



Europäische Union

Grundlagen - Freizügigkeit der Unionsbürger/innen - Zugang zu Transferleistungen

Die Europäische Union hat für die Menschen in der EU Freizügigkeit und offene Grenzen gebracht. Damit einher geht, dass die rechtliche Situation von EU-Bürger/innen weitgehend von Europarecht bestimmt und nationalen Gestaltungsspielräumen weitgehend entzogen ist.

Im Folgenden werden zunächst die aktuellen Grundlagen der EU (Vertrag von Lissabon, Charta der Grundrechte, Anwendungsvorrang) kurz dargestellt. Im Zentrum stehen dann die Unionsbürgerrechte und insbesondere die Freizügigkeit. Weiter werden die spezifischen Rechte und Zugangsprobleme mit Blick auf soziale Leistungen (insbesondere SGB II) aufgezeigt.

Seit der Veröffentlichung der Arbeitshilfe im Juni 2012 hat sich einiger Änderungsbedarf ergeben:

- Die Erläuterungen zur Freizügigkeit sind in der Systematik und inhaltlich überarbeitet.
 - Die Erläuterungen zum Aufbau der EU sind in der neuen Fassung entfallen.
 - Neu aufgenommen wurden u.a. Erläuterungen zur Grundrechtecharta der EU.
- Die Erläuterungen zu Einreise und Aufenthalt sind in der Systematik und inhaltlich überarbeitet. Neu aufgenommen wurden insbesondere Änderungen, die sich durch das Gesetz zur Änderung des Freizügigkeitsgesetzes/EU und weiterer aufenthaltsrechtlicher Vorschriften (BGBl. I v. 28.1.2013, 86) ergeben.
- Neu aufgenommen ist aktuelle Rechtsprechung zum Familiennachzug.
- Neu aufgenommen ist aktuelle Rechtsprechung zum Anspruch auf Leistungen nach SGB II insbes. BSG v. 30.1.2013 - B 4 AS 54/12 R und - B 4 AS 37/12 R.

1	Abkürzungsverzeichnis	4
2	Die Europäische Union	6
3	Rechtsgrundlagen	6
3.1	Primärrecht	6
3.1.1	Vertrag über die Arbeitsweise der Union (AEUV).....	6
3.1.2	Charta der Grundrechte.....	6
3.2	Sekundärrecht	7
3.3	EuGH	7
3.4	Anwendungsvorrang	8
4	Die Freizügigkeit der Unionsbürger/innen	8
4.1	Grundfreiheiten des AEUV	9
4.1.1	Arbeitnehmerfreizügigkeit	9
4.1.1.1	Arbeitsuchende.....	9
4.1.1.2	Arbeitnehmerstatus.....	9
4.1.2	Die Freizügigkeit der Selbständigen	10
4.1.2.1	Dienstleistungsfreiheit.....	10
4.1.2.2	Niederlassungsfreiheit	10
4.2	Die Unionsbürgerschaft	10
4.3	Recht auf Einreise und Aufenthalt	12
4.3.1	Meldepflicht und Nachweis des Aufenthaltsrechts	12
4.3.2	Arbeitslosigkeit oder Erwerbsminderung	13
4.3.3	Verbleibeberechtigte	13
4.3.4	Daueraufenthaltsrecht	14
4.3.5	Feststellung des Verlusts des Rechts auf Einreise und Aufenthalt	14
4.3.6	Ausweisungsschutz	15
4.4	Familienzusammenführung	15
4.4.1	Das Recht auf Familienleben.....	15
4.4.2	Der europarechtliche Familienbegriff.....	16
4.4.3	Familienangehörige ohne Staatsangehörigkeit eines EU-Mitgliedstaates	16
4.4.4	Aufenthaltskarte	18
4.4.5	Aufenthaltsrecht bei Tod oder Trennung	18
4.4.6	Inländerdiskriminierung und Dänemarkehe.....	19
4.5	Staatsangehörige von Bulgarien und Rumänien	19
4.5.1	Arbeitsurlaubnis-EU.....	19
4.5.2	Arbeitsberechtigung-EU.....	20
4.5.3	Arbeitsmarktzugang für Familienangehörige von Arbeitnehmer/innen	20
4.5.4	Arbeitsmarktzugang für Familienangehörige von Selbständigen	20
4.5.5	Arbeitsmarktzugang als Angehörige von Deutschen oder von Ausländer/innen mit unbeschränkten Arbeitsmarktzugang	21
5	Zugang zu Sozialleistungen	21
5.1	Diskriminierungsverbote nach AEUV, GRC, Unionsbürgerrichtlinie und VO 883/2004	21
5.2	Europäisches Fürsorgeabkommen (EFA)	22
5.2.1	SGB II	22
5.2.2	SGB XII	23
5.3	Ansprüche von EU-Bürger/innen auf Grundsicherungsleistungen nach SGB II	23
5.3.1	Allgemeine Anspruchsvoraussetzungen	23

5.3.1.1	Gewöhnlicher Aufenthalt.....	23
5.3.1.2	Rechtmäßigkeit des Aufenthaltes	24
5.3.1.3	Ausländerrechtliche Erwerbsfähigkeit.....	24
5.3.2	Erwerbstätige Unionsbürger/innen	24
5.3.2.1	Anspruch auf aufstockende Leistungen.....	24
5.3.2.2	Kein Ausschluss von SGB II-Leistungen in den ersten 3 Monaten.....	24
5.3.3	Arbeitsuchende	24
5.3.3.1	Anspruch bei Aufenthalt aus anderem Grund als der Arbeitssuche	25
5.3.3.2	Anspruch nach vorhergehender Erwerbstätigkeit: kein Verlust des Erwerbstätigenstatus	25
5.3.3.3	Anspruch wegen tatsächlicher Verbindung zum deutschen Arbeitsmarkt	25
5.3.4	Langaufhältige EU-Bürger/innen	26
5.3.5	Nicht erwerbstätige, (noch) nicht arbeitssuchende EU-Bürger/innen	26
5.3.6	Familienangehörige von erwerbstätigen EU-Bürger/innen.....	27
5.3.7	Familienangehörige von Deutschen	27
5.3.8	Sozialrechtliches Gleichbehandlungsgebot?	27
5.3.9	Anspruch auf Dolmetscher- und Übersetzungsdienste	28
5.4	Krankenversicherungspflicht und Krankenversicherung im SGB II.....	28
5.4.1	Krankenversicherung im Herkunftsland.....	29
5.4.2	Wirtschaftlich inaktive EU-Bürger/innen und VO 883/2004	29
5.4.3	Pflichtversicherung in der GKV und Versicherungspflicht in der PKV.....	30
5.4.4	Krankenversicherung im Rahmen des SGB II.....	31
5.5	Sozialhilfe	31
5.5.1	(Kein) Ausschluss wegen Erwerbsfähigkeit (§ 21 SGB XII)	32
5.5.2	Ausschluss nach § 23 Abs. 3 S. 1 1. Alt. SGB XII.....	32
5.5.3	Ausschluss nach § 23 Abs. 3 S. 1 2. Alt. SGB XII.....	32
5.5.4	Ausschluss nach § 23 Abs. 3 S. 2 SGB XII	32
5.5.5	Kein Anspruchsausschluss für Staatsangehörige der EFA-Staaten	32
5.5.6	Leistungen nach Ermessen trotz Ausschluss.....	33
5.5.7	Hinweis auf Rückführungs- und Weiterwanderungsprogramme (§ 23 Abs. 4 SGB XII)	33
5.6	Spezifische Problemstellungen bei EU-Bürger/innen aus Bulgarien und Rumänien	33
6	Familienleistungen	33
6.1	Kindergeld	33
6.2	Elterngeld	34
6.3	Kinderzuschlag (§ 6a Bundeskindergeldgesetz).....	34
7	Infos/Literatur.....	35

1 Abkürzungsverzeichnis

ABI. EU	Amtsblatt der Europäischen Union
Abs.	Absatz
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der EU
Alg II	Arbeitslosengeld II
Alg	Arbeitslosengeld
ArGV	Verordnung über die Arbeitsgenehmigung für ausländische Arbeitnehmer (Arbeitsgenehmigungsverordnung)
Art.	Artikel
AufenthG	Gesetz über den Aufenthalt, die Erwerbstätigkeit und die Integration von Ausländern im Bundesgebiet (Aufenthaltsgesetz)
AVwV AufenthG	Allgemeine Verwaltungsvorschrift zum AufenthG
AVwV FreizügG/EU	Allgemeine Verwaltungsvorschrift zum FreizügG/EU
BA	Bundesagentur für Arbeit
BeschV	Verordnung über die Zulassung von neueinreisenden Ausländern zur Ausübung einer Beschäftigung (Beschäftigungsverordnung)
BeschVerfV	Verordnung über das Verfahren und die Zulassung von im Inland lebenden Ausländern zur Ausübung einer Beschäftigung (Beschäftigungsverfahrensverordnung)
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BKGG	Bundeskindergeldgesetz
BSG	Bundessozialgericht
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
bzw.	beziehungsweise
ca.	circa
DA-FamEStG	Dienstanweisung zur Durchführung des Familienleistungsausgleichs nach dem X. Abschnitt des Einkommensteuergesetzes des Bundeszentralamts für Steuern
EFA	Europäisches Fürsorgeabkommens
EG	Europäische Gemeinschaft
EStG	Einkommenssteuergesetz
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
evtl.	eventuell
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EWR	Europäischer Wirtschaftsraum
f./ff.	folgend/folgende
Fn.	Fußnote
FreizügG/EU	Gesetz über die allgemeine Freizügigkeit von Unionsbürgern (Freizügigkeitsgesetz/EU)
gem.	gemäß
GKV	Gesetzliche Krankenversicherung
GRC	Charta der Grundrechte

Hg.	Herausgeber
InfAuslR	Informationsbrief Ausländerrecht (Zeitschrift)
i.V.m.	in Verbindung mit
LSG	Landessozialgericht
Nr.	Nummer
NRW	Nordrhein-Westfalen
PKH	Prozesskostenhilfe
RL	Richtlinie
Rn.	Randnummer, Randziffer
Rs	Rechtssache
S.	Satz
SG	Sozialgericht
SGB II	Sozialgesetzbuch II – Grundsicherung für Arbeitsuchende
SGB III	Sozialgesetzbuch III – Arbeitsförderung
SGB V	Sozialgesetzbuch V – Krankenversicherung
SGB XII	Sozialgesetzbuch XII – Sozialhilfe
s.o.	siehe oben
s.u.	siehe unten
u.a.	unter anderem
UnionsRL	Unionsbürgerrichtlinie
vgl.	vergleiche
VO	Verordnung
VVG	Gesetz über den Versicherungsvertrag (Versicherungsvertragsgesetz)
ZAR	Zeitschrift für Ausländerrecht und Ausländerpolitik
z. B.	zum Beispiel
ZESAR	Zeitschrift für europäisches Sozial- und Arbeitsrecht

2 Die Europäische Union

1992 wurde mit dem Vertrag von Maastricht - dem EU-Vertrag – die Europäische Union, kurz EU, errichtet. Die EU hat die 1957 gegründete Europäische Gemeinschaft damals zwar umgangssprachlich, aber noch nicht rechtlich ersetzt. Das geschah erst mit dem Vertrag von Lissabon.

Nach der Jahrtausendwende sollte die EU mit dem Verfassungsvertrag grundsätzlich erneuert werden. Obwohl am 29. Oktober 2004 in Rom unterzeichnet, trat er nie in Kraft, weil er bei Referenden in Frankreich und in den Niederlanden abgelehnt wurde und damit gescheitert war. Stattdessen einigten sich die Regierungschefs im Jahr 2007 darauf, dass ein neuer EU-Vertrag die EU-Verfassung ersetzen sollte. In der Regierungskonferenz vom 18. und 19. Oktober 2007 einigten sie sich auf den Text des Reformvertrags, der am 13.12.2007 in Lissabon unterzeichnet wurde. Dieser „Vertrag von Lissabon“ ist zum 1.12.2009 in Kraft getreten.

Durch den Vertrag von Lissabon wurde der EU-Vertrag geändert und der EG-Vertrag durch den Vertrag über die Arbeitsweise der Union (AEUV) ersetzt. Die Union tritt an die Stelle der EG, deren Rechtsnachfolgerin sie ist.

3 Rechtsgrundlagen

3.1 Primärrecht

Die Rechtsnatur der Europäischen Union war und ist umstritten: Staatenbund? Bundesstaat? Keines der bekannten Konstrukte mag so recht passen. Folglich wird die Union als ein „supranationaler Staatenverbund eigener Art“ bezeichnet. Sie beruht auf völkerrechtlichen Verträgen (EU-Vertrag, AEUV) und hat auf dieser Grundlage eigene Rechtsetzungsbefugnis und Rechtsprechung sowie eine eigene Administration. Die zugrunde liegenden Verträge sind das Primärrecht, die darauf aufbauenden Rechtsakte das Sekundärrecht.

3.1.1 Vertrag über die Arbeitsweise der Union (AEUV)

Der AEUV enthält u. a. Regelungen über das Gesetzgebungsverfahren und über die Verfahren vor dem EuGH. Er enthält aber auch subjektive Rechte der Unionsbürger/innen wie das Diskriminierungsverbot (Art. 18 AEUV) und die so genannten Grundfreiheiten (s. u. S. 8 f.). Auf diese subjektiven Rechte können sich EU-Bürger/innen unmittelbar berufen, ohne dass es weiterer Rechtssetzungsakte auf nationaler Ebene bedarf.

3.1.2 Charta der Grundrechte

Die Charta der Grundrechte (Grundrechtecharta - GRC) wurde im Dezember 2000 in Nizza förmlich proklamiert, war aber zunächst kein die Mitgliedstaaten bindendes Recht. Mit dem Vertrag von Lissabon wurde sie in den EU-Vertrag einbezogen. Die Union verpflichtet sich, die in der Charta niedergelegten Rechte anzuerkennen. Weiter wird festgestellt, dass die Charta die gleiche Rechtsverbindlichkeit hat wie der EU-Vertrag und der AEUV (Art. 6 Abs. 1 EU-Vertrag). Wie sich das im Einzelnen auswirken wird, lässt sich noch nicht absehen.

Die Charta umfasst 7 Kapitel, die die klassischen Freiheits- und Bürgerrechte aber auch soziale Rechte umfassen:

- Kapitel I: Würde (Würde des Menschen; Recht auf Leben; Recht auf Unversehrtheit; Verbot der Folter und unmenschlicher oder erniedrigender Strafe oder Behandlung; Verbot der Sklaverei und der Zwangsarbeit);
- Kapitel II: Freiheiten (Recht auf Freiheit und Sicherheit; Achtung des Privat- und Familienlebens; Schutz personenbezogener Daten; Recht, eine Ehe einzugehen und eine Familie zu gründen; Gedanken-, Gewissens- und Religionsfreiheit; Freiheit der Meinungsäußerung und Informationsfreiheit; Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit; Freiheit von Kunst und Wissenschaft; Recht auf Bildung; Berufsfreiheit und Recht zu arbeiten; unternehmerische

- Freiheit; Eigentumsrecht; Asylrecht; Schutz bei Abschiebung, Ausweisung und Auslieferung);
- Kapitel III: Gleichheit (Gleichheit vor dem Gesetz; Nichtdiskriminierung; Vielfalt der Kulturen, Religionen und Sprache; Gleichheit von Männern und Frauen; Recht des Kindes; Rechte älterer Menschen; Integration von Menschen mit Behinderung);
 - Kapitel IV: Solidarität (Recht auf Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer im Unternehmen; Recht auf Kollektivverhandlungen und Kollektivmaßnahmen; Recht auf Zugang zu einem Arbeitsvermittlungsdienst; Schutz bei ungerechtfertigter Entlassung; gerechte und angemessene Arbeitsbedingungen; Verbot der Kinderarbeit und Schutz der Jugendlichen am Arbeitsplatz; Familien- und Berufsleben; soziale Sicherheit und soziale Unterstützung; Gesundheitsschutz; Zugang zu Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse; Umweltschutz; Verbraucherschutz);
 - Kapitel V: Bürgerrechte (aktives und passives Wahlrecht bei den Wahlen zum Europäischen Parlament und bei den Kommunalwahlen; Recht auf eine gute Verwaltung; Recht auf Zugang zu Dokumenten; der Europäische Bürgerbeauftragte; Petitionsrecht; Freizügigkeit und Aufenthaltsfreiheit; diplomatischer und konsularischer Schutz);
 - Kapitel VI: Justizielle Rechte (Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf und ein unparteiisches Gericht; Unschuldsvermutung und Verteidigungsrechte; Grundsätze der Gesetzmäßigkeit und der Verhältnismäßigkeit im Zusammenhang mit Straftaten und Strafen; Recht, wegen derselben Straftat nicht zweimal strafrechtlich verfolgt oder bestraft zu werden);
 - Kapitel VII: Allgemeine Bestimmungen.

3.2 Sekundärrecht

Das Sekundärrecht ist abgeleitetes Recht wie Verordnungen oder Richtlinien, die die EU auf Grundlage des AEUV verabschiedet (Art. 288 AEUV). Hierzu gehört u. a. die so genannte Unionsbürgerrichtlinie¹ (UnionsRL) oder die Verordnung zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit (VO 883/2004).

Die EU-Verordnungen und EU-Richtlinien dürfen nicht mit ihren namensgleichen deutschen Pendanten verwechselt werden. Eine europäische Verordnung „hat allgemeine Geltung. Sie ist in allen Teilen verbindlich und gilt unmittelbar in jedem Mitgliedstaat“ (Art. 288 AEUV).

Die Richtlinie ist „für jeden Mitgliedstaat, an den sie gerichtet wird, hinsichtlich des zu erreichenden Ziels verbindlich, überlässt jedoch den innerstaatlichen Stellen die Wahl der Form und die Mittel“ (Art. 288 AEUV). Sie legt mithin einen Rahmen fest, der von den Mitgliedstaaten ausgefüllt werden muss. Sie dient der Rechtsangleichung und Koordinierung, innerstaatliche Rechtsformen sollen dabei gewahrt bleiben. Da die Richtlinie nicht unmittelbar wirkt, sondern erst in nationales Recht umgesetzt werden muss, wird der Einzelne nicht durch sie verpflichtet, er kann sich aber regelmäßig auch nicht auf sie berufen.

3.3 EuGH

Der Europäische Gerichtshof (EuGH) wacht über die korrekte Anwendung und die Auslegung europäischer Rechtsnormen (Art. 19 EU-Vertrag).

Die Rechtsprechung des EuGH ist in der ganzen EU verbindlich und entfaltet damit auch für die einzelnen EU-Bürger/innen erhebliche Wirkung. Das gilt insbesondere für Vorabentscheidungsverfahren (Art. 267 AEUV). Da die Gefahr besteht, dass die Gerichte in den einzelnen Ländern die europäischen Rechtsvorschriften unterschiedlich auslegen, gibt es das „Vorabentscheidungsersuchen“: Wenn ein nationales Gericht Zweifel hinsichtlich der Auslegung oder Gültigkeit einer Rechtsvorschrift der EU hat, so kann bzw. muss es den Gerichtshof zu Rate ziehen. Dieser Rat wird in Form einer „Vorabentscheidung“ erteilt (Art. 267 AEUV).

¹ Richtlinie 2004/38/EG über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten v. 29. April 2004, Abl. EU v. 30.4.2004 L 158/77

Die Nichtigkeits- und die Untätigkeitsklage (Art. 263 ff. AEUV) können auch von Privatpersonen erhoben werden. Diese Klageformen richten sich gegen Organe oder Einrichtungen der EU bzw. gegen deren Handlungen und Rechtsakte, die eine Privatperson unmittelbar betreffen. Sie sind für die tägliche Praxis wenig relevant, da Privatpersonen regelmäßig nicht unmittelbar und individuell durch Handlungen und Rechtsakte der EU-Organe oder Einrichtungen betroffen sind.

3.4 Anwendungsvorrang

Das EU-Recht - egal ob primäres Recht oder sekundäres Recht – und die Entscheidungen des EuGH stehen „über“ dem deutschen Recht. Der so genannte Anwendungsvorrang des EU-Rechts bedeutet, dass sich der nationale Gesetzgeber und die Rechtsanwender nicht auf anders lautendes nationales Recht berufen können und deutsches Recht europarechtskonform auszulegen ist.

Mit Blick auf Unionsbürger/innen heißt das beispielsweise, dass die UnionsRL Vorrang hat vor dem Ausländerrecht und auch vor dem Freizügigkeitsgesetz/EU (FreizügG/EU), das ausweislich seines § 1 die Einreise und den Aufenthalt von Staatsbürgern anderer Mitgliedstaaten der Union regelt. Bei der Anwendung der UnionsRL ist weiter zu beachten, dass sie ihrerseits im Sinne der unmittelbar auf dem AEUV beruhenden Unionsbürgerrecht auf Einreise und Aufenthalt und der Grundfreiheiten (s. u. S. 8 f.) auszulegen ist.

Die Durchsetzung europäischen Rechts obliegt neben den nationalen Verwaltungen und Gerichten der Kommission und dem EuGH.

4 Die Freizügigkeit der Unionsbürger/innen

Die Stellung der EU-Bürger/innen ist europarechtlich eine herausgehobene und wird in einem eigenen Abschnitt behandelt: „Nichtdiskriminierung und Unionsbürgerschaft“ (Zweiter Teil AEUV). Die Erwerbstätigenfreizügigkeit ist als Titel IV ein Teil der internen Politiken der Union (Dritter Teil AEUV).

Die Freizügigkeit der Unionsbürger/innen ist aus europapolitischer Sicht Binnenmigration, auch wenn dabei Landesgrenzen überschritten werden. Das beruht u.a. auf dem Gedanken, dass die Freizügigkeit der Verwirklichung des Binnenmarktes dient. Der freie Verkehr von Personen ist neben dem freien Verkehr von Waren, Dienstleistungen und Kapital eine der berühmten „vier Freiheiten“. Sie war bereits im EWG-Vertrag von 1957 angelegt. Seit 1.1.1970 genießen EU-Bürger/innen auf der Grundlage der so genannten Grundfreiheiten (Erwerbstätigenfreizügigkeit: Arbeitnehmerfreizügigkeit, Niederlassungsfreiheit und Dienstleistungsfreiheit) volle Freizügigkeit innerhalb der EU.

Das Freizügigkeitsrecht erwächst mithin aus der Unionsbürgerschaft und den Grundfreiheiten und ist durch verschiedene Diskriminierungsverbote, insbesondere Art. 18 AEUV, abgesichert. Nach der ständigen Rechtsprechung des EuGH gehört die Freizügigkeit zu den „Grundlagen der Gemeinschaft; die einschlägigen Bestimmungen sind daher weit auszulegen“². Auf dieser Basis hat der EuGH in den vergangenen Jahrzehnten eine weitgehende Gleichstellung von zugewanderten mit einheimischen Unionsbürger/innen durchgesetzt.

Da die Freizügigkeit unmittelbar aus dem AUEV erwächst, ist sie dem Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers weitgehend entzogen und kann durch Richtlinien und das nationale Recht lediglich näher beschrieben werden. Bei Widersprüchlichkeiten ist der AEUV maßgeblich wie er nach der EuGH-Rechtsprechung ausgelegt wird.

Staatsangehörige von anderen EU-Mitgliedstaaten sind deshalb zwar Ausländer/innen, unterliegen aber in der Regel nicht dem allgemeinen Ausländerrecht (vgl. § 1 Abs. 2 Nr. 1 AufenthG). Das AufenthG ist nur anwendbar, wenn dies in § 11 FreizügG/EU vorgesehen ist. Das gilt z. B. wenn das AufenthG eine günstigere Regelung enthält als das FreizügG/EU. Dieses Meistbegünsti-

² EuGH Urteil v. 26. Februar 1991, Rs. C-292/89 <Antonissen>, Rn. 11

gungsgebot (Rosinenprinzip) gilt nicht nur mit Blick auf das AufenthG. Bei freizügigkeitsberechtigten EU-Bürger/innen ist generell die für sie günstigere Regelung anzuwenden.

4.1 Grundfreiheiten des AEUV

4.1.1 Arbeitnehmerfreizügigkeit

Die Freizügigkeit der Arbeitnehmer (Art. 45 AEUV) umfasst die Abschaffung jeder auf der Staatsangehörigkeit beruhenden unterschiedlichen Behandlung der EU-Bürger/innen in Bezug auf Zugang zum Arbeitsmarkt, Beschäftigung, Entlohnung und sonstige Arbeitsbedingungen.

4.1.1.1 Arbeitsuchende

Alle EU-Bürger/innen haben das Recht sich auf angebotene Stellen zu bewerben und sich zum Zweck der Bewerbung im Hoheitsgebiet aller Mitgliedstaaten frei zu bewegen. Das Aufenthaltsrecht zum Zweck der Arbeitssuche wurde zunächst vom EuGH aus dem Recht abgeleitet, sich diskriminierungsfrei auf Stellen bewerben zu dürfen.³ Seit dem Vertrag von Lissabon ist es explicit im AEUV aufgeführt (Art. 45 Abs. 3 Nr. b AEUV).

Das Aufenthaltsrecht zum Zweck der Arbeitssuche gilt auch für die Bürger/innen Bulgariens und Rumäniens. Ihre Arbeitnehmerfreizügigkeit ist zwar beschränkt. Diese Beschränkung bezieht sich aber „nur“ darauf, dass dieser Personenkreis eine Arbeitserlaubnis braucht, um eine Stelle antreten zu können (s.u. S. 19 ff.). Das Recht eine Arbeit zu suchen, ist dadurch nicht eingeschränkt.

Für das Aufenthaltsrecht zur Arbeitssuche gibt es keine Frist. Das Recht besteht vielmehr solange Chancen bestehen, eine Arbeit zu finden (vgl. Rn. 2.2.1.3 AVwV FreizügG/EU).

Dass der Aufenthalt zur Arbeitssuche ein Bestandteil der Arbeitnehmerfreizügigkeit ist, wird auch durch den besonderen Ausweisungsschutz deutlich: Nach Art. 14 Abs. 4 UnionsRL sind Arbeitsuchende bezüglich des Ausweisungsschutzes den erwerbstätigen Unionsbürger/innen gleichgestellt. Sie dürfen u.a. keinesfalls nur deshalb ausgewiesen werden, weil sie Sozialhilfe in Anspruch nehmen.

4.1.1.2 Arbeitnehmerstatus

Aus dem Recht, einer Beschäftigung nach zu gehen, leitet sich ein Aufenthaltsrecht ab (Art. 45 Abs. 3 Nr. c AEUV) und ein Diskriminierungsverbot (Art. 45 Abs. 2 AEUV).

Ob jemand den Status als Arbeitnehmer/in erworben hat, richtet sich hier nach EU-Recht und nicht nach deutschem Recht. Wesentliches Merkmal ist, dass jemand während einer bestimmten Zeit für einen anderen nach dessen Weisung Leistungen erbringt, für die er als Gegenleistung eine Vergütung erhält. Der Arbeitnehmerbegriff ist nach der Rechtsprechung des EuGH weit auszulegen. Arbeitnehmer/in ist demnach jeder, der eine tatsächliche und echte Tätigkeit ausübt. Lediglich Tätigkeiten, die einen so geringen Umfang haben, dass sie sich als völlig untergeordnet und unwesentlich darstellen, bleiben außer Betracht. Es genügt nach der Rechtsprechung des EuGH auch eine geringfügige Beschäftigung von 5,5 Stunden und einem Gehalt von 100 Euro, um den Arbeitnehmerstatus und die daraus abgeleiteten Rechte zu erwerben.⁴

Mit Blick auf die öffentliche Verwaltung ist die Arbeitnehmerfreizügigkeit beschränkt. Der Zugang zu Tätigkeiten mit hoheitlichen Befugnissen oder zur Wahrung allgemeiner Belange des Staates darf ausländischen EU-Bürger/innen verwehrt werden (Art. 45 Abs. 4 AEUV).

³ EuGH Urteil v. 26. Februar 1991, Rs. C-292/89 <Antonissen>, Rn. 13

⁴ Europa-Recht für Minijobber, neue Caritas 12/2010, S. 34; EuGH, Urteil v. 4.2.2010 Rs. C-14/09; BSG, Urteil v. 19.10.2010 - B 14 AS 23/10 R; BVerwG Urteil v. 19.4.2012, 1 C 10.11

4.1.2 Die Freizügigkeit der Selbständigen

4.1.2.1 Dienstleistungsfreiheit

Die Dienstleistungsfreiheit (Art. 56 AEUV) erlaubt es EU-Bürger/innen grenzüberschreitend in allen Mitgliedstaaten gewerbliche, kaufmännische, handwerkliche oder freiberufliche Leistungen auf Zeit zu erbringen und sich zu diesem Zweck frei zu bewegen und aufzuhalten. Die Dienstleistungsfreiheit gilt aktiv und passiv: Nicht nur wer eine Dienstleistung erbringt, sondern auch wer eine Dienstleistung in Anspruch nehmen will (z. B. als Tourist), kann sich auf die Dienstleistungsfreiheit berufen.

Die Dienstleistungsfreiheit erlaubt auch zur Erbringung eigene Arbeitnehmer/innen einzusetzen, die die Staatsangehörigkeit eines EU-Mitgliedstaates haben können, aber nicht müssen.

Die Dienstleistungsfreiheit gilt auch für die Staatsangehörigen der Beitrittsstaaten. Es ist lediglich der Zugang zum Markt für Dienstleister im Bau-, Reinigungs- und Innenausstattungs-gewerbe dahingehend beschränkt, dass keine Beschäftigten eingesetzt werden dürfen. Die Erbringung der Leistung in eigener Person ist auch in diesen Branchen zulässig.

4.1.2.2 Niederlassungsfreiheit

Die Niederlassungsfreiheit (Art. 49 AEUV) gibt EU-Bürger/innen das Recht, in allen Mitgliedstaaten eine selbständige Erwerbstätigkeit aufzunehmen und auszuüben sowie Unternehmen zu gründen und zu leiten, jeweils nach den Bestimmungen des Aufnahmestaates für seine eigenen Angehörigen.

Für selbständige Erwerbstätige gilt, dass sie unter den gleichen Umständen wie Deutsche ein Gewerbe anmelden können. Voraussetzung für den Status als Selbständiger ist „eine wirtschaftliche Tätigkeit auf unbestimmte Zeit mittels einer festen Einrichtung tatsächlich auszuüben, sodass alleine ein formaler Akt, wie die Registrierung eines Gewerbes, nicht ausreichend ist“⁵. Jede legal gegen Entgelt erbrachte Tätigkeit kann unter den Begriff der selbständigen Erwerbstätigkeiten fallen.⁶ Die selbständige Erwerbstätigkeit muss nicht existenzsichernd sein, um den Status zu begründen und die daraus ableiteten Rechte zu gewährleisten (s.u. Punkt 5.3.2).

Die Niederlassungsfreiheit ist für die Staatsangehörigen der Beitrittsstaaten nicht beschränkt.

4.2 Die Unionsbürgerschaft

1992 wurde mit dem Vertrag von Maastricht die Unionsbürgerschaft eingeführt. Lange war umstritten, ob sie ein Recht auf Einreise und Aufenthalt beinhaltet. Der EuGH hatte dies in den letzten 10 Jahren immer wieder bejaht und im Kontext des Diskriminierungsverbotes auch weit ausgelegt. Art. 20 Abs. 2 Nr. a und Art. 21 AEUV schreiben nun ein allgemeines, zeitlich unbefristetes, unmittelbar anwendbares subjektives Freizügigkeitsrecht explizit fest. Auch Art. 45 der Charta der Grundrechte formuliert das Recht auf Freizügigkeit und Aufenthaltsfreiheit als Bürgerrecht.

Art. 21 AEUV enthält den Hinweis, dass das Freizügigkeitsrecht nur „vorbehaltlich der in den Verträgen und in den Durchführungsvorschriften vorgesehenen Beschränkungen und Bedingungen“ gilt. Der Vertrag selbst erlaubt nur Beschränkungen aus Gründen der Sicherheit und Ordnung. Darüber hinaus finden sich Bedingungen z. B. in der Unionsbürgerrichtlinie, die aber im Licht des AEUV auszulegen ist. Die Bedingungen müssen verhältnismäßig sein und dürfen nicht geeignet sein, das Freizügigkeitsrecht auszuhebeln.⁷ Die Vorgaben der Unionsbürgerrichtlinie und nationale Regelungen müssen jeweils an diesem Maßstab gemessen werden. Sofern die Unionsbürgerrichtlinie also Bedingungen formuliert, wie etwa ausreichende Existenzmittel bei wirtschaftlich inaktiven Unionsbürger/innen, sind diese Bedingungen anders als das Freizügigkeitsrecht des AEUV nicht

⁵ BSG (Fn. 4).

⁶ EuGH, Urteil v. 20.11.2001 - C-268/99; BVerwG, Beschluss v. 24.10.2002 - 1 C 31.02.

⁷ Geiger/Khan/Kotzur, EUV – AEUV – Kommentar, München 2010, Art. 20 Rn. 5

konstitutiv. Sie können lediglich herangezogen werden, um zu prüfen, ob das Aufenthaltsrecht noch besteht.

Die Unionsbürgerschaft ist mittlerweile als der „grundsätzliche Status der Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten“⁸ anerkannt. Die Unionsbürgerschaft enthält einen **Kernbestand**, zu dem das Aufenthalts- und Freizügigkeitsrecht in der Union gehört.⁹ Dieser Kernbestand erwächst direkt aus dem AEUV, ist also unabhängig Durchführungsvorschriften bzw. Umsetzungsschritten wie Richtlinien und Verordnungen. Art. 20 AEUV steht nationalen Maßnahmen entgegen, die bewirken, dass Unionsbürger/innen der tatsächliche Genuss des Kernbestands ihrer Unionsbürgerrechte verwehrt wird.¹⁰

Die weitere Konkretisierung des Kernbestands und der Rechtsfolgen ist in der Rechtsprechung des EuGH noch im Fluss. Es können aber jedenfalls auch EU-Bürger/innen, die nicht gewandert sind, darauf berufen.¹¹

- Eine unzulässige Auswirkung auf den Kernbestand des Unionsbürgerrechts würde vorliegen, wenn ein minderjähriger Unionsbürger gezwungen wäre, den EU-Mitgliedstaat zu verlassen, dessen Staatsangehörigkeit er hat, weil seinen drittstaatsangehörigen, unterhaltspflichtigen Elternteilen, von denen er abhängig ist, der Aufenthalt und eine Arbeitserlaubnis verweigert wird.¹²

Für die deutsche Rechtslage hat das insbesondere Auswirkungen auf Familienangehörige von Kindern, die nach § 4 StAG kraft Gesetzes deutsche Staatsangehörige geworden sind – also EU-Bürger/innen. Die drittstaatsangehörigen Eltern können ihr Aufenthaltsrecht dann unmittelbar aus EU-Recht ableiten, wenn sie tatsächlich die Personensorge ausüben und es dem minderjährigen Kind damit erst ermöglichen, von seinem Freizügigkeits- und Aufenthaltsrecht Gebrauch zu machen.

Verliert ein Elternteil seinen Aufenthaltstitel – etwa infolge einer Ausweisung – so kann sein Aufenthalt nur unter Berücksichtigung des erhöhten Ausweisungsschutzes für Unionsbürger/innen beendet werden, da andernfalls in den Kernbereich der Unionsbürgerfreizügigkeit des Kindes eingegriffen würde.

Von der Entscheidung profitieren Familien, in denen nur ein Elternteil Drittstaatsangehöriger ist, nur bedingt. Ist ein Elternteil deutscher Staatsangehöriger, wird das Aufenthaltsrecht des deutschen minderjährigen Kindes durch die Ausreise des drittstaatsangehörigen Elternteils nicht unmittelbar in Frage gestellt. Auch wenn das Kind mit seinem deutschen Elternteil im Bundesgebiet verbleiben kann, könnte die Trennung von dem anderen Elternteil aber als Eingriff in den Kernbereich der allgemeinen Freizügigkeit darstellen. Denn das Recht auf Umgang mit beiden Elternteilen wird über Art. 24 Abs. 3 der Grundrechtecharta speziell geschützt.¹³

- Die Rechtsprechung zum Ehegattennachzug zeigt, dass die Rechte, die zum Kernbestand nicht gewanderter Unionsbürger/innen zählen, enger gefasst sind als die Rechte gewanderter Unionsbürger/innen. Hindernisse beim Ehegattennachzug¹⁴ oder die nur vorübergehende Trennung von Ehegatten, etwa zur Durchführung eines Visumverfahrens, beeinträchtigt den Kernbereich des Unionsbürgerrechts demnach nicht.¹⁵ Der Kernbereich wäre nur dann tangiert, wenn sich der Unionsbürger de facto gezwungen sähe, „seinen“ Mitgliedstaat bzw. das

⁸ Unionsbürgerrichtlinie, Erwägungsgrund 3.

⁹ EuGH, Urteil v. 7.10.2010, Rs. C-162/09 <Lassal>; EuGH, Urteil v. 21.12.2011 C-424/10 und C-425/10 <Ziolkowski u.a.>

¹⁰ EuGH, Urteil v. 8.3.2011, Rs C 34/09 <Zambrano>.

¹¹ EuGH, Urteil v. 8.3.2011, Rs C 34/09 <Zambrano>.

¹² EuGH, Urteil v. 8.3.2011, Rs C 34/09 <Zambrano>.

¹³ Dienelt: <http://www.migrationsrecht.net/nachrichten-rechtsprechung/1750-eugh-urteil-in-der-rs-c-3409-qzamboanoq-vom-08032011.html>

¹⁴ EuGH Urteil v. 05.05.2011, Rs. C-434/09 <McCarthy>

¹⁵ EuGH Urteil v. 15.11.2011, Rs. C-256/11 <Dereci u.a.>

Gebiet der Union als Ganzes zu verlassen, wenn die Familienzusammenführung nicht zugelassen würde. Auch eine länger andauernde Trennung der Ehegatten infolge einer Ausweisung des Ehegatten führt nicht zu einer unzulässigen Beeinträchtigung des Kernbereichs des Unionsbürgerrechts nach Art. 20 AEUV. In derartigen Fällen beruhe die Trennung der Ehegatten auf einer autonomen Entscheidung des Unionsbürgers, dem es frei stehe, sich zwischen der Aufrechterhaltung der familiären Lebensgemeinschaft oder dem Gebrauch der Unionsbürgerrechte zu entscheiden.¹⁶

- Weiter hat der EuGH entschieden¹⁷, dass EU-Bürger/innen mit zwei EU-Staatsangehörigkeiten sich in ihrem Geburtsland nicht auf die andere Staatsangehörigkeit berufen können. Werden sie im Geburtsland bei Ehegattennachzug im Vergleich zu gewanderten EU-Bürger/innen benachteiligt, müssen sie dies hinnehmen, sofern nicht der Kernbestand des Unionsbürgerstatus tangiert ist.

4.3 Recht auf Einreise und Aufenthalt

Unionsbürger/innen können frei in jeden Staat der EU einreisen und sich dort aufhalten. Es muss lediglich beim Grenzübertritt ein Pass oder Passersatz (Personalausweis) mitgeführt werden, im Inland muss er bei entsprechender Aufforderung vorgelegt werden können (§ 8 FreizügG/EU).

Das Freizügigkeitsrecht gehört zum Kernbestand der Unionsbürgerrechte und ist damit konstitutiv gegeben. Es ist deshalb grundsätzlich vom Bestehen des Freizügigkeitsrechts auszugehen (vgl. Rn. 5.3.1.1.1 AVwV FreizügG/EU), solange nicht durch einen Verwaltungsakt ausdrücklich festgestellt wird, dass kein Freizügigkeitsrecht (mehr) besteht oder der Aufenthalt aus Gründen der Sicherheit und Ordnung explizit untersagt ist (s.u. Punkt 4.3.5 und 4.3.6).

Sofern ein Verlust der Freizügigkeit nicht förmlich festgestellt ist und das Freizügigkeitsrecht nicht aus Gründen der Sicherheit und Ordnung verloren gegangen ist, ist der Aufenthalt wegen Art. 20 f. AEUV legal. Das gilt auch für EU-Bürger/innen aus den Beitrittsstaaten.

4.3.1 Meldepflicht und Nachweis des Aufenthaltsrechts

Da das Aufenthaltsrecht der EU-Bürger/innen unmittelbar aus der Unionsbürgerschaft entspringt, benötigen sie keine Aufenthaltserlaubnis. Nach drei Monaten darf allerdings von ihnen verlangt werden, dass sie sich bei der zuständigen Behörde anmelden (Art. 5 Abs. 5, Art. 8 UnionsRL). In Deutschland besteht eine allgemeine Meldepflicht bei Bezug einer Wohnung (§ 13 Meldegesetz).

Bis 29.1.2013 wurde freizügigkeitsberechtigten Unionsbürger/innen, die sich angemeldet haben, von Amts wegen eine Bescheinigung über das Aufenthaltsrecht (§ 5 FreizügG/EU alte Fassung) ausgestellt. Diese Bescheinigung wurde durch das Gesetz zur Änderung des Freizügigkeitsgesetzes/EU und weiterer aufenthaltsrechtlicher Vorschriften¹⁸ ersatzlos abgeschafft. Erhalten blieb die Aufenthaltskarte für die drittstaatsangehörigen Familienmitglieder (siehe unten Punkt 4.4.3).

Zumindest in der Anfangsphase ist in der Praxis mit Problemen in den Kontexten zu rechnen, in denen bislang die Vorlage der Bescheinigung gefordert wurde (z.B. Teilnahme an einem Integrationskurs, Antrag auf Sozialleistungen). Künftig muss mit Blick auf das Vorliegen des gewöhnlichen Aufenthalts wie bei Deutschen auf die Anmeldung sowie darauf abgestellt werden, wo der tatsächliche Lebensmittelpunkt ist.

Mit Blick auf die Rechtmäßigkeit des Aufenthalts gilt (wie schon bisher), dass bei Unionsbürger/innen und ihren Familienangehörigen grundsätzlich vom Bestehen des Freizügigkeitsrechts auszugehen ist (AVwV FreizügG/EU 5.3.1.1.1). Eine Prüfung, ob die Voraussetzungen für die Ausübung des Freizügigkeitsrechts vorliegen, ist nur im Einzelfall zulässig, wenn begründete Zweifel bestehen. „Dagegen sind systematische oder anlasslose Prüfungen nicht gestattet. [...] Die

¹⁶ EuGH Urteil v. 15.11.2011, Rs. C-256/11 <Dereci u.a.>

¹⁷ EuGH Urteil v. 05.05.2011, Rs. C-434/09 <McCarthy>

¹⁸ BGBl. I v. 28.1.2013, 86

Beweislast bezüglich der Voraussetzungen für die Feststellung des Nichtbestehens liegt bei der prüfenden Behörde, welche bei der Prüfung das aus dem Unionsrecht fließende Freizügigkeitsrecht zu berücksichtigen hat.¹⁹

Es darf aus gegebenem Anlass geprüft werden, ob die Voraussetzungen für die Ausübung des Freizügigkeitsrechts vorliegen.²⁰ Ein solcher Anlass kann, insbesondere bei nichterwerbstätigen EU-Bürger/innen, die Inanspruchnahme von Sozialleistungen sein (AVwV FreizügG/EU 5.4). Verlangt werden dürfen nur die in § 5a FreizügG/EU bzw. in der Unionsbürgerrichtlinie abschließend aufgezählten Dokumente:

- Pass oder Personalausweis
- Beschäftigungsbescheinigung oder Nachweis der Selbständigkeit
- bei Nichterwerbstätigen: Nachweis ausreichender Existenzmittel einschließlich Krankenversicherungsschutz
- bei Student/innen: Immatrikulationsbescheinigung und Nachweis ausreichenden Krankenversicherungsschutzes und eine Erklärung über ausreichende Existenzmittel.

Diese Aufzählung ist abschließend. Andere Unterlagen oder Nachweise dürfen nicht verlangt werden. Insbesondere darf von arbeitssuchenden EU-Bürger/innen nicht der Nachweis ausreichender Existenzmittel einschließlich Krankenversicherungsschutz verlangt werden, da sie sich auf die Arbeitnehmerfreizügigkeit und nicht auf das Freizügigkeitsrecht der Nichterwerbstätigen berufen. Es darf allerdings verlangt werden, dass die Arbeitssuche glaubhaft gemacht wird.

Nicht erwerbstätige Kinder oder Ehegatten mit einer Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaates sind rechtlich keine nicht erwerbstätigen Unionsbürger/innen, sondern werden wie der Stammberechtigte behandelt. Sofern sie Angehörige eines erwerbstätigen Unionsbürger sind, darf deshalb kein Nachweis ausreichender Existenzmittel verlangt werden, sondern neben dem Pass nur ein Nachweis über das Bestehen der familiären Beziehung und die Bescheinigung über das Aufenthaltsrecht des Stammberechtigten.

Für die Prüfung, ob das Freizügigkeitsrecht als Voraussetzung eines Leistungsanspruchs besteht, ist jeweils die Behörde zuständig, die daran zweifelt. Für die aufenthaltsrechtlich relevante Feststellung, dass die Voraussetzungen des Freizügigkeitsrecht nicht (mehr) vorliegen, ist die Ausländerbehörde zuständig (unten Punkt 4.3.5).

4.3.2 Arbeitslosigkeit oder Erwerbsminderung

Der Arbeitnehmerstatus und der Status als Selbständiger (Erwerbstätigeneigenschaft: Art. 7 Abs. 3 UnionsRL) gehen auch bei vorübergehender Erwerbsunfähigkeit wegen Krankheit oder Unfall nicht verloren (vgl. § 2 Abs. 3 Nr. 1 FreizügG/EU).

Das gleiche gilt nach mindestens einjähriger Tätigkeit bei Arbeitslosigkeit (vgl. § 2 Abs. 3 Nr. 2 FreizügG/EU). Bei unfreiwilliger Arbeitslosigkeit nach weniger als einem Jahr bleibt der Status für sechs Monate erhalten.

Da sich auch Arbeitssuchende auf die Arbeitnehmerfreizügigkeit berufen können, ist diese Regelung aufenthaltsrechtlich kaum relevant. Wichtig ist sie mit Blick auf mögliche Ansprüche auf Sozialleistungen (dazu s.u. Punkt 5.3.3 und 5.3.5).

4.3.3 Verbleibeberechtigte

Auch bei altersbedingtem Ausscheiden aus dem Erwerbsleben gehen die Rechte aus dem Erwerbstätigenstatus nicht unbedingt verloren. Die so genannten Verbleibeberechtigten erhalten ein Daueraufenthaltsrecht, wenn sie sich mindestens drei Jahre in Deutschland aufgehalten haben

¹⁹ Aus der Gesetzesbegründung, Drs. 461/12, S. 14

²⁰ Aus der Gesetzesbegründung, Drs. 461/12, S. 18

und mindestens während der letzten zwölf Monate dort erwerbstätig gewesen sind, bevor sie in den Ruhestand gegangen sind. (vgl. § 4a Abs. 2 Nr. 1 FreizügG/EU, zum s.u. Punkt 4.3.4).

Im Übrigen sind Rentner/innen als nichterwerbstätige EU-Bürger/innen aufenthaltsberechtigt.

4.3.4 Daueraufenthaltsrecht

Unionsbürger/innen und ihre drittstaatsangehörigen Familienangehörigen, die sich fünf Jahre rechtmäßig in Deutschland aufgehalten haben, erhalten ein dauerndes Bleiberecht, das sich von den Voraussetzungen der Freizügigkeitsberechtigung löst (§ 4a Abs. 1 FreizügG/EU). Das heißt nach diesem Zeitpunkt schadet es nicht mehr, wenn etwa die Erwerbstätigeneigenschaft verloren geht oder der Unterhalt nicht aus eigenen Mitteln gesichert ist.

Das Daueraufenthaltsrecht beruht nicht unmittelbar auf dem AEUV, sondern wurde mit der Unionsbürgerrichtlinie eingeführt und soll das Gefühl der Unionsbürgerschaft stärken. Wurde es einmal erworben, ist es keinen weiteren Bedingungen mehr unterworfen. Entsprechend ist der Erwerb dieses Rechtes engeren Voraussetzungen unterworfen als das Aufenthaltsrecht als solches.

Europarechtlich erforderlich ist, dass der Aufenthalt während des 5-jährigen Aufenthalts im Einklang mit der Richtlinie gestanden haben muss. Anders als es der Wortlaut in § 4 a Abs. 1 FreizügG/EU nahe legt, genügt es nicht, wenn das Aufenthaltsrecht allein nach nationalem Recht rechtmäßig war. Mit Blick auf die zuletzt beigetretenen Staaten zählen auch Zeiten vor dem Beitritt, sofern der heutige EU-Bürger während des Aufenthalts die Freizügigkeitsvoraussetzungen erfüllt hätte.²¹

Bei Grenzgängern, Erwerbsgeminderten und Verbleibeberechtigten tritt dieses Recht schon eher ein:

- Verbleibeberechtigte: s.o. Punkt 4.3.3.
- Erwerbsgeminderte erhalten das Recht sofort, wenn sie einen Rentenanspruch gegen einen Leistungsträger in Deutschland haben oder nach mindestens zwei Jahren Aufenthalt (§ 4a Abs. 2 Nr. 2 FreizügG/EU).
- Wer seit mindestens drei Jahren in Deutschland erwerbstätig war, anschließend in einem anderen EU-Staat erwerbstätig ist und seinen Wohnsitz in Deutschland beibehält, hat ebenfalls das Daueraufenthaltsrecht (§ 4a Abs. 2 Nr. 3 FreizügG/EU).

Bei Abwesenheit von mehr als zwei Jahren geht das Daueraufenthaltsrecht wieder verloren (§ 4a Abs. 7. FreizügG/EU).

Solange die entsprechenden Freizügigkeitsvoraussetzungen vorliegen, spielt das Daueraufenthaltsrecht kaum eine Rolle, da sich das Aufenthaltsrecht unmittelbar aus dem AEUV ableiten lässt. Wichtig ist es aber, wenn die Freizügigkeitsvoraussetzungen entfallen, weil es dann den europarechtlichen Ausweisungsschutz und den Zugang zu sozialen Leistungen aufrechterhält.

Eine Bescheinigung über das Daueraufenthaltsrecht wird auf Antrag ausgestellt (§ 5 Abs. 6 FreizügG/EU).

4.3.5 Feststellung des Verlusts des Rechts auf Einreise und Aufenthalt

Wenn die Voraussetzungen des Freizügigkeitsrechts bei Unionsbürger/innen oder ihren drittstaatsangehörigen Familienangehörigen nicht mehr vorliegen, kann die Ausländerbehörde gemäß § 5 Abs. 5 FreizügG/EU den Verlust des Aufenthaltsrechtes feststellen.

Die Feststellung des Verlusts des Rechts auf Einreise und Aufenthalt ist nur unter Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit zulässig. Liegt also eine der Voraussetzungen des Freizügigkeitsrechts, die in der Unionsbürgerrichtlinie oder im FreizügG/EU genannt werden, nicht (mehr) vor, führt dies nicht automatisch zum Verlust des Aufenthaltsrechtes. Es muss vielmehr geprüft

²¹ EuGH Urteil v. 21.12.2011 C-424/10 und C-425/10 <Ziolkowski u.a.>

werden, ob eine Beschränkung des Freizügigkeitsrechts im konkreten Einzelfall im Einklang mit den Grundsätzen des EU-Rechts steht und verhältnismäßig ist.

Die Tatsache, dass ein nicht erwerbstätiger EU-Bürger soziale Leistungen in Anspruch nimmt, reicht regelmäßig nicht für den Verlust des Aufenthaltsrechts aus. Notwendig wäre vielmehr eine unangemessene Inanspruchnahme von Sozialhilfeleistungen (vgl. Art. 14 UnionsRL). Und auch dann wäre zu prüfen, ob eine Ausweisung und aufenthaltsbeendende Maßnahmen im Gesamtzusammenhang verhältnismäßig wären.

Die Feststellung über den Verlust des Aufenthaltsrechts muss als förmlicher Verwaltungsakt erfolgen, der mit Widerspruch und Klage angefochten werden kann.

Ist festgestellt, dass das Freizügigkeitsrecht nicht (mehr) besteht, muss geprüft werden, ob eine Aufenthaltserlaubnis nach AufenthG erteilt werden muss oder kann. Das kann insbesondere der Fall sein, weil eine Notlage besteht und deshalb ein humanitärer Aufenthaltstitel in Betracht kommt.

Wurde durch Verwaltungsakt festgestellt, dass ein Freizügigkeitsrecht nicht besteht, gilt dies nur solange sich die Situation nicht ändert. Reisen Betroffene beispielsweise freiwillig aus, können sie sich nach einer erneuten Einreise wieder auf das allgemeine und die besonderen Freizügigkeitsrechte berufen.

4.3.6 Ausweisungsschutz

In den ersten 5 Jahren des Aufenthalts kann der Aufenthalt eines Freizügigkeitsberechtigten durch eine Ausweisung aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit beendet werden (§ 6 Abs. 1 FreizügG/EU). Es ist dabei darauf abzustellen, ob das persönliche Verhalten erkennen lässt, dass von dem Freizügigkeitsberechtigten eine tatsächliche und hinreichend schwere Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung ausgeht (§ 6 Abs. 2 FreizügG/EU). Die Inanspruchnahme von sozialen Leistungen genügt als Ausweisungsgrund nicht.

Nach Erwerb des Daueraufenthaltsrechtes kann der Aufenthalt nach 5-jährigem Aufenthalt nur noch aus besonders schwerwiegenden Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit beendet werden (§ 6 Abs. 4 FreizügG/EU).

Nach 10 Jahren und bei Minderjährigen kann eine Ausweisung nur noch aus zwingenden Gründen der öffentlichen Sicherheit erfolgen. Nach der Rechtsprechung des EuGH sind Straftaten, wie sie in Art. 83 Abs. 1 Unterabs. 2 AEUV als besonders schwere Beeinträchtigung grundlegender gesellschaftlicher Interessen angeführt werden, solche, die unter den Begriff der zwingenden Gründe der öffentlichen Sicherheit fallen. Dazu gehört beispielsweise die dem bandenmäßigen Handel mit Betäubungsmitteln verbundene Kriminalität oder sexuelle Ausbeutung von Kindern und Frauen.²²

4.4 Familienzusammenführung

4.4.1 Das Recht auf Familienleben

Der europarechtliche Anspruch auf Familienzusammenführung ist ein abgeleitetes Recht. Der AEUV kennt kein originäres Recht auf Familienzusammenführung. Es dient vielmehr dazu, den stammberechtigten Unionsbürger/innen die Wahrnehmung ihres Freizügigkeitsrechts zu ermöglichen. Unionsbürger/innen sollen an der Wahrnehmung der Freizügigkeitsrechte nicht dadurch gehindert werden, dass sie wegen Beeinträchtigung ihres Familienlebens davon Abstand nehmen, in einen anderen EU-Staat überzusiedeln oder dort wohnen zu bleiben. In der Unionsbürgerrichtlinie heißt es entsprechend, dass das Freizügigkeitsrecht den Familienangehörigen ungeachtet ihrer Staatsangehörigkeit gewährt wird, um Unionsbürger/innen die Wahrnehmung der Freizügigkeit in Freiheit und Würde zu ermöglichen.

²² EuGH vom 22. 5. 2012, Rs. C-348/09

Das Recht auf Familienzusammenführung haben alle Unionsbürger/innen, auch solche die nicht erwerbstätig sind (§ 3 und § 4 FreizügG/EU). Allerdings müssen für die Angehörigen dann ausreichende Existenzmittel sichergestellt sein. Das gilt auch für Unionsbürger/innen, die bereits das Daueraufenthaltsrecht (s.u. S. 14) besitzen. Gehen sie keiner Erwerbstätigkeit nach sind sie selbst zwar davon befreit, entsprechende Existenzmittel nachzuweisen, nicht aber neu zuziehende, wirtschaftlich inaktive Angehörige.

4.4.2 Der europarechtliche Familienbegriff

Das EU-Freizügigkeitsrecht gibt einen wesentlich weiter gefassten Anspruch auf Familienzusammenführung als das deutsche Ausländerrecht:

- Nachziehen dürfen die Ehegatten sowie die Verwandten in gerade absteigender Linie (Kinder, Enkel) bis zur Vollendung des 21. Lebensjahrs.
- Nachzugsberechtigt sind auch alle volljährigen Verwandten in gerade auf- und absteigender Linie, denen Unterhalt gewährt wird. Bei minderjährigen EU-Bürger/innen knüpft das Nachzugsrecht daran an, dass die Verwandten in aufsteigender Linie (die Eltern) Unterhalt leisten (Rn. 3.2.2.2 AVwV FreizügG/EU).²³
- Umfasst sind jeweils die Verwandten in gerade auf- und absteigender Linie des Ehegatten (§ 3 Abs. 2 FreizügG/EU).
- Bei Student/innen ist das Recht auf Familienzusammenführung auf die Partner/innen und die Kinder beschränkt (§ 4 S. 3 FreizügG/EU).

Bei den Angehörigen, denen Unterhalt gewährt wird, kommt es auf die tatsächliche Unterhaltsgewährung an (Rn. 3.2.2.1 AVwV FreizügG/EU). Es muss nicht der gesamte Lebensunterhalt geleistet werden, die Leistungen müssen aber regelmäßig und fortgesetzt sein und zumindest einen Teil des Lebensunterhalts sicherstellen.

Auf den Grund für die Unterhaltsgewährung kommt es nicht an. Es ist also gleichgültig, ob er als Rechtspflicht oder freiwillig gewährt wird. Mit Blick auf das Freizügigkeitsrecht ist es für die Frage der Unterhaltsgewährung auch irrelevant, wenn der Stammberechtigte seinerseits Sozialleistungen in Anspruch nimmt. Aus sozialrechtlicher Sicht ist es aber zumindest problematisch, ohne Rechtspflicht einem Angehörigen Unterhalt zu leisten, wenn dadurch Bedürftigkeit entsteht.

Der Zweck der Familienzusammenführung ist die Herstellung oder Aufrechterhaltung des Familienlebens. Im Grundsatz ist dabei zwar auf ein zumindest zeitweiliges Zusammenwohnen abzustellen. Gibt es aber Gründe für ein Getrenntleben, etwa beruflicher Art, schadet dies nicht.²⁴ Der EuGH legt bei Ehegatten einen formalen Ehebegriff zugrunde und stellt auf das Bestehen der Ehe ab. Getrennt leben oder eine geplante Scheidung führen nicht zum Verlust des abgeleiteten Aufenthaltsrechts.²⁵

4.4.3 Familienangehörige ohne Staatsangehörigkeit eines EU-Mitgliedstaates

Das Recht der Familienangehörigen ohne Staatsangehörigkeit eines EU-Mitgliedstaates ist streng akzessorisch, verleiht also kein eigenständiges Recht. Es gibt das Recht im gleichen Mitgliedstaat wie der stammberechtigte EU-Staatsangehörige zu leben, nicht aber ohne diesen in einen anderen Mitgliedstaat zu reisen oder in einem Mitgliedstaat zu bleiben, wenn der stammberechtigte EU-Staatsangehörige weg zieht.²⁶

²³ siehe auch oben S. 10 f.

²⁴ Renner/Dienelt, Kommentar zum Ausländerrecht, München 2011, § 3 FreizügG/EU, Rn. 12; EuGH Urteil v. 13.2.1985, Rs. 267/83 <Diatta>, Rn. 21

²⁵ EuGH, Urteil v. 8.11.2012, Rs. C-40/11 <lida>; Rn. 58 f.; Renner/Dienelt, Kommentar zum Ausländerrecht, München 2011, § 2 FreizügG/EU, Rn. 80 ff.

²⁶ EuGH, Urteil v. 8.11.2012, Rs. C-40/11 <lida>; Rn. 61 ff., 66 ff.

An drittstaatsangehörige Familienangehörige dürfen keine über die europarechtlichen Vorgaben hinausgehenden Anforderungen gestellt werden.²⁷ So dürfen beispielsweise bei der Einreise keine Kenntnisse der deutschen Sprache verlangt werden.

Die abgeleitete Freizügigkeit ist unabhängig davon, ob die jeweiligen Ehepartner/innen den/die Unionsbürger/in bei der Übersiedlung begleitet oder später nachzieht. Ort und Zeitpunkt der Eheschließung sind irrelevant. Ebenso spielt es keine Rolle unter welchen Umständen der/die Ehepartner/in eingewandert ist oder ob er/sie sich vor der Ehe legal oder illegal in einem EU-Staat aufgehalten hat. Es kommt allein auf das Bestehen der Ehe und des Freizügigkeitsrecht des Partners mit Unionsbürgerschaft an. Insoweit „heilt“ die Verehelichung mit einem/r EU-Bürger/in sogar einen illegalen Aufenthalt.

Der deutsche Gesetzgeber vermutet hier Rechtsmissbrauch. So sollen „Abfragen unter den Ländern [...] eine nicht unerhebliche Zahl von Fällen“²⁸ ergeben haben. Die konkrete Zahl wird allerdings nicht genannt. Zum 29.1.2013 wurde eine neue Regelung eingeführt, die dazu dienen soll, bei „das Freizügigkeitsrecht im Fall von Rechtsmissbrauch oder Betrug - wie z.B. durch Eingehung von Scheinehen – zu verweigern“²⁹.

Gem. des neu geschaffenen § 2 Abs. 7 S. 1 FreizügG/EU kann bei Familienangehörigen aus Drittstaaten das Fehlen des Freizügigkeitsrechts bei einer Täuschung durch gefälschte Dokumente festgestellt werden. Das ist letztlich eine Klarstellung: wenn die Voraussetzungen des Freizügigkeitsrechts vorgetäuscht sind, fehlen sie, und wenn sie fehlen, ist das Freizügigkeitsrecht nicht gegeben.

Weiter kann das Fehlen des Freizügigkeitsrechts festgestellt werden, „wenn feststeht, dass er (= der Angehörige) dem Unionsbürger nicht zur Herstellung oder Wahrung der familiären Lebensgemeinschaft nachzieht oder ihn nicht zu diesem Zweck begleitet“ (§ 2 Abs. 7 S. 2 FreizügG/EU). Einem Familienangehörigen, der nicht Unionsbürger ist, kann in diesen Fällen die Erteilung der Aufenthaltskarte oder des Visums versagt werden oder seine Aufenthaltskarte kann eingezogen werden. Entscheidungen nach den Sätzen 1 bis 3 bedürfen der Schriftform (§ 2 Abs. 7 S. 3 und 4 FreizügG/EU).

Mit dem neuen § 2 Abs. 7 FreizügG/EU soll die in der UnionsRL vorgesehene Möglichkeit der Missbrauchsbekämpfung umgesetzt werden. Die Richtlinie erlaubt, Maßnahmen zu erlassen, die es ermöglichen, in Fällen des Rechtsmissbrauchs oder Betrugs wie z.B. bei Scheinehen das Aufenthaltsrecht zu verweigern (Art. 35 UnionsRL). Dem entspricht § 2 Abs. 7 S. 2 FreizügG/EU aber nicht, da hier auf die Motivation für den Familiennachzug abgestellt wird. Dazu soll die zuständige Behörde ggf. umfassende Ermittlung und Prüfung aller maßgeblichen Umstände des Einzelfalles vornehmen.³⁰ In ihrem Wortlaut und in ihrer Begründung steht die Neuregelung damit im Widerspruch zu den europarechtlichen Vorgaben, wonach nur aus begründetem Anlass die Glaubhaftmachung der Voraussetzungen des Freizügigkeitsrecht verlangt werden und dabei nur gefordert werden darf, das Bestehen der Ehe zu belegen (s.o. Punkt 4.3.1). Wie der EuGH mehrfach festgestellt hat, kommt es dabei auf das formale Bestehen der Ehe an (s.o. Punkt 4.4.2). Eine Ausnahme von diesem Prinzip ist der Fall der Scheinehe. Für die Feststellung einer Scheinehe kommt es aber auf die Motivation der Eheschließung und nicht auf die Motivation des Ehegattennachzugs an. Bei der Umsetzung wird also darauf zu achten sein, dass erstens europarechtkonform keine generelle Prüfung von Ehen zwischen EU-Bürger/innen und Drittstaatler/innen stattfindet und dass zweitens das formale Bestehen der Ehe für das Aufenthaltsrecht reicht, solange nicht feststeht, dass es sich um eine Scheinehe handelt.

²⁷ Dazu: Rn. 2.4.2.1 ff. AVwV FreizügG/EU; EuGH v. 25.7.2008, Rs. C-127/08 <Metock u.a.>; EuGH v. 25.07.2002, Rs. C-459/99 <MRAX>

²⁸ Drs. 461/12, S. 13

²⁹ Drs. 461/12, S. 12

³⁰ Drs. 461/12, S. 13

Es ist zulässig, von drittstaatsangehörigen Familienmitgliedern für die Einreise ein Visum zu verlangen (Art. 5 Abs. 2 Unionsbürgerrichtlinie, § 2 Abs. 4 S. 2 FreizügG/EU), sofern sie nicht im Besitz einer gültigen Aufenthaltskarte sind, die in irgendeinem EU-Mitgliedstaat ausgestellt wurde. Fehlt das Visum bei der Einreise, so muss dem Angehörigen die Möglichkeit gegeben werden, auf andere Weise das Bestehen der Freizügigkeitsvoraussetzungen zu belegen, z. B. durch Nachweis des Bestehens der familiären Beziehung (Art. 5 Abs. 4 Unionsbürgerrichtlinie). Nur wenn auch das nicht möglich ist, kann eine Zurückweisung erfolgen.

Eine Einreise ohne Visum führt nach der Rechtsprechung des EuGH nicht dazu, dass der Aufenthalt illegal ist und das Visumsverfahren im Herkunftsland nachgeholt werden muss. Im Fall einer illegalen Einreise darf das Aufenthaltsrecht nicht verweigert oder Maßnahmen zur Aufenthaltsbeendigung getroffen werden. Es genügt in diesen Fällen, wenn die Betroffenen ihre Identität und die Ehe nachweisen können und keine Gefahr für die öffentliche Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit besteht. Der Verstoß gegen die nationalen Einreisevorschriften darf lediglich durch Sanktionen geahndet werden, die die Freizügigkeit nicht einschränken. Erlaubt sind etwa Geldbußen, sofern sie verhältnismäßig sind.

Drittstaatsangehörige Familienmitglieder haben einen unbeschränkten Arbeitsmarktzugang.

4.4.4 Aufenthaltskarte

Da bei Drittstaatler/innen nicht schon auf Grund der Staatsangehörigkeit davon auszugehen ist, dass ein Freizügigkeitsrecht besteht, wurde die Aufenthaltskarte nicht mit dem Gesetz zur Änderung des Freizügigkeitsgesetzes/EU und weiterer aufenthaltsrechtlicher Vorschriften³¹ abgeschafft.

Die Aufenthaltskarte ist innerhalb von 6 Monaten nach einer Anmeldung (wenn die erforderlichen Angaben gemacht worden sind) von Amts wegen auszustellen. Trotz der anderen Bezeichnung hat diese Karte keine andere Rechtsnatur als früher die Bescheinigung; auch sie bestätigt „nur“ ein europarechtlich gegebenes Recht.

Es kann die Vorlage folgender, abschließend aufgezählter Dokumente verlangt werden (vgl. § 5a Abs. 2 FreizügG/EU):

- Pass oder Personalausweis
- Bescheinigung über das Bestehen der familiären Beziehungen
- ggf. die Bescheinigung des Unionsbürgers über sein Aufenthaltsrecht
- bei Verwandten in ab- und aufsteigender Linie: urkundlicher Nachweis
- bei Lebenspartnern: Nachweis über die Lebenspartnerschaft
- bei Angehörigen von nicht erwerbstätigen Unionsbürger/innen der Nachweis über ausreichenden Krankenversicherungsschutz und ausreichende Existenzmittel (§ 4 FreizügG/EU).

4.4.5 Aufenthaltsrecht bei Tod oder Trennung

Die Angehörigen eines Unionsbürgers, die selbst Unionsbürger sind, erfüllen bei dessen Tod, seinem Wegzug aus Deutschland oder Scheidung zumeist die Voraussetzungen für ein Aufenthaltsrecht schon aus eigenem Recht. Im Übrigen gilt folgendes:

- Beim Tod des Unionsbürgers behalten die Angehörigen das Aufenthaltsrecht sofern sie sich seit einem Jahr in Deutschland aufhalten und erwerbstätig sind oder der Lebensunterhalt aus eigener Kraft gesichert ist (§ 3 Abs. 3 FreizügG/EU). Sind sie Drittstaatler/innen gelten für sie dann mit Blick auf die Familienzusammenführung und Abschiebungsschutz die europarechtlichen Privilegien nicht mehr (§ 3 Abs. 3 S. 2 FreizügG/EU).
- Die Kinder und der sorgeberechtigte Elternteil behalten das Aufenthaltsrecht beim Tod des Unionsbürgers oder bei Trennung auch ohne Lebensunterhalt mindestens bis zum Abschluss einer Ausbildung (§ 3 Abs. 4 FreizügG/EU).

³¹ s.o. Fn. 18

- Bei einer Scheidung behalten Ehegatten, die nicht Unionsbürger sind, ihr Aufenthaltsrecht dann,
 - wenn die Ehe mindestens 3 Jahre bestand, 1 Jahr davon in Deutschland, und sie erwerbstätig sind oder der Lebensunterhaltssicherung aus eigener Kraft gesichert ist (§ 3 Abs. 5 Nr. 1 FreizügG/EU), oder
 - sie das Sorgerecht für die Kinder erhalten haben (§ 3 Abs. 5 Nr. 2 FreizügG/EU), oder
 - es sich um einen Härtefall handelt (§ 3 Abs. 5 Nr. 3 FreizügG/EU), oder
 - das Umgangsrecht mit einem minderjährigen Kind sonst nicht zu verwirklichen wäre (§ 3 Abs. 5 Nr. 4 FreizügG/EU).
- Im Übrigen ist das AufenthG anzuwenden (§ 11 Abs. 2 FreizügG/EU).

4.4.6 Inländerdiskriminierung und Dänemarkehe

Bei der Familienzusammenführung sind ausländische EU-Bürger/innen im Vergleich zu Deutschen privilegiert, da sich die Familienzusammenführung zu Deutschen an den Regelungen für Drittstaatler/innen orientiert.

Ausländischen EU-Bürger/innen gleichgestellt sind nur Deutsche, die nach Deutschland zurückkehren, nachdem sie von ihrem Recht auf Freizügigkeit Gebrauch gemacht haben. Seit längerem umstritten ist, wann diese Besserstellung greift. Nach herrschender Meinung ist zum einem daran anzuknüpfen, dass die familiäre Beziehung schon vor der Rückkehr bestand. Der Grund dafür ist, dass mit der Rückkehr kein Rechtsverlust verbunden sein darf. Wird die familiäre Beziehung erst nach der Rückkehr geknüpft, bestand zuvor kein Recht, das verschlechtert werden könnte. Das zweite Kriterium ist, dass die Inanspruchnahme des Freizügigkeitsrechts eine „gewisse Nachhaltigkeit“ vorweisen muss, um eine Rechtsstellung zu erlangen, die nach der Rückkehr weiter wirkt.³²

Die sogenannte Dänemarkehe, bei der die Eheleute zum Zweck der Eheschließung nach Dänemark reisen und der/die deutsche EU-Bürger/in dort von seiner Dienstleistungsfreizügigkeit Gebrauch macht, wird mangels Nachhaltigkeit von deutschen Gerichten und Behörden nicht als ausreichend betrachtet, um als Rückkehrerfall zu gelten.³³ Wo allerdings die genaue Grenze ist, um ausreichende Nachhaltigkeit anzunehmen, ist bislang nicht geklärt. Zu bejahen ist sie jedenfalls bei Deutschen, die im EU-Ausland einer Beschäftigung nachgegangen sind oder die regelmäßig selbst grenzüberschreitende Dienstleistungen erbringen.

4.5 Staatsangehörige von Bulgarien und Rumänien

Rumänien und Bulgarien wurden zum 1.1.2007 Mitgliedstaaten der EU. Die neuen Mitgliedstaaten waren von Anfang an vollwertige Mitglieder der Union. Es gibt aber Übergangsvorschriften, die noch bis 31.12.2013 die Arbeitnehmerfreizügigkeit beschränken.³⁴

Abgesehen von der Beschränkung beim Arbeitsmarktzugang genießen die neuen EU-Bürger/innen die Grundfreiheiten in vollem Umfang. Eine selbständige Tätigkeit ist durch die Dienstleistungsfreiheit und die Niederlassungsfreiheit zugelassen. Auch das allgemeine Aufenthaltsrecht ist gegeben.

Für den Arbeitsmarktzugang gelten folgende Regelungen:

4.5.1 Arbeitserlaubnis-EU

Die Erteilung einer Arbeitserlaubnis-EU richtet sich nach § 284 SGB III und § 39 Abs. 6 AufenthG. Zuständig ist nicht die Ausländerbehörde, sondern die Arbeitsagentur.

³² Renner/Dienelt, Kommentar zum Ausländerrecht, München 2011, § 1 FreizügG/EU, Rn. 16 ff.

³³ BVerwG, Urteil v. 16.11.2010 – 1 C 17.09

³⁴ Vertrag über den Beitritt der Tschechischen Republik, Estlands, Zyperns, Lettlands, Litauens, Ungarns, Maltas, Polens, Sloweniens, der Slowakischen Republik zur Europäischen Union, Abl.-EU L 236 v. 23.9.2003; Vertrag über den Beitritt der Republik Bulgarien und Rumäniens zur Europäischen Union, BGBl. II v. 7.12.2006, 1146.

Die neuen EU-Bürger/innen haben gem. § 39 Abs. 6 AufenthG Zugang zum Arbeitsmarkt unter Beachtung des Vorrangprinzips. Gegenüber Drittstaatler/innen genießen sie gem. § 39 Abs. 6 S. 2 AufenthG ihrerseits Vorrang (Gemeinschaftspräferenz).

Bei qualifizierten Tätigkeiten mit einer mindestens 2-jährigen Ausbildung kann gem. § 284 Abs. 3 SGB III i.V.m. § 39 Abs. 2 AufenthG eine Arbeitserlaubnis erteilt werden. Eine Beschränkung auf bestimmte Berufsgruppen findet nicht statt, es ist eine Vorrangprüfung unter Beachtung der Gemeinschaftspräferenz durchzuführen.

Bei unqualifizierten Tätigkeiten ist gem. § 284 Abs. 4 SGB III die Erteilung einer Arbeitserlaubnis auf den ersten Blick nur zulässig, wenn dies auf Grund zwischenstaatlicher Vereinbarung oder Rechtsverordnung zulässig ist. Da § 284 Abs. 6 AufenthG bezüglich des Günstigkeitsgrundsatzes aber auch auf das AufenthG verweist, ist auch bei unqualifizierten Tätigkeiten § 39 Abs. 2 AufenthG anzuwenden. Da eine Beschränkung auf bestimmte Berufsgruppen in § 39 Abs. 2 AufenthG nicht vorgesehen ist, findet sie beim Arbeitsmarktzugang von Neu-EU-Bürger/innen letztlich nicht statt. Wenn die Erteilung der Arbeitserlaubnis nicht durch die BeschV zugelassen ist, kann sie nach einer Vorrangprüfung unter Beachtung der Gemeinschaftspräferenz erfolgen.

4.5.2 Arbeitsberechtigung-EU

Wer bereits zum Zeitpunkt des Beitritts oder später seit mindestens zwölf Monaten zum Arbeitsmarkt zugelassen war, hat ein Recht auf uneingeschränkten Zugang zum Arbeitsmarkt und erhält eine Arbeitsberechtigung-EU (vgl. § 12 a Abs. 1 ArGV). Sofern der Wohnsitz in Deutschland ist, genügt eine geringfügige Beschäftigung.

Neu-EU-Bürger/innen, die bereits ein Daueraufenthaltsrecht haben (s.u. S. 14), haben damit automatisch einen unbeschränkten Arbeitsmarktzugang. Es ist ihnen aber auf Antrag auch eine deklaratorische Arbeitsberechtigung-EU auszustellen.

Dieses Recht geht bei einer freiwilligen längerfristigen Ausreise wieder verloren (§ 12 a Abs. 3 ArGV). Zu beachten ist, dass eine Abschiebung keine freiwillige Ausreise ist.

4.5.3 Arbeitsmarktzugang für Familienangehörige von Arbeitnehmer/innen

Die Familienangehörigen, die am Tag des jeweiligen Beitritts bei dem Arbeitnehmer gewohnt haben, und solche, die erst nach dem Beitritt zugezogen sind und dann seit mindestens 18 Monaten ihren Wohnsitz in Deutschland haben, erhalten freien Zugang zum Arbeitsmarkt und eine Arbeitsberechtigung-EU (vgl. § 12a Abs. 2 und Abs. 4 ArGV).

Vor Ablauf dieser Frist ist bei Bedarf wegen des Günstigkeitsprinzips auf § 29 Abs. 5 AufenthG zurückzugreifen, wonach die Angehörigen einen Arbeitsmarktzugang haben wie der Zusammenführende.

Mit dem Verstreichen einer Frist von 2 Jahren seit den jeweiligen Beitritten, müssten die Familienangehörigen unabhängig von der Voraufenthaltszeit freien Zugang zum Arbeitsmarkt haben (§ 12a Abs. 2 S. 2 ArGV). Die BA macht dies in ihren Anwendungshinweisen aber davon abhängig, dass der Stammberechtigte bereits über einen freien Zugang zum Arbeitsmarkt verfügt. Das widerspricht zwar dem Zweck und dem Wortlaut der Norm und des Beitrittsvertrags. In der Praxis scheint das Problem aber keine Rolle zu spielen.

4.5.4 Arbeitsmarktzugang für Familienangehörige von Selbständigen

Die Familienangehörigen einer/s selbständig Tätigen sind von den Übergangsregeln der Beitrittsverträge nicht erfasst. Da die Niederlassungsfreiheit nicht beschränkt ist, muss auch für die Angehörigen gelten, dass das EU-Recht unbeschränkt anzuwenden ist. Demnach kommt dieser Personenkreis in den Genuss eines sofortigen unbeschränkten Arbeitsmarktzugangs.

Die Durchführungsanweisungen der BA sehen trotzdem vor, dass diese Personen nur einen Arbeitsmarktzugang nach § 39 AufenthG haben sollen.³⁵ Kommt dies (fälschlich) zur Anwendung, müssen wenigstens auch (§ 12a Abs. 2 S. 2 ArGV angewandt werden.

4.5.5 Arbeitsmarktzugang als Angehörige von Deutschen oder von Ausländer/innen mit unbeschränkten Arbeitsmarktzugang

Im Rahmen des Günstigkeitsprinzips können neue EU-Bürger/innen, die Angehörige eines Deutschen sind, einen Anspruch auf Erteilung einer Arbeitsberechtigung/EG aus § 2 ArGV ableiten, das heißt sie haben sofort einen unbeschränkten Zugang zum Arbeitsmarkt.

Sind sie Ehepartner von Ausländer/innen mit unbeschränktem Arbeitsmarktzugang ist wegen des Günstigkeitsprinzips auf § 29 Abs. 5 AufenthG zurückzugreifen, wonach die Angehörigen einen Arbeitsmarktzugang haben wie der Zusammenführende.

5 Zugang zu Sozialleistungen

Der Zugang zu Leistungsansprüchen kann bei EU-Bürger/innen unterschiedlich sein, je nachdem auf welches Freizügigkeitsrecht sie sich berufen. Anders als bei anderen Ausländer/innen hat die Inanspruchnahme sozialer Leistungen, abgesehen von wenigen Ausnahmen, keinen Einfluss auf das Bestehen des Aufenthaltsrechts (s.o. Punkt 4.3.5).

Der Zugang zu sozialen Leistungen ist am Maßstab der europarechtlichen Diskriminierungsverbote zu messen und für erwerbstätige und wirtschaftlich inaktive EU-Bürger/innen unterschiedlich ausgeprägt.

5.1 Diskriminierungsverbote nach AEUV, GRC, Unionsbürgerrichtlinie und VO 883/2004

Unionsbürger/innen können sich auf verschiedene Diskriminierungsverbote berufen. Die Arbeitnehmerfreizügigkeit enthält ein Gleichbehandlungsgebot, die Niederlassungsfreiheit ein Diskriminierungsverbot und Art. 18 AEUV bestimmt ein allgemeines Verbot der Diskriminierung wegen der Staatsangehörigkeit. Dieses Verbot gilt für den Anwendungsbereich des AEUV, sofern nicht im Vertrag selbst Ausnahmen zugelassen sind. Auch die GRC verbietet die Diskriminierung auf Grund der Staatsangehörigkeit (Art. 21 GRC).

Auch die UnionsRL enthält ein Diskriminierungsverbot (Art. 24 Abs. 1 UnionsRL). Absolute Gleichbehandlung genießen hier aber nur Unionsbürger/innen mit Erwerbstätigenstatus und Verbleibebe-rechtigte. Im Übrigen darf der Zugang zu Sozialhilfe in den ersten drei Monaten des Aufenthalts und bei solchen Unionsbürger/innen, die zum Zweck der Arbeitssuche eingereist sind, verwehrt werden (Art. 24 Abs. 2, Art. 14 Abs. 4 Nr. b UnionsRL).

Seit 1.5.2010 ist die VO 883/2004³⁶ in Kraft. Sie hat die sogenannte Wanderarbeitnehmer-Verordnung 1408/71/EWG abgelöst und gilt für alle Staatsangehörigen eines EU-Mitgliedstaates und damit auch für wirtschaftlich Inaktive (Art. 2 VO 883/2004). Die VO verlangt, dass EU-Bürger/innen mit Blick auf die Systeme der sozialen Sicherheit die gleichen Rechte und Pflichten haben wie Einheimische (Art. 4 VO 883/2004). Sie umfasst auf Beiträgen beruhende und beitragsfreie Systeme der sozialen Sicherheit sowie besondere beitragsunabhängige Geldleistungen (Art. 3 Abs. 2 und 3 VO 883/2004, dazu s.u. Punkte 5.3.8 und 5.3.9). Sie gilt gem. Art. 3 Abs. 5 nicht für soziale und medizinische Fürsorgeleistungen (s.u. Punkt 5.5).

³⁵ BA (Hg.), Durchführungsanweisungen zu § 284 SGB III (Stand April 2012), Rn. 4.1.111a

³⁶ Verordnung (EG) Nr. 883/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 29. April 2004 zur Koordination der Systeme der sozialen Sicherheit, Konsolidierte Fassung v. 11.1.2011. Informationen zur VO 883/2004: Frings, Grundsicherungsleistungen für EU-Bürger unter dem Einfluss der VO (EG) Nr. 2004/883, in: ZAR 2012, S. 317 ff.

5.2 Europäisches Fürsorgeabkommen (EFA)

Die Bundesrepublik Deutschland ist einer der Unterzeichnerstaaten des Europäischen Fürsorgeabkommens (EFA)³⁷, das für Deutschland zum 1.8.1956 in Kraft trat. Das Fürsorgeabkommen gilt für die Angehörigen folgender EU-Staaten: Belgien, Dänemark, Deutschland, Estland, Frankreich, Griechenland, Großbritannien, Irland, Island, Italien, Luxemburg, Malta, Niederlande, Portugal, Schweden, Spanien. Weiter haben die Drittstaaten Norwegen, Island und die Türkei unterzeichnet.

5.2.1 SGB II

Nachdem lange strittig war, ob das EFA den Staatsangehörigen der anderen Unterzeichnerstaaten gleichberechtigten Zugang zu Leistungen nach dem SGB II gewährleistet, hat das Bundessozialgericht mit Urteil vom 19.10.2010³⁸ festgestellt, dass das EFA gegenüber den Ausschlussgründen in § 7 Abs. 1 S. 2 SGB II Vorrang genießt.

Um § 7 Abs. 1 S. 2 SGB II wieder Geltung zu verschaffen hat die Bundesregierung mit Schreiben vom 15.12.2011 beim Europarat drei Noten hinterlegt, die am 19.12.2011 in Kraft getreten sind. Damit wurden das SGB II und das SGB XII in die Liste der Rechtsvorschriften aufgenommen, auf die das EFA Anwendung findet.³⁹ Gleichzeitig wurde von der Möglichkeit Gebrauch gemacht gem. Art. 16 b des Abkommens einen Vorbehalt zur Anwendung dieser neuen Vorschriften zu erklären. Deutschland „übernimmt keine Verpflichtung, die im Zweiten Buch Sozialgesetzbuch – Grundsicherung für Arbeitsuchende – in der jeweils geltenden Fassung vorgesehenen Leistungen an Staatsangehörige der übrigen Vertragsstaaten in gleicher Weise und unter den gleichen Bedingungen wie den eigenen Staatsangehörigen zuzuwenden.“⁴⁰ Die BA hat daraufhin im Februar 2012 eine entsprechende Geschäftsanweisung (GA) erlassen. Demnach müssen die Jobcenter bei Angehörigen der EFA-Staaten die Bewilligungsentscheidungen überprüfen. „Sind die betroffenen Personen von Leistungen nach dem SGB II nunmehr gem. § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 SGB II bzw. § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II ausgeschlossen, ist die Bewilligung gem. § 40 Abs. 1 S. 1 SGB II i. V. m. § 48 Abs. 1 S. 1 SGB X mit Wirkung für die Zukunft aufzuheben.“⁴¹

Die Vorbehalte könnten völkerrechtswidrig sein. Zum einen, weil praktisch kaum ein Anwendungsbereich für das EFA mehr bleibt und sie damit dem Sinn und Zweck des EFA zuwider laufen. Zum zweiten wird geltend gemacht, dass das SGB II nicht „neu“ im Sinne des Art. 16 b des Abkommens sei.⁴² Mit der Völkerrechtswidrigkeit des Vorbehalts lässt sich in einem Widerspruch gegen einen Aufhebungsbescheid oder gegen eine Nichtbewilligung und einem anschließenden Gerichtsverfahren argumentieren. Einige Landessozialgerichte haben auf dieser Basis festgestellt, dass der Vorbehalt wohl unwirksam sei und im vorläufigen Rechtsschutz Leistungen nach SGB II zugesprochen.⁴³

³⁷ Europäisches Fürsorgeabkommen v. 11.12.1953, Zustimmungsgesetz v. 15.5.1956, BGBl. II, 1956, 563.

³⁸ BSG, Urteil v. 19.10.2010 - B 14 AS 23/10 R.

³⁹ <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/014-I.htm>

⁴⁰ Geschäftsanweisung SGB II Nr. 8 v. 23.02.2012 - Vorbehalt gegen das Europäische Fürsorgeabkommen (EFA), http://www.arbeitsagentur.de/nn_166486/zentraler-Content/HEGA-Internet/A07-Geldleistung/Dokument/GA-SGB-2-NR-08-2012-02-23.html;
<http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ListeDeclarations.asp?NT=014&CM=8&DF=9/17/2006&CL=GER&VL=1>

⁴¹ Geschäftsanweisung SGB II Nr. 8 v. 23.2.2012 (Fn. 40)

⁴² Gutachten des Wissenschaftlichen Dienst des Bundetags, wd 2 - 3000 035/12, http://www.harald-thome.de/media/files/EFA_BT-WD-2-3000-035-12.pdf

⁴³ LSG Berlin-Brandenburg, Beschlüsse v. 9.5.2012 – L 19 AS 794/12 B ER, v. 23.5.2012 – L 25 AS 837/12 B ER, v. 28.6.2012 - L 14 AS 933/12 B ER, v. 15.8.2012 - L 19 AS 1851/12 B ER; LSG Rheinland-Pfalz, Beschluss v. 21.8.2012 - L 3 AS 250/12 B ER; LSG Bayern, Beschluss v. 14.08.2012 - L 16 AS 568/12 B ER; LSG Nordrhein-Westfalen, Beschluss v. 15.11.2012 - L 7 AS 1708/12 B ER

Gegen den Vorbehalt ließe sich weiter anführen, dass der Vorbehalt nicht durch ein entsprechendes Gesetz in innerstaatliches Recht transformiert worden ist und deshalb keine Anwendung findet.⁴⁴

Bei der Beratung sollte mehrgleisig verfahren werden:

- Zunächst ist zu prüfen, ob die Ausschlussgründe nach § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 und Nr. 2 SGB II überhaupt greifen. Schon eine geringfügige Erwerbstätigkeit bzw. ein Bezug zum deutschen Arbeitsmarkt führt dazu, dass dies nicht der Fall ist. Auch Angehörige von Arbeitnehmer/innen oder Selbständigen fallen nicht unter die Ausschlussklauseln (s.u. Punkt 5.3.2 und 5.3.3).
- Im Übrigen kommt es bei EU-Bürger/innen auf die Wirksamkeit des Vorbehalts zum EFA nicht an, da sie sich auf die vorrangig anzuwendende VO 883/2004 berufen können (s.o. Punkt 5.1). Die neuere Rechtsprechung hält wegen des Gleichbehandlungsgebots der VO 883/2004 den Leistungsausschluss nach § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 und Nr. 2 SGB II für europarechtswidrig oder zieht die Europarechtskonformität zumindest in Zweifel (s.u. Punkt 5.3.8).

Es sollte also gegen jeden Bescheid fristgerecht Widerspruch eingelegt und gegebenenfalls ein Rechtsanwalt eingeschaltet und der Klageweg beschritten werden.

5.2.2 SGB XII

Auch zum SGB XII hat die Bundesregierung einen Vorbehalt erklärt. Dieser bezieht sich aber (wie schon der vorangegangene Vorbehalt zum Bundesozialhilfegesetz) nur auf die Hilfen nach §§ 67 ff. SGB XII.⁴⁵ Im Übrigen haben die Angehörigen von EFA-Staaten Ansprüche nach SGB XII unter den gleichen Voraussetzungen wie Deutsche auch. Allerdings erwartet die Bundesregierung, dass die Rechtsprechung erwerbsfähigen EFA-Staatler/innen, die dem Grunde nach in den Rechtskreis des SGB II fallen und damit eigentlich vom SGB XII-Bezug ausgeschlossen sind, wegen des Leistungsausschlusses im SGB II wohl Leistungen nach SGB XII zusprechen wird (s.u. Punkt 5.5.1).⁴⁶ Für das Land Berlin gibt es ein entsprechendes Rundschreiben vom 24.12.2012.

5.3 Ansprüche von EU-Bürger/innen auf Grundsicherungsleistungen nach SGB II

5.3.1 Allgemeine Anspruchsvoraussetzungen

Anspruchsberechtigt nach SGB II sind hilfebedürftige, erwerbsfähige Personen zwischen dem 15. und 65. Lebensjahr mit gewöhnlichem Aufenthalt in Deutschland (§ 7 Abs. 1 SGB II). Nicht erwerbsfähige Angehörige (insbesondere Kinder) erhalten Sozialgeld (§ 28 SGB II).

5.3.1.1 Gewöhnlicher Aufenthalt

Nach § 30 Abs. 3 S. 2 SGB I ist der gewöhnliche Aufenthalt dort, wo sich eine Person unter Umständen aufhält, die erkennen lassen, dass sie dort nicht nur vorübergehend verweilt. Es wird regelmäßig vermutet, dass am angemeldeten Wohnsitz auch der gewöhnliche Aufenthalt ist. Das ist aber nicht zwingend. Bei Personen, die nicht gemeldet sind, kommt es auf den tatsächlich feststellbaren Lebensmittelpunkt an.⁴⁷

Nicht anspruchsberechtigt sind demnach EU-Bürger/innen, die sich nur befristet ohne Perspektive auf Daueraufenthalt in Deutschland aufhalten wie Tourist/innen, Saisonarbeitskräfte oder Au-Pairs.

⁴⁴ Sozialgericht Berlin, Beschluss v. 25.4.2012 – S 55 AS 9238/12

⁴⁵ <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ListeDeclarations.asp?NT=014&CM=8&DF=9/17/2006&CL=GER&VL=1>

⁴⁶ Unterrichtung durch das Bundesministerium für Arbeit und Soziales - Schriftlicher Bericht zur Erklärung eines Vorbehalts gegen die Anwendung des Europäischen Fürsorgeabkommens (EFA) auf die Grundsicherung für Arbeitsuchende, Ausschuss für Arbeit und Soziales, Drs. 17(11)881

⁴⁷ Bundesagentur für Arbeit, Fachliche Hinweise zu § 7 SGB II (Stand 20.1.2010), Rn. 7.2 Abs. 2.

5.3.1.2 Rechtmäßigkeit des Aufenthaltes

Bei Ausländer/innen kommt es neben dem gewöhnlichen Aufenthalt nach herrschender Meinung zusätzlich auf die Rechtmäßigkeit des Aufenthaltes an.⁴⁸

Bei EU-Bürger/innen ist vom Vorliegen des Freizügigkeitsrechts auszugehen. Bestehen Zweifel, darf die Glaubhaftmachung eingefordert werden. Nicht zulässig ist es, nach dem Wegfall der Bescheinigung nun generell alle EU-Bürger/innen, die einen Antrag stellen, zu überprüfen (s.o. Punkt. 4.3.1)

5.3.1.3 Ausländerrechtliche Erwerbsfähigkeit

Ausländer/innen müssen neben der tatsächlichen Erwerbsfähigkeit auch „rechtlich erwerbsfähig“ sein (§ 7 Abs. 1 S. 2 i.V.m. § 8 Abs. 2 SGB II). Das ist bei EU-Bürger/innen sowie jeweils bei den Familienangehörigen generell der Fall.

Da auch die Ausländer/innen anspruchsberechtigt sind, die keinen unbeschränkten Arbeitsmarktzugang haben, denen aber die Aufnahme einer Beschäftigung nach §§ 39 ff AufenthG erlaubt werden könnte, sind auch die EU-Bürger/innen aus Rumänien und Bulgarien anspruchsberechtigt, deren Arbeitnehmerfreizügigkeit noch beschränkt ist (§ 8 Abs. 2 S. 2 SGB II).

5.3.2 Erwerbstätige Unionsbürger/innen

Für EU-Bürger/innen, die den Arbeitnehmer-Status und einen Selbständigen-Status (Erwerbstätigeneigenschaft) haben, gilt uneingeschränkt das Diskriminierungsverbot (Art. 18, Art. 45 Abs. 2 AEUV, Art. 4 VO 883/2004, Art. 24 UnionsRL). Immer dann, wenn EU-Bürger/innen die Erwerbstätigeneigenschaft haben, haben sie Anspruch auf alle sozialen Rechte. Die Inanspruchnahme sozialer Leistungen hat keine Auswirkungen auf ihr Aufenthaltsrecht.

5.3.2.1 Anspruch auf aufstockende Leistungen

Die Erwerbstätigeneigenschaft hängt nicht davon ab, dass die Berufstätigkeit ein existenzsicherndes Einkommen bringt. Bei zu geringem Einkommen etwa bei geringfügiger Beschäftigung besteht deshalb ein Anspruch auf aufstockende Leistungen.

Wird durch eine selbständige Erwerbstätigkeit kein existenzsicherndes Einkommen erzielt, reichen erkennbare Erwerbs- und realistische Erfolgsaussichten. Nur wenn längerfristig keine Chance auf ein existenzsicherndes Einkommen erkennbar ist, kann vom Jobcenter gefordert werden, der Hilfsbedürftigkeit abzuwehren, indem das Gewerbe aufgegeben und eine andere Tätigkeit aufgenommen wird (vgl. § 2 SGB II).

Leistungen erhalten auch die Familienangehörigen (unabhängig von der Staatsangehörigkeit), da sie von der Freizügigkeit und den daraus abgeleiteten Rechten erfasst sind.

5.3.2.2 Kein Ausschluss von SGB II-Leistungen in den ersten 3 Monaten

Der Ausschluss von SGB II-Leistungen in den ersten 3 Monaten nach der Einreise gilt für erwerbstätige EU-Bürger/innen nicht: Ausländer/innen, die sich als Arbeitnehmer/innen oder Selbständige freizügigkeitsberechtigt in Deutschland aufhalten sowie ihre Angehörigen sind explizit ausgenommen (§ 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 SGB II).

5.3.3 Arbeitssuchende

§ 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II schließt Ausländer/innen, deren Aufenthaltsrecht sich allein aus der Arbeitssuche ergibt, von Leistungen nach SGB II aus. Als diese Regelung eingeführt wurde, zielte

⁴⁸ Bundesagentur für Arbeit, Fachliche Hinweise zu § 7 SGB II (Stand 20.1.2010), Rn. 7.2 Abs. 5. Anders: LSG Hessen v. 14.10.2009 - L 7 AS 166/09 B ER: Die aufenthaltsrechtlichen Voraussetzungen für eine Leistungsberechtigung sind abschließend in § 7 Abs. 1 S. 2 SGB II geregelt.

sie vor allem darauf zu verhindern, dass EU-Ausländer/innen einreisen und dann mit der Begründung der Arbeitssuche Leistungen beziehen, obwohl sie im Übrigen keinen Bezug zu Deutschland haben. Dem gleichen Ziel dienen die Vorbehalte zum EFA (s.o. Punkt 5.2)

Nach der UnionsRL dürfen EU-Bürger/innen, die zum Zweck der Arbeitssuche eingereist sind, von Sozialhilfe ausgeschlossen werden. In Literatur und Rechtsprechung ist aber umstritten, ob damit auch der Ausschluss nach § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II zulässig ist (s.u. Punkt 5.3.3.3 und 5.3.8).

In der Beratung, muss vor der Frage nach der Europarechtswidrigkeit des § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II (unten Punkt 5.3.8) immer erst geprüft werden, ob die Ausschlussklausel nicht schon aus einem der im folgenden dargestellten Gründe im konkreten Fall überhaupt nicht greift.

5.3.3.1 Anspruch bei Aufenthalt aus anderem Grund als der Arbeitssuche

Art. 24 Abs. 4 Nr. b UnionsRL lässt einen Ausschluss von Sozialleistungen nur zu bei EU-Bürger/innen, die zum Zweck der Arbeitssuche eingereist sind. Erfolgte die Einreise also aus anderem Grund und tritt der Aufenthaltswitz Arbeitssuche erst danach hinzu, ist § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II nicht anzuwenden.⁴⁹

EU-Bürger/innen, die sich auf einen anderen Aufenthaltsgrund als die Arbeitssuche berufen können, wie etwa die Familienangehörigen von Arbeitnehmer/innen und Selbständigen, haben also einen Leistungsanspruch.⁵⁰

Einen Leistungsanspruch haben auch schwangere Frauen, die planen nach der Niederkunft mit dem Kind und dem in Deutschland mit einem dauerhaften Aufenthaltsrecht ansässigen Partner (und Vater des Kindes) zusammen zu leben.⁵¹

5.3.3.2 Anspruch nach vorübergehender Erwerbstätigkeit: kein Verlust des Erwerbstätigenstatus

Mit ungewollter Arbeitslosigkeit oder Aufgabe der selbständigen Erwerbstätigkeit geht der Status als Arbeitnehmer/innen oder als selbständig Erwerbstätiger nicht automatisch verloren.

Der Status bleibt erhalten bei:

- vorübergehender Erwerbsminderung wegen Unfall oder Krankheit (§ 2 Abs. 2 Nr. 1 FreizügG/EU).
- unfreiwilliger Arbeitslosigkeit nach mehr als einem Jahr Tätigkeit (§ 2 Abs. 2 Nr. 2 FreizügG/EU).
- Bei weniger als einem Jahr Beschäftigung bleibt nach § 2 Abs. 2 S. 2 FreizügG/EU das Freizügigkeitsrecht nach dem Freizügigkeitsgesetz für 6 Monate erhalten. Besser trifft es die Formulierung in Art. 7 Abs. 3 UnionsRL: Ist die Arbeitslosigkeit nicht selbst verschuldet und meldet sich der/die Betroffene arbeitslos, geht der Erwerbstätigenstatus nicht verloren.

Entsprechend stellen die Anwendungshinweise der Bundesagentur für Arbeit klar, dass diese EU-Bürger/innen trotz faktischer Arbeitslosigkeit und –suche in diesen Fällen den Erwerbstätigenstatus nicht verloren haben und folglich nicht vom Leistungsbezug ausgeschlossen sind.⁵²

5.3.3.3 Anspruch wegen tatsächlicher Verbindung zum deutschen Arbeitsmarkt

Nach der Rechtsprechung des EuGH genießen EU-Bürger/innen, die zum Zweck der Arbeitssuche zuwandern, Gleichbehandlung „nur“ beim Zugang zu Beschäftigung. Diejenigen, die bereits Zugang zum Arbeitsmarkt gefunden haben, haben hingegen Anspruch auf die gleichen sozialen und

⁴⁹ So u.a.: SG Berlin v. 24.5.2011, Az: S 149 Aufenthaltsstatus 17644/09

⁵⁰ Bundesagentur für Arbeit, Fachliche Hinweise zu § 7 SGB II (Stand 20.1.2010), Rn. 7.8.; BSG, Urteil v. 25.1.2012 – B 14 AS 138/11 R

⁵¹ BSG v. 30.1.2013 Az. B 4 AS 54/12 R

⁵² Bundesagentur für Arbeit, Fachliche Hinweise zu § 7 SGB II (Stand 20.1.2010), Rn. 7.5b und 7.5c, 7.8.

steuerlichen Vergünstigungen wie die inländischen Arbeitnehmer/innen.⁵³ Mit Blick auf Leistungen, die gerade den Zugang zum Arbeitsmarkt fördern, dürfen EU-Bürger/innen nicht gänzlich vom Leistungsbezug ausgeschlossen werden. Es ist aber legitim, diese Leistung erst dann zu gewähren, nachdem das Bestehen einer tatsächlichen Verbindung des Arbeitssuchenden mit dem Arbeitsmarkt dieses Staates festgestellt wurde.⁵⁴ Dazu genügt es, während eines angemessenen Zeitraums tatsächlich eine Beschäftigung in dem betreffenden Mitgliedstaat zu suchen.⁵⁵

In der Entscheidung vom 4.6.2009⁵⁶ hat der EuGH diese Rechtsprechung mit Blick auf das SGB II bestätigt, aber offen gelassen, ob das SGB II als Sozialhilfe zu klassifizieren oder eine Leistung ist, die den Zugang zum Arbeitsmarkt erleichtern soll. Der Gesetzgeber hat seit dieser Entscheidung nichts zur Klarstellung beigetragen. Die Entscheidungen der nationalen Gerichte sind nicht einheitlich,⁵⁷ allerdings gewähren die Landessozialgerichte mittlerweile mehrheitlich im Eilverfahren vorläufige Leistungen.⁵⁸ Das LSG NRW differenziert allerdings nach der Staatsangehörigkeit und hält den Leistungsausschluss für Rumänen/innen und Bulgaren/innen wegen des beschränkten Arbeitsmarktzugangs für europarechtskonform.⁵⁹

Sofern Widerspruch gegen einen ablehnenden Bescheid eingelegt werden soll, kann geltend gemacht werden, dass Leistungen nach dem SGB II solche zur Arbeitsmarktintegration sind. § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II muss europarechtskonform dahingehend ausgelegt werden, dass Leistungen zu gewähren sind, wenn Arbeitssuchende eine tatsächliche Verbindung zum deutschen Arbeitsmarkt haben. Diese Verbindung muss noch nicht so intensiv sein, dass die Arbeitnehmereigenschaft erworben wurde. Es genügt, dass der Betroffene während eines angemessenen Zeitraums tatsächlich eine Beschäftigung in dem betreffenden Mitgliedstaat gesucht hat. Eine abschließende Klarstellung wird aber wohl erst durch eine erneute Entscheidung des EuGH erreicht werden können.

5.3.4 Langaufhältige EU-Bürger/innen

Das Daueraufenthaltsrecht (§ 4a FreizügG/EU, s.o. Punkt 4.3.4) gewährleistet einen Anspruch auf soziale Leistungen einschließlich SGB II auch für Personen, die vorher keinen Bezug zum Arbeitsmarkt in Deutschland hatten.

5.3.5 Nicht erwerbstätige, (noch) nicht arbeitssuchende EU-Bürger/innen

Bei nicht erwerbstätigen EU-Bürger/innen muss besonders genau zwischen Status und Leistungsrecht unterschieden werden.

Das voraussetzungslose Freizügigkeitsrecht der Unionsbürger/innen nach Art. 21 AEUV sieht keine zeitliche Beschränkung vor. Halten sich EU-Bürger/innen ohne Erwerbstätigkeit oder Arbeitssuche länger als 3 Monate in Deutschland auf, werden nach Art. 7 UnionRL und § 4 FreizügG/EU

⁵³ EuGH v. 23.3.2004, Rs. C-138/02 <Collins>

⁵⁴ EuGH (Fn. 53); EuGH (Fn. 56).

⁵⁵ EuGH (Fn. 53)

⁵⁶ EuGH v. 4.6.2009, Rs. C-22/08 und C-23/08 <Vatsouras/Koupatantze>

⁵⁷ Ausschluss ist europarechtswidrig: Landessozialgericht Baden-Württemberg v. 25.8.2010 – L 7 AS 3769/10 ER-B. Berechtigter Anspruchsausschluss zumindest bei wirtschaftlich inaktiven EU-Bürger/innen: LSG Hessen v. 14.10.2009 - L 7 AS 166/09 B ER. SGB II ist Sozialhilfe und der Anspruchsausschluss damit europarechtskonform: LSG Niedersachsen-Bremen v. 26.02.2010 - L 15 AS 30/10 B ER.

⁵⁸ LSG NRW v. 17.02.2010 - L 19 B 392/09 AS ER; v. 25.03.2010 - L 7 AS 327/10 B ER; v. 10.5.2010 - L 7 AS 134/10 B ER; v. 4.10.2010 L 19 AS 942/10 B. LSG Baden-Württemberg v. 25. 8.2010 - L 7 AS 3769/10 ER-B. Bayer. LSG v. 22.12.2010 - L 16 AS 767/10 B-ER. LSG Niedersachsen-Bremen v. 11. 3.2011 - L 13 AS 51/11 B ER. LSG Berlin-Brandenburg v. 30. 6.2011 - L 25 AS 535/11 B ER; v. 30.09.2011 - L 14 AS 1148/11 B ER, L 14 AS 1152/11 B PKH. LSG Schleswig-Holstein v. 14. 9.2011 - L 3 AS 155/11 B ER; LSG Hamburg v. 11.10.2012 – L 4 AS 266/12 B ER

⁵⁹ LSG NRW v. 30.5.2011 – L 19 AS 388/11 B ER.

ausreichende eigene Existenzmittel vorausgesetzt. Nach der bisherigen Rechtsprechung des EuGH ist dies aber nicht konstitutiv für das Aufenthaltsrecht.

Solange erwerbslose EU-Bürger/innen keine Leistungen nach SGB II oder XII beantragen ist von ausreichenden Existenzmitteln auszugehen (Rn. 4.1.2.2 AVwV FreizügG/EU)

Auch nicht erwerbstätige EU-Bürger/innen können sich grundsätzlich beim Zugang zu Sozialleistungen auf die Diskriminierungsverbote in Art. 18 AEUV und Art. 24 UnionsRL berufen. Sofern Sozialleistungen an nicht diskriminierende Voraussetzungen anknüpfen wie etwa eine nachweisliche Bindung an Deutschland, dürfen sie ihnen aber verwehrt werden, wenn sie diese Voraussetzungen nicht erfüllen. Es sind beim Zugang zu sozialen Leistungen also Beschränkungen erlaubt. Erfüllen bislang wirtschaftlich nicht aktive EU-Bürger/innen allerdings die Voraussetzung eines Leistungsanspruchs, ist er ihnen zu gewähren. Das gilt auch, wenn sie ursprünglich nachweisen mussten, dass der Lebensunterhalt aus eigenen Mitteln gesichert ist.⁶⁰

Ein Ausschluss aus dem SGB II ist also dann zulässig, wenn der Ausschluss an mangelnder Erwerbsfähigkeit anknüpft oder daran, dass die Aufnahme einer Erwerbstätigkeit nicht angestrebt wird. Melden sich bislang nicht erwerbstätige EU-Bürger/innen arbeitssuchend, muss geprüft werden, ob der Anspruchsausschluss nach § 7 Abs. 1 Nr. 2 SGB II (oben Punkt 5.3.3) oder das sozialrechtliche Gleichbehandlungsgebot greifen (unten Punkt 5.3.5).

Werden SGB II-Leistungen beantragt und bezogen, ist dies allein noch kein zulässiger Grund, den Verlust des Aufenthaltsrechts festzustellen (Art. 14 Abs. 2 UnionsRL). Es muss dann im Einzelfall abgewogen werden, ob die Inanspruchnahme des Sozialsystems unangemessen ist und der Aufenthalt deshalb beendet werden kann.

5.3.6 Familienangehörige von erwerbstätigen EU-Bürger/innen

Nicht erwerbstätige oder arbeitssuchende Angehörige von wirtschaftlich aktiven EU-Bürger/innen sind wie diese freizügigkeits- und leistungsberechtigt. Dieses abgeleitete Recht ist unabhängig von der eigenen Staatsangehörigkeit.⁶¹

5.3.7 Familienangehörige von Deutschen

EU-Bürger/innen, die als Familienangehörige von Deutschen nach Deutschland kommen, sind zumindest nach dem Wortlaut vom Leistungsausschluss in den ersten 3 Monaten nach § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 SGB II erfasst. Wurde ein Leistungsanspruch auf dieser Grundlage verneint, erhielten die Betroffenen bisher zumindest Sozialhilfe.

Das BSG hat am 30.1.2013 entschieden, dass der Leistungsausschluss nach § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 SGB II nach Systematik und Zweck der Regelung ausländische Angehörige von Deutschen nicht erfasst (BSG v. 30.1.2013 – B 4 AS 37/12 R).

5.3.8 Sozialrechtliches Gleichbehandlungsgebot?

Das Europarecht kennt unterschiedliche Diskriminierungsverbote. Die VO 883/2004, angewendet seit 2010, regelt die Koordinierung der Sozialsysteme und bestimmt im in Art. 4 VO 883/2004, dass die in der VO benannten Leistungen ausländischen EU-Bürger/innen mit Wohnsitz⁶² in Deutschland unter den gleichen Voraussetzungen wie für Deutsche zu gewähren sind.

Vom sachlichen Anwendungsbereich der VO ist auch das SGB II erfasst: Unabhängig von der Frage, ob das SGB II als Sozialhilfe bewertet werden (s.o. Punkt 5.3.3.3) kann und damit von der VO nicht erfasst wäre (s.o. Punkt 5.1), ist das SGB II ausdrücklich in den Anwendungsbereich der

⁶⁰ EuGH, Urteil v. 20.9.2001, Rs. C-184/99 <Grzelczyk>

⁶¹ Bundesagentur für Arbeit, Fachliche Hinweise zu § 7 SGB II (Stand 20.1.2010), Rn. 7.8.

⁶² Zum Problem, ob der Wohnsitz im Rahmen der VO 883/2004 einen rechtmäßigen Aufenthalt nach der UnionsRL voraussetzt: Frings (Fn. 36), 321 f.

VO 883/2004 einbezogen. Es zählt zu den besonderen beitragsunabhängigen Leistungen (Art. 70 und Anhang X VO 883/2004).

Nach dem Wortlaut der VO sind alle EU-Bürger/innen erfasst – auch wirtschaftlich inaktive und Arbeitssuchende ohne Vorbeschäftigung in Deutschland. Gegen die Anwendung des Gleichbehandlungsgebots auf diese Gruppen wird aber angeführt, dass Art. 24 Abs. 2 UnionsRL es erlaubt, sie vom Bezug von Sozialhilfe auszuschließen.

Das Verhältnis der VO und der Richtlinie ist strittig. Viel spricht dafür, dass die VO als unmittelbar anwendbares Recht nicht von der Richtlinie „verdrängt“ werden kann, sondern diese nur Anwendung findet, wo die VO keine Regelung trifft.⁶³ Die Wissenschaft und große Teile der Rechtsprechung hält deswegen den Leistungsausschluss nach § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 und Nr. 2 SGB II für europarechtswidrig oder zieht die Europarechtskonformität zumindest in Zweifel.⁶⁴ Das BSG hat in seiner Entscheidung zum SGB II Bezug bei einer nichterwerbstätigen EU-Bürgerin am 30.1.2013⁶⁵ diese Frage offen gelassen.

Ein sozialrechtlicher Gleichbehandlungsanspruch wird zunehmend auch mit der GRC begründet.⁶⁶ Art. 34 Abs. 2 bestimmt, dass jeder Mensch mit Wohnsitz in der EU einen Anspruch auf Sozialleistungen nach den jeweiligen nationalen Bestimmungen hat. Die jeweiligen nationalen Bestimmungen müssen sich am Schutz der Menschenwürde (Art. 1 GRC) und am Verbot von Diskriminierung wegen der Staatsangehörigkeit (Art. 21 Abs. 2 GRC) messen lassen. Art. 4 VO 883/2004 wäre vor diesem Hintergrund die Ausgestaltung des europäischen Grundrechts auf gleichberechtigten Zugang zu den Sozialsystemen.

Bei arbeitsuchenden oder nichterwerbstätigen EU-Bürger/innen kann in einem Widerspruchsverfahren also auf die VO 883/2004 verwiesen werden. Ob das sozialrechtliche Gleichbehandlungsgebot der Verordnung tatsächlich keinerlei Leistungsausschlüsse in einem gewissen Rahmen zulässt und zu einem gänzlich von einem vorhergehenden Bezug zum Arbeitsmarkt entkoppelten Anspruch auf SGB II-Leistungen für EU-Bürger/innen führt, muss aber erst durch eine höchstrichterliche Entscheidung geklärt werden.⁶⁷

5.3.9 Anspruch auf Dolmetscher- und Übersetzungsdienste

Die Amtssprache in Deutschland ist zwar grundsätzlich Deutsch. Freizügigkeitsberechtigten EU-Bürger/innen darf der Zugang zum Arbeitsmarkt aber nicht durch sprachliche Hürden beim Zugang zu den Angeboten der BA erschwert werden. Lässt sich die sprachliche Verständigung nicht durch Beschäftigte der Arbeitsagenturen oder mit Hilfe von Sozialverbänden oder Ehrenamtlichen sicherstellen, besteht die Pflicht Übersetzungen vornehmen zu lassen und Dolmetscherdienste einzusetzen. Die Kosten sind von Amts wegen zu übernehmen.⁶⁸

5.4 Krankenversicherungspflicht und Krankenversicherung im SGB II⁶⁹

Seit der Gesundheitsreform von 2007 sollte in Deutschland niemand mehr ohne Krankenversicherungsschutz leben. Wie schon vorher erfasst die Versicherungspflicht sozialversicherungspflichtig

⁶³ Frings (Fn. 36), 321 f; Eichenhofer, Soziale Sicherung nichterwerbstätiger EU-Bürger, ZESAR 09/12, S. 360

⁶⁴; Hessisches LSG v. 14.7.2011 – L 7 AS 107/11 B ER; SG Dresden v. 5.8.2011 - S 36 AS 3461/11 ER; LSG Niedersachsen-Bremen v. 11.8.2011 – L 15 AS 188/11 B ER; LSG Baden-Württemberg v. 24.10.2011 – L 12 AS 3938/11; LSG Sachsen-Anhalt v. 14.11.2011 - L 5 AS 406/11 B ER; LSG Berlin-Brandenburg v. 25.6.2012 – L 14 A5 1160/12 B ER; LSG NRW v. 15.10.2012 – L 6 AS 1503/12 B ER; Hessisches LSG v. 29.10.2012 – L9 AS 615/12 B ER – L9 AS 614/12 B ER

⁶⁵ Zu Entscheidung des BSG s.o. Punkt 5.3.3.1

⁶⁶ Frings (Fn. 36), S. 324 f.; Hessisches LSG v. 29.10.2012 – L9 AS 615/12 B ER

⁶⁷ Ausführlich zur VO 883/2004: Frings (Fn. 36).

⁶⁸ BA, HEGA 05/11 – 08 - Inanspruchnahme von Dolmetscher- und Übersetzungsdiensten, <http://www.arbeitsagentur.de> > Veröffentlichungen > Weisungen > Internes

⁶⁹ Ausführlich: Frings (Fn. 36).

Erwerbstätige, Rentner/innen sowie Bezieher/innen von Lohnersatzleistungen und Leistungen nach SGB II. Darüber hinaus sind seit 2007 gem. § 5 Abs. 1 Nr. 13 SGB V fast alle Menschen versicherungspflichtig, die in Deutschland ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben und nicht auf anderer Grundlage krankenversichert sind.

Es muss also immer zunächst geprüft werden, ob eine Krankenversicherung vorliegt und/oder ob es einen Anspruch nach SGB II gibt. Ist dies nicht der Fall, kann geprüft werden, ob eine Kostenübernahme nach SGB XII in Frage kommt (siehe Punkt 5.5).

5.4.1 Krankenversicherung im Herkunftsland

Fehlt ein Wohnsitz im Inland, ist zu prüfen, ob im Herkunftsland bzw. einem anderen Staat eine Versicherung besteht. Diese Versicherung ist vorrangig.

Bei EU-Bürger/innen mit Versicherung in einem anderen EU-Mitgliedsstaat sind gem. Art. 19 VO 883/2004 Sachleistungen zu erbringen. Das umfasst medizinische Leistungen von Ärzten und Krankenhäusern sowie Medikamente, soweit die Leistungen im Hinblick auf die voraussichtliche Aufenthaltsdauer erforderlich sind (Art. 25 Abs. 3 VO 987/2009)⁷⁰. Die Patient/innen müssen eine deutsche Gesetzliche Krankenversicherung (GKV) benennen, mit der der Leistungserbringer abrechnet. Die GKV ihrerseits wendet sich an die Kassenärztliche Vereinigung, die über die Deutsche Verbindungsstelle Krankenversicherung⁷¹ mit dem Träger im Herkunftsland die Abrechnung abwickelt. Das geschieht mittels der Europäischen Krankenversicherungskarte (EHIC). Allerdings wird die EHIC von Ärzten und Krankenhäusern nicht immer akzeptiert. Das ist zwar rechtswidrig, stellt die Betroffenen aber vor Probleme bei der Rechtsdurchsetzung.

Teilweise haben EU-Bürger/innen deshalb keine Krankenversicherungskarte, weil sie im Herkunftsland nur schwierig zu erhalten ist. In diesen Fällen kann der Träger in Deutschland (GKV oder Sozialamt) die EHIC beim Träger im Herkunftsland anfordern (Art. 25 Abs. 1 S. 2 VO 987/2009) und dann entsprechend abrechnen.

5.4.2 Wirtschaftlich inaktive EU-Bürger/innen und VO 883/2004

Generell nicht versicherungspflichtig sind Personen, die bereits anderweitig versichert sind. Das ist in der Regel bei Rentner/innen der Fall. Verlegen sie ihren Wohnsitz in ein anderes EU-Land bleiben sie im dem Land krankenversichert, in dem sie Rente beziehen, sofern dies nach den Regelungen in diesem Land so vorgesehen ist (Art. 24 f. VO 883/2004). Wer also z.B. nur eine deutsche Rente bezieht, bleibt auch bei einem Umzug in einen anderen Mitgliedsstaat in der deutschen Krankenversicherung.⁷² Wer allerdings Rentenansprüche aus mehreren Ländern hat und in einem dieser Länder lebt, unterliegt jeweils allein den Rechtsvorschriften des Wohnsitzlandes (Art. 23 VO 883/2004).

Weiter sind wirtschaftlich nicht aktive EU-Bürger/innen, bei denen gem. § 4 FreizügG/EU der Besitz einer Krankenversicherung vorausgesetzt wird (§ 5 Abs. 11 S. 2 SGB V), nicht von der Versicherungspflicht erfasst (für EWR-Staatsangehörige und Schweizer Staatsbürger/innen gilt das gleiche. Diese Regelung ist aber wegen Art. 4 VO 883/2004 problematisch, da die Krankenversicherung zu den Systemen sozialer Sicherheit gehört, bei denen EU-Bürger/innen mit Blick auf die Rechte und Pflichten deutschen Staatsangehörigen gleichgestellt sind. Wirtschaftlich inaktive Deutsche sind seit 2007 von der Versicherungspflicht erfasst. Folglich muss dies auch für wirt-

⁷⁰ Verordnung (EG) Nr. 987/2009 vom 16. September 2009 zur Festlegung der Modalitäten für die Durchführung der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 über die Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit, Abl. EU v. 30.10.2009 L 284/1

⁷¹ <http://www.dvka.de>

⁷² Knappschaft-Bahn-See, Krankenversicherung für Rentner mit Wohnsitz im Ausland, Bochum 2010, www.knappschaft.de

schaftlich inaktive EU-Bürger/innen mit Wohnsitz⁷³ in Deutschland gelten, sofern sie nicht mehr im Herkunftsland abgesichert sind (Art. 11 Abs. 3 Nr. c und Art. 17 VO 883/2004). § 4 FreizügG/EU, auf den in § 5 Abs. 11 S. 2 SGB V verwiesen wird, setzt zwar den Nachweis einer Krankenversicherung voraus, so dass ihr Fehlen möglicherweise Folgen für das Aufenthaltsrecht hat (s.o. Punkt 4.3.5). Für die Versicherungspflicht kann dies aber nicht die bestimmende Frage sein. Hier muss vielmehr auf die tatsächliche Situation abgestellt werden (s.o. Punkt 5.3.5).

Da sich wirtschaftlich nichtaktive Unionsbürger/innen ohne anderweitigen Krankenversicherungsschutz in der gleichen Situation befinden wie von der so genannten Bürgerversicherung gem. § 5 Abs. 1 Nr. 13 SGB V erfasste Deutsche, ist ihr Ausschluss von der Versicherungspflicht ein Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot.⁷⁴ § 5 Abs. 11 S. 2 SGB II muss europarechtskonform dahingehend ausgelegt werden, dass wirtschaftlich inaktive EU-Bürger/innen, die nicht tatsächlich anderweitig krankenversichert sind, unter die Bürgerversicherung fallen.

Bei europarechtskonformer Auslegung ist bei wirtschaftlich inaktiven EU-Bürger/innen ohne Krankenversicherung im Herkunftsland von einer Pflichtversicherung in Deutschland nach § 5 Abs. 1 Nr. 13 SGB V auszugehen, die, wenn Beiträge nicht geleistet wurden, zumindest eine Notversorgung sicherstellt (s.u. Punkt 5.4.3).

Wird nur auf den Wortlaut von § 5 Abs. 11 S. 2 SGB II abgestellt und werden wirtschaftlich inaktive EU-Bürger/innen deshalb als nicht versicherungspflichtig behandelt, darf ihnen eine Krankenversorgung im Rahmen des SGB XII nicht deshalb verweigert werden, weil ihr Aufenthaltsrecht den Besitz einer Krankenversicherung voraussetzte. Solange der Verlust des Aufenthaltsrecht nicht rechtskräftig festgestellt ist (s.o. Punkt 4.1), besteht ein gleichberechtigter Zugang zu sozialen Leistungen. Es ist also zu prüfen, ob ein Anspruch nach SGB II oder SGB XII besteht.

5.4.3 Pflichtversicherung in der GKV und Versicherungspflicht in der PKV

Wer der Pflichtversicherung nach § 5 SGB V unterliegt, ist kraft Gesetz in der GKV versichert. Abgesehen von geringfügig Beschäftigten sind EU-Bürger/innen (wie Deutsche auch) immer dann in der GKV pflichtversichert, wenn sie in Deutschland einer Beschäftigung nachgehen. Das gilt auch für Schwarzarbeit (§ 5 Abs. 1 Nr. 1 SGB V). Allerdings stellt das in der Praxis vor das Problem, eine Versicherung auszuwählen, die ihrer Pflicht zu Aufnahme des Versicherten auch nachkommt. Weiter muss die Schwarzarbeit aufgedeckt werden.

Auch die Bürgerversicherung gem. § 5 Abs. 1 Nr. 13 SGB V führt dazu, dass Versicherungspflichtige kraft Gesetz Mitglied einer GKV sind, die sie sich selbst aussuchen. Die Beiträge sind von dem Versicherungspflichtigen in der Regel selbst zu tragen (vgl. § 250 Abs. 3 SGB V). Sind sie dazu nicht im Stande, ist ggf. der Sozialhilfeträger dazu verpflichtet (§ 32 SGB XII).

Auch wenn Pflichtversicherte nicht von der Pflichtversicherung wissen, laufen Beitragsschulden auf. Bei Versicherten in der Gesetzlichen Krankenversicherung gilt das seit Inkrafttreten der Reform zum 1.4.2007, weil die Frist seit In-Kraft-Treten des Gesetzes läuft - bzw. bei Ausländer/innen seit der Einreise. Für ausstehende Beiträge entstehen Säumniszuschläge nach § 24 Abs. 1a SGB IV.

Seit 1.1.2009 sind auch Selbständige von der Versicherungspflicht erfasst (§ 193 VVG). Anders als bei der Gesetzlichen Krankenversicherung führt aber diese Versicherungspflicht nicht unmittelbar zu einem Versicherungsverhältnis. Das muss vielmehr durch Vertrag begründet werden. Wer also seiner Versicherungspflicht bewusst oder unbewusst nicht nachkommt, ist tatsächlich nicht krankenversichert.

⁷³ Zum Problem, ob der Wohnsitz im Rahmen der VO 883/2004 einen rechtmäßigen Aufenthalt nach der UnionsRL voraussetzt: Frings (Fn. 36).

⁷⁴ Zum Gleichbehandlungsgebot siehe Punkt 5.1 und 5.3.8

Wer sich pflichtwidrig nicht privat versichert, muss dann, wenn er seiner Pflicht nachträglich nachkommt, für die ersten 6 Monate ab Entstehen der Versicherungspflicht pro angefangenen Monat den vollen Betrag, ab dem sechsten Monat ein Sechstel der Monatsprämie zahlen (§ 193 Abs. 4 VVG).

Die aufgelaufenen Schulden führen oft dazu, dass EU-Bürger/innen sich nicht auf die Pflichtversicherung in der GKV berufen oder ihrer Versicherungspflicht in der PKV nicht nachkommen. Allerdings stellt der Besitz einer Krankenversicherung, selbst wenn die Beiträge für die Versicherung nicht entrichtet werden, zumindest die Notversorgung sicher. Der Krankenversicherungsschutz ruht zwar, aber die Kosten für dringend behandlungsbedürftige Erkrankungen müssen übernommen werden. Leistungen für Schwangere müssen in vollem Umfang erbracht werden (§ 16 Abs. 3a SGB V, § 193 Abs. 6 VVG).

Kinder in der Familienversicherung sind vom Ruhen des Krankenversicherungsschutzes nicht betroffen. Der Versicherungsschutz ruht nur mit Blick auf den beitragspflichtigen Hauptversicherten.⁷⁵

5.4.4 Krankenversicherung im Rahmen des SGB II

Wer leistungsberechtigt nach SGB II ist, ist in der GKV versichert (§ 5 Abs. 2a SGB V). Allerdings gelten hier Einschränkungen für Personen, die unmittelbar vor der Arbeitslosigkeit privat oder gar nicht krankenversichert waren. Sie gehören zu dem Personenkreis, der der PKV zugeordnet ist (§ 5 Abs. 5a SGB V). Auch die Kosten der PKV werden nach einer Entscheidung des Bundessozialgerichts vom 18. Januar 2011⁷⁶ in voller Höhe übernommen.

Liegt das Einkommen über der Grenze für die SGB II-Leistungsberechtigung, reicht aber nicht für eine Krankenversicherung, kann der Versicherungsbeitrag gem. § 26 Abs. 1 S. 2 SGB II vom Träger des SGB II übernommen werden. Die Bedürftigkeit muss allerdings auch hier nachgewiesen werden. Das ist für Kleinstgewerbetreibende, zu denen viele EU-Bürger/innen aus den neuen Mitgliedstaaten zählen, wegen der entsprechenden Ansprüche an die Buchführung oft eine hohe Hürde.

5.5 Sozialhilfe

Die Leistungen des SGB XII umfassen:

- Leistungen zum Lebensunterhalt,
- Grundsicherung im Alter und bei Erwerbsminderung
- Hilfe bei Krankheit einschließlich Hilfe bei Schwangerschaft und Mutterschaft
- Eingliederungshilfe für behinderte Menschen
- Hilfe zur Pflege
- Hilfe in besonderen Lebenslagen

Erwerbstätige EU-Bürger/innen, Bleibeberechtigte und EU-Bürger/innen mit einem Daueraufenthaltsrecht haben Anspruch auf alle Leistungen des SGB XII wie Deutsche. Die Inanspruchnahme hat keine Auswirkungen auf den Status.

Bei anderen EU-Bürger/innen erlaubt Art. 24 Abs. 2 UnionsRL sie vom Leistungsbezug auszuschließen. Sofern allerdings Einheimische in einer vergleichbaren Situation Sozialhilfe bekämen, muss nach Maßgabe der EuGH-Rechtsprechung auch arbeitssuchenden oder aus anderem Grund nicht erwerbstätigen Unionsbürger/innen Sozialhilfe gewährt werden.⁷⁷ Allerdings kann bei tatsächlichem Bezug von Sozialhilfe der Verlust des Freizügigkeitsrechts festgestellt werden, wenn die

⁷⁵ Mitteilung der Bundesregierung an den Spitzenverband Bund der Krankenversicherungen v. 23.1.2009, nach Soziale Sicherheit, Soziplus 5/2009, S. 5

⁷⁶ BSG, Urteil v. 18.1.2011 - B 4 AS 108/10 R.

⁷⁷ EuGH v. 7.9.2004 Rs. C-456/02 <Trojani>

Leistungen einen unangemessenen Umfang erreichen (Art. 14 Abs. 1 UnionsRL). Wann das gegeben ist, hängt vom Einzelfall ab.

5.5.1 (Kein) Ausschluss wegen Erwerbsfähigkeit (§ 21 SGB XII)

Gem. § 21 SGB XII sind Personen, die grundsätzlich nach SGB II anspruchsberechtigt sind, vom Anspruch auf Leistungen zum Lebensunterhalt nach SGB XII ausgeschlossen. Andere Leistungen wie die Hilfen zur Gesundheit nach §§ 47 ff. SGB XII sind vom Leistungsausschluss nicht erfasst.⁷⁸

Bei den Leistungen zum Lebensunterhalt gilt für EU-Bürger/innen, dass der Leistungsausschluss nach § 7 Abs. 1 S. 2 SGB II immer dann, wenn man ihn bejaht, nach Auffassung vieler Gerichte dazu führt, dass der Leistungsausschluss nach § 21 SGB XII nicht greift: Der Gleichbehandlungsanspruch nach Art. 18 AEUV macht es demnach erforderlich, § 21 S. 1 SGB XII europarechtskonform dahingehend auszulegen, dass diese Personen als nicht leistungsberechtigt nach dem SGB II anzusehen⁷⁹ und damit nicht nach § 21 SGB XII von der Sozialhilfe ausgeschlossen sind.

5.5.2 Ausschluss nach § 23 Abs. 3 S. 1 1. Alt. SGB XII

EU-Bürger/innen, die eingereist sind, um Sozialhilfe zu erlangen, sowie ihre Familienangehörigen sind vom Sozialhilfebezug ausgeschlossen.

5.5.3 Ausschluss nach § 23 Abs. 3 S. 1 2. Alt. SGB XII

EU-Bürger/innen, deren Aufenthaltsrecht sich allein aus dem Zweck der Arbeitssuche ergibt, sowie ihre Familienangehörigen sind vom Bezug ausgeschlossen. Das Gleichstellungsgebot nach Art. 4 VO 883/2004 ist hier nicht anwendbar (Art. 3 Abs. 5 VO 883/2004).

Ein genereller Ausschluss von arbeitssuchenden EU-Bürger/innen aus dem SGB XII widerspricht nach der EuGH-Rechtsprechung dem Gleichbehandlungsgebot nach Art. 18 und Art. 45 AEUV. Sofern Einheimische in der gleichen Situation Leistungen bekämen, müssen sie auch EU-Bürger/innen zugesprochen werden. Zu beachten ist hier allerdings, dass der EuGH bisher regelmäßig Fälle zu entscheiden hatte, in denen die Kläger/innen bereits einen engeren Bezug zum Wohnortmitgliedstaat entwickelt hatten.⁸⁰

5.5.4 Ausschluss nach § 23 Abs. 3 S. 2 SGB XII

Auch EU-Bürger/innen, die zum Zweck einer medizinischen Behandlung eingereist sind, sind im Grundsatz von Leistungen ausgeschlossen. Sie sollen aber Hilfe bei Krankheit erhalten, soweit dies zur Behebung eines akut lebensbedrohlichen Zustandes oder für eine unaufschiebbare und unabweisbar gebotene Behandlung einer schweren oder ansteckenden Erkrankung nötig ist.

5.5.5 Kein Anspruchsausschluss für Staatsangehörige der EFA-Staaten

Das SGB XII gehört zu den Leistungsgesetzen, die vom EFA erfasst sind (zum EFA siehe s.o. Punkt 5.2). Die Bundesregierung hat hier einen leistungsbeschränkenden Vorbehalt abgegeben, allerdings betrifft dieser Vorbehalt nur die Hilfen nach § 67 ff. SGB XII.⁸¹ Im Übrigen haben die Staatsangehörigen der EFA-Staaten Ansprüche nach SGB XII wie Deutsche auch.⁸²

Strittig ist, ob auch die Angehörigen der EU-Staaten, die das EFA nicht unterzeichnet haben, indirekt Ansprüche ableiten können. Die Rechtsprechung des EuGH besagt, dass die Vorteile, die sich aus einem Abkommen zwischen einem Mitgliedstaat und einem Drittstaat ergeben, grundsätzlich

⁷⁸ BSG, Urteil v. 19.5.2009 – B 8 SO 4/08 R

⁷⁹ LSG NRW, Beschluss v. 27.6.2007 - L 9 B 80/07 AS ER

⁸⁰ EuGH (Fn. 77); weitere Fundstellen s.o. Punkte 5.1, 5.3.3.3 und 5.3.5

⁸¹ <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ListeDeclarations.asp?NT=014&CM=8&DF=9/17/2006&CL=GER&VL=1>

⁸² vgl.: Rundschreiben der Berliner Senatsverwaltung für Gesundheit und Soziales v. 24.2.2012, http://www.fluechtlingsinfo-berlin.de/fr/pdf/SenGesSoz_EFA_SGBXII_240212.pdf; BSG (Fn. 4)

allen Staatsangehörigen von EU-Mitgliedstaaten gewährt werden müssen.⁸³ Allerdings bezieht sich die Entscheidung auf das Verhältnis der eigenen Staatsangehörigen zu anderen EU-Bürger/innen und nicht auf eine unterschiedliche Behandlung anderer EU-Bürger/innen.

5.5.6 Leistungen nach Ermessen trotz Ausschluss

Nach § 23 Abs. 1 S. 3 SGB XII kann Sozialhilfe geleistet werden, soweit dies im Einzelfall gerechtfertigt ist. Das bedeutet, auch wenn ein Leistungsausschluss zu bejahen ist, müssen im Einzelfall Leistungen gewährt werden, sofern der Hilfebedürftige zwingend darauf angewiesen ist. Das können Leistungen analog § 1a AsylbLG sein oder auch nur die Reisekosten für die Rückreise.

5.5.7 Hinweis auf Rückführungs- und Weiterwanderungsprogramme (§ 23 Abs. 4 SGB XII)

Ausländer/innen, denen Sozialhilfe geleistet wird, sind auf für sie zutreffende Rückführungs- und Weiterwanderungsprogramme hinzuweisen; in geeigneten Fällen ist auf eine Inanspruchnahme solcher Programme hinzuwirken.

5.6 Spezifische Problemstellungen bei EU-Bürger/innen aus Bulgarien und Rumänien

Die selbständige Erwerbstätigkeit von EU-Bürger/innen aus Bulgarien und Rumänien unterliegt keinen Beschränkungen. Sofern die übrigen Voraussetzungen wie z.B. Bedürftigkeit erfüllt sind, haben Selbständige vollen Zugang zu allen sozialen Leistungen.

Die Beschränkung der Arbeitnehmerfreizügigkeit bedeutet nicht, dass Staatsangehörige von Bulgarien und Rumänien die daraus abgeleiteten Rechte überhaupt nicht in Anspruch nehmen können. Beschränkt ist letztlich nur der gleichberechtigte Zugang zu einem Beschäftigungsverhältnis. Die Arbeitssuche steht frei. Wurde die Arbeitsaufnahme erlaubt, sind alle aus der Arbeitnehmerfreizügigkeit abgeleiteten Rechte einschließlich der sozialrechtlichen Ansprüche uneingeschränkt gegeben (vgl. § 13 FreizügG/EU). Das gilt auch bei zeitweiligem Verlust der Arbeit.

Strittig ist insbesondere die Frage, ob ein Anspruch auf Leistungen nach SGB II für Rumänen/innen und Bulgaren/innen besteht, die eigens zum Zweck der Arbeitssuche eingereist sind. Hier sind sie wie andere EU-Bürger/innen zu behandeln (s.o. Punkte 5.3.3.3 und 5.3.8).

Machen die Betroffenen ohne Erwerbstätigkeit vom allgemeinen Freizügigkeitsrecht Gebrauch, ist ihr Zugang zu sozialen Leistungen wie bei anderen nicht erwerbstätigen EU-Bürger/innen beschränkbar (s.o. Punkte 5.3.5, 5.3.8 und 5.5): Bei Leistungen, die an den gewöhnlichen Wohnsitz anknüpfen, muss dieser nachgewiesen werden.

6 Familienleistungen

6.1 Kindergeld

Das Bundeskindergeldgesetz und das Einkommensteuergesetz wurden Ende 2006 geändert, weil das BVerfG den Ausschluss von Ausländer/innen mit einer Aufenthaltsbefugnis für verfassungswidrig erklärt hatte.⁸⁴ Ausländer/innen erhalten Kindergeld gem. § 1 Abs. 3 BKGG und § 62 Abs. 2 EStG, wenn sie einen verfestigten Aufenthaltsstatus bzw. Perspektive für einen Daueraufenthalt haben.⁸⁵ Das ist bei freizügigkeitsberechtigten EU-Bürger/innen zu bejahen.

⁸³ EuGH, Urteil v. 15. 1. 2002, Rs. C-55/00 <Gottardo>

⁸⁴ Gesetz zur Anspruchsberechtigung von Ausländern wegen Kinder- und Erziehungsgeld sowie Unterhaltsvorschuss, BGBl. I v. 18.12.2006, 2915

⁸⁵ Ausführlich: Bundeszentralamt für Steuern (Hg.), Dienstanweisung zur Durchführung des Familienleistungsausgleichs nach dem X. Abschnitt des Einkommensteuergesetzes (DA-FamEStG) - Stand 2011, S. 17 ff.

In der Regel müssen die Kinder ihren Wohnsitz in Deutschland haben (§ 2 Abs. 5 BKGG; § 63 Abs. 1 EStG). Darüber hinaus werden Kinder berücksichtigt, wenn ein Elternteil in Deutschland uneingeschränkt einkommenssteuerpflichtig ist und das Kind im EU-Ausland oder einem EWR-Staat lebt. Die Kinder von Grenzgängern, die in Deutschland arbeiten und hier einkommenssteuerpflichtig sind, werden auch dann berücksichtigt, wenn sie gemeinsam mit dem Grenzgänger in einem beliebigen Staat leben (§ 63 Abs. 1 S. 3 EStG).⁸⁶

Leben die Eltern in verschiedenen Mitgliedstaaten, muss geprüft werden, welcher Mitgliedstaat zuständig ist bzw. werden die Ansprüche aus den verschiedenen Mitgliedstaaten verrechnet.⁸⁷

6.2 Elterngeld

Für das Elterngeld gilt das gleiche wie für das Kindergeld.

6.3 Kinderzuschlag (§ 6a Bundeskindergeldgesetz)

Der Kinderzuschlag wurde zusammen mit dem SGB II eingeführt. Er ist einkommensabhängig und soll verhindern, dass Familien allein wegen ihrer Kinder auf Leistungen nach SGB II angewiesen sind.

Da der Kinderzuschlag Teil des BKGG und nicht des SGB II oder XII ist, findet hier keine Prüfung der Erwerbsfähigkeit des Antragstellers oder von Mitgliedern der Bedarfsgemeinschaft statt.

Eltern haben Anspruch auf Kinderzuschlag für unverheiratete, unter 25 Jahre alte Kinder, mit denen sie in einem Haushalt leben. Die Voraussetzungen sind:

- Ein Anspruch auf Kindergeld (s.o. Punkt 6.1)
- Die Mindesteinkommensgrenze von 900 Euro monatlichem Bruttoeinkommen (Alleinerziehende: 600 Euro) wird ohne Wohngeld und Kindergeld erreicht.
- Das zu berücksichtigende Einkommen darf die Höchsteinkommensgrenze nicht übersteigen. Die Höchsteinkommensgrenze setzt sich zusammen aus der Höhe von pauschalierten Leistungen nach SGB II und den Anteil an den Kosten für Unterkunft und Heizung für die Eltern sowie der Höchstsatz für den Kinderzuschlag.⁸⁸
- Das Familieneinkommen (Unterhaltsleistungen, Rente, Arbeit oder Vermögen) reicht zur Befriedigung der Bedarfe des/der Erwachsenen auf dem Niveau der Grundsicherung nach SGB II – bzw. der Bedarf der Familie ist - unter Berücksichtigung von evtl. zu beanspruchendem Wohngeld - durch die Zahlung von Kinderzuschlag soweit gedeckt, dass ein Anspruch auf Leistungen nach SGB II nicht entsteht.

Die Höhe des Kinderzuschlages bemisst sich nach der Differenz zwischen dem Familieneinkommen und der Höchsteinkommensgrenze und beträgt höchstens 140 Euro/Monat je Kind. Kindergeld und Wohngeld bleiben bei der Berechnung außer Betracht. Der Zuschlag wird zusammen mit dem Kindergeld monatlich gezahlt.

Ursprünglich war die Zahlung des Kinderzuschlags auf längstens 36 Monate beschränkt. Seit Oktober 2008 kann der Kinderzuschlag unbefristet bis zum Erreichen der Altersgrenze gewährt werden.

Das Einkommen plus der Kinderzuschlag und das Wohngeld sollen sicherstellen, dass bei den berechtigten Familien kein Anspruch auf SGB II-Leistungen besteht. Die Familien, die ohne Kinderzuschlag einen solchen Anspruch hätten, können sich zwischen Kinderzuschlag und Wohngeld einerseits und SGB II-Leistungen andererseits entscheiden.

⁸⁶ DA-FamEStG (Fn. 85), S. 67. Zu Familienleistungen von EU-Bürger/innen und anerkannten Flüchtlingen: Familienkasse Direktion (Hg.). Durchführungsanweisung zum über- und zwischenstaatlichen Recht (RV 1 – 7543) - Stand: Januar 2010

⁸⁷ Ausführlich: Frings (Fn. 36)

⁸⁸ Berechnungsbeispiele: Merkblatt Kinderzuschlag 2010, download: <http://www.arbeitsagentur.de> > Bürgerinnen & Bürger > Familie und Kinder > Kindergeld, Kinderzuschlag.

7 Infos/Literatur

Aktuelle Gesetze

- <http://bundesrecht.juris.de/index.html>
- <http://www.gesetze-im-internet.de/index.html>

SGB II und SGB XII

- Bundesagentur für Arbeit:
 - http://www.arbeitsagentur.de/nn_166486/zentraler-Content/A01-Allgemein-Info/A015-Oeffentlichkeitsarbeit/Allgemein/IW-SGB-II-Fachliche-Hinweise.html
 - http://www.arbeitsagentur.de/nn_166486/Navigation/zentral/Veroeffentlichungen/Weisungen/Arbeitslosengeld-II/Arbeitslosengeld-II-Nav.html
- <http://www.tacheles-sozialhilfe.de/>

Rechtsprechung:

- <http://dejure.org/>
- <http://lexetius.com/>

Ausländerrecht/Sozialrecht

- Allgemeine Verwaltungsvorschrift zum Aufenthaltsgesetz: http://www.verwaltungsvorschriften-im-internet.de/bsvwbund_26102009_MI31284060.htm
- Allgemeine Verwaltungsvorschrift zum Freizügigkeitsgesetz/EU: http://www.verwaltungsvorschriften-im-internet.de/bsvwbund_26102009_MI19371156524.htm
- <http://auslaender-asyl.dav.de/>
- <http://www.asyl.net/>
- <http://www.fluechtlingsrat-berlin.de/>
- <http://www.migrationsrecht.net/>
- Claudius Voigt, Ausgeschlossen oder privilegiert?, Der Paritätische Gesamtverband (Hg.), Januar 2013, download: www.paritaet.org

Europäische Union

- <http://www.aevv.de/>
- <http://eur-lex.europa.eu/de/index.htm>
- <http://ec.europa.eu/> > Europäische Kommission > Beschäftigung, Soziales und Integration > Die Europäische Krankenversicherungskarte