

Autorin: Rechtsanwältin Eva Steffen  
Telefon: 0221 - 35 50 17 35  
Fax: 0221 - 35 50 17 17  
E-Mail: [kanzlei.steffen@gmx.de](mailto:kanzlei.steffen@gmx.de)  
Aachener Straße 60-62  
50674 Köln

## **Argumentationshilfe für einen Eilantrag gem. § 86b SGG**

Es wird beantragt,

das Jobcenter im Wege der einstweiligen Anordnung zu verpflichten, mir/uns Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhaltes in Höhe des Regelbedarfes nach Maßgabe der gesetzlichen Bestimmungen des SGB II zu gewähren,

Hilfsweise wird beantragt,

die Stadt xxx beizuladen und im Wege der einstweiligen Anordnung zu verpflichten, mir/uns Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhaltes in Höhe des Regelbedarfes nach Maßgabe der gesetzlichen Bestimmungen des SGB XII zu gewähren

### **Begründung:**

Hier sind insbesondere Angaben zur Hilfebedürftigkeit, Zeitpunkt der Einreise/Anmeldung/Arbeitssuche/bisherige Erwerbstätigkeit/persönliche Lebenssituation/zu machen und Nachweise vorzulegen.

Da Unionsbürger für die Einreise kein Visum und auch für den weiteren Aufenthalt nach Ablauf des voraussetzungslos möglichen Aufenthaltes von 3 Monaten keinen Aufenthaltstitel (§ 2 Abs 4 S 1 FreizügG/EU) bedürfen, kann bei ihnen der ausländerrechtlich anerkannte Aufenthaltswert nicht unmittelbar einem entsprechenden Dokument mit möglicher Tatbestandswirkung für das SGB II entnommen werden. Vor dem Hintergrund einer nach nationalem Recht- bis zur Feststellung des Nichtbestehens oder des Verlusts einer Freizügigkeitsberechtigung - bestehenden Freizügigkeitsvermutung nach § 7 Abs. 1 FreizügG/EU von Unionsbürgern und der bereits damit verbundenen Vermutung der Rechtmäßigkeit des Aufenthalts kann bei dieser Personengruppe nicht darauf abgestellt werden, ob das Aufenthaltsrecht in einem Aufenthaltstitel dokumentiert ist. Unionsbürger sind nicht verpflichtet, die Rechtmäßigkeit ihres Aufenthalts durch eine entsprechende Bescheinigung nachzuweisen (BVerwG Urteil vom 16.11.2010 - 1 C 17/09, BVerwGE 138, 122 ff; so: BSG, Urt. v. 30.01.2013- B 4 AS 54/12 R, Rn. 20).

In diesem Zusammenhang ist darüber hinaus zu berücksichtigen, dass nach § 11 Abs. 2 FreizügG/EU das Aufenthaltsgesetz (erst) Anwendung findet, wenn das Nichtbestehen oder der Verlust des Freizügigkeitsrechts nach § 2 Abs. 1 AufenthG

festgestellt wurde und das FreizügG/EU keine besonderen Regelungen trifft. Es sind also noch denkbare Aufenthaltsw Zwecke nach dem AufenthG zu überprüfen. Diese Prüfung erfolgt jedoch nach nationalem Recht erst nach einer Feststellung zum Verlust des Freizügigkeitsrechts.

Dass es einer konstitutiven Feststellung des Ausländeramtes zum Verlust des Freizügigkeitsrechts bedarf und bis dahin die Vermutung der Freizügigkeit gilt, entspricht auch dem Willen des Gesetzgebers. Dies ergibt sich ausdrücklich aus der Gesetzesbegründung zum FreizügG/EU. In der entsprechenden Passage der BT-Drs. 15/420 vom 07.02.2003 heißt es auf Seite 106 hierzu:

„...Auf Unionsbürger und ihre Familienangehörigen, die nicht oder nicht mehr nach Gemeinschaftsrecht freizügigkeitsberechtigt sind und auch kein Aufenthaltsrecht nach § 2 Abs. 5 genießen, findet dieses Gesetz keine Anwendung, sondern die Betroffenen unterliegen dem allgemeinen Ausländerrecht. Entsprechend dem Grundsatz, dass Unionsbürger und ihre Angehörigen weitestgehend aus dem Geltungsbereich des allgemeinen Ausländerrechts herausgenommen werden, setzt dies einen – nicht notwendigerweise unanfechtbaren – Feststellungsakt der zuständigen Behörde voraus. Damit gilt für den in § 1 beschriebenen Personenkreis zunächst eine Vermutung der Freizügigkeit...“

Soweit der Aufenthalt aus einem anderen materiell bestehenden Aufenthaltsrecht als dem Zweck der Arbeitsuche nicht beendet werden könnte, hindert dies nach der Rechtsprechung des BSG sozialrechtlich bereits in einfachgesetzlicher Hinsicht die für einen Leistungsausschluss erforderliche positive Feststellung zum Bestehen eines "Aufenthaltsrechts allein aus dem Zweck der Arbeitsuche" iS von § 7 Abs 1 S 2 Nr 2 SGB II.

Die Entscheidung zum Bestehen oder Verlust des Freizügigkeitsrechts liegt **nach nationalem Recht** allein in der Entscheidungsbefugnis des Ausländeramtes und zwar unter Beachtung der Verfahrensgarantien aus der Unionsbürgerrichtlinie und

nicht der des Jobcenters oder der Sozialgerichtsbarkeit. So wird ein Unionsbürger auch erst dann ausreisepflichtig, wenn gemäß § 7 Abs. 1 FreizügG/EU die **Ausländerbehörde** den Verlust des Freizügigkeitsrechts festgestellt hat. Bis dahin gilt gemäß § 7 Abs. 1 unter Berücksichtigung der Regelung in § 11 Abs. 2 FreizügG/EU die Freizügigkeitsvermutung. Zumindest muss der Aufenthalt -wie entsprechend der Regelung bei Drittstaatsangehörigen bis zu einer solchen Entscheidung nach § 81 Abs. 3 AufenthG- als erlaubt gelten.

Es mag sein, dass der EuGH davon ausgeht, dass auch die Sozialgerichte und das zuständige Jobcenter in materiell rechtlicher Hinsicht zu überprüfen haben, ob ein Freizügigkeitsrecht vorliegt oder nicht, nach nationalem Recht hat eine solche konstitutiv wirkende Feststellung jedoch allein vom Ausländeramt zu erfolgen.

Der in § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II geregelte Leistungsausschluss ist unter Berücksichtigung dieser Ausführungen weiterhin jedenfalls für Arbeitssuchende nicht mit dem Gemeinschaftsrecht und darüber hinaus unabhängig vom Aufenthaltszweck und/oder dem Bestehen oder Nichtbestehen eines Aufenthaltsrechts nicht mit dem verfassungsrechtlich geschützten Anspruch auf Sicherung des menschenwürdigen Existenzminimums vereinbar:

Die Gemeinschaftswidrigkeit folgt für arbeitssuchende Unionsbürger mittelbar aus der Entscheidung des EuGH vom 11.11.2014 in der *RS Dano-C-333/13*:

Die Gemeinschaftskonformität des Leistungsausschlusses hat der EuGH ausdrücklich nur für wirtschaftlich nicht aktive Unionsbürger, die keine Arbeit suchen und ihren Lebensunterhalt nicht selbst sicherstellen können, sondern **allein zum Zweck des Leistungsbezuges** nach Deutschland eingereist sind, festgestellt.

Der EuGH hat gleichzeitig klargestellt, dass das Diskriminierungsverbot aus Art. 4 der Verordnung EG 883/2004, in dessen Anwendungsbereich auch die SGB II Leistungen gehören, Anwendung findet, aber einen rechtmäßigen Aufenthalt voraussetzt.

Zu beachten ist in diesem Zusammenhang zunächst, dass Arbeitssuchende nicht automatisch das Freizügigkeitsrecht verlieren, wenn sie innerhalb von 6 Monaten im Anschluss an den 3 Monate voraussetzungslosen Aufenthalt oder nach Beendigung einer Beschäftigung noch keine Arbeit gefunden haben. Es muss im Einzelfall festgestellt werden, ob eine Arbeitssuche über diesen Zeitraum hinaus erfolglos ist. Auch hierzu bedarf es einer Feststellung des Ausländeramtes.

Das Freizügigkeitsrecht zum Zweck der Arbeitssuche hängt nach § 2 Abs. 2 Nr. 1 FreizügG/EU – anders als für nicht erwerbstätige Unionsbürger nach § 4 FreizügG/EZ - auch nicht von der Sicherung des Lebensunterhaltes ab.

Sofern für einen Leistungsanspruch eine Verbindung zum deutschen Arbeitsmarkt gefordert wird, ist darauf hinzuweisen, dass sich das Bestehen einer Verbindung zum deutschen Arbeitsmarkt u. a. bereits aus der Feststellung ergeben kann, dass der Betroffene während eines angemessenen Zeitraums tatsächlich eine Beschäftigung in dem betreffenden Mitgliedstaat gesucht hat (EuGH, RS Vatsouras/Koupatantze, Ur. v. 04.06.2009 - C-22/08 und C-23/08 Rn 39).

Auch das Bestehen enger, insbesondere persönlicher Bindungen zum Aufnahmemitgliedstaat sind geeignet, zur Entstehung einer dauerhaften Bindung zwischen dem Unionsbürger und dem Aufnahmemitgliedstaat, einschließlich dessen Arbeitsmarkt, beizutragen (so EuGH, Urteil vom 25.10.2012 - Prete, C 367/11).

Eine Maßnahme, die die Freizügigkeit der Arbeitnehmer- und hierunter fällt auch das Recht auf Arbeitssuche-beschränkt, ist nur zulässig, wenn mit ihr ein berechtigter, mit dem Vertrag vereinbaren Zweck verfolgt wird und aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt ist. In einem solchen Fall muss die Anwendung einer solchen Maßnahme geeignet sein, die Verwirklichung des in Rede stehenden Zwecks zu gewährleisten und darf nicht über das hinausgehen, was zu seiner Erreichung erforderlich ist. Es ist Sache des Mitgliedstaates, in jedem Einzelfall nachzuweisen, dass diese Maßnahme geeignet ist, die Erreichung des mit ihr angestrebten Ziels zu gewährleisten und nicht über das zu dessen Erreichung erforderliche hinausgeht. Neben den Rechtfertigungsgründen, die ein Mitgliedstaat geltend machen kann, muss dieser daher eine Untersuchung zur Geeignetheit und Verhältnismäßigkeit der von ihm erlassenen Maßnahme vorlegen sowie genaue Angaben zur Stützung seines Vorbringens machen (EuGH, RS Caves Krier Frères Sàrl Ur. v. 13.12.2012 – C – 379/11).

Aus diesen Grundsätzen lässt sich ableiten, dass sich einerseits ein Unionsbürger zumindest in den Fällen, in denen er durch eine Zeit der Arbeitssuche bereits eine Verbindung zum deutschen Arbeitsmarkt hergestellt wurde, auf den Gleichbehandlungsgrundsatz berufen kann und auf der anderen Seite den Mitgliedstaat verpflichtet, im Einzelfall nachzuweisen, dass ein Ausschluss von Leistungen zur Erreichung des Ziels -hier Vermeidung von Wanderung in die sozialen Sicherungssysteme zur Sicherung des Lebensunterhalts - geeignet, erforderlich und verhältnismäßig ist. Die Kriterien für eine dahingehende Feststellung finden sich Erwägungsgrund 16 der UnionsRL.

Die Situation eines Arbeitssuchenden, der bereits durch eine vorangegangene Beschäftigung, eine gewisse Zeit der Arbeitssuche oder durch persönliche Bindungen zum Aufnahmemitgliedstaat, einen hinreichenden Bezug zum Arbeitsmarkt hergestellt hat, unterscheidet sich daher grundlegend von der Situation eines wirtschaftlich nicht aktiven Unionsbürgers, der bisher weder gearbeitet hat, noch eine Arbeit sucht und/oder über keine engen persönlichen Bindungen zum Aufnahmemitgliedstaat verfügt. Nur über diese Fallkonstellation hat der EuGH in der

Rechtssache Dano entschieden. In einer solchen Fallkonstellation, sei es –so der EuGH - gerechtfertigt, Unionsbürgern, die von Ihrer Freizügigkeit allein mit dem Ziel Gebrauch gemacht hätten, in den Genuss der Sozialhilfe eines anderen Mitgliedstaats zu kommen, obwohl sie nicht über ausreichende Existenzmittel für die Beanspruchung eines Aufenthaltsrechts verfügen, Sozialhilfeleistungen zu versagen (EuGH Rs Dano, Urt. V. 11.11.2014 - C- 333/13, Rn. 78).

Die für einen Anspruch über die VO (EG) 883/2004 vom EuGH geforderte Rechtmäßigkeit des Aufenthaltes muss sich nicht zwangsläufig aus dem EU-Freizügigkeitsrecht ergeben. Die Rechtmäßigkeit des Aufenthaltes kann auch über nationales Recht vermittelt werden (so u.a. EuGH, Urt. v. 12.05.1998 – RS Martinez Sala - C-85/96). Sind beispielsweise die Voraussetzungen für ein Freizügigkeitsrecht als Elternteil, der die elterliche Sorge für ein freizügigkeitsberechtigtes Kind ausgeübt, nicht erfüllt, käme ein Aufenthaltsrecht nach dem Aufenthaltsgesetz unter Berücksichtigung von Art. 6 GG und Art. 8 EMRK in Betracht. Insoweit wird auf die Ausführungen zu dieser Frage in der Entscheidung des Bundessozialgericht vom 30.1.2013 – B 4 AS 54/12 R Bezug genommen:

Die Prüfung eines Aufenthaltsrechts nach dem Aufenthaltsgesetz erfolgt nach deutschem Recht jedoch erst nach einer Verlustfeststellung zum Freizügigkeitsrecht. Bis dahin muss der Aufenthalt auch eines Unionsbürgers daher – wie oben dargestellt- entweder nach § 7 Abs. 1 FreizügG/EU als freizügigkeitsberechtigigt, oder aber zumindest in entsprechender Anwendung des § 81 Abs. 3 AufenthG als erlaubt gelten.

Da die Antragstellerin unstreitig bereits Arbeit gesucht hat, hat sie dadurch auch unabhängig von ihren persönlichen Bindungen zu hier lebenden Familienangehörigen einen Bezug zum deutschen Arbeitsmarkt hergestellt. Sie verfügt damit über einen rechtmäßigen – in diesem Fall freizügigkeitsberechtigigten - Aufenthalt. Ein Verfahren des Ausländeramtes über einen etwaigen Verlust ihres Freizügigkeitsrechts ist nicht anhängig. Sie hat somit einen Anspruch auf einen diskriminierungsfreien Zugang zu dem SGB II Leistungen über Art. 4 VO (EG) 883/2004. Der in § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II geregelte Leistungsausschluss ist auf sie nicht anwendbar.

Es ist davon auszugehen, dass der EuGH in der dem Vorlageverfahren des BSG in der noch anhängigen *RS Alimanovic* entscheiden wird, dass Unionsbürger, die sich zum Zweck der Arbeitssuche in Deutschland aufhalten, nicht von Leistungen ausgeschlossen werden dürfen. Für die Dauer der Arbeitssuche besteht daher ein Leistungsanspruch nach dem SGB II solange das Ausländeramt keine Verlustfeststellung zum Recht auf Freizügigkeit getroffen hat und kein weiteres Aufenthaltsrecht nach dem Aufenthaltsgesetz besteht. Selbst wenn ein Unionsbürger ausreisepflichtig wäre, verliert er nicht den Anspruch auf Leistungen zur Sicherung des Existenzminimums, da in diesem Fall ein Leistungsanspruch nach dem AsylbLG entsteht. Für den Fall einer vollziehbaren Ausreiseverpflichtung, besteht die Leistungsberechtigung nach § 1 Abs. 1 Nr. 5 AsylbLG. Bis dahin ergibt sich ein

Anspruch auf Gewährung von vorläufigen Leistungen aus der insoweit eigenständigen auch weiterhin anzuwendende Anspruchsgrundlage des § 40 Abs. 2 Nr. 1 SGB II in Verbindung mit § 328 Abs. 1 Nr. 1 SGB III. Der EuGH bisher nur zu wirtschaftlich nicht aktive Unionsbürgern entschieden und gerade noch nicht über die Ansprüche Arbeit suchender Unionsbürger. In Anbetracht dessen, dass die Leistungen der Grundsicherungen für Arbeitssuchende nach dem SGB II der Sicherstellung eines menschenwürdigen Lebens dienen, ist von einer Ermessensreduzierung auf Null auszugehen.

Unabhängig von diesen Ausführungen betrifft die Entscheidung des EuGH zur Vereinbarkeit eines Ausschlusses von Unionsbürgern von Sozialhilfeleistungen mit Gemeinschaftsrecht nur die europäische Rechtslage.

Der Ausschluss von existenzsichernden Leistungen nach § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II ist aber mit dem verfassungsrechtlich geschützten Anspruch auf ein Existenzminimum nicht zu vereinbaren.

Das Bundesverfassungsgericht hat in seiner Entscheidung vom 18.07.2012 -1 BvL 10/10, 1 BvL 2/11 - betont, dass der Anspruch auf Sicherung des menschenwürdigen Existenzminimums ein unverfügbares Grundrecht ist und als Menschenrecht deutschen und ausländischen Staatsangehörigen, die sich in der Bundesrepublik Deutschland aufhalten, gleichermaßen zusteht. Die menschenwürdige Existenz muss durch einen gesetzlichen Anspruch ab Beginn des Aufenthaltes in der Bundesrepublik Deutschland in jedem Fall und jederzeit realisiert werden. Maßstab für die Bestimmung des Existenzminimums sind allein die Gegebenheiten in Deutschland. Die Vermeidung von Anreizen für Wanderungsbewegungen durch ein im internationalen Vergleich eventuell hohes Leistungsniveau, kann von vornherein - so ausdrücklich das Bundesverfassungsgericht - 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. Der in § 7 Abs. 1 Satz 2 geregelte Leistungsausschluss ist nach den Gesetzesmotiven: „Keine Wanderung in die sozialen Sicherungssysteme,“ rein migrationspolitisch motiviert. Auch wenn Art. 24 Abs. 2 UnionsRL den Mitgliedstaaten ausdrücklich erlaubt, Unionsbürger von Sozialleistungen auszuschließen, ist dies verfassungsrechtlich irrelevant. Eine europarechtliche Norm - hier die Option zum Leistungsausschluss von Sozialleistungen in Art. 24 Abs. 2 UnionsRL - findet keine Anwendung, soweit sie mit Art. 1 und Art. 20 GG nicht vereinbar ist (Geltungsvorrang des Grundgesetzes). Das Existenzminimum ist unabhängig von den Aufenthaltsgründen oder eine Aufenthaltsperspektive in Deutschland jederzeit und vollumfänglich zu gewährleisten.

Eine „Zuwanderungsbegrenzung durch Aushungern“ ist mit dem Grundrecht auf ein menschenwürdiges Existenzminimum nicht zu vereinbaren.

Den Antragstellern kann im Lichte des Art. 1 i. v. m. Art. 19 Abs. 4 GG verankerten Gebots des effektiven Rechtsschutzes und der Menschenwürde nicht zugemutet werden, ohne jede staatliche Existenzsicherung eine Entscheidung in der Hauptsache abzuwarten (Landessozialgericht für das Land Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 25. August 2014 – L 12 AS 1353/14 B ER –, juris). Die Beurteilung der entscheidenden Rechtsfrage des Leistungsausschlusses ist auch nach der Entscheidung des EuGH in der RS Dano vom 11.11.2014 europarechtlich jedenfalls für Arbeitssuchende aber auch für andere Fallgestaltungen, in denen ein Aufenthaltsrecht nach dem AufenthG in Betracht kommt, weiter offen. Offen ist aber unabhängig davon insbesondere die Frage, ob ein Ausschluss von existenzsichernden Leistungen mit dem verfassungsrechtlich geschützten Anspruch auf ein menschenwürdiges Existenzminimum vereinbar ist. Diese Frage kann in dem vorliegenden einstweiligen Verfahren nicht zuverlässig beantwortet werden. Im Rahmen einer Folgenabwägung sind auch die Aspekte einer möglichen Verfassungswidrigkeit des Gesetzes in die Abwägung einzubeziehen.