorlagen, jedoch keine Feststellung getroffen wurde**. Sowohl nach den europarechtlichen Vorgaben (Artikel 16 Absatz 1 der Freizügigkeitsrichtlinie) als auch nach nationalem Recht (§ 4 a Absatz 1) ist für den **Erwerb des Daueraufenthaltsrechts lediglich ein rechtmäßiger Aufenthalt von fünf Jahren Voraussetzung**. Der Aufenthalt ist jedenfalls nicht rechtmäßig, wenn im Zeitpunkt der Vollendung der Fünf-Jahresfrist eine Entscheidung über den Verlust oder das Nichtbestehen des Rechts vorliegt. Sinn der Vorschrift zum Daueraufenthaltsrecht ist es, nach einem gewissen Zeitraum (fünf Jahre) für den Unionsbürger Sicherheit hinsichtlich

seines Aufenthaltsstatus herzustellen und somit seine Integration zu fördern (Erwägungsgründe 17 und 18 der Freizügigkeitsrichtlinie).

Merke:

Die Freizügigkeitsbescheinigung wirkt lediglich deklaratorisch.

Das Aufenthaltsrecht wird weder durch das (anfängliche) Fehlen eines Aufenthaltsgrundes noch durch den Bezug von Sozialleistungen automatisch beendet.

Die Feststellung, dass das Freizügigkeitsrecht nicht (mehr) besteht, erfordert ein förmliches Verfahren, § 5 Abs. 5 FreizügG/EU. Bis dahin ist der Aufenthalt rechtmäßig.

Über die Feststellung und den Widerruf ist nach Ermessen zu entscheiden. Bei der Prüfung sind stets der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und familiäre Bindungen zu berücksichtigen.

Die Rechtmäßigkeit des Aufenthaltes kann laut EuGH unmittelbar aus der Unionsbürgerschaft abgeleitet werden.¹ So hat der EuGH in der Rechtssache Sala die Rechtmäßigkeit des Aufenthaltes aus dem Nichtergreifen aufenthaltsbeendender Maßnahmen hergeleitet.²

Ob bereits der rein faktische Aufenthalt ausreicht, um ein Freizügigkeitsrecht zu erlangen, ist gleichwohl umstritten.³

4. Bescheinigung über das Daueraufenthaltsrecht

Die Bestätigung des Daueraufenthaltsrechts erfolgt auf einem bundeseinheitlich vorgegebenen Vordruck.

¹ Rs Baumbast EuGH, Urteil vom 17. 9. 2002 - C- 413/ 99

² Rs Martinez Sala, EuGH Urt. V. 12.5.1998 – C 85/96

³ Siehe hierzu Prof. Kay Hailbronner, "Ansprüche nicht erwerbstätiger Unionsbürger" in ZFSH/SGB 04/2009, S. 195, 197

II. Besonderheiten bei den neuen Beitrittsstaaten

- ✓ Sie sind Unionsbürger
- ✓ Aufenthaltsrechtlich genießen sie die Rechte der Unionsbürger und damit auch das allgemeine Freizügigkeitsrecht. Das Freizügigkeitsrecht umfasst das Recht, sich im Hoheitsgebiet des Mitgliedsstaates frei zu bewegen und aufzuhalten.

§ 13 FreizügG/EU, wonach das FreizügG/EU nur anwendbar sein soll, wenn die Beschäftigung bereits „erlaubt wurde“, ist nicht haltbar.

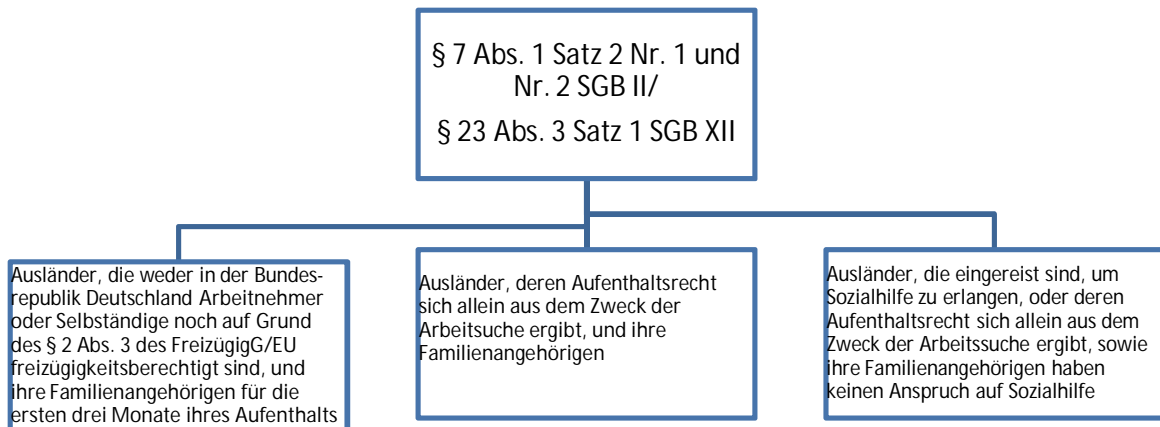
- Darüber hinaus umfasst die Freizügigkeit auch das Recht, sich in einem anderen Mitgliedstaat wirtschaftlich zu betätigen, insbesondere eine Erwerbstätigkeit aufzunehmen oder Dienstleistungen zu erbringen und in Anspruch zu nehmen, oder sich zum Zweck der Arbeitssuche im Mitgliedstaat aufzuhalten, Arbeitnehmerfreizügigkeit.
- **Die Arbeitnehmerfreizügigkeit ist bei den Beitrittsstaaten jedoch übergangsweise für die Ausübung einer abhängigen Beschäftigung beschränkt.**

Aussetzung der Arbeitnehmerfreizügigkeit für 2 Jahre plus 3 plus 2 Jahre

Dies gilt für die Staaten:

- Estland, Lettland, Litauen, Polen, Tschechien, Slowakei, Ungarn und Slowenien, die am 01.5.2004 beigetreten sind, bis 30.4.2011 und für
- Rumänien und Bulgarien, die am 01.01.2007 beigetreten sind, bis längstens 31.12.2013.

D. Sozialrechtliche Rahmenbedingungen



I. Leistungsanspruch

Die über Art. 24 Abs. 2 UnionsRL in nationales Recht umgesetzte Beschränkungsmöglichkeit eines Leistungsanspruchs gilt nicht für Arbeitnehmer und Selbständige und nach § 2 Abs. 3 FreizügG/EU freizügigkeitsberechtigte Personen und ihren Familienangehörigen, § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 und Nr. 2 SGB II.

1. Arbeitnehmer

Definition Arbeitnehmer:

Der Begriff des Arbeitnehmers ist weit auszulegen.

Als Arbeitnehmer ist jeder anzusehen, der eine tatsächliche und echte Tätigkeit ausübt. Nur solche Tätigkeiten bleiben außer Betracht, die einen so geringen Umfang haben, dass sie sich als völlig untergeordnet und unwesentlich darstellen.

Wesentliches Merkmal der Arbeitnehmereigenschaft ist, dass

- jemand für eine bestimmte Zeit
- für einen anderen nach dessen Weisung Leistungen erbringt,
- für die er als Gegenleistung eine Vergütung erhält.

Es kommt **weder auf die Dauer** der Beschäftigung **noch auf die Höhe der Vergütung** an oder darauf, woher die Mittel kommen.⁴

Auch kurzzeitige und nicht existenzsichernde Beschäftigungen fallen in den Gewährleistungsbereich der Arbeitnehmerfreizügigkeit.

⁴ Rs Vatsouras/Koupatanze, EuGH Urteil v. 4.6.2009, C-22/08 und C-23/08

So reicht auch eine Tätigkeit nach der Rechtsprechung des EuGH mit einer Wochenarbeitszeit von 5,5, h und einem Nettolohn von 175,00 €.⁵ Nach einer Entscheidung des LSG Rheinland-Pfalz v. 5.7.2010 – L 3 AS 126/10 B ER reicht eine Tätigkeit von 3 h/Woche mit einem Arbeitsentgelt oberhalb des Freibetrages nach dem SGB II von mehr als 100,00 €

Unstreitig sind (aufstockende) Leistungsansprüche von Arbeitnehmern, die mit ihrer Erwerbstätigkeit das Existenzminimum nicht vollständig sichern können.

2. Selbständige

Bei **selbständiger Tätigkeit** ist zu beachten, dass die berufsrechtlichen, ordnungsrechtlichen und steuerrechtlichen Vorschriften eingehalten werden. Die Tätigkeit muss **auf Dauer ausgerichtet** und **wirtschaftlich bedeutsam** sein und mit der **Absicht** ausgeübt werden, **Gewinn zu erzielen**.

3. Freizügigkeitsberechtigte Personen nach § 2 Abs. 3 FreizügG/EU

Freizügigkeitsberechtigte Personen nach § 2 Abs. 3 FreizügG/EU			
Vorübergehende Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit oder Unfalls	Unfreiwilliger Arbeitslosigkeit nach mehr als 1 Jahr Beschäftigung	Unfreiwillige Arbeitslosigkeit bei weniger als 1 Jahr Beschäftigung für die Dauer von 6 Monaten	Aufnahme einer Berufsausbildung

Bei einer **Beschäftigung unter einem Jahr**, bleibt die Arbeitnehmereigenschaft für **sechs Monate erhalten**.

Bei einer **Beschäftigungsdauer von mehr als einem Jahr** bleibt die Arbeitnehmereigenschaft bei unfreiwilliger Arbeitslosigkeit mit der Meldung bei der Arbeitsagentur **ohne zeitliche Beschränkung** erhalten.

⁵ Rs Genc EuGH, Urt. v. 4.2.2010, C-14/09

Sie besteht auch fort bei einer bei vorübergehender Erwerbsminderung infolge von Unfall oder Krankheit (vgl. § 2 Abs. 3 FreizügG/EU). Nach Ablauf einer Heilungs- und Rehabilitationszeit muss zumindest eine eingeschränkte Arbeitsfähigkeit nach ärztlicher Prognose wahrscheinlich sein.

4. Daueraufenthaltsberechtigte

Der Anspruch auf Sozialleistungen für Daueraufenthaltsberechtigte ergibt sich aus Art. 16 UnionsRL, da das Recht zum Aufenthalt nicht an die Voraussetzungen des Kapitels III geknüpft ist.

Der rechtmäßige Aufenthalt muss zum Zeitpunkt des Rechtserwerbs vorliegen. Es ist jedoch nicht erforderlich, dass ein förmlicher Titel oder eine Bescheinigung ausgestellt worden ist.⁶

5. Familienangehörige dieser Personen

Nach § 3 FreizügG/EU sind dies:

- Ehegatten, auch wenn sie dauerhaft getrennt leben
- eingetragene Lebenspartnerinnen, wenn mit ihnen auf der Grundlage einer Rechtsvorschrift des Mitgliedstaates eine eingetragene Partnerschaft eingegangen wurde
- Kinder des Ehegatten oder Lebenspartners bis zum 21. Lebensjahr
- Verwandte in auf- und absteigender Linie, denen **Unterhalt gewährt** wird
- Elternteil von minderjährigen Unionsbürgern, auch wenn kein Lebensunterhalt gewährt wird und der Lebensunterhalt nicht gesichert ist (*Rs Teixeira und Ibrahim*)
-

II. Besonderheiten bei den neuen Beitrittsstaaten

- **Sind die Leistungen nach dem SGB II mangels Erwerbsfähigkeit als Zugangsvoraussetzung nach § 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 SGB II ausgeschlossen?**

§ 8 Abs. 2 SGB II Erwerbsfähigkeit

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

Auch Unionsbürger der Beitrittsstaaten sind nach § 8 Abs. 2 SGB II erwerbsfähig, da ihn die Erwerbstätigkeit rechtlich erlaubt werden kann (§ 39 Abs. 6 AufenthG) und dies dem Wortlaut nach § 8 Abs. 2 SGB II ausreicht.⁷

⁶ Rechtsache Sala, EuGH, Urt. 12.5.1998 – C 85/96

Nach Gemeinschaftsrecht gilt als arbeitssuchend, wer nachweislich eine Arbeit sucht und dessen Bemühungen bei objektiver Betrachtungsweise nicht aussichtslos scheinen.⁸ Das Aufenthaltsrecht zum Zweck der Arbeitssuche gilt auch für die Unionsbürger der Beitrittsstaaten, die noch keine Arbeitsgenehmigung haben und kein konkretes Arbeitsverhältnis nachweisen können. Die Arbeitssuche ist zwar erschwert, aber nicht von vornherein aussichtslos.⁹

Dies sieht allerdings die Mehrheit der Sozialgerichte anders.¹⁰ Sie lehnen einen Leistungsanspruch nach dem SGB II ohne Besitz einer Arbeitserlaubnis EU mangels Erwerbsfähigkeit als Anspruchsvoraussetzung für die Leistungen nach dem SGB II ab.

Den Neu-Unionsbürgern von vornherein eine hinreichende Aussicht auf dem Arbeitsmarkt und damit die Erwerbsfähigkeit abzusprechen, ließe sich mit dem insoweit unbeschränkten Recht zum Aufenthalt zum Zwecke der Arbeitsplatzsuche kaum vereinbaren.

- **Bei Annahme eines Leistungsausschlusses mangels Erwerbsfähigkeit wären Ansprüche nach dem SGB XII zu prüfen, da der Anspruch nach dem SGB II „dem Grunde nach“ verneint wird. Der Rückgriff auf Leistungen nach dem SGB XII wäre daher nicht nach § 21 SGB XII ausgeschlossen.**

II. Leistungsausschluss

Das Sekundärgemeinschaftsrecht eröffnet über Art. 24 Abs. 2 UnionsRL eine Beschränkungsmöglichkeit beim Zugang zu **Sozialhilfeleistungen**, wovon der nationale Gesetzgeber durch die Regelung in § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 und Nr. 2 SGB II und § 23 Abs. 3 Satz 1 2. Alternative SGB XII Gebrauch gemacht hat.

Ob diese Beschränkung mit höherrangigem Gemeinschaftsrecht vereinbar ist, ist in Rechtsprechung und Literatur umstritten.

Der EuGH hat zwar in einer Vielzahl von Fällen bereits Grundsatzentscheidungen zur Frage des Zugangs von Unionsbürgern zu Sozialleistungen getroffen. Von einer hinreichenden Klarheit oder gar Rechtssicherheit kann jedoch noch keine Rede sein.

⁷ 8.21 der DA zu § 8

⁸ Hoffmann, in: HKAusIR, § 2 FreizügG/EU, Rn. 11.

⁹ VGH Bayern, Beschl. V. 166.01.2009-19 C 08.3271

¹⁰ LSG Berlin-Brandenburg, Beschl. V. 27.1.2010 – L 29 AS 1820/09 B ER; LSG Baden-Württemberg, Beschl. V. 23.07.2008 – L 7 AS 3031/08 ER-B

1. Vereinbarkeit des Leistungsausschlusses mit Gemeinschaftsrecht

a. Leistungsausschluss in den ersten 3 Monaten, § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 SGB II

§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 SGB II: Ausländer, die weder in der Bundesrepublik Deutschland Arbeitnehmer oder Selbständige noch auf Grund des § 2 Abs. 3 des Freizügigkeitsgesetzes/EU freizügigkeitsberechtigt sind, und ihre Familienangehörigen für die ersten drei Monate ihres Aufenthalts

Wenn es sich bei den Leistungen nach dem SGB II um Leistungen handelt, die den Zugang zum Arbeitsmarkt erleichtern sollen, könnten Unionsbürger nach der Rechtsprechung des EuGH nicht ausgeschlossen werden, wenn und sobald sie einen tatsächlichen Bezug zum Arbeitsmarkt hergestellt haben. Die Verbindung zum Arbeitsmarkt kann sich aus der Feststellung ergeben, dass der Betroffene während eines angemessenen Zeitraums eine Arbeit gesucht hat. Die Feststellung, ob eine tatsächliche Verbindung zum Arbeitsmarkt besteht und ob die beanspruchte Leistung den Zugang zum Arbeitsmarkt erleichtern soll, ist Aufgabe der nationalen Behörden und Gerichte. Die Voraussetzung der *Erwerbsfähigkeit* als Zugangsvoraussetzung zu Leistungen nach dem SGB II kann nach der Rechtsprechung des EuGH ein Hinweis darauf sein, dass es sich um eine Leistung handelt, die den Zugang zum Arbeitsmarkt erleichtern soll. **Solche Leistungen sind keine Leistungen der Sozialhilfe im Sinne des Art. 24 Abs. 2 UnionsRL¹¹.**

Durch die Schaffung zweier in sich geschlossener Regelwerke, namentlich der Grundsicherung für Arbeitssuchende im SGB II auf der einen Seite und der Grundsicherung im Alter und bei Erwerbsminderung im SGB XII auf der anderen Seite, unterscheidet der Gesetzgeber zwischen den Leistungen zur Arbeitsmarktintegration und denen der reinen Existenzsicherung.

Bei der rechtlichen Einordnung der Leistungen wird problematisiert, dass das SGB II sowohl Elemente enthält, die bedarfsabhängig der Sicherung des Lebensunterhaltes dienen als

¹¹ Rs Vatsouras/Koupatantze, EuGH, Urt. V. 4.6.2009 – C 22/08

auch solche, die auf die Integration in den Arbeitsmarkt gerichtet sind. Das SGB II unterscheidet in § 1 Abs. 2 SGB II ausdrücklich zwischen diesen Leistungsarten (vgl. Spellbrink in Eicher/Spellbrink SGB II, Grundsicherung für Arbeitssuchende, § 7 Rn 17, 18).

Es handelt sich mithin nicht um reine Sozialhilfeleistungen, wohl aber um eine Leistung, die den Lebensunterhalt von Arbeitssuchenden sichern soll.

Die Gewährung von Leistungen nach dem SGB II ist sowohl von der Erwerbsfähigkeit einerseits als auch von der Verfügbarkeit auf dem Arbeitsmarkt andererseits abhängig.

Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach dem SGB II **zählen in Abgrenzung zu Sozialhilfeleistungen** gemäß Art. 4 Abs. 2a in Verbindung mit Anhang IIa Buchstabe E zu den **beitragsunabhängigen Geldleistungen** und gehören damit zum Anwendungsbereich der VO (EWG) Nr. 1408/71, für die **Zeiträume ab 01.05.2005** abgelöst durch VO (EG) 883/2004; dort Art. 70 Abs. 2 c) iVm Anhang X. Dies könnte gegen eine Definition als Sozialhilfeleistungen sprechen.

Die Einordnung der Leistungen nach dem SGB II im Rahmen der VO (EWG) Nr. 1408/71 ist jedoch für die Auslegung der Unionsbürgerrichtlinie nicht verbindlich.¹² Gleiches gilt für die VO (EG) 883/2004.

Unabhängig von der Frage, wie die SGB II Leistungen zu qualifizieren sind, ob als Sozialhilfeleistungen oder Leistungen, die den Zugang zum Arbeitsmarkt erleichtern sollen, knüpft der Leistungsausschluss nach § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 SGB II für die ersten 3 Monate nicht allein an die Staatsangehörigkeit als solche an. Sie beschränkt den Ausschluss auf eine Mindestaufenthaltsdauer, so dass der Ausschluss nicht per se diskriminierend ist.

Der Ausschluss eines Teilhabeanspruches für die Zeit, die man benötigt um eine tatsächliche Verbindung zum Arbeitsmarkt herzustellen, ist nicht gemeinschaftswidrig¹³. Auf die Frage, wie die SGB II Leistungen zu qualifizieren sind, kommt es an dieser Stelle also nicht an.

b. Leistungsausschluss für arbeitssuchende Unionsbürger, § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II

¹² Prof. Dr. Dr. h.c. Kay Hailbronner, „Ansprüche nicht erwerbstätiger Unionsbürger auf gleichen Zugang zu sozialen Leistungen“, in ZFSH/SGB 04/2009, S. 195, 201 unter Hinweis auf Fuchs, ZS 2007, 1 f

¹³ Prof. Dr. Dorothee Frings, Sozialrecht für Zuwanderer, D IV Rn 102, S. 73

§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II: Ausländer, deren Aufenthaltsrecht sich allein aus dem Zweck der Arbeitssuche ergibt, und ihre Familienangehörigen

Beachte: Unionsbürger, die aus anderen Gründen ein Aufenthaltsrecht bzw. Freizügigkeitsrecht besitzen, sind nicht ausgeschlossen.

- Hat ein arbeitssuchender Unionsbürger, der aufgrund ernsthafter Arbeitssuche eine tatsächliche Beziehung zum Arbeitsmarkt hergestellt hat, nach einem Voraufenthalt von 3 Monaten einen anschließenden Anspruch auf Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhaltes?

Der Leistungsausschluss in § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II wie auch nach § 23 Abs. 3 SGB XII knüpft allein an die Staatsangehörigkeit an und gilt ausnahmslos.

Hierdurch stellt sich zwangsläufig nicht nur die Frage, ob es sich bei den Leistungen nach dem SGB II um Leistungen handelt, die den Zugang zum Arbeitsmarkt erleichtern sollen, sondern auch die Frage, ob dieser Leistungsausschluss mit dem Diskriminierungsverbot aus Art. 18 AEUV in Verbindung mit dem Freizügigkeitsrecht und dem Status als Unionsbürger vereinbar ist.

Die UnionsRL steht als sekundäres Gemeinschaftsrecht im Rang unter der Freizügigkeitsgarantie aus Art. 21 AEUV und dem Diskriminierungsschutz aus Art. 18 AEUV.

Art. 18 AEUV verweist zur Bestimmung der Reichweite des Diskriminierungsverbotes auf die „besonderen Bestimmungen dieses Vertrages“ und damit auf den Vorbehalt aus Art. 21 AEUV.

Hiernach ergibt sich die Möglichkeit der Einschränkung vorbehaltlich der „in diesem Vertrag und in den Durchführungsvorschriften vorgesehenen Beschränkungen und Bedingungen“.

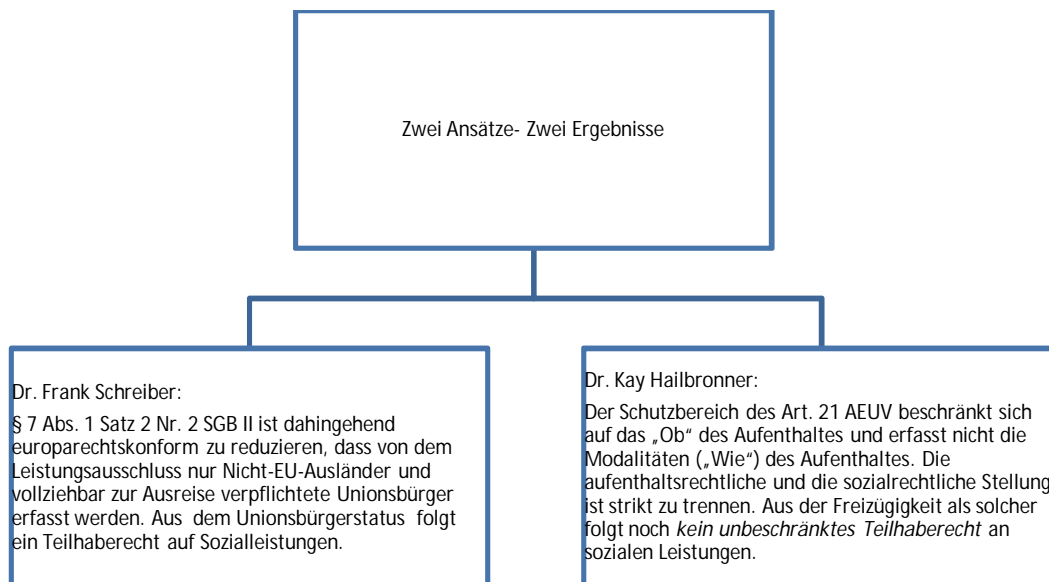
Vielfach wird die Vorbehaltsklausel aus Art. 18 AEUV iVm Art. 21 AEUV zum Anlass genommen, die Beschränkung in der Gleichbehandlung aus Art. 24 Abs. 2 UnionsRL zu rechtfertigen, der mit der Regelung in § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 und 2 SGB II und § 23 Abs. 3 Satz 1 SGB XII in nationales Recht umgesetzt wurde.

In Rechtsprechung und Literatur ist umstritten, ob der im SGB II und SGB XII geregelte Leistungsausschluss gemeinschaftskonform ist, oder sich zumindest gemeinschaftskonform auslegen/reduzieren lässt.

Einige Gerichte suchen die Lösung über die Qualifizierung der SGB II Leistungen als Leistungen zur Erleichterung des Arbeitsmarktzugangs, andere ordnen sie als Leistungen der Sozialhilfe ein und lehnen Leistungsansprüche ab. Andere wiederum sprechen im Eilverfahren Leistungsansprüche nach dem SGB II zu und verweisen zur Klärung der streitigen Rechtsfragen auf das Hauptsacheverfahren.

Ein Überblick zum Stand der Rechtsprechung findet sich unter G.

c. Lösungsmöglichkeiten über eine gemeinschaftskonforme Auslegung?



Dr. Frank Schreiber: „Der Leistungsausschluss des § 7 Abs. 1 Satz 2 SGB II auf dem gemeinschaftsrechtlichen Prüfstand“, info also 5/2009, S. 195- 201 und „Der Arbeitslosengeld II-Anspruch von Unionsbürgern und Drittstaatsangehörigen“, info also 1/2008, S. 3 – 9:

Nach **Schreiber** haben die Sozialbehörden und Sozialgerichte nicht zu prüfen, ob ein Aufenthaltsrecht besteht.

Das Aufenthaltsrecht für Unionsbürger ist durch die Strukturentscheidung einer Vermutung des legalen Aufenthaltes geprägt. Die Freizügigkeitsbescheinigung wirkt lediglich deklaratorisch. Solange der Aufenthalt nicht durch ein förmliches Verfahren beendet wird, besteht ein Leistungsanspruch.

Der Leistungsausschluss aus § 7 Abs. 1 Satz 2 SGB II ist gemessen an den Kriterien der Collins-Entscheidung und unter Berücksichtigung der Trojani-Entscheidung nicht zu rechtfertigen.

Die lediglich abstrakte Möglichkeit der Aufenthaltsbeendigung lässt den Leistungsanspruch nicht entfallen.

Eine Leistungsbeschränkung nach § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 SGB II für die ersten 3 Monate im Sinne einer Mindestaufenthaltsdauer sieht Schreiber dagegen unter Verweis auf die Collins- Entscheidung als noch gerechtfertigt an:

Prof. Dr. Dr. h.c. Kay Hailbronner: „Ansprüche nicht erwerbstätiger Unionsbürger“ ZFSH/SGB, S. 195 – 203; „Die Freizügigkeit von Unionsbürgern in der neueren Rechtsprechung, JZ 8/2010, S. 398 – 405.

Nach **Hailbronner** ist zwischen der aufenthaltsrechtlichen und der sozialrechtlichen Stellung strikt zu trennen. Beschränkungen des Zugangs zu Sozialleistungen, **soweit sie nicht in den Anwendungsbereich der Arbeitnehmerfreizügigkeit** fallen, würden von der EuGH-Rechtsprechung nicht in Frage gestellt. Trotz der Ausdehnung des Arbeitnehmerbegriffs auf nichterwerbstätige Unionsbürger, die zum Zweck der Arbeitssuche in einen anderen Mitgliedstaat einwandern, lasse die Prüfungsformel „objektiv gerechtfertigt und im Hinblick auf das verfolgte Ziel notwendig“ hinreichend Spielraum, um Einschränkungen für nicht erwerbstätige Unionsbürger zu rechtfertigen. Die Regelung in § 7 Abs. 1 Satz 2 SGB II sei geeignet, den mit der Regelung verfolgten Zweck, die **Einwanderung nicht erwerbstätiger Personen in die Grundsicherung für Arbeitssuchende zu verhindern, zu erreichen**. Die Leistungsfähigkeit der sozialen Sicherungssysteme sei ein legitimer Grund für die unterschiedliche Behandlung. Die bisherigen Entscheidungen des EuGH enthielten keine Aussage bezüglich des Umfangs und der Voraussetzungen sozialrechtlicher Gleichbehandlung für nicht erwerbstätige Unionsbürger. Der Ausschluss von Sozialhilfe für arbeitssuchende Unionsbürger behalte seine uneingeschränkte Gültigkeit.

Die Regelung in § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II ist bereits deswegen rechtswidrig, weil sie allein an der Staatsangehörigkeit anknüpft und die Leistungen ungeachtet der vom EuGH anerkannten Zwecke ausnahmslos und unbefristet bei einem Aufenthalt zum Zwecke der Arbeitssuche ausschließt. Die insoweit starre Regelung in § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II ist nicht geeignet, Einschränkungen für arbeitssuchende Unionsbürger zu rechtfertigen, auch wenn das Ziel der Verhinderung einer gezielten Zuwanderung in die Sozialleistungssystem der Mitgliedstaaten grundsätzlich zulässig sein mag.

Ein undifferenzierter nur an die Staatsangehörigkeit anknüpfender Ausschluss von Sozialleistungen widerspricht auch den Vorgaben des EuGH an die finanzielle Solidarität der

Mitgliedstaaten untereinander. Die Rechtsprechung des EuGH hat das Freizügigkeitsrecht in Anwendung des Diskriminierungsverbotes aus Art. 18 AEUV und unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zu einem Teilhaberecht entwickelt, das sich nicht nur an den Zielen und Anliegen der Mitgliedstaaten, sondern auch an den Individualbelangen des Einzelnen zu orientieren hat.¹⁴

Da der Schutz aus Art. 45 Abs. 2 AEUV nach der Rechtsprechung des EuGH bereits dann greift, wenn ein tatsächlicher Bezug zum Arbeitsmarkt hergestellt worden ist, ist es konsequent, den Teilhabeanspruch des Unionsbürgers auch an solchen Leistungen zu gewährleisten, die nicht allein den Zugang zum Arbeitsmarkt erleichtern sollen, sondern auch der Existenzsicherung dienen. Ein Zugang zu diesen Leistungen muss dem Unionsbürger ermöglicht werden, solange die tatsächliche Verbindung zum Arbeitsmarkt fortbesteht und er nicht auf der Grundlage eines förmlichen Verfahrens ausreisepflichtig ist. Der Nachweis der Arbeitssuche kann durch eine entsprechende Bescheinigung der Bundesagentur für Arbeit geführt werden. Rein fiskalische Erwägungen reichen jedenfalls nicht aus, um den Zugang zu beschränken. Letztlich bleibt die Möglichkeit offen, den Aufenthalt eines Unionsbürgers, der Sozialleistungen unangemessen in Anspruch nimmt, zu beenden.

Die Regelung ist jedenfalls nicht offen genug, um im Falle einer hinreichenden Integration oder tatsächlichen Verbindung zum Aufnahmemitgliedstaat einen Leistungsanspruch sicherstellen zu können, denn sie erlaubt von vornherein keine Prüfung. Die persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse können sich jedoch jederzeit ändern.

Ob für einen Anspruch auf Sozialleistungen auch der rein faktische Aufenthalt auch für nicht arbeitssuchende Unionsbürger ausreicht, um sich auf den Diskriminierungsschutz des Art. 18 AEUV zu berufen zu können und ggf. Leistungen in Anspruch zu nehmen, ist ebenfalls streitig.

Folgt man der Ansicht Frank Schreibers, so ist die gemeinschaftswidrige Regelung gemeinschaftskonform dahingehend zu reduzieren, dass bis zu einer förmlichen Feststellung des Wegfalls des (vermuteten) Aufenthaltsrechts weiterhin Sozialleistungen zu gewähren sind.¹⁵

¹⁴ EuGH Rs. Grzelczyk, Urt. v. 20.9.2001-C-184/99; Rs Baumbast- C 413/99; Trojani, Urtl. V. 7.9.2004 – C-456/02

¹⁵ Frank Schreiber, „Der Leistungsausschluss des § 7 Abs. 1 Satz 2 SGB II auf dem gemeinschaftsrechtlichen Prüfstand“ in: info also 5/2009, S. 195, 200

Gemessen an der EuGH Rechtsprechung wäre der Anspruch eines wirtschaftlich nicht aktiven Unionsbürgers auf Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhaltes von dem Grad der Integration, den tatsächlichen Beziehungen zum Aufnahmemitgliedstaat und der Dauer und Rechtmäßigkeit seines bisherigen Aufenthaltes abhängig.

2. Lösungsmöglichkeiten über VO EWG 1408/71 bzw. VO (EG) 883/2004?

Beachte: **Ab 01.05.2010** gilt für EU-Mitgliedstaaten sowie Flüchtlinge und Staatenlose, die in einem EU-Staat wohnen, die **VO (EG) 883/2004**, die die VO (EWG) 1408/71 ablöst.

Der persönliche Geltungsbereich ist in der VO (EG) 883/2004 neu definiert:

Art. 2 der VO (EG) 883/2004

Persönlicher Geltungsbereich

(1) Diese Verordnung gilt für **Staatsangehörige eines Mitgliedstaats**, Staatenlose und Flüchtlinge mit Wohnort in einem Mitgliedstaat, für die die Rechtsvorschriften eines oder mehrerer Mitgliedstaaten gelten oder galten, sowie für ihre Familienangehörigen und Hinterbliebenen.

(2) Diese Verordnung gilt auch für Hinterbliebene von Personen, für die die Rechtsvorschriften eines oder mehrerer Mitgliedstaaten galten, und zwar ohne Rücksicht auf die Staatsangehörigkeit dieser Personen, wenn die Hinterbliebenen Staatsangehörige eines Mitgliedstaats sind oder als Staatenlose oder Flüchtlinge in einem Mitgliedstaat wohnen.

Art. 2 der VO (EWG) 1408/71:

Persönlicher Geltungsbereich

(1) Diese Verordnung gilt für **Arbeitnehmer und Selbständige** sowie für Studierende, für welche die Rechtsvorschriften eines oder mehrerer Mitgliedstaaten gelten oder galten, soweit sie Staatsangehörige eines Mitgliedstaats sind oder als Staatenlose oder Flüchtlinge im Gebiet eines Mitgliedstaats wohnen, sowie für deren Familienangehörige und Hinterbliebene.

(2) Diese Verordnung gilt für Hinterbliebene von Arbeitnehmern und Selbständigen sowie von Studierenden, für welche die Rechtsvorschriften eines oder mehrerer Mitgliedstaaten galten, und zwar ohne Rücksicht auf die Staatsangehörigkeit dieser Personen, wenn die Hinterbliebenen Staatsangehörige eines Mitgliedstaats sind oder als Staatenlose oder Flüchtlinge im Gebiet eines Mitgliedstaats wohnen.

Die Leistungen nach dem SGB II sind, soweit nicht dem Grunde nach die Voraussetzungen für den befristeten Zuschlag nach Bezug von Arbeitslosengeld (§ 24 Abs. 1 SGB II) erfüllt

sind, im Anhang X zu Art. 70 VO (EG) 883/2004 aufgeführt. Sie sind damit als beitragsunabhängige Geldleistungen nach Art. 70 Abs. 4 VO (EG) 883/2004 nicht exportierbar. Für sie gilt die Aufhebung der Wohnortklausel aus Art. 7 VO (EG) 883/2004 sowie die anderen Kapitel dieses Titels nicht. Die Leistungen werden nach Art. 70 Abs. 4 VO (EG) 883/2004 nur nach den Rechtsvorschriften des Wohnortes gewährt.

Es gilt jedoch der strikte Gleichbehandlungsgrundsatz nach Art. 4 der VO (EG) 883/2004, so dass sich hierüber ein Anspruch ableiten ließe:

Artikel 4 VO (EG) 88/2004 (Ex-Art. 3 VO (EWG) 1408/71)

Gleichbehandlung

Sofern in dieser Verordnung nichts anderes bestimmt ist, haben Personen, für die diese Verordnung gilt, die gleichen Rechte und Pflichten aufgrund der Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats wie die Staatsangehörigen dieses Staates.

Das LSG Bayern hatte seinerzeit zur VO (EWG) 1408/71 entschieden – L 7 B 1104/07 AS ER:

Ein Anspruch auf Leistungen nach dem SGB II folge aus der Gleichbehandlungspflicht aus Art. 3 der VO (EWG) Nr. 1408/71, wenn der Aufenthalt **rechtmäßig** ist. Der sachliche Geltungsbereich der VO sei zwar nach Maßgabe ihres Art. 4 eingeschränkt, Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach dem SGB II zählen gemäß Art. 4 Abs. 2a in Verbindung mit Anhang IIa Buchstabe E zum Anwendungsbereich der VO (EWV) Nr. 1408/71. Zwar modifiziere Art. 10 a der VO deren Einschlägigkeit für so genannte beitragsunabhängige Sonderleistungen, zu denen auch Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach dem SGB II gehörten, ganz erheblich. Das Gleichbehandlungsgebot des Art. 3 der VO bliebe davon aber unberührt. Das in Art. 3 der VO geregelte Gleichbehandlungsgebot untersage jegliche auf die Staatsangehörigkeit eines Mitgliedsstaates gestützte Diskriminierung einer in den Geltungsbereich der Verordnung fallenden Person auf dem Gebiet der sozialen Sicherheit. Zwar sei als Arbeitnehmerin im Sinne von Art. 2 Abs. 1 der VO nur anzusehen, wer in ein Sozialversicherungssystem integriert sei. Um aber die Einbeziehung der Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach Art. 4 Abs. 2a der VO nicht leerlaufen zu lassen, müsse der Arbeitnehmerbegriff erweiternd ausgelegt werden. Das Diskriminierungsverbot des Art. 3 Abs. 1 der VO (EWG) 1408/71 gelte jedoch prinzipiell nur soweit, als der Aufenthalt im anderen Mitgliedsstaat **rechtmäßig** sei.

Die Frage, ob die Regelung der Unionsbürgerrichtlinie einen Leistungsausschluss rechtfertigen kann, bleibt trotzdem weiter offen, da die Einordnung der Leistungen nach dem

SGB II im Rahmen der VO (EWG) Nr. 1408/71 für die Auslegung der Unionsbürgerrichtlinie nicht verbindlich ist.

3. Lösungsmöglichkeit über das Europäische Fürsorgeabkommen?

Artikel 1 EFA

Jeder der Vertragschließenden verpflichtet sich, den Staatsangehörigen der anderen Vertragschließenden, die sich in irgendeinem Teil seines Gebietes, auf das dieses Abkommen Anwendung findet, erlaubt aufhalten und nicht über ausreichende Mittel verfügen, in gleicher Weise wie seinen eigenen Staatsangehörigen und unter den gleichen Bedingungen die Leistungen der sozialen und Gesundheitsfürsorge (im folgenden als "Fürsorge" bezeichnet) zu gewähren, die in der in diesem Teil seines Gebietes geltenden Gesetzgebung vorgesehen sind.

Ob sich Leistungsansprüche aus dem **Europäischen Fürsorgeabkommen** vom 11.12.1953 herleiten lassen, war bisher streitig (Bejahend: LSG NRW, Beschluss v. 6.5.2009, L 20 B 15/09 AS ER; LSG Niedersachsen-Bremen, Beschl. V. 14.01.2008 – L 8 SO 88/07 ER; a.A.: LSG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 25.11.2008, L 5 B 801/08 AS ER)

Das BSG hat nunmehr mit Urteil v. 19.10.2010 – B 14 AS 23/10 - entschieden, dass ein Unionsbürger grundsätzlich die Gewährung von Arbeitslosengeld II nach dem EFA beanspruchen kann, obwohl sich sein Aufenthaltsrecht alleine aus dem Zweck der Arbeitsuche ergibt. Denn in Deutschland lebende arbeitslose Ausländer seien nicht vom Bezug von Leistungen der Grundsicherung für Arbeitsuchende ausgeschlossen, wenn sie sich auf das Europäische Fürsorgeabkommen (EFA) vom 11.12.1953 berufen können. In diesem Fall sei die Ausschlussregelung in § 7 Abs 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II auf sie nicht anwendbar.

Nach Art 1 des EFA sei jeder der Vertragschließenden verpflichtet, den Staatsangehörigen der anderen Vertragsstaaten, die sich in irgendeinem Teil seines Gebietes, auf das dieses Abkommen Anwendung finde, erlaubt aufhalte und nicht über ausreichende Mittel verfüge, in gleicher Weise wie seinen eigenen Staatsangehörigen und unter den gleichen Bedingungen die Leistungen der sozialen und der Gesundheitsfürsorge zu gewähren, die in der in diesem Teil seines Gebietes geltenden Gesetzgebung vorgesehen seien.

Bei dieser Vorschrift handele es sich um unmittelbar geltendes Bundesrecht. Seiner Anwendbarkeit stehe weder vorrangig anzuwendendes anderes Bundesrecht, noch Gemeinschaftsrecht entgegen. Die Voraussetzungen des Gleichbehandlungsgebots nach Art

1 EFA lägen auch insoweit vor, als es sich bei der beanspruchten Regelleistung nach § 20 SGB II um Fürsorge im Sinne des EFA handelt. Hierzu zähle nicht nur die Hilfe zum Lebensunterhalt nach dem Dritten Kapitel des SGB XII, sondern auch die begehrte Leistung nach dem SGB II. Deswegen komme es nicht darauf an, dass die Bundesrepublik Deutschland gegenüber dem Europarat nach wie vor nur das zum 31.12.2004 außer Kraft getretene Bundessozialhilfegesetz (BSHG) als unter den Geltungsbereich des Abkommens fallendes Fürsorgegesetz gemeldet habe.

Die Entscheidung vom 19.10.2010 ist noch nicht veröffentlicht. Es liegt bisher nur ein Terminbericht des BSG vor (www.bsg.bund.de).

Beachte: Voraussetzung ist aber, dass das der Unionsbürger, der sich hierauf berufen will, Mitglied eines der Unterzeichnerstaaten ist.

Zu den Unterzeichnerstaaten des Fürsorgeabkommen gehören: Deutschland, Belgien, Dänemark, Frankreich, Griechenland, Irland, Italien, Luxemburg, die Niederlande, Schweden, Großbritannien, Norwegen, Island, Portugal, Spanien, Malta und Estland sowie die Türkei.

4. Ansprüche in einer Notsituation

Von den grundsätzlichen Fragen eines Leistungsausschlusses arbeitssuchender Unionsbürger zu trennen ist die Frage, ob und welche Ansprüche in einer Notlage nach nationalem Recht bestehen.

Das SGB XII regelt im 3. Kapitel die Leistungsansprüche für nicht Erwerbsfähige.

§ 23 Abs. 3 SGB XII sieht einen Leistungsausschluss für Ausländer vor, die eingereist sind, um Sozialhilfe zu beziehen oder deren Aufenthaltsrecht sich allein aus dem Zweck der Arbeitssuche ergibt. Im Übrigen **kann** (nach Ermessen) nach § 23 Abs. 1 Satz 3 SGB XII Sozialhilfe geleistet werden, soweit dies im Einzelfall gerechtfertigt ist.

Auch hier gilt der Grundsatz, dass ein dauerhafter an die Staatsangehörigkeit anknüpfender Leistungsausschluss gegen das Diskriminierungsverbot aus Art. 18 AEUV verstößt.

Die Frage ist auch hier, ob sich der Wortlaut gemeinschaftskonform auslegen lässt und mit welchem Inhalt.

Bei einem Leistungsausschluss ist es dem zuständigen Sozialhilfeträger nach § 23 Abs. 1 Satz 3 SGB XII überlassen, eine Ermessensentscheidung darüber zu treffen, in welchem

Umfang Unionsbürgern unter Beachtung der Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG) und des Sozialstaatsprinzips (Art. 20 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 und Art. GG) vorübergehende Leistungen zur Überbrückung einer unmittelbaren persönlichen Notlage zu erbringen sind (Dorothee Frings, Sozialrecht für Zuwanderer, Rn 105; Herbst in Mergler / Zink, SGB XII, § 23 Rn 48; Adolph in Linhardt / Adolph, SGB II und XII, § 23 SGB XII Rn. 92).

Es liegt auf der Hand, dass es einen Verstoß gegen Art. 3 und Art. 1 iVm Art. 20 GG darstellt, wenn selbst ein ausreisepflichtiger Leistungsberechtigter einen Anspruch auf die unabweisbare Hilfe nach § 1 a AsylbLG hat, während diese einem Unionsbürger verschlossen bleiben soll. Dass diese Frage nach Gemeinschaftsrecht unbeachtlich ist, bedeutet nicht, dass Grundrechte verletzt werden dürfen.

Zu beachten ist jedoch immer, dass ein übermäßiger Bezug von Sozialhilfeleistungen/SGB II zur Aufenthaltsbeendigung führen kann. Ein vorübergehender Bezug wegen einer Notlage ist unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes aber unschädlich, Art. 14 UnionsRL.

E. Die Entwicklung der EuGH - Rechtsprechung zur Frage des Zugangs zu Sozialleistungen

Der EuGH hat in seiner bisherigen Rechtsprechung Einschränkungen aus dem Sekundärrecht am Maßstab des Primärrechts und unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes gemeinschaftskonform ausgelegt.

Rs Sala, EuGH, Urteil v. 12. 5. 1998 – C 85/96: **Anspruch auf Erziehungsgeld** - - Gleichberechtigter Zugang zu Sozialleistungen – Keine Arbeitnehmereigenschaft und formalen Besitz einer EU-Aufenthaltserlaubnis vorausgesetzt - Die EU-Aufenthaltserlaubnis hat nur deklaratorische Wirkung - Kommt der Aufenthaltserlaubnis für die Gewährung von Erziehungsgeld konstitutiver Wirkung zu und benötigen Inländer kein derartiges Dokument, stellt dies eine verbotene Diskriminierung dar, wenn sich der Unionsbürger bereits **rechtmäßig** im Aufnahmemitgliedstaat aufhält.

Rs Collins, EuGH, Urt. v. 23.3.2004 – C 138/02: - **Anspruch auf Beihilfe für Arbeitssuchende** - Angehörige eines Mitgliedstaats, die in einem anderen Mitgliedstaat eine Beschäftigung suchen, haben Anspruch auf die dort vorgesehene Gleichbehandlung. Angesichts der **Einführung der Unionsbürgerschaft** umfasst dieses Recht auf Gleichbehandlung auch finanzielle Leistungen wie die Beihilfe für Arbeitssuchende - Die Beihilfe für Arbeitssuchende ist eine **Leistung der sozialen Sicherheit**, die u. a. voraussetzt, dass eine Person, die sie beantragt, dem Arbeitsmarkt zur Verfügung steht, dass sie aktiv

nach einer Beschäftigung sucht und dass ihr Einkommen und Vermögen bestimmte Beträge nicht überschreiten - Es kann als legitim angesehen werden, dass ein Mitgliedstaat eine solche Beihilfe erst gewährt, nachdem das Bestehen einer *tatsächlichen Verbindung des Arbeitsuchenden mit dem Arbeitsmarkt dieses Mitgliedstaats* festgestellt wurde - Das **Bestehen einer solchen Verbindung** kann sich aus der **Feststellung ergeben, dass der Betroffene während eines angemessenen Zeitraums tatsächlich eine Beschäftigung in dem betreffenden Mitgliedstaat gesucht hat** - Die verlangte Aufenthaltsdauer ist jedoch nur dann verhältnismäßig, wenn sie nicht über das hinausgeht, was erforderlich ist, damit die nationalen Behörden sicherstellen können, dass die betreffende Person tatsächlich eine Beschäftigung in dem betreffenden Mitgliedstaat sucht.

RS Trojani, EuGH, Urt. v. 7.9.2004, C-456/02: **Anspruch auf Leistungen zur Sicherung des Existenzminimums** – Mitgliedstaaten dürfen den Aufenthalt eines wirtschaftlich nicht aktiven Unionsbürgers von der Verfügbarkeit ausreichender Mittel abhängig machen – Ein Unionsbürger kann bereits **aufgrund seiner Unionsbürgerschaft ein Recht zum Aufenthalt** unmittelbar nach Art. 18 EG (jetzt Art. 21 AEUV) haben – Die Wahrnehmung dieses Rechts unterliegt den dort genannten Beschränkungen und Bedingungen, die aber im Einklang mit den allgemeinen Grundsätzen des Gemeinschaftsrechts, insbesondere dem **Grundsatz der Verhältnismäßigkeit** stehen müssen – Ein Unionsbürger kann sich auf das Diskriminierungsverbot berufen, wenn er sich im Aufnahmemitgliedstaat eine bestimmte Dauer rechtmäßig aufgehalten hat oder im Besitz einer Aufenthaltserlaubnis ist – Es stellt eine Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit dar, wenn *Unionsbürger, die sich rechtmäßig im Aufnahmemitgliedstaat aufhalten, von Leistungen der Sozialhilfe ausgeschlossen werden.*

Rs Grzelczyk, EuGH Urt. v. vom 20. 9. 2001- C 184/99 : Student in Belgien – **Anspruch auf Sozialleistung zur Existenzsicherung unabhängig von der Arbeitnehmereigenschaft**–
- Aufenthaltsbeendigung bei übermäßiger Inanspruchnahme von Sozialhilfeleistungen bleibt den Mitgliedstaaten unbenommen, wobei diese Maßnahme nicht automatische Folge des Sozialhilfebezuges sein darf – Die finanzielle Situation kann sich ändern – Bei nur vorübergehenden Schwierigkeiten ist eine bestimmte **finanzielle Solidarität der Mitgliedstaaten** anzuerkennen - Es ist mit den Bestimmungen über die Nichtdiskriminierung nicht vereinbar, wenn die Gewährung einer beitragsunabhängigen Sozialleistung von einer Voraussetzung abhängt, deren Einhaltung von den Angehörigen des Aufnahmemitgliedstaates nicht verlangt wird.

Rs Chen, EuGH, Urt. V. 27.5.2002 – C 200/02: Art. 18 EG und die RL 90/364/EWG verleihen dem minderjährigen Staatsangehörigen eines Mitgliedstaats im Kleinkindalter, der angemessen krankenversichert ist und dem Unterhalt von einem Elternteil gewährt wird, der Staatsangehöriger eines Drittstaats ist und dessen Mittel ausreichen, um eine **Belastung der öffentlichen Finanzen des Aufnahmemitgliedstaats** durch den Minderjährigen zu verhindern, das Recht, sich für unbestimmte Zeit im Hoheitsgebiet des Aufnahmemitgliedstaats aufzuhalten.

In einem solchen Fall erlauben dieselben Vorschriften es dem Elternteil, der für diesen Staatsangehörigen tatsächlich sorgt, sich mit ihm im Aufnahmemitgliedstaat aufzuhalten. Andernfalls würde dem Aufenthaltsrecht des Kindes jede praktische Wirksamkeit genommen.

Rs Baumbast, EuGH, Urteil vom 17. 9. 2002 - C-413/ 99: Kinder eines Unionsbürgers, die in einem Mitgliedstaat seit einem Zeitpunkt wohnen, zu dem dieser Bürger dort ein Aufenthaltsrecht als Wanderarbeitnehmer hatte, sind zum Aufenthalt in diesem Mitgliedstaat berechtigt, um dort gemäß Artikel 12 der Verordnung Nr. 1612/68 des Rates vom 15. Oktober 1968 über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Gemeinschaft weiterhin am allgemeinen Unterricht teilzunehmen. Dass die Eltern dieser Kinder inzwischen geschieden sind, dass nur einer von ihnen Bürger der Europäischen Union und nicht mehr Wanderarbeitnehmer im Aufnahmemitgliedstaat ist und dass die Kinder selbst nicht Bürger der Europäischen Union sind, ist dabei ohne Belang. Artikel 12 der Verordnung Nr. 1612/ 68 ist in diesem Fall, dahin auszulegen, dass er auch dem Elternteil, der die Personensorge für die Kinder tatsächlich wahrnimmt, ungeachtet seiner Staatsangehörigkeit den Aufenthalt bei den Kindern erlaubt, um ihnen die Wahrnehmung ihres genannten Rechts zu erleichtern, selbst wenn die Eltern inzwischen geschieden sind oder der Elternteil, der Bürger der Europäischen Union ist, nicht mehr Wanderarbeitnehmer im Aufnahmemitgliedstaat ist.

Rs Bidar: EuGH, Urt. v. 15.5.2005 C – 209/03: Ein Unionsbürger, der bei seiner Großmutter auf deren Kosten lebte, eine weiterführende Schule besuchte und seinen Schulabschluss machte, ohne jemals Sozialhilfe beantragt zu haben - Die nationale Regelung sah einen Anspruch nur für dauerhaft ansässige Unionsbürgers vor und schloss zugleich aus, dass ein Angehöriger eines anderen Mitgliedstaats als Student den Status einer dauernd ansässigen Person erlangt, auch wenn sich dieser Staatsangehörige rechtmäßig im Aufnahmemitgliedstaat aufhält – Es steht jedem Mitgliedstaat frei, darauf zu achten, dass die Gewährung von Beihilfen zur Deckung des Unterhalts von Studenten aus anderen Mitgliedstaaten nicht zu einer übermäßigen Belastung wird, die Auswirkungen auf das gesamte Niveau der Beihilfe haben könnten- Ein gewisser Integrationsgrad kann durch die

Feststellung als nachgewiesen angesehen werden, dass der betreffende Student sich für eine gewisse Zeit im Aufnahmemitgliedstaat aufgehalten hat - **Anspruch auf Sozialhilfeleistungen** eines nicht erwerbstätigen Unionsbürgers, wenn er sich **für eine bestimmte Dauer rechtmäßig** im Aufnahmemitgliedstaat aufgehalten hat und **zu einem gewissen Grad in die Gesellschaft des Aufnahmemitgliedstaates integriert** hat –Der Unionsbürgerstatus ist dazu bestimmt, der grundlegende Status der Angehörigen der Mitgliedstaaten zu sein - Ein Unionsbürger, der sich rechtmäßig im Gebiet des Aufnahmemitgliedstaats aufhält, kann sich in allen Situationen, die in den sachlichen Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts fallen, auf Artikel 12 EG berufen- Auch der Unionsbürger, der in einem anderen Mitgliedstaat wohnt, wo er eine weiterführende Schule besucht und seinen Schulabschluss macht, genießt ein Aufenthaltsrecht auf der Grundlage von Art. 18 EG und der Richtlinie 90/ 364 und kann sich auf Art. 12 EG berufen – Ihm kann nicht entgegengehalten werden, dass er nicht über ausreichende Mittel und eine Krankenversicherung verfügt - Ein zeitlich unbeschränkter Leistungsausschluss ist mit dem Diskriminierungsverbot nicht zu vereinbaren – Finanzielle Solidarität der Mitgliedstaaten.

Rs Tas-Hagen und Tas, EuGH, Urt. V. 26.10.2006: Anspruch auf Leistungen ziviler Kriegsoffer - Eine nationale Regelung, die bestimmte Staatsangehörige allein deswegen benachteiligt, weil sie von ihrer Freiheit, sich in einen anderen Mitgliedstaat zu begeben und sich dort aufzuhalten, Gebrauch gemacht haben, stellt eine Beschränkung der Freiheiten dar, die Artikel 18 Absatz 1 EG jedem Unionsbürger verleiht.

Rs Nerkowska EuGH Urt. v. 22.05.2008 – C-499/06: Wenn die Zahlung einer Invaliditätsrente davon abhängig macht wird, dass die Begünstigten ihren Wohnsitz im Inland haben, kann dieses Gesetz Unionsbürger davon abhalten, von ihrer Freiheit, sich in einen anderen Mitgliedstaat zu begeben und sich dort aufzuhalten, Gebrauch zu machen. Es ist zwar legitim, dass ein Mitgliedstaat mittels Voraussetzungen hinsichtlich der Staatsangehörigkeit oder des Wohnsitzes der betroffenen Person die Invaliditätsrente Personen vorbehält, bei denen ein gewisses Maß an Verbundenheit mit der Gesellschaft dieses Mitgliedstaats bejaht wird. Allerdings darf die Beschränkung nicht außer Verhältnis zu dem verfolgten Zweck stehen. Der Besitz der Staatsangehörigkeit des Mitgliedstaats, der die im Ausgangsverfahren in Rede stehende Leistung gewährt, sowie der Umstand, dass die betroffene Person in diesem Staat mehr als 20 Jahre lang gelebt, dort ihre Ausbildung absolviert und gearbeitet hat, können ausreichen, um Verbindungen zwischen diesem Staat und dem Empfänger der genannten Leistung zu belegen. Unter diesen Umständen ist das Erfordernis eines Wohnsitzes während der gesamten Dauer des Leistungsbezugs als

unverhältnismäßig anzusehen, da es über das hinausgeht, was erforderlich ist, um eine solche Verbindung zu gewährleisten. Die Regelung verstößt gegen Art. 18 Abs. 1 EU.

Rs Jipa: EuGH, Urteil vom 10. 7. 2008 - C-33/ 07: Fall eines rumänischen Staatsangehörigen, der nach Belgien reiste, wo er wegen "unbefugten Aufenthalts" in diesem Mitgliedstaat gemäß dem Rückübernahme-Übereinkommen nach Rumänien zurückgeführt wurde. Das Recht auf Freizügigkeit, umfasst auch das Recht, den Herkunftsmitgliedstaat zu verlassen.

Rs Förster, Urt. EuGH v. 18.11.2008: - **Anspruch auf Unterhaltsstipendium** - Studentin, die *sich eine gewisse Dauer im Aufnahmemitgliedstaat aufgehalten hat*, kann sich auf Art. 12 EG (jetzt Art. 18 AEUV) berufen – Art. 12 EG (jetzt Art. 18 AEUV) verbietet es jedoch nicht, eine **Mindestaufenthaltsdauer** zu verlangen, um sich vergewissern zu können, dass ein gewisser Grad der Integration erreicht ist, sofern dieses Erfordernis in einem angemessenen Verhältnis zum Zweck steht, der mit der nationalen Regelung verfolgt wird – Ein Aufenthaltserfordernis ist nur dann verhältnismäßig, wenn die Behörden es auf der Grundlage von klaren und im Voraus bekannten Kriterien anwenden.

Rs Vatsouras/Koupatantze, EuGH, Urt. V. 4.6.2009 – C 22/08: Ausschluss von Leistungen nach § 7 Abs. 1 SGB II - Arbeitssuchende können einen Anspruch auf **Leistungen, die den Zugang zum Arbeitsmarkt eines Mitgliedstaates erleichtern** sollen, über Art. 39 Abs. 2 EG (jetzt Art. 45 Abs. 2 AEUV) haben, wenn eine **tatsächliche Verbindung des Arbeitssuchenden mit dem Arbeitsmarkt dieses Staates festgestellt wird**– Die Verbindung zum Arbeitsmarkt kann sich aus der Feststellung ergeben, dass der Betroffene während eines angemessenen Zeitraums eine Arbeit gesucht hat – Die Feststellung, ob eine tatsächliche Verbindung zum Arbeitsmarkt besteht und ob die beanspruchte Leistung den Zugang zum Arbeitsmarkt erleichtern soll, ist Aufgabe der nationalen Behörden und Gerichte – Die Voraussetzung der Erwerbsfähigkeit als Zugangsvoraussetzung kann ein Hinweis darauf sein, dass es sich um eine Leistung handelt, die den Zugang zum Arbeitsmarkt erleichtern soll – **solche Leistungen sind keine Leistungen der Sozialhilfe im Sinne des Art. 24 Abs. 2 UnionsRL** – Das Diskriminierungsverbot findet keine Anwendung zwischen Unionsbürgern gegenüber Drittstaatsangehörigen, sondern gilt nur im Verhältnis gegenüber Staatsangehörigen des Aufnahmemitgliedstaates.

Rs Teixeira EuGH, Urteil v. 23.2.2010 C- 480/08: Ohne dass der Lebensunterhalt gesichert war, wurde einem Unionsbürger ein Aufenthaltsrecht zur Wahrnehmung der elterlichen Sorge für sein Kind entgegen Art. 7 UnionsRL gewährt. Das Recht zum Aufenthalt im Aufnahmemitgliedstaat, das der Elternteil genießt, dem die elterliche Sorge für ein Kind

tatsächlich zukommt, das gemäß Art. 12 der Verordnung Nr. 1612/ 68 sein Recht ausübt, eine Ausbildung zu absolvieren, hängt nicht von der Voraussetzung ab, dass dieser Elternteil über ausreichende Existenzmittel verfügt.

Rs Ibrahim, EuGH, Urt. V. 23.2.2010 –C- 310/08. Unter den Umständen des Ausgangsverfahrens steht den Kindern eines Staatsangehörigen eines Mitgliedstaats, der im Aufnahmemitgliedstaat beschäftigt ist oder gewesen ist, und dem Elternteil, der die elterliche Sorge für die Kinder tatsächlich wahrnimmt, ein Recht auf Aufenthalt in diesem Staat auf der Grundlage allein von Art. 12 der Verordnung (EWG) Nr. 1612/ 68 des Rates vom 15. Oktober 1968 über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Gemeinschaft in der durch die Verordnung (EWG) Nr. 2434/ 92 des Rates vom 27. Juli 1992 geänderten Fassung zu, ohne dass dieses Recht davon abhängig ist, dass sie über ausreichende Existenzmittel und einen umfassenden Krankenversicherungsschutz in diesem Staat verfügen.

F. Aus der EuGH-Rechtsprechung abzuleitende Grundsätze



Unionsbürger haben in unmittelbarer Anwendung des Art. 21 AEUV ein Recht auf Aufenthalt.

Solange der Aufnahmemitgliedstaat nicht durch nationalen Rechtsakt festgestellt hat, dass der Unionsbürger die Bedingungen nach Art. 21 Abs. 1 AEUV nicht erfüllt, kann er sich auf sein Unionsbürgerstatus und auf Art. 18 AEUV berufen.



Der Anwendungsbereich des Diskriminierungsverbotes aus Art. 18 AEUV aus Gründen der Staatsangehörigkeit gilt für alle sozialen Leistungen und für alle Unionsbürger ungeachtet ihres Aufenthaltszecks.



Beschränkungen und Bedingungen des Freizügigkeitsrechts aus Art. 21 AEUV müssen im Einklang mit den allgemeinen Grundsätzen des Gemeinschaftsrechts, insbesondere dem *Grundsatz der Verhältnismäßigkeit* stehen.



Eine unterschiedliche Behandlung zwischen erwerbstätigen und nicht erwerbstätigen Unionsbürgern ist gerechtfertigt, wenn sie auf objektiven, von der Staatsangehörigkeit unabhängigen Erwägungen

beruht und in einem angemessenen Zweck steht, der mit den nationalen Rechtsvorschriften zulässigerweise verfolgt wird.



Ein Ausschluss von Leistungen, die den **Zugang zum Arbeitsmarkt erleichtern** sollen, lässt sich für **Arbeitssuchende** nur für einen vorübergehenden Zeitraum rechtfertigen, d.h. solange sie eine tatsächliche Beziehung zum Arbeitsmarkt noch nicht hergestellt haben.



Der Unionsbürgerstatus verpflichtet die Mitgliedstaaten, Differenzierungen zu unterlassen, die sich nachteilig auf die Mobilität innerhalb der EU auswirken können.



Aus der Anerkennung einer finanziellen Solidarität unter den Mitgliedstaaten erwachsen soziale Teilhabeansprüche.

G. Übersicht über die nationale Rechtsprechung

I. Leistungsausschluss nicht europarechtskonform bzw. Zuspruch im Eilverfahren im Rahmen der Folgenabwägung :

LSG Hessen, Beschl. v. 14.10.2009 – L 7 AS 166/09 B ER

Der Rechtsprechung des EuGH sei zu entnehmen, dass Grundsicherungsleistungen der Eingliederung in den Arbeitsmarkt dienen.

Demnach hätten Arbeitssuchende, die eine Verbindung zum Arbeitsmarkt des Mitgliedsstaates hergestellt hätten, einen Anspruch auf SGB II Leistungen.

LSG NRW, Beschl. v. 10.05.2010- L 7 AS 134/10 B ER

Die Staatsangehörigen der Mitgliedsstaaten, die auf Arbeitssuche in einem anderen Mitgliedstaat sind und tatsächlich Verbindungen mit dem Arbeitsmarkt dieses Staates hergestellt haben, können sich auf Art. 39 Abs. 2 EG berufen, um eine finanzielle Leistung in Anspruch zu nehmen, die den Zugang zum Arbeitsmarkt erleichtern soll. Die streitige Rechtsfrage der Vereinbarkeit des Leistungsausschlusses in § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II mit europarechtlichen Vorgaben bzw. die Frage, ob allein eine vollziehbare Ausreisepflicht einen Leistungsausschluss rechtfertigen könne, ließe sich in einem Eilverfahren nicht klären. Eine Folgenabwägung führe zu einem Leistungsanspruch.

LSG NRW, Beschl. v. 26.02.2010 – L 6 B 154/09 AS ER:

Selbst wenn die Grundsicherungsleistungen des SGB II in den Anwendungsbereich der Unionsbürgerrichtlinie einbezogen würden, kann sich ein Anspruch des Antragstellers auf Gewährung der begehrten Leistungen dennoch möglicherweise unmittelbar aus primärem Gemeinschaftsrecht ergeben. Nach der Rechtsprechung des EuGH fallen Arbeitssuchende, auch wenn sie nicht Arbeitnehmer im Sinn von Art. 39 EG sind, dennoch in den Anwendungsbereich des Art. 39 Abs. 2 EG, was den Zugang zur Beschäftigung betrifft (EuGH, Urteil vom 04.06.2009, Vatsouras C 22/08; Urteil vom 23.03.2004, Collins, C-138/02; Urteil vom 07.09.2004, Trojani, C-456/02). Zusätzlich gelte für Unionsbürger der Gleichbehandlungsgrundsatz des Art. 12 EG (entspricht Art. 18 AEUV) mit der Folge, dass Unionsbürger nicht von einer finanziellen Leistung ausgenommen werden könnten, die den Zugang zum Arbeitsmarkt eines Mitgliedstaates erleichtern soll (EuGH, Urt. V. 23.03.2004, Collins, C-138/02)). Wenn auch der EuGH es als legitim angesehen hat, dass staatliche Beihilfen an bestimmte Kriterien gebunden werden (so z.B. das Erfordernis einer tatsächlichen Verbindung zum Arbeitsmarkt, EuGH, a.a.O. oder eine Anknüpfung an ein Wohnortfordernis, EuGH, Urteil vom 15.03.2005, Bidar, C-209/03), so hat er stets ausgeführt, dass diese Kriterien auf objektiven, von der Staatsangehörigkeit der Betroffenen unabhängigen Erwägungen beruhen und in angemessenem Verhältnis zu dem Zweck stehen müssten, der mit den nationalen Rechtsvorschriften zulässigerweise verfolgt werde (EuGH, Urteil vom 23.03.2004, Collins, C-138/02). Im Hinblick auf diese Rechtsprechung ist in höchstem Maß zweifelhaft, ob eine Regelung wie § 7 Abs. 1 S. 2 SGB II, die ausschließlich an die Staatsangehörigkeit knüpft, den Vorgaben des primären Gemeinschaftsrechts standhält.

Sofern die Regelung des § 7 Abs. 1 Satz 2 SGB II als europarechtswidrig angesehen wird, ist weiter zu prüfen, ob die Vorschrift generell als für EU-Bürger unwirksam anzusehen ist oder ob und ggf. auf welche Weise die Vorschrift europarechtskonform reduziert werden kann. Bereits die Vielzahl der genannten schwierigen und komplexen Rechtsfragen verdeutlicht, dass die Sach- und Rechtslage für das erkennende Gericht nicht zuverlässig abschließend in einem vorläufigen Rechtsschutzverfahren beurteilt werden kann. Die danach für die begehrte Regelung im Eilverfahren allein entscheidende Folgenabwägung fällt zugunsten des Antragstellers aus.

Ähnlich im Rahmen der Folgenabwägung: LSG Bayern, Beschl. v. 04.05.2009 - L 16 AS 130/09 B ER.

LSG NRW v. 17.4.2008 – L 7 B 70/08 AS ER:

Es reicht die hinreichende Aussicht auf eine Arbeitserlaubnis-EU zumindest für eine geringfügige Beschäftigung, um die Erwerbsfähigkeit nach § 8 SGB II als Zugangsvoraussetzung für einen Leistungsanspruch nach dem SGB II zu bejahen.

II. Leistungsausschluss europarechtskonform:

LSG Baden-Württemberg – Beschl. v. 15.04.2010 – L 13 AS 1124/10 ER B:

Entsprechend der Rechtsprechung des Senats sind die Leistungen des SGB II zur Sicherung des Lebensunterhalts als Sozialhilfeleistung im Sinne des Art. 24 Abs. 2 der Unionsbürgerrichtlinie (Richtlinie 2004 /38/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedsstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten [ABl. L 158/77]) anzusehen (so auch Beschluss des Landessozialgerichts [LSG] Niedersachsen-Bremen vom 29. September 2009, L 15 AS 909/09 B-ER m.w.N.).

LSG Berlin-Brandenburg – Beschl. v. 25.3.2010 – L 29 AS 2128/09 B ER:

Der Senat sieht keinen Verstoß gegen Gemeinschaftsrecht. Vielmehr ist der Senat im Einvernehmen mit dem 34. Senat des Landessozialgerichts Berlin-Brandenburg der Ansicht, dass diese Regelung europarechtskonform ist, sofern sie nicht Leistungen betrifft, die den Zugang zum Arbeitsmarkt erleichtern sollen, sondern Leistungen, die den Lebensunterhalt sichern sollen (siehe Beschluss des 34. Senats vom 8. Januar 2010, L 34 AS 2082/09 B ER und L 34 AS 2086/09 B PKH, m.w.N., zit. nach Juris). Denn Art. 24 Abs. 2 der Unionsbürgerrichtlinie erlaubt es einem Mitgliedstaat ausdrücklich, andere Personen als Arbeitnehmer oder Selbstständige, Personen, denen dieser Status erhalten bleibt, und ihre Familienangehörigen während der ersten drei Monate des Aufenthalts oder gegebenenfalls während des längeren Zeitraums nach Art. 14 Abs. 4 Buchst. b der Richtlinie von einem Anspruch auf „Sozialhilfe“ auszunehmen, wobei Sozialhilfeleistungen im Sinne dieser Vorschrift alle finanziellen Mittel sind, die der Existenzsicherung dienen und nicht den Zugang zum Arbeitsmarkt erleichtern sollen.

LSG Niedersachsen-Bremen, Beschl. v. 26.02.1010 – L 15 AS 30/10 B ER:

Art. 24 Abs. 2 UBRL erlaubt es einem Mitgliedsstaat in Abgrenzung zu der Rechtsprechung des EuGH (Urteil vom 23.03.2004, Az. C-138-02 - Collins -) ausdrücklich, andere Unionsbürger als Arbeitnehmer, Selbstständige oder Personen, denen dieser Status erhalten bleibt, sowie deren Familienangehörige vom Anspruch auf "Sozialhilfe" auszunehmen. Der EuGH hat es in seiner Entscheidung vom 4. Juni 2009 ausdrücklich als legitim bezeichnet, dass ein Mitgliedsstaat eine Beihilfe (Sozialhilfe) erst gewährt, wenn der Arbeitsuchende eine tatsächliche Verbindung mit dem Arbeitsmarkt des Aufenthaltsstaates hergestellt hat. Bei den existenzsichernden Leistungen der Grundsicherung für Arbeitsuchende nach dem SGB II handelt es sich um Sozialhilfeleistungen iS des Art 24 Abs. 2 UBRL. Art 24 Abs. 2 UBRL ist mit höherrangigem Gemeinschaftsrecht vereinbar. Ein Leistungsanspruch lässt sich auch nicht damit begründen, dass der Antragsteller durch seine von Juni bis Anfang August 2009 ausgeübte Erwerbstätigkeit bereits eine tatsächliche Verbindung mit dem Arbeitsmarkt der Bundesrepublik Deutschland hergestellt haben könnte. Diesem Gesichtspunkt wird bereits

durch die (im vorliegenden Fall nur für 6 Monate geltende) Aufrechterhaltung der Erwerbstätigeneigenschaft nach § 7 Abs. 3 Buchst. c) UBRL Rechnung getragen. Für die Folgezeit (d.h. ab 2. Februar 2010) gilt der Leistungsausschluss nach § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II i.V.m. Art. 24 Abs. 2 UBRL auch für den Antragsteller. Dieser nach der Rechtsprechung des EuGH europarechtskonforme Leistungsausschluss kann nicht dadurch umgangen werden, dass das Tatbestandsmerkmal „Aufenthaltsrecht (...) allein aus dem Zweck der Arbeitsuche“ mit der Begründung verneint wird, dass sich der Betroffene tatsächlich nachhaltig um Arbeit bemüht und deshalb nicht als Arbeitsuchender, sondern als eine in den nationalen Arbeitsmarkt integrierte Person zu behandeln sei.

LSG Berlin-Brandenburg Beschl. V. 16.6.2010 – L 29 AS 952/10 B ER:

Kein Anspruch eines rumänischen Staatsangehörigen, der nicht im nennenswerten Umfang selbständig tätig ist und der nicht im Besitz einer Arbeitserlaubnis ist; die bloß abstrakt generelle Möglichkeit der Erteilung einer Beschäftigungserlaubnis reicht nicht aus.

H. Ergebnis und Praxistipp

Der **zeitlich unbeschränkte** Ausschluss eines Unionsbürgers von Sozialleistungen verstößt bereits deswegen gegen das Diskriminierungsverbot aus Art. 18 AEUV, weil er allein an die Staatsangehörigkeit anknüpft.

Qualifiziert man die SGB II Leistungen nicht als Leistungen zur Erleichterung der Arbeitssuche, ist der Leistungsausschluss am Diskriminierungsschutz aus Art. 18 AEUV iVm der Freizügigkeitsrecht und dem Unionsbürgerstatus zu messen.

Auch **wirtschaftlich nicht aktive** Unionsbürger genießen aufgrund ihres Unionsbürgerstatus bei Inanspruchnahme ihrer Unionsbürgerfreizügigkeit **Diskriminierungsschutz** am Maßstab des Art. 18 AEUV iVm Art. 21 AEUV, ohne dass es auf den konkreten Aufenthaltswitzweck ankommt.

Ihr Diskriminierungsschutz ist jedoch gegenüber der Arbeitnehmerfreizügigkeit schwächer ausgeprägt. Sozialleistungen sind nach der bisherigen Rechtsprechung des EuGH in diesem Fall von einem gewissen **Grad der Integration**, einer **tatsächlichen Verbindung** zum Aufenthaltsstaat oder anderer legitimer Zwecke unter Beachtung des **Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes** abhängig.

Rein fiskalisch motivierte Abschottungen, die undifferenziert an die Staatsangehörigkeit anknüpfen, sind unter Beachtung der finanziellen Solidarität der Mitgliedstaaten nicht zulässig.

Die Regelungen im nationalen Recht sind gemeinschaftskonform auszulegen. Rechtsfolge eines Verstoßes gegen das primäre Gemeinschaftsrecht ist die **Unabwendbarkeit der diskriminierenden Voraussetzungen** des Sozialleistungsanspruches.

Welche Kriterien für die Grenzen sozialer Solidarität der Mitgliedstaaten maßgeblich sein sollen, ist nach wie vor klärungsbedürftig.

Praxistipp:

- Leistungsanspruch nach dem EFA prüfen
- Meldung bei der Bundesagentur für Arbeit als arbeitssuchend
- Nachweis aktiver Stellensuche
- (Formloser) Leistungsantrag beim SGB II Leistungsträger nach 3 Monaten, wenn möglich per Fax vorab mit Bearbeitungsfrist
- Im Falle des Fristablaufs/Ablehnung der Leistungsansprüche Eilantrag zum SG ggf. mit Hilfsantrag gegen das beizuladende Sozialamt

Bis zu einer Klärung der streitigen Rechtsfrage sind Leistungsansprüche nach dem SGB II/SGBXII im einstweiligen Rechtsschutzverfahren vorläufig durchsetzbar.

Bei der (auch nur vorläufigen) Durchsetzung leistungsrechtlicher Teilhabeansprüche ist bei wirtschaftlich nicht aktiven Unionsbürgern jedoch immer darauf zu achten, dass der **(übermäßige) Leistungsbezug von Unionsbürgern zur Aufenthaltsbeendigung** führen kann. Das Risiko einer Aufenthaltsbeendigung ist daher bei der Entscheidung, ob Leistungsansprüche durchgesetzt werden sollen, vorab einzubeziehen.

I. Zugang zur Erwerbstätigkeit für die Unionsbürger der Beitrittsstaaten und ihre Familienangehörigen

Aufenthalt
zum Zweck der Arbeitssuche,
unbeschränkt

Zugang zum Arbeitsmarkt,
beschränkt

Die Arbeitnehmerfreizügigkeit gilt uneingeschränkt für die „alten“ Unionsbürger.
Hinsichtlich des Zugangs zum Arbeitsmarkt unterliegen die neuen EU Staaten, mit Ausnahme von Malta und Zypern dagegen vorläufigen Beschränkungen beim Zugang zum Arbeitsmarkt.

I. Geltungsdauer der beschränkten Arbeitnehmerfreizügigkeit

Aussetzung der Arbeitnehmerfreizügigkeit in Stufen für 2 Jahre plus 3 plus 2 Jahre, also maximal 7 Jahre .

Dies gilt für die Staaten:

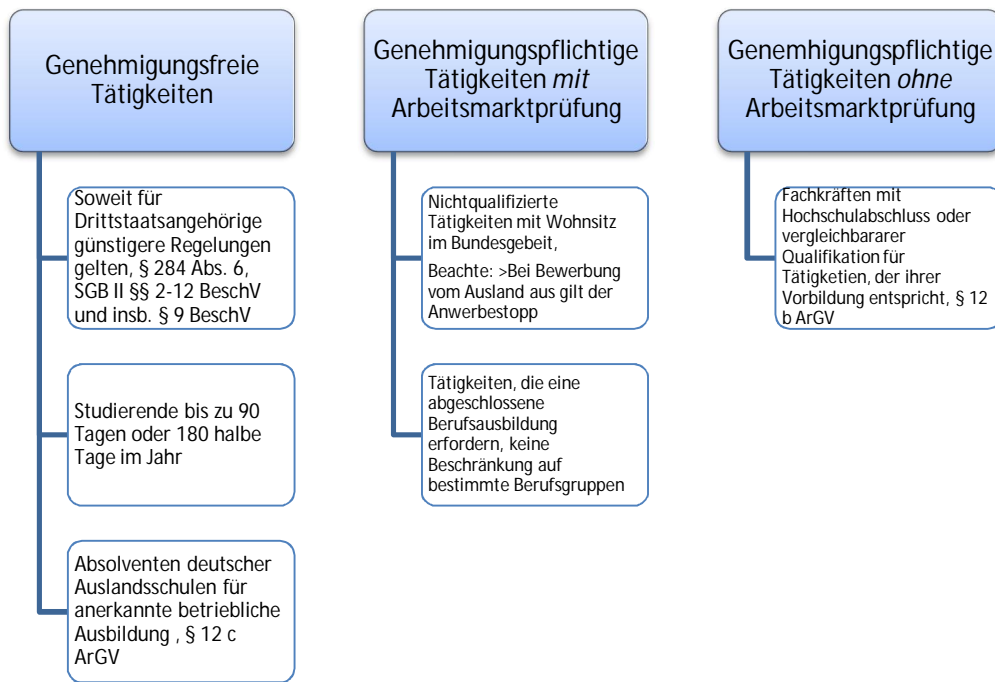
Estland, Lettland, Litauen, Polen, Tschechien, Slowakei, Ungarn und Slowenien, die am 01.5.2004 beigetreten sind, **bis 30.4.2011** und für

Rumänien und Bulgarien, die am 01.01.2007 beigetreten sind, bis ggf. **31.12.2013**

II. Zugang zum Arbeitsmarkt für die Unionsbürger der Beitrittsstaaten

Selbständige Tätigkeit:
Keine Einschränkung
Es gelten die gleichen berufs- und gewerberechtlichen Beschränkungen

Abhängige Erwerbstätigkeit:
grds. genehmigungspflichtig,
§ 284 SGB III



1. Arbeitserlaubnis - EU

- Antrag bei der Agentur für Arbeit am Wohnsitz vor Arbeitsaufnahme § 11 Abs. 2 ArGV
- Die Arbeitserlaubnis – EU wird befristet erteilt, wenn nicht Anspruch auf eine Arbeitsberechtigung EU besteht
- Gültig bis zur Aufhebung oder Erlöschen bei Ausreise aus einem nicht nur vorübergehenden Grund oder Erlöschen der Aufenthaltserlaubnis EU, 12 a Abs. 3 ArGV
- Für die Arbeitsmarktprüfung gilt: Bei der Vorrangprüfung ist nur zu prüfen, ob andere Deutsche oder EU-Arbeitnehmer für die gewünschte Tätigkeit verfügbar sind!

2. Arbeitsberechtigung - EU

- Nach 12 monatiger **erlaubter Teilnahme am Arbeitsmarkt**, § 12 a ArGV
- Wegen Benachteiligungsverbot gegenüber Drittstaatsangehörigen, § 284 Abs. 6 ArGV auch nach dreijährigem rechtmäßigem Aufenthalt analog § 9 Abs.1 Nr. 2 BeschVerf
- Einreise als Minderjähriger vor Ablauf der Wartezeit bei
 - Erwerb eines Schulabschlusses im Bundesgebiet,
 - Abschluss berufsvorbereitender Maßnahme oder

- Ausbildungsplatz,

Beachte: Dies gilt nicht für Studierende, § 3 a BeschVerV

Def. „**Erlaubte Teilnahme am Arbeitsmarkt**“: Maßgeblich ist die europarechtliche Definition des Arbeitnehmerbegriffs, d.h. jede Beschäftigung von nicht völlig untergeordneter Bedeutung.

Tätigkeiten während eines Studiums oder als Au-Pair sind als Teilnahme am Arbeitsmarkt zu werten.¹⁶

Keine Teilnahme am Arbeitsmarkt begründet jedoch die Beschäftigung in Saison- oder Werkvertragsarbeit.

III. Zugang zum Arbeitsmarkt für Familienangehörige

1. Begriff des Familienangehörigen, § 12 a Abs. 2 Satz 3 ArGV

- Ehegatten
- eingetragene Lebenspartner
- Kinder des Ehegatten oder Lebenspartners bis zum 21. Lebensjahr
- Verwandte in auf- und absteigender Linie, denen Unterhalt gewährt wird
- Elternteil von minderjährigen Unionsbürgern, auch wenn kein Unterhalt gewährt wird und der Lebensunterhalt nicht gesichert ist (**Rs Teixeira und Ibrahim**)

2. Arbeitsmarktzugang der Familienangehörigen

Es gelten grundsätzlich die gleichen Beschränkungen, denen der Arbeitnehmer unterliegt

- Arbeitsberechtigung-EU ohne eigene Vorbeschäftigung und unabhängig von der eigenen Aufenthaltsdauer bei 12 Monate Teilnahme des Arbeitnehmers, § 12 a ArGV
- Anspruch auf Arbeitsberechtigung-EU, wenn Arbeitnehmer Anspruch auf die Arbeitsberechtigung EU hat

¹⁶ Rs Payir, EuGH, Urt. V. 24.1.2008 – C 294/06

- Entfällt die Arbeitsmarkprüfung beim Arbeitnehmer gilt dies auch für die Familienangehörigen, § 8 BeschVerfV
- Nach 3 Jahren Aufenthalt Arbeitsberechtigung-EU unabhängig vom Status des Unionsbürgers, über § 9 BeschVerV

Beachte:

Familienangehörige von anderen Freizügigkeitsberechtigten wie Selbständigen, Rentnern, Daueraufenthaltsberechtigte etc. unterfallen keinen Einschränkungen der Arbeitnehmerfreizügigkeit nach den Beitrittsverträgen, Art. 23 UnionsRL.

J. Zugang zu weiteren Sozialleistungen

I. Allgemeines

Das koordinierende Sozialrecht dient der Verwirklichung der Freizügigkeit der Erwerbstätigen auf dem Gebiet der sozialen Sicherheit. Die Freiheit, sich in jedem Mitgliedstaat der EU eine Arbeit zu suchen und auszuüben ist nur gewährleistet, wenn der Wanderarbeitnehmer gegenüber dem inländischen Arbeitnehmer keine Rechtsnachteile erleidet und er durch seine Mobilität keine Ansprüche verliert.

Ab 1. Mai 2010 sind für Mitgliedstaaten der Europäischen Union (EU) die Verordnung (EG) 883/2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit und die Verordnung (EG) 987/2009 als Durchführungsverordnung zur VO **(EG) 883/2004** in Kraft getreten.

Die Verordnung (EG) 883/2004 löst die VO **(EWG) 1408/71** ab, die bis 30. April 2010 für alle Mitgliedstaaten des Europäischen Wirtschaftsraumes (EWR) gegolten hat.

Die Verordnungen (EG) 883/2004 und 987/2009 gelten jedoch nur für die **EU-Staaten**: Belgien, Bulgarien, Dänemark, Deutschland, Estland, Finnland, Frankreich, Griechenland, Großbritannien und Nordirland, Irland, Italien, Lettland, Litauen, Luxemburg, Malta, Niederlande, Österreich, Polen, Portugal, Rumänien, Schweden, Slowakei, Slowenien, Spanien, Tschechische Republik, Ungarn sowie Zypern.

In den Mitgliedstaaten des EWR, die nicht Mitglied der EU sind, sind die anzuwendenden Rechtsvorschriften weiterhin nach der Verordnung (EWG) 1408/71 zu bestimmen. Dies gilt in Island, Liechtenstein und Norwegen und zudem in der Schweiz bis diese Staaten die Verordnung (EG) 883/2004 ratifiziert haben.

Außerdem ist die Verordnung (EG) 883/2004 nur für **Staatsangehörige der EU-Staaten sowie Flüchtlinge und Staatenlose**, die in einem EU-Staat wohnen, anwendbar. Für

Drittstaatsangehörige, die in einem EU-Mitgliedstaat wohnen, gilt weiterhin die Verordnung (EWG) 1408/71.

In Art. 3 VO (EG) 883/2004 wird der sachliche Geltungsbereich katalogmäßig aufgezählt. Die Sozialhilfe ist u.a. aus dem sachlichen Anwendungsbereich ausgeschlossen.

Artikel 3 VO (EG) 883/2004

Sachlicher Geltungsbereich

(1) Diese Verordnung gilt für alle Rechtsvorschriften, die folgende Zweige der sozialen Sicherheit betreffen:

- a) Leistungen bei Krankheit;
- b) Leistungen bei Mutterschaft und gleichgestellte Leistungen bei Vaterschaft;
- c) Leistungen bei Invalidität;
- d) Leistungen bei Alter;
- e) Leistungen an Hinterbliebene;
- f) Leistungen bei Arbeitsunfällen und Berufskrankheiten;
- g) Sterbegeld;
- h) Leistungen bei Arbeitslosigkeit;
- i) Vorruhestandsleistungen;
- j) Familienleistungen.

(2) Sofern in Anhang XI nichts anderes bestimmt ist, gilt diese Verordnung für die allgemeinen und die besonderen, die auf Beiträgen beruhenden und die beitragsfreien Systeme der sozialen Sicherheit sowie für die Systeme betreffend die Verpflichtungen von Arbeitgebern und Reedern.

(3) Diese Verordnung gilt auch für die **besonderen beitragsunabhängigen Geldleistungen gemäß Artikel 70**.

(4) Die Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Verpflichtungen von Reedern werden jedoch durch Titel III nicht berührt.

(5) **Diese Verordnung gilt nicht für**

- a) **soziale und medizinische Fürsorge** oder
- b) Leistungen, bei denen ein Mitgliedstaat die Haftung für Personenschäden übernimmt und Entschädigung leistet, beispielsweise für Opfer von Krieg und militärischen Aktionen oder der sich daraus ergebenden Folgen, Opfer von Straftaten, Attentaten oder Terrorakten, Opfer von Schäden, die von Bediensteten eines Mitgliedstaats in Ausübung ihrer Pflichten verursacht wurden, oder für Personen, die aus politischen oder religiösen Gründen oder aufgrund ihrer Abstammung Nachteile erlitten haben.

Das in Art. 4 der VO (EG) 883/2004 verankerte Gebot der Gleichbehandlung verbietet eine Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit.

Im Sozialversicherungsrecht wird in der Regel an den gewöhnlichen Aufenthalt, den Wohnsitz oder den Beschäftigungsort angeknüpft und nicht an die Staatsangehörigkeit. Daher ist die sog. Äquivalenzregel (Tatbestandsgleichstellung) in Art. 5 VO (EG) 883/2004 von besonderer Bedeutung. Hiernach müssen die für das Vorliegen der Leistungsvoraussetzungen relevanten Ereignisse oder Sachverhalte, die sich in dem für die

Leistung zuständigen Mitgliedstaat verwirklichen, so behandelt werden, als hätten sie in dem für die Leistung zuständigen Staat stattgefunden.

Um mit der Ausübung der Freizügigkeit verbundene Nachteile zu verhindern, sind soziale Leistungen exportierbar. Die Exportierpflicht besteht jedoch nicht uneingeschränkt. So werden beitragsunabhängige Sonderleistungen ausschließlich im Wohnortstaat erbracht, Art. 70 Abs. 4 VO (EG) 883/2004.

Auch für Leistungen bei Arbeitslosigkeit gelten Einschränkungen.

Mobilitätsbedingten Nachteilen werden hier geschützt durch:

- Bestimmung des zuständigen nationalen Leistungsträgers
- Zusammenrechnung von Versicherungs- und Beschäftigungszeiten
- Zeitlich begrenzten Export von Leistungen bei Arbeitslosigkeit.¹⁷

Von dem Grundsatz der Exportierbarkeit von Leistungen der sozialen Sicherheit kann abgewichen werden, wenn es sich um Leistungen handelt, die eng an das soziale Umfeld gebunden sind. Zur Anrechnung von Rentenversicherungsleistungen außerhalb des Gebietes der Bundesrepublik hat der EuGH jedoch keine derartigen Rechtfertigungsgründe anerkannt. Dies liefe dem Ziel der Union, den Verkehr von Personen innerhalb der Union und deren Eingliederung in die Gesellschaft anderer Mitgliedstaaten zu fördern, zuwider.¹⁸

II. Auswahl einiger wesentlicher Sozialleistungen

1. Familienleistungen

Es bestehen Leistungsansprüche auf

- Kindergeld sowohl für die Unionsbürger als auch für die (drittstaatsangehörigen) Familienangehörigen.
- Elterngeld, sofern das Kind seinen Wohnsitz im Bundesgebiet hat

Praxisproblem:

Die Leistungen werden ohne Vorlage der Freizügigkeitsbescheinigung verweigert.

In der Praxis reicht es einigen Behörden, wenn die Freizügigkeitsberechtigung durch Vorlage eines Bescheides von der ARGE oder aber des Kindergeldbescheides (in dem Fall zum Nachweis beim Elterngeldanspruch) glaubhaft gemacht wird.

¹⁷ Faselt in „Europäisches Sozialrecht“, S. 261 ff

¹⁸ Rs Habelt, EuGH, Urt. V. 18.12.2007 – C 396/05

2. BAföG und BAB

Ansprüche bestehen **nicht**, wenn das Freizügigkeitsrecht sich aus dem Aufenthalt zum Zweck des Studiums oder der Ausbildung ableitet.

Im Übrigen können Ansprüche geltend gemacht werden,

- wenn ein Daueraufenthaltsrecht besteht
- als Familienangehöriger von freizügigkeitsberechtigten Unionsbürgern
- bei vorangegangenem längeren rechtmäßigem Aufenthalt (siehe **Rs Bidar**)
- nach § 2 Abs. 3 Nr. 3 FreizügG/EU, wenn zwischen der Ausbildung und der früheren Erwerbstätigkeit ein Zusammenhang besteht.

3. Krankenversicherungsschutz

Leistungen der sozialen Sicherheit im Krankheitsfall sind in den meisten Mitgliedstaaten auf das jeweilige Hoheitsgebiet beschränkt, so in der Bundesrepublik nach § 16 Abs. 1 Nr. 1 SGB V.

Die Regelungen in Art. 18 bis 36 VO (EWG) 1408/71, jetzt Art. 17 bis 35 VO (EG) 883/2004 dienen daher der Überwindung dieser territorialen Beschränkung zur Sicherung der Freizügigkeit.

Ein **gesetzlicher KV-Schutz** besteht unproblematisch für Beschäftigte, Künstler, Studierende und Familienangehörige von Beschäftigten.

Gleiches gilt, wenn das Aufenthaltsrecht unabhängig von der Sicherung des Lebensunterhaltes besteht, z. B. für Daueraufenthaltsberechtigte, § 5 Abs. 1 Nr. 13, § 5 Abs. 10 Satz 2 SGB V.

Für Arbeitslose und Rentner gelten Sonderregelungen.

Keine Pflichtversicherung besteht für

- Unionsbürger, die einer selbständigen Tätigkeit nachgehen
- Unionsbürger, deren Aufenthaltsrecht von der Sicherung des Lebensunterhaltes anhängig ist, § 4 FreizügG/EU iVm § 5 Abs. 10 Satz 2 SGB V.

Ungeklärt ist die Versicherungspflicht für Unionsbürger, die sich zur Arbeitssuche in Deutschland aufhalten, § 2 Abs. 2 Nr. 1 FreizügG/EU; die Voraussetzungen des § 4 FreizügG/EU werden hier nicht gefordert.

Ob noch ein Krankenversicherungsschutz im Heimatland besteht, hängt vom jeweiligen nationalen Recht ab. IdR hängt der Versicherungsschutz vom Wohnsitz ab.

Einzelheiten zum Krankenversicherungsschutz mit europäischer Krankenversicherungskarte sind in Art. 17 VO 883/2004 und Art. 19 VO 883/2004 sowie in der VO (EG) Nr. 987/2009 zur Durchführung der Verordnung VO (EG) 883/2004 geregelt.

Auskünfte erhält man auch über die Deutsche Verbindungsstelle Krankenversicherung Ausland (DVKA).

Besteht weder eine KV im Heimatland noch eine gesetzliche Krankenversicherung, ist eine private Versicherung abzuschließen. Der Beitragssatz beträgt 600,00 € monatlich. Der Beitragssatz kann auf die Hälfte abgesenkt werden, wenn durch Abschluss dieser Versicherung Hilfebedürftigkeit eintreten würde, § 12 Abs. 1 c) Versicherungsaufsichtsgesetz.

Fraglich ist, ob ein Recht auf eine freiwillige Versicherung oder freiwillige Weiterversicherung bei einer gesetzlichen Krankenversicherung im unmittelbaren Anschluss an die Beendigung der Pflichtversicherung im Herkunftsstaat besteht.

Nach § 9 SGB V besteht ein Anspruch auf Weiterversicherung im Rahmen der freiwilligen Mitgliedschaft in der gesetzlichen Krankenversicherung, sofern der Betroffene in den letzten 5 Jahren vor dem Ausscheiden mind. 24 Monate oder unmittelbar vor dem Ausscheiden ununterbrochen mindestens 12 Monate als Mitglied krankenversichert war.

Nach Art. 6 der VO (EG) 883/2004 haben Unionsbürger einen Anspruch auf freiwillige Versicherung oder freiwillige Weiterversicherung unter Anrechnung der Vorversicherungszeiten durch Zeiten der Versicherung in einem anderen Land der EU sofern in dieser Verordnung nichts anderes bestimmt ist.

Nach Art. 14 Abs. 4 iVm Art. 5 Buchstabe b der VO (EG) 883/2004 ist Voraussetzung für eine freiwillige Mitgliedschaft in Deutschland **im Anschluss an eine Pflichtversicherung in einem anderen EU-Land**, dass in der Vergangenheit mindestens für einen Tag bereits einmal eine Versicherung (Familienversicherung oder eigene Mitgliedschaft) in Deutschland bestanden hat.

Etwas anderes gilt, wenn aktuell in Deutschland eine Beschäftigung oder selbständige Erwerbstätigkeit ausgeübt wird. In diesen Fällen wird ebenfalls auf den Vorversicherungstag verzichtet, da Art. 14 Abs. 4 VO (EG) 883/2004 sich ausdrücklich nicht auf Personen bezieht, die in Deutschland wohnen oder aktuell den deutschen Rechtsvorschriften unterliegen. Für diese Personen ist ausschließlich Art. 5 Buchstabe b) der VO (EG) 8843/2004 anwendbar, der eine Gleichstellung von Sachverhalten durch den zuständigen Staat ohne nähere

Bedingungen vorsieht (vgl. hierzu auch Rundschreiben Nr. 2010/239 des GKV-Spitzenverbandes, Abteilung DVKA).

Krankenversicherung

Krankenversicherungsschutz mit europäischer Krankenversicherungskarte	Gesetzliche KV für Beschäftigte, Künstler, Studierende, Familienangehörige von Beschäftigten und wenn das Aufenthaltsrecht unabhängig von der Sicherung des Lebensunterhaltes besteht, z. B. für Daueraufenthaltsberechtigte	Keine Pflichtversicherung für Selbständige und Unionsbürger, deren Aufenthaltsrecht von der Sicherung des Lebensunterhaltes anhängig ist, § 4 FreizügG/EU iVm § 5 Abs. 10 Satz 2 SGB v	Versicherungspflicht für Arbeitssuchende? Kein Anwendungsfall des § 4 FreizügG/EU	Freiwillige Weiterversicherung: Anrechnung der Vorversicherungszeit aus einem anderen EU - Land bei aktueller Erwerbstätigkeit im Bundesgebiet oder wenn in der Vergangenheit bereits einmal mind. ein Tag eine Versicherung bestanden hat
---	--	--	--	--

K. Internet- und Literaturtipps

Flüchtlingsrat Berlin: Rechtsprechungsübersicht zum Flüchtlingssozialrecht
www.fluechtlingsrat-berlin.de/gesetzgebung.

Informationsverbund Asyl: Rechtsprechungsdatenbank und Artikelsammlung zum Aufenthalts- und Sozialrecht für MigrantInnen
www.asyl.net

Allgemeine Verwaltungsvorschrift zum Freizügigkeitsgesetz/EU vom 26.10.2009,
http://www.bund.juris.de/bsvwwwbund_26102009_MI19371156524.htm#ivz36

Bundesagentur für Arbeit: Durchführungsanweisungen zur Arbeitsgenehmigungsverordnung (November 2009)

www.arbeitsagentur.de

Tacheles-Aktuelle Informationen zum ALG II, Sozialhilfe und Grundsicherung

<http://www.tacheles-sozialhilfe.de>

Hofmann/Hoffmann: Handkommentar Ausländerecht (2008) ISBN 978—8329-1171-3

Classen, Georg: Sozialleistungen für MigrantInnen und Flüchtlinge. Von Loeper, Literaturverlag (2008), ISBN: 978-3860594162

Arbeitslosenprojekt TuWas: Leitfaden für Arbeitslose

Frings, Dorothee: Sozialrecht für Zuwanderer. Nomos (2008), ISBN:
978-3832929589