

Voraussetzungen des Freizügigkeitsrechts und Zugang zu Sozialleistungen für EU-Bürgerinnen

Stand: 9.3.2010

Erstellt durch:

Kerstin Müller
Rechtsanwältin

Aachener Str. 60-62
50674 Köln

Tel.: 0221-355017-50
Fax: 0221-355017-39
Email: kerstin.mueller@koelner-advokaten.de

Eva Steffen
Rechtsanwältin

Aachener Str. 60-62
50674 Köln

Tel.: 0221-355017-35
Fax: 0221-355017-17
Email: kanzlei.steffen@gmx.de

Voraussetzungen des Freizügigkeitsrechts

Beitrag Rechtsanwältin Kerstin Müller

I. Einführung

Unionsbürger genießen grundsätzlich ein Freizügigkeitsrecht. Dies ergibt sich unmittelbar aus Art. 21 Abs. 1 AEUV (Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union). Demnach hat jeder Unionsbürger das Recht, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten vorbehaltlich der in den Verträgen und in den Durchführungsvorschriften vorgesehenen Beschränkungen und Bedingungen frei zu bewegen und aufzuhalten.

Dieses Freizügigkeitsrecht gilt zunächst für alle Staatsangehörigen der Mitgliedsstaaten, also grundsätzlich auch für diejenigen der neuen Beitrittsstaaten. Ist jemand Unionsbürger, spricht daher zunächst die Vermutung dafür, dass er freizügigkeitsberechtigt ist.¹ Dies bedeutet, dass er sich innerhalb der EU frei bewegen kann. Er ist nicht visumpflichtig und kann aus seinem Staat legal ohne Visum in das Bundesgebiet einreisen. Das Freizügigkeitsrecht gilt deklaratorisch, d.h., die Ausstellung eines Aufenthaltstitels ist nicht erforderlich.²

Das in Art. 21 AEUV normierte Freizügigkeitsrecht gilt darüber hinaus vorbehaltlich der näheren Ausgestaltung. Diese ist insbesondere in der Unionsbürger- oder Freizügigkeitsrichtlinie 2004/39/EU erfolgt. Diese enthält von den Mitgliedsstaaten einzuhaltende Mindestvorgaben, die bis zum 30.4.2006 in nationales Recht umgesetzt werden mussten. In der BRD ist eine Umsetzung durch das FreizügG/EU erfolgt. Wie ist nun das Verhältnis der verschiedenen Rechtsquellen? EU-Richtlinien sind zunächst nur für die Mitgliedstaaten verbindlich. Sie können aber auch Rechte an Einzelne verleihen, wenn z.B. die Bestimmungen der Richtlinie unbedingt formuliert und hinreichend genau ist, um im Einzelfall anwendbar zu sein.³ Dabei ist zu beachten, dass das Gemeinschaftsrecht Anwendungsvorrang gegenüber nationalem Recht besitzt.⁴ Es gelten daher folgende Grundsätze:

- Sind die nationale Regelung und die Richtlinie nahezu deckungsgleich, ist das nationale Recht anzuwenden und bei dessen Auslegung richtlinienkonform auszulegen. Diese Auslegung hat nicht nach nationalen, sondern nach europarechtlichen Kriterien zu erfolgen.

¹ Gesetzesbegründung zum ZuwG, BT-Drs. 15/420, S. 106, GK-AufenthG, § 11 FreizügG/EU Rn 29.

² EuGH, U.v.14.7.1977, Rs. C-8/77, Sagulo, Brenca und Bakhouche.

³ Ständige Rspr. EuGH seit Rs. 41/74 (van Duyn ./ Home Office).

⁴ EuGH, Rs. C-312/93 (Peterbroeck), Slg. 1995, I-4599 Rn. 20.

- Steht das nationale Recht im Widerspruch zur Richtlinie, sind die begünstigenden Regelungen der Richtlinie – soweit sie ein Recht gewähren – unmittelbar anwendbar, belastende – verpflichtende - Regelungen aber nicht.⁵ Das nationale Recht gilt nicht.

II. Aufenthalt bis zu drei Monaten

Sowohl aus der Unionsbürger-Richtlinie als auch aus dem FreizügG/EU ergibt sich, dass der Aufenthalt von Unionsbürgern für drei Monate ohne weitere Voraussetzungen gestattet ist. Es ist also in dieser Zeit egal, weshalb sie sich hier aufhalten. Sie sollen nur einen gültigen Personalausweis oder Pass vorlegen (Art. 6 Abs. 1 Unionsbürger-Rili, § 2 Abs. 5 FreizügG). Pass oder Personalausweis sind aber nur das Mittel, um die Staatsangehörigkeit zu belegen. Wenn die Staatsangehörigkeit auch auf andere Weise bewiesen oder glaubhaft gemacht werden kann, darf die Einreise oder der Aufenthalt nicht verweigert werden. So hat der EuGH mehrfach klargestellt, dass der Besitz eines gültigen Passes oder Ausweises nicht zwingende Voraussetzungen für das Einreise- und Aufenthaltsrecht ist.⁶ Die Unionsbügerrichtlinie führt hierzu nun in Art. 5 Abs. 4 aus:

„Verfügt ein Unionsbürger oder ein Familienangehöriger, der nicht die Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaats besitzt, nicht über die erforderlichen Reisedokumente oder gegebenenfalls die erforderlichen Visa, so gewährt der betreffende Mitgliedstaat dieser Person jede angemessene Möglichkeit, sich die erforderlichen Dokumente in einer angemessenen Frist zu beschaffen oder übermitteln zu lassen oder sich mit anderen Mitteln bestätigen zu lassen oder nachzuweisen, dass sie das Recht auf Freizügigkeit und Aufenthalt genießt, bevor er eine Zurückweisung verfügt.“

Dies gilt für alle Unionsbürger, also auch die der neuen Beitrittsstaaten. § 5 a Abs. 1 FreizügG/EU ist insoweit missverständlich. Sie müssen auch keine Freizügigkeitsbescheinigung beantragen. Der Nachweis weiterer Voraussetzungen darf in diesen ersten drei Monaten nicht verlangt werden. § 5 Abs. 3 FreizügG/EU ist in dieser Hinsicht nicht ganz eindeutig, Art. 8 Abs. 2 der Richtlinie nennt aber sehr klar eine Frist von mindestens drei Monaten, bis eine Meldung zu erfolgen hat. In dieser Zeit hält sich der Unionsbürger rechtmäßig im Bundesgebiet auf.

III. Aufenthalt von mehr als drei Monaten

⁵ Vgl. zuletzt EuGH, Rs. C-403/02 (Berlusconi u.a.).

⁶ U. v. 5.3.1991, Rs C-376/89 (Giagonides), U. v. 25.7.2002, Rs C-459/99 (MRAX).

Für einen Aufenthalt länger als drei Monate ist der Aufenthaltszweck entscheidend, den der Unionsbürger bei der Anmeldung angibt. Das Europarecht kennt vier Arten des Aufenthalts:

- als Arbeitnehmer
- als Selbstständiger
- als Dienstleister/Dienstleistungsempfänger
- als Nichterwerbstätiger.

Da die Vermutung für die Freizügigkeit spricht, darf eine standardmäßige Überprüfung des Aufenthaltszwecks und seiner Voraussetzungen durch die Behörden nicht stattfinden (vgl. Nr. 5.1.1. VV-FreizügG/EU). Nur bei begründeten Zweifeln dürfen bestimmte Dokumente gefordert werden, um das Freizügigkeitsrecht nachzuweisen (Art. 14 Abs. 2 S. 1 Rili, § 5 Abs. 3 FreizügG/EU). Zweifel begründet nach den VV-FreizügG z.B. die Inanspruchnahme von Leistungen nach SGB II bei Nichterwerbstätigen.

In meiner Darstellung möchte ich mich auf Arbeitnehmer und Nichterwerbstätige beschränken.

1. Arbeitnehmer

Nach der Rechtsprechung des EuGH besteht die Arbeitnehmereigenschaft bei jeder echten, tatsächlichen Tätigkeit, für die eine Vergütung erfolgt, soweit sie nicht völlig untergeordnet und unwesentlich ist. Für die Arbeitnehmereigenschaft ist es unerheblich, dass daneben Sozialleistungen bezogen werden.

Wird der Unionsbürger nach Arbeitsaufnahme unfreiwillig arbeitslos, gelten besondere Voraussetzungen. War er weniger als ein Jahr beschäftigt, bleibt seine Arbeitnehmereigenschaft zunächst für sechs Monate erhalten. Arbeitete er bereits länger, bleibt die Arbeitnehmereigenschaft mit der Meldung bei der Arbeitsagentur ohne zeitliche Beschränkung erhalten. Sie besteht auch fort bei einer bei vorübergehender Erwerbsminderung infolge von Unfall oder Krankheit (vgl. § 2 Abs. 3 FreizügG/EU).

a. Geringfügige Beschäftigung

Fall: Frau Pereira aus Spanien arbeitet 5,5 Std./Woche als Reinigungskraft und verdient 180 Euro monatlich. Sie hat einen Urlaubsanspruch und erhält Lohnfortzahlung im Krankheitsfall. Sie erhält ergänzende Leistungen nach SGB II.

Es ist angesichts der Definition des Arbeitnehmers nicht entscheidend, wie hoch der Lohn ist und wie viele Stunden gearbeitet werden. Ebenso ist unerheblich, ob neben dem Lohn noch

Sozialleistungen bezogen werden. Daher kann Frau Pereira als Arbeitnehmerin angesehen werden, wenn die Umstände für eine echte, tatsächliche Tätigkeit sprechen (z.B. Urlaubsanspruch, Lohnfortzahlung im Krankheitsfall, Anwendung des Tarifvertrags, Dauer des Arbeitsverhältnisses).⁷ Eine Einschränkung auf einen 400-Euro-Job ist daher nicht zulässig.

b. Neue Beitrittsstaaten

Fall: Herr Radu aus Rumänien kommt nach Deutschland und unterschreibt einen Arbeitsvertrag bei einer Hausverwaltungsfirma.

Grundsätzlich benötigen Unionsbürger keine Arbeitserlaubnis. Allerdings besteht bei den neuen Beitrittsstaaten insofern eine Einschränkung, als die Angehörigen dieser Staaten als Arbeitnehmer noch nicht die volle Freizügigkeit genießen, wenn der Mitgliedstaat Beschränkungen einführt. Dies hat die BRD getan. Will sich daher ein Angehöriger eines neuen Beitrittsstaates als Arbeitnehmer im Bundesgebiet aufhalten, unterliegt er Beschränkungen. So muss er – anders als andere Unionsbürger - nach der Einreise eine Arbeitserlaubnis/EU bei der Arbeitsagentur beantragen, wenn er einer Arbeitstätigkeit nachgehen will. Dies gilt für die baltischen Staaten, Polen, Tschechien, Slowakei, Ungarn und Slowenien bis 30.4.2011, für Rumänien und Bulgarien bis 31.12.2013.

Wenn der Unionsbürger im Bundesgebiet seinen Wohnsitz begründet hat, ist zwar – wie bei Drittstaatsangehörigen - eine Vorrangprüfung durchzuführen. Er ist aber gegenüber Drittstaatsangehörigen bevorzugt.

Die Beschränkung gilt nicht, wenn der Unionsbürger zum Tag des EU-Beitritts oder später bereits ein Jahr im Besitz einer Arbeitserlaubnis im Bundesgebiet war/ist. Er hat dann Anspruch auf eine (deklaratorische) Arbeitsberechtigung/EU.

Herr Radu müsste somit zunächst eine Arbeitserlaubnis beantragen und die Arbeitsmarktprüfung durchlaufen. Würde er sich selbstständig machen, könnte er insoweit volle Freizügigkeit genießen, hier besteht keine Einschränkung.

c. Arbeitssuchende EU-Bürger

⁷ Vgl. EuGH, U.v. 4.2.2010, Rs. C-14/09 (Genc).

Fall: Herr Danovic aus Polen reist in die BRD, weil er hier arbeiten will. Er meldet sich arbeitssuchend. Nach vier Monaten hat er noch immer keine Arbeit.

Das Freizügigkeitsrecht erfasst auch das Recht auf Arbeitssuche. Der EuGH hat hierzu festgestellt, dass dieses Recht dann zeitlich unbegrenzt ist, wenn der Betreffende nachweislich nach Arbeit sucht und eine begründete Aussicht auf eine Einstellung hat, also eine tatsächliche Verbindung zum Arbeitsmarkt aufweist (vgl. jetzt auch Art. 14 Abs. 4 b) Rili, Nr. 2.2.1.3 VV-FreizügG/EU).⁸ Die Arbeitssuche kann z.B. durch eine entsprechende Bescheinigung der Arbeitsagentur nachgewiesen werden. Eine begründete Aussicht kann angenommen werden, wenn der Arbeitssuchende aufgrund seiner Qualifikation und des aktuellen Bedarfs am Arbeitsmarkt voraussichtlich mit seinen Bewerbungen erfolgreich sein wird (Nr. 2.2.1.3 VV-FreizügG/EU). Dies gilt auch für Angehörige der neuen Beitrittsstaaten, soweit die ernsthafte Absicht zum Ausdruck kommt, dass eine Arbeit gesucht wird.⁹ Eine zeitliche Beschränkung gibt es insoweit nicht (vgl. Art. 14 Abs. 4 b) Rili).¹⁰ Die Sicherung des Lebensunterhaltes ist dabei unerheblich. Die Inanspruchnahme von Sozialleistungen allein kann nicht zur automatischen Beendigung des Aufenthaltes führen.

Im Hinblick auf die neuen Beitrittsstaaten ist problematisch, inwieweit deren Staatsangehörige aufgrund der arbeitsgenehmigungsrechtlichen Beschränkungen eine begründete Aussicht auf Einstellung haben. Angesichts der Vorrangstellung in § 39 Abs. 6 S. 2 AufenthG kann dies nicht von vornherein verneint werden.¹¹

Erst wenn feststeht, dass tatsächlich keine Verbindung zum Arbeitsmarkt gewollt/möglich ist, kann der Unionsbürger als Nichterwerbstätiger angesehen werden. Dies gilt wohl auch, wenn er während der Arbeitssuche dauerhaft erwerbsunfähig wird.¹²

2. Nichterwerbstätige

Fall: Frau Romanic aus Rumänien reist hochschwanger in das Bundesgebiet ein. Sie verfügt über keine Ausbildung. Die Aufnahme einer Arbeit ist nicht beabsichtigt.

Wie bereits festgestellt, genießt Frau Romanic für drei Monate auf jeden Fall ein Freizügigkeitsrecht. Wenn sie angibt, dass sie sich als nicht Erwerbstätige hier aufhalten will, sieht § 4 FreizügG/EU vor, dass ausreichender Krankenversicherungsschutz und ausreichende Existenzmittel nachgewiesen werden müssen. Gemäß Art. 14 Abs. 2 S. 1 der

⁸ U.v. 23.3.2004, C-138/02 (Antonissen), U.v. 4.6.2009, C-22/08 (Vatsouras/Koupatantze).

⁹ BayVGh, B.v. 16.1.2009 – 19 C 08.3271.

¹⁰ vgl. BayVGh, a.a.O..

¹¹ so auch BayVGh, a.a.O., LSG NW, B.v. 17.4.2008 – L 7 B 70/08 AS ER, str..

¹² EuGH, U.v. 26.5.1993, Rs. C-171/91 (Tsiotras).

Unionsbürgerrichtlinie dürfen weitere Nachweise aber nur bei begründeten Zweifeln gefordert werden. § 5 a Abs. 1 Nr. 3 FreizügG/EU ist insoweit richtlinienkonform auszulegen bzw. in Verbindung mit § 5 Abs. 4 FreizügG/EU zu lesen. Nur in diesem Falle wäre Frau Romanic verpflichtet, einen Krankenversicherungsschutz und die Sicherung der Existenz nachzuweisen. Die Höhe des Lebensunterhaltes ist dabei nicht starr bemessen, es darf kein fester Betrag zugrunde gelegt werden (Art. 8 Abs. 4 Rili). Insbesondere darf nicht pauschal auf die Sozialleistungen nach SGB II Bezug genommen werden. Vielmehr ist die persönliche Situation in Augenschein zu nehmen. Die Inanspruchnahme von Sozialleistungen darf nicht automatisch zur Beendigung des Aufenthalts führen. Eine nur geringe oder vorübergehende Sozialleistung ist damit kein Kriterium, um das sich unmittelbar aus Art. 21 AEUV ergebende Freizügigkeitsrecht in Frage zu stellen. Nimmt Frau Romanic allerdings längerfristig und umfassend Sozialleistungen in Anspruch, ohne dass eine Nähe zum Arbeitsmarkt geschaffen wird, kann dies zum Verlust des Freizügigkeitsrechts führen.

IV. Beendigung des Freizügigkeitsrechts

Hier bestehen verschiedene Möglichkeiten:

- Feststellung des Nichtbestehens nach § 5 Abs. 5 FreizügG/EU innerhalb von fünf Jahren
- Verlustfeststellung aus Gründen der öffentlichen Sicherheit, Ordnung und Gesundheit gemäß § 6 FreizügG/EU

Erst mit diesen Feststellungen entsteht die Ausreisepflicht, § 7 FreizügG/EU. Hiergegen ist die Klage und – bei Anordnung des Sofortvollzugs - einstweiliger Rechtsschutz (Antrag auf aufschiebende Wirkung der Klage) möglich.

Fall: wie bei Frau Romanic, die ABH weigert sich, eine Bescheinigung über ihr Aufenthaltsrecht auszustellen.

Wie bereits festgestellt, kann die Ausländerbehörde bei begründeten Zweifeln das Bestehen des Freizügigkeitsrechtes nachprüfen. So kann es durchaus sein, dass sich dann herausstellt, dass materiellrechtlich ein Freizügigkeitsrecht gar nicht besteht. Die Ausländerbehörde ist in diesem Fall allerdings verpflichtet, auch in einem förmlichen Verfahren festzustellen, dass dies der Fall ist (Nr. 5.3.1.1.3 VV-FreizügG/EU). Diese Feststellung ist nur innerhalb der ersten fünf Jahre möglich. Die bloße Weigerung, eine Bescheinigung nach § 5 Abs. 1 FreizügG/EU auszustellen, ist jedenfalls nicht als ordnungsgemäßes Verfahren im Sinne des § 5 Abs. 5 FreizügG/EU anzusehen. Bis dieses

durchgeführt wird, ist Frau Romanic formell als Freizügigkeitsberechtigte zu behandeln, auch wenn sie materiell-rechtlich das Recht auf Freizügigkeit nicht mehr genießt.

Unabhängig von der Aufenthaltsdauer kann der Verlust des Freizügigkeitsrechts auch aus Gründen der öffentlichen Sicherheit, Ordnung und Gesundheit festgestellt werden, § 6 FreizügG/EU. Diese Begriffe sind europarechtlich auszulegen (vgl. im Einzelnen Nr. 6.1 VV-FreizügG/EU).

Erfolgt innerhalb von fünf Jahren keine Feststellung nach § 5 Abs. 5 FreizügG/EU, wird ein Daueraufenthaltsrecht nach § 4 a FreizügG/EU erworben (str.). Dabei ist umstritten, inwieweit Aufenthaltsrechte nach dem AufenthG in die Berechnung einfließen können.¹³ Vor Ablauf der fünf Jahre kann ein Daueraufenthaltsrecht unter besonderen Voraussetzungen – z.B. Erwerbsunfähigkeit nach einjähriger Beschäftigung und dreijährigem ständigen Aufenthalt – erworben werden (§ 4 a Abs. 2 FreizügG/EU).

V. Familienangehörige

Als Familienangehörige sind – anders als im AufenthG – im Wesentlichen anzusehen (§ 3 Abs. 2 FreizügG/EU):

- Ehegatten
- Kinder bis 21 Jahren
- Eltern und Kinder über 21 Jahren, denen Unterhalt gewährt wird.

Eine solche Unterhaltsgewährung liegt vor, wenn dem Verwandten tatsächlich Leistungen zukommen, die vom Ansatz her als Mittel der Bestreitung des Lebensunterhalts angesehen werden können. Dazu gehört eine fortgesetzte regelmäßige Unterstützung in einem Umfang, der es ermöglicht, zumindest einen Teil des Lebensunterhalts regelmäßig zu decken. Dass der Unterhaltsberechtigte Sozialleistungen in Anspruch nimmt, steht der Unterhaltsgewährung nicht entgegen (Nr. 3.2.2.1 VV-FreizügG/EU).

a. Visum

Fall: Eine französische Staatsangehörige arbeitet im Bundesgebiet. Sie heiratet einen Kameruner, der sich nach abgelehntem Asylantrag illegal hier aufhält.

¹³ Dagegen z.B. OVG Berlin, U.v. 28.4.2008 – 2 B 22.07.

Grundsätzlich benötigen drittstaatsangehörige Familienangehörige zur Einreise in einen Mitgliedstaat ein Visum. Bei der Beantragung darf aber nur die Freizügigkeitsberechtigung des hier lebenden Unionsbürgers geprüft werden. Die visumlose Einreise oder der illegale Aufenthalt dürfen aber nicht zur Versagung eines Aufenthaltsrechts führen; dies ist nur möglich, wenn Gründe der öffentlichen Ordnung, Sicherheit, Gesundheit entgegenstehen oder ein Rechtsmissbrauch vorliegt.¹⁴ In o.g. Fall kann daher ohne Verweis auf das Visumverfahren im Inland eine Aufenthaltskarte für Familienangehörige beantragt werden. Auch hier darf diese nicht unter Hinweis auf einen fehlenden Pass verweigert werden, jedenfalls dann nicht, wenn die Identität anderweitig nachgewiesen werden kann.¹⁵

b. Weitere Voraussetzungen

Fall: Herr Grün aus Deutschland arbeitet in Großbritannien. Dort heiratet er eine kongolesische Staatsangehörige. Nach einiger Zeit ziehen sie nach Deutschland. Darf ein Sprachtest verlangt werden?

Ein Sprachtest ist bei Familienangehörigen von Unionsbürgern anderer Staaten nicht Voraussetzung des Aufenthaltsrechts und darf – anders als bei Deutschen und Drittstaatlern – nicht verlangt werden.¹⁶ Ehegatten Deutscher werden somit im Vergleich zu Angehörigen von Unionsbürgern diskriminiert, da bei ihnen ein Sprachtest verlangt wird (§§ 28 Abs. 1 S. 5, 30 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG). Gilt dies auch für Herrn Grün? Nein, da er als sog. Rückkehrerfall aus dem EU-Ausland die Stellung eines Unionsbürgers genießt.

Fall: Frau Kalonga lebt seit einem Jahr bei ihrem französischen Ehemann. Sie haben sich nun getrennt und leben an verschiedenen Orten.

Im EU-Recht reicht das formale Band der Ehe aus, um weiterhin ein Aufenthaltsrecht zu besitzen. Der Nachweis einer gemeinsamen Wohnung oder einer ehelichen Lebensgemeinschaft ist nicht erforderlich. Die Trennung von Frau Kalonga ist daher unerheblich.¹⁷

Bei einer Scheidung gelten besondere Voraussetzungen (§ 3 Abs. 5 FreizügG/EU).

Fall: Das Kind der somalischen Staatsangehörigen Ibrahim ist aufgrund einer Vaterschaftsanerkennung britisch. Der Vater hat zuvor in Deutschland gearbeitet, nach der Trennung lebt er wieder in UK, die Mutter blieb mit dem Kind hier. Die Existenz ist gesichert.

¹⁴ EuGH, U.v. 25.7.2008 – Rs. C-127/08 (Metock).

¹⁵ OVG Bremen, B.v. 31.7.2009 – 1 B 169/09.

¹⁶ EuGH, U.v. 25.7.2008 – Rs. C-127/08 (Metock).

¹⁷ EuGH, U.v. 13.2.1985, Rs. 267/83 (Diatta).

Problematisch ist hier, dass nicht das Kind den Unterhalt gewährt, sondern die drittstaatsangehörige Mutter. Die Voraussetzungen des § 3 Abs. 2 Nr. 2 FreizügG/EU sind daher nicht erfüllt.

Der EuGH hat hierzu allerdings festgestellt, dass das Recht des Kindes auf Aufenthalt als nicht erwerbstätiger Unionsbürger nur effektiv sein kann, wenn auch dem begleitenden Elternteil ein Aufenthaltsrecht zusteht.¹⁸

Fall: wie oben, aber es werden Sozialleistungen bezogen. Das Kind geht zur Schule.

Befindet sich das Kind in einer Ausbildung, steht dem drittstaatsangehörigen Elternteil auch dann ein Aufenthaltsrecht zu, wenn Sozialleistungen bezogen werden, da nur so das Recht des Kindes auf Ausbildung gemäß Art. 12 VO 1612/68 sichergestellt ist (vgl. auch § 3 Abs. 4 FreizügG/EU). Das Recht endet mit Volljährigkeit, wenn nicht aufgrund einer Ausbildung weiter ein Angewiesensein auf den Elternteil besteht.¹⁹ Voraussetzung ist allerdings, dass der Elternteil, der Unionsbürger ist, zumindest früher freizügigkeitsberechtigt gewesen ist.²⁰

¹⁸ EuGH, U. v. 19.10.2004, Rs. C-200/02 (Chen).

¹⁹ EuGH, U.v. 23.2.2010, Rs. C-310/08 (Ibrahim).

²⁰ EuGH, U.v. 23.2.2010, Rs. C-480/08 (Teixeira).

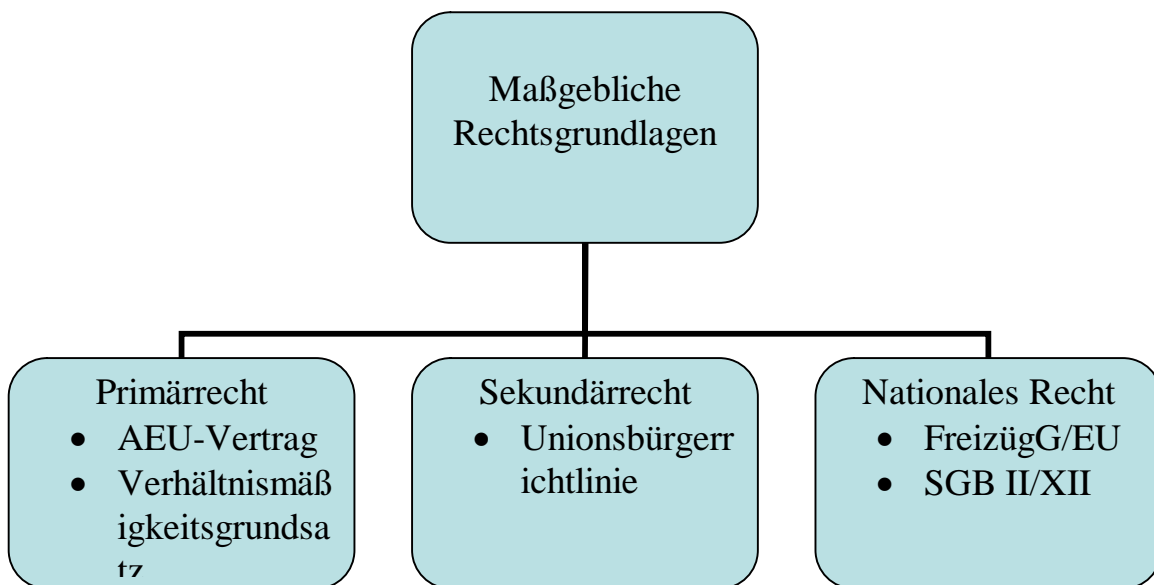
Zugang zu Sozialleistungen für EU-Bürgerinnen

Beitrag Rechtsanwältin Eva Steffen

A. Einführung

Die Fortbildung kann aufgrund des kurzen Zeitfensters nur einen Einblick in die Thematik geben und hat daher keinen Anspruch auf Vollständigkeit.

Der Vortrag beschäftigt sich vor allem mit der Frage des Zugangs zu Sozialleistungen von Unionsbürgern, die sich nicht als Arbeitnehmer im Bundesgebiet aufhalten und aufgrund dessen von dem im SGB II/SGB XII geregelten Leistungsausschluss betroffen sind.



Im Gemeinschaftsrecht zu unterscheiden ist das Primärrecht und das Sekundärrecht.

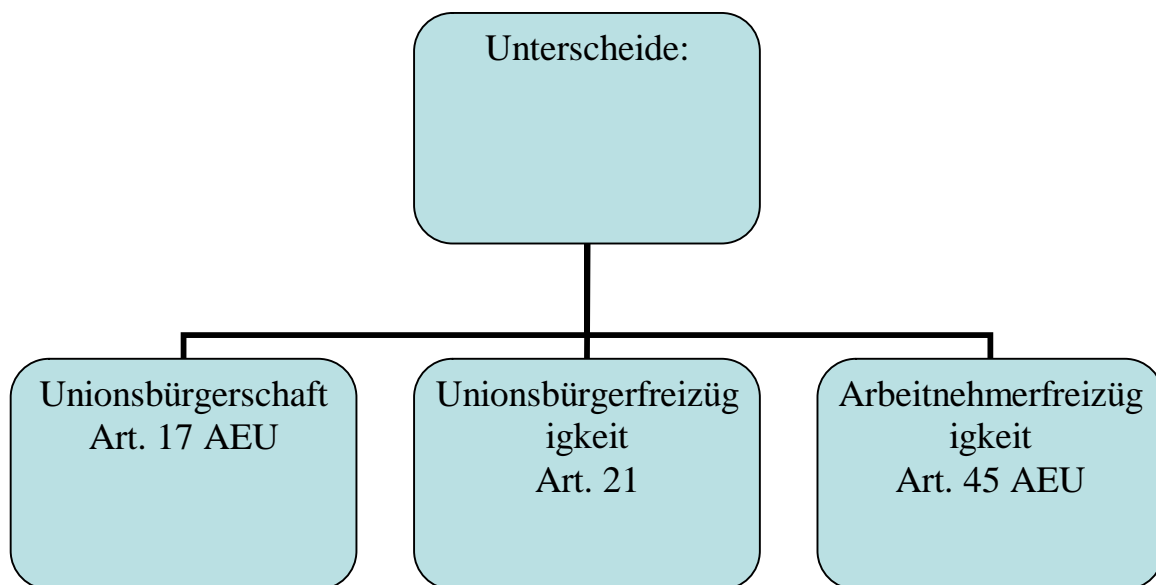
Primärrecht sind u.a. die Gründungsverträge, hier insbesondere der EG Vertrag, der mit Inkrafttreten des Vertrages von Lissabon seit dem 01.12.2009 in AEU Vertrag umbenannt ist (Vertrag über die Arbeitsweise der EU).

Zum Primärrecht gehört auch der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als allgemeiner Rechtsgrundsatz.

Zum **Sekundärrecht** gehören die Rechtsakte, die von den Gemeinschaftsorganen erlassen worden sind. Das sind u.a. die Richtlinien. Hier ist insbesondere maßgeblich die Richtlinie 2004/38/EG, die sog. Unionsbürgerrichtlinie oder auch Freizügigkeitsrichtlinie, die in Deutschland durch das FreizügG/EU umgesetzt wurde.

Zum hier einschlägigen nationalem Recht gehört das Freizügigkeitsgesetz/EU und das SGB II/SGBXII

Beachte: Besteht ein Konflikt zwischen dem primären und dem sekundären Gemeinschaftsrecht und dem nationalem Recht, gilt der Grundsatz des Vorrangs des Gemeinschaftsrechts.



Ausgangsfälle Rumänien und Bulgarien.
Eintritt in die EU 1.1.2007

- ✓ Sie sind Unionsbürger.
- ✓ Aufenthaltsrechtlich genießen sie die Rechte der Unionsbürger und damit auch das allgemeine Freizügigkeitsrecht. Das Freizügigkeitsrecht umfasst das Recht, sich im Hoheitsgebiet des Mitgliedsstaates frei zu bewegen und aufzuhalten.
- ✓ Darüber hinaus umfasst die Freizügigkeit auch das Recht, sich in einem anderen Mitgliedstaat wirtschaftlich zu betätigen, insbesondere eine Erwerbstätigkeit aufzunehmen oder Dienstleistungen zu erbringen und in Anspruch zu nehmen, Arbeitnehmerfreizügigkeit.
- **Die Arbeitnehmerfreizügigkeit ist bei den Beitrittsstaaten beschränkt.**
Aussetzung der Arbeitnehmerfreizügigkeit für 2 Jahre plus 3 plus 2 längstens 2014

Grundsätzlich gilt:

Art. 18 AEU

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

Art. 21 AEU, Unionsbürgerfreizügigkeit

Jeder Unionsbürger hat das Recht, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten vorbehaltlich der in den Verträgen und in den Durchführungsvorschriften vorgesehenen Beschränkungen und Bedingungen **frei zu bewegen und aufzuhalten**...

Art. 45 AEU (ex-Artikel 39 EG)

(1) Innerhalb der Union ist die **Freizügigkeit der Arbeitnehmer** gewährleistet.
(2) Sie umfasst die Abschaffung jeder auf der Staatsangehörigkeit beruhenden unterschiedlichen Behandlung der Arbeitnehmer der Mitgliedstaaten in Bezug auf Beschäftigung, Entlohnung und sonstige Arbeitsbedingungen...

B. Leistungsausschluss nach § 7 SGB Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 und Nr. 2 II/
§ 23 Abs. 3 SGB XII

Unionsbürger haben grundsätzlich einen Anspruch auf Leistungen nach dem SGB II/XII unter den gleichen Voraussetzungen wie deutsche Staatsangehörige.

Unproblematisch haben einen Leistungsanspruch:

- Arbeitnehmer und selbständig Erwerbstätige

Der Begriff des Arbeitnehmers ist weit auszulegen. Als Arbeitnehmer ist jeder anzusehen, der eine tatsächliche und echte Tätigkeit ausübt. Nur solche Tätigkeiten bleiben außer Betracht, die einen so geringen Umfang haben, dass sie sich als völlig untergeordnet und unwesentlich darstellen. Wesentliches Merkmal ist, dass jemand für eine bestimmte Zeit für einen anderen nach dessen Weisung Leistungen erbringt, für die er als Gegenleistung eine Vergütung erhält.

Merke: Es kommt weder auf die Dauer der Beschäftigung noch auf die Höhe der Vergütung an (Vatsouras/Koupatanze, EuGH Urteil v. 4.6.2009, C-22/08 und C-23/08). Auch kurzzeitige und nicht existenzsichernde Beschäftigungen fallen in den Gewährleistungsbereich der Arbeitnehmerfreizügigkeit.

Bei selbständiger Tätigkeit ist lediglich zu beachten, dass die berufsrechtlichen, ordnungsrechtlichen und steuerrechtlichen Vorschriften eingehalten werden.

- Bei vorübergehender Erwerbsminderung infolge Krankheit oder Unfall
- Bei unverschuldeter Arbeitslosigkeit oder Einstellung der selbständigen Tätigkeit nach einer **Beschäftigung von mehr als 1 Jahr**
- Bei unverschuldeter Arbeitslosigkeit oder Einstellung der selbständigen Tätigkeit nach einer Beschäftigung von **weniger als 1 Jahr für die Dauer von 6 Monaten**

- Familienangehörige von Arbeitnehmern und Selbständigen
- Daueraufenthaltsberechtigte, § 4 a FreizügG/EU

Exkurs:

SGB II (Grundsicherung für Arbeitssuchende)

SGB XII (Sozialhilfe)

- Drittes Kapitel: Hilfe zum Lebensunterhalt, §§ 27 SGB XII ff
- Viertes Kapitel: Grundsicherung im Alter und bei Erwerbsminderung, §§ 41 ff

Beachte: Wer dem Grunde nach leistungsberechtigt ist nach dem SGB II, hat keinen Anspruch auf Hilfe zum Lebensunterhalt nach dem SGB XII

Problematische Fälle sind daher

Leistungsausschluss in den ersten 3 Monaten des Aufenthaltes

Leistungsausschluss bei alleinigem Aufenthaltswert der Arbeitssuche

Aufenthalt aus einem anderen Zweck als zur Arbeitssuche/Wechsel des Aufenthaltswertes

I. Leistungsausschluss in den ersten 3 Monaten des Aufenthaltes

Ausgangsfall: Der italienische Staatsangehörige kommt am 5.9.2009 mit der Absicht nach Deutschland, seinen Lebensmittelpunkt hierhin zu verlegen. In der Aufenthaltsanzeige nach § 5 FreizügG/EU gab er als Grund seines Aufenthaltes die Arbeitsplatzsuche an. Am 10.09.2009 beantragt er Leistungen bei der ARGE. Er gibt an, bereits hinreichende Verbindungen zum deutschen Arbeitsmarkt aufzuweisen. Er verfüge über die notwendigen Sozialkontakte und Sprachkenntnisse und habe auch eine Wohnung anmieten könne. Die bereits getätigten Bewerbungen könne er nicht in schriftlicher Form nachweisen, da er sich aufgrund fehlender finanzieller Mittel nur mündlich habe bewerben können. Er bringe zudem ausreichende Fähigkeiten mit, um eine Arbeitsstelle zu erlangen
Wie stehen seine Chancen?

Nach § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 SGB II sind Ausländer, die weder in der Bundesrepublik **Arbeitnehmer** oder **Selbständige** noch auf Grund von **§ 2 Abs. 3 FreizügG/EU freizügigkeitsberechtigt** sind, und ihre Familienangehörigen für **die ersten 3 Monate** ihres Aufenthaltes von den Leistungen der Grundsicherung für Arbeitssuchende nach dem SGB II **ausgeschlossen**.

Nach den Gesetzgebungsmaterialien zielt der Ausschluss in erster Linie auf Unionsbürger, die von ihrem voraussetzungslosen dreimonatigem Aufenthaltsrecht Gebrauch machen, Art. 6 Unionsbürgerrichtlinie, § 2 Abs. 5 FreizügG/EU.

Dieses Recht zum Aufenthalt gilt in den ersten 3 Monaten voraussetzungslos. Nach Ablauf der 3 Monate muss ein Aufenthaltsgrund hinzukommen.

Mit dieser Regelung hat der Bundesgesetzgeber die Umsetzung des Art. 24 Abs. 2 iVm Art. 14 b der Unionsbürgerrichtlinie bezweckt.

Artikel 24

...

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

1. Problematisch ist bereits, ob diese Richtlinie als Ermächtigungsgrundlage für den Leistungsausschluss nach dem SGB II ausscheidet, weil die Richtlinie nur den Ausschluss von Sozialhilfe ermöglicht.

Entscheidend ist daher, ob Leistungen nach dem SGB II überhaupt Sozialhilfeleistungen sind.

Das Gleichbehandlungsgebot aus Art. 39 Abs. 2 EGV (jetzt Art. 45 AEUV) gewährleistet das Recht auf Zugang zum Arbeitsmarkt unter den gleichen Voraussetzungen und einer Förderung im gleichen Umfang. Arbeitssuchende Unionsbürger dürfen daher nicht von einem Teil dieser Leistungen ausgenommen werden, wenn diese dem Ziel der Erleichterung der Arbeitssuche dienen.

Der EuGH hat in seinem Urteil vom 4.6.2009 (Vatsouras/Koupatanze, C-22/08 und C-23/08) insoweit vorgegeben, dass bereits die Zugangsvoraussetzung der Erwerbsfähigkeit für einen Leistungsanspruch nach dem SGB II ein Hinweis dafür sein könnte, dass es sich um Leistungen zur Erleichterung der Arbeitssuche handele.

Die Entscheidung, ob es sich bei den Leistungen nach dem SGB II um Leistungen zur Erleichterung der Arbeitssuche handelt obliegt den nationalen Behörden und Gerichten.

Nach überwiegender und zutreffender Ansicht handelt es sich bei den SGB II-Leistungen um eine Mischform beitragsunabhängiger Sonderleistungen (Dorothee Frings, Sozialrecht für Zuwanderer, Rn 101; Gerenkamp in Mergler/Zink, SGB II, Teil I, § 7 Rn 13; so wohl auch LSG Baden-Württemberg v. 23.07.2008 – L 7 AS 3031/08 ER-R).

Bei der rechtlichen Einordnung der Leistungen wird zwar problematisiert, dass das SGB II sowohl Elemente enthält, die der Sicherung des Lebensunterhaltes dienen als auch solche, die auf die Integration in den Arbeitsmarkt gerichtet sind. Das SGB II unterscheidet in § 1 Abs. 2 SGB II sogar ausdrücklich zwischen diesen

Leistungsarten (vgl. Spellbrink in Eicher/Spellbrink SGB II, Grundsicherung für Arbeitssuchende, § 7 Rn 17, 18).

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

Es wäre daher angesichts der Ausrichtung der SGB II-Leistungen auf die Integration in den Arbeitsmarkt nicht mit Art. 18 und Art. 45 AEUV zu vereinbaren, innerhalb der Leistungsgewährung nach dem SGB II zwischen solchen der Existenzsicherung und denen der Eingliederung in Arbeit zu differenzieren.

Haben Unionsbürger eine tatsächliche Verbindung zum Arbeitsmarkt nachgewiesen, verbietet das Diskriminierungsverbot aus Art. 18 und Art. 45 AEUV eine dahingehende Differenzierung gegenüber arbeitssuchenden Inländern.

Sobald und solange der Arbeitssuchende eine tatsächliche Verbindung mit dem Arbeitsmarkt des Aufnahmemitgliedstaates nachweist, befindet er sich quasi auf halbem Weg zwischen Beschäftigungslosigkeit und wirtschaftlicher Betätigung. Ein Leistungsausschluss ließe sich bereits aus diesem Grund gemeinschaftsrechtlich nicht rechtfertigen.

2. Selbst wenn die Grundsicherungsleistungen des SGB II in den Anwendungsbereich der Unionsbürgerrichtlinie einbezogen würden, kann sich ein Anspruch unmittelbar aus gemeinschaftsrechtlichem Primärrecht ergeben.

Arbeitssuchende, die nicht Arbeitnehmer im Sinne des Art. 45 Abs. 1 AEUV sind, fallen im Hinblick auf den Zugang zur Beschäftigung in den Anwendungsbereich des Art. 45 Abs. 2 AEUV.

Zusätzlich gilt das Diskriminierungsverbot aus Art. 18 AEUV.

Beachte: Grundsatz aus Art. 18 AEUV

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

Diskriminierendes Merkmal ist der Leistungsausschluss, denn er knüpft unmittelbar an die Staatsangehörigkeit an (Ausländer sind von SGB II Leistungen ausgeschlossen...).

Dies wirft Zweifel an der Vereinbarkeit des Leistungsausschlusses nach § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 SGB II und der Öffnungsklausel in Art. 24 Abs. 2 iVm Art. 14 Abs. 4 b) der Unionsbürgerrichtlinie auf.

Eine Ungleichbehandlung kann nur dann gerechtfertigt werden, wenn sie auf objektiven von der Staatsangehörigkeit der Betroffenen unabhängigen Erwägungen beruht und in einem angemessenen Verhältnis zum Zweck steht.

Die Frage ist also, ob sich der Wortlaut europarechtskonform reduzieren lässt.

Der EuGH sieht es als legitimes Anliegen des Mitgliedstaates an, sich einer tatsächlichen Beziehungen zwischen demjenigen, der die Sozialleistung beantragt,

und dem betroffenen räumlichen Arbeitsmarkt vergewissern zu wollen (Ioannidis, Urt. V. 15.09.2005- C 258/04).

Zu rechtfertigen sind solche Differenzierungen, die gerade auf diese Überprüfung abzielen, wie z.B. eine Mindestaufenthaltsdauer, nicht die reine Staatsangehörigkeit als solche. Ob bereits eine tatsächliche Verbindung zum Arbeitsmarkt vorliege, ist eine von den zuständigen nationalen Behörden und gegebenenfalls den innerstaatlichen Gerichten zu klärende Frage.

Voraussetzung für den Zugang zu SGB II-Leistungen bleibt daher der Nachweis einer *tatsächlichen Verbundenheit mit dem Arbeitsmarkt*.

Nach den Vorgaben des EuGH kann sich eine solche Verbindung u.a. aus der Feststellung ergeben, dass der Betroffene während eines angemessenen Zeitraums tatsächlich eine Beschäftigung gesucht hat.

Nach Gemeinschaftsrecht gilt als arbeitssuchend, wer nachweislich eine Arbeit sucht und seine Bemühungen bei objektiver Betrachtungsweise nicht aussichtslos scheinen (Hoffmann, in HK-AuslR, § 2 FreizügG/EU, Rn 11). Aussagen darüber, welcher Zeitraum hier als angemessen anzusehen ist, trifft der EuGH nicht. Für die Neu-Unionsbürger wird an dieser Stelle problematisiert, dass die aufgrund des nachrangigen Arbeitsmarktzuganges nur abstrakt generelle Möglichkeit der Erteilung einer Arbeitsgenehmigung EU nicht ausreichend sei (so: SG Köln S 27 SO 53/10 ER; LSG Baden-Württemberg v 23.07.2007 – L 7 AS 3031/08 ER-R). Nach der insoweit zutreffenden Auffassung des LSG NRW v. 17.4.2008 – L 7 B 70/08 AS ER wird dagegen die hinreichende Aussicht auf eine Arbeitserlaubnis-EU zumindest für eine geringfügige Beschäftigung angenommen und damit die Erwerbsfähigkeit nach § 8 SGB II als Zugangsvoraussetzung für einen Leistungsanspruch nach dem SGB II bejaht.

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

Zweifel an der in § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 SGB II festgeschriebenen Mindestaufenthaltsdauer von 3 Monaten bestehen insoweit als es dem Unionsbürger durchaus gelingen könnte, bereits innerhalb dieser Frist einen tatsächlichen Bezug zum Arbeitsmarkt herzustellen.

Erforderlich ist jedenfalls die ernsthafte Absicht, eine Arbeit aufzunehmen, was objektiviert nach außen zum Ausdruck gebracht werden muss (Epe, in GK AufenthG, § 2 FreizügG/EU Rn 51; EuGH Urt. V. 23.3.2004, Rs C-138/02 „Collins“).

Festzuhalten bleibt, dass eine Mindestaufenthaltsdauer verlangt werden darf. Die 3 Monatsfrist aus § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 SGB II genügt daher nach wohl überwiegender Ansicht den Anforderungen eines Ausschlusses (so auch: Frank Schreiber, Der Arbeitslosengeld II-Anspruch von Unionsbürgern und Drittstaatsangehörigen, info also Heft 1/2008, S. 3 ff, 7).

Zum Ausgangsfall:

Das LSG NRW hat in dem Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes des italienischen Arbeitssuchenden im Rahmen einer Folgenabwägung angesichts der Zweifel an der Vereinbarkeit des Leistungsausschluss in § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 und Nr. 2 SGB II bereits vor Ablauf der 3 Monate einen vorläufigen Anspruch zuerkannt (Beschluss vom 26.02.2010 – L 6 B 154/09 AS ER).

3. Sollte ein Notfall innerhalb der ersten 3 Monate des Aufenthaltes auftreten, dürfte ein Anspruch zumindest nach Ermessen nach dem SGB XII als unabweisbare Hilfe zu gewähren sein.

Der EuGH leitet aus der Unionsbürgerschaft und dem diesbezüglichen Sekundärrecht eine „gewisse finanzielle Solidarität mit den anderen Mitgliedstaaten“ ab (Grzelczyk, EuGH Urt. V. 20.09.2001). Rein fiskalisch motivierte Abschottungen, die undifferenziert an die Staatsangehörigkeit anknüpfen, lehnt der EuGH ab (Schreiber, aaO, S. 199).

Der Leistungsausschluss in §§ 7 Abs. 1 Satz 2 SGB II und 23 Abs. 3 Satz 1 SGB XII belässt es dem zuständigen Sozialhilfeträger, eine Ermessensentscheidung darüber zu treffen, in welchem Umfang Unionsbürgern unter Beachtung der Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG) und des Sozialstaatsprinzips (Art. 20 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 und Art. GG) vorübergehende Leistungen zur Überbrückung einer unmittelbaren persönlichen Notlage zu erbringen sind (Dorothee Frings, Sozialrecht für Zuwanderer, Rn 105; Herbst in Mergler / Zink, SGB XII, § 23 Rdnr. 48; Adolph in Linhardt / Adolph, SGB II und XII, § 23 SGB XII Rdnr. 92).

Dem steht auch nicht entgegen, dass der EuGH in seinem Urteil vom 4.6.2009 (Vatsouras/Koupatanze, C-22/08 und C-23/08) festgestellt hat, dass es nicht zu beanstanden sei, dass Unionsbürger von Sozialleistungen ausgeschlossen werden, die Drittstaatsangehörigen nach dem AsylbLG gewährt werden, da der EuGH nur die Verletzung von Gemeinschaftsrecht zwischen den Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten überprüft. Art. 18 AEUV erfasst nur die dem Gemeinschaftsrecht unterfallende Situationen.

Ein völliger Leistungsausschluss von Unionsbürgern stünde unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes im Widerspruch zur Unionsbürgergarantie und dem verfassungsrechtlichen Schutz der Menschenwürde.

II. Leistungsausschluss bei alleinigem Zweck der Arbeitssuche
--

Ausgangsfall:

Der rumänische Staatsangehörige R. kommt nach Köln, in der Hoffnung, sich hier eine Existenz aufbauen zu können. Er verfügt bereits bei Ankunft in Köln weder über ausreichende Existenzmittel noch über einen Krankenversicherungsschutz. Er hofft zwar, einen Arbeitsplatz zu finden, ist aber der deutschen Sprache nicht mächtig und verfügt auch über keinerlei Bindungen im Bundesgebiet. Er meldet sich an, erhält jedoch keine Freizügigkeitsbescheinigung. Er meldet sich auch nicht bei der Bundesagentur für Arbeit als arbeitssuchend. Er schlägt sich 3 Monate mehr schlecht als recht durch und kommt dann zu Ihnen und fragt, ob er Leistungen in Anspruch nehmen kann. Über Nachweise seiner Arbeitssuche verfügt er nicht.

Nach § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II sind Ausländer und ihre Familienangehörigen, deren **Aufenthaltsrecht** sich **allein aus dem Zweck der Arbeitsuche** ergibt, von einem Leistungsanspruch ausgenommen.

§ 23 Abs. 3 SGB XII regelt dies für die Sozialhilfefälle. Hiernach haben Ausländer, die eingereist sind, um Sozialhilfe zu erlangen, oder deren Aufenthaltsrecht sich allein aus dem Zweck der Arbeitsuche ergibt, keinen Anspruch auf Sozialhilfe.

Artikel 24

Gleichbehandlung

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

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

Die Beschränkung aus Art. 24 Abs. 2 Unionsbügerrichtlinie muss aber dem Primärrecht aus Art. 18 und Art. 21 und Art. 45 AEUV genügen.

Unbeschadet besonderer Bestimmungen der Verträge ist in ihrem Anwendungsbereich jede **Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit** verboten..., **Art. 18 AEUV**.

Jeder Unionsbürger hat das Recht, sich vorbehaltlich der in dem AEUV und in den Durchführungsvorschriften vorgesehenen Beschränkungen und Bedingungen im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten, **Art. 21 AEU**.

Arbeitssuchenden Unionsbürgern gewährleistet Art. 45 AEUV einen Anspruch auf Einreise und Aufenthalt zu dem Zweck, sich in einem anderen Mitgliedstaat eine Arbeit zu suchen.

Solange ein Unionsbürger mit begründeter Aussicht auf Erfolg Arbeit sucht, darf er nach Art. 14 Abs. 4 Buchstabe 4 b) der Unionsbügerrichtlinie nicht ausgewiesen werden.

Das Gemeinschaftsrecht kennt keine Fristen, die den Zeitraum der Arbeitssuche beschränken. Es gibt insbesondere keinen Automatismus dergestalt, dass etwa nach Ablauf von 3 Monaten eine Verlassenspflicht bestünde, wenn innerhalb dieser Zeit kein Arbeitsplatz gefunden wurde.

Ausreisepflichtig ist ein Unionsbürger nach § 7 Abs. 1 Satz 1 FreizügG/EU erst, wenn die Ausländerbehörde durch einen Verwaltungsakt festgestellt hat, dass das Recht auf Einreise und Aufenthalt nicht besteht. Bis dahin ist der Aufenthalt rechtmäßig.

Wenn aber nun die Arbeitssuche wider Erwarten erfolglos bleibt, dann stellt sich die Frage, ob ein Anspruch auf Sozialleistungen besteht.

Hier ist zunächst auf die Ausführungen unter I. zu verweisen:
Sofern man die Leistungen nach dem SGB II untrennbar als Leistungen zur Erleichterung der Arbeitssuche einstuft und man einen tatsächlichen Bezug zum Arbeitsmarkt nachweisen kann, wäre ein Leistungsausschluss nach 3 monatiger Mindestaufenthaltsdauer nicht gemeinschaftskonform.

Kommt man zu dem Ergebnis, dass die Leistungen nach dem SGB II entweder Sozialhilfeleistungen sind oder aber ein Leistungsanspruch (trennbar) nur auf Eingliederungshilfen nach dem SGB II, nicht aber auf existenzsichernde Leistungen besteht, bleibt die Frage zu klären, ob der Leistungsausschluss nach dem SGB II gemeinschaftskonform ist.

§ 7 SGB II wie auch § 23 Abs. 3 SGB XII knüpfen den Leistungsausschluss an die Staatsangehörigkeit.

Wie bereits oben dargelegt, erlaubt das Diskriminierungsverbot nur solche Differenzierungen, die auf die Überprüfung einer tatsächlichen Beziehung zum Arbeitsmarkt abzielen, wie z.B. eine Mindestaufenthaltsdauer, nicht die reine Staatsangehörigkeit als solche. Ob bereits eine tatsächliche Verbindung zum Arbeitsmarkt vorliegt, ist eine von den zuständigen nationalen Behörden und gegebenenfalls den innerstaatlichen Gerichten zu klärende Frage.

Als Differenzierungsmerkmal den Zweck der Arbeitssuche als solche für einen Leistungsausschluss zu bestimmen, lässt sich m.E. gemeinschaftsrechtlich nicht rechtfertigen.

These:

§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II ist dahingehend europarechtskonform zu reduzieren, dass von dem Leistungsausschluss nur Nicht-EU-Ausländer und vollziehbar zur Ausreise verpflichtete Unionsbürger erfasst werden.

Siehe hierzu sehr lesenswert: Dr. Frank Schreiber, Der Arbeitslosengeld II-Anspruch von Unionsbürgern und Drittstaatsangehörigen, in info also, Heft 1/2008, S. 3 ff).

Das Recht zum Aufenthalt wird automatisch und unmittelbar mit der Unionsbürgerschaft erworben. Der Unionsbürger kann sich daher bereits nur im Hinblick auf seine Unionsbürgerschaft auf Art. 21 AEU berufen.

Dem wird entgegen gehalten, dass dieses Recht nicht absolut, sondern nur vorbehaltlich der im Vertrag und in den Durchführungsbestimmungen vorgesehenen Beschränkungen und Bedingungen besteht.

Die Unionsbürgerrichtlinie verlangt den Nachweis, dass der nicht erwerbstätige Unionsbürger für sich und seine Familieangehörigen über ausreichend Existenzmittel und ausreichenden Krankenversicherungsschutz verfügt, so dass sie während ihres Aufenthaltes keine Sozialhilfeleistungen des Aufnahmestaates in Anspruch nehmen

müssen, Art. 7 Abs. 1 Satz 1 Buchstabe b), Art. 8 Unionsbürgerrichtlinie, § 4 FreizügG/EU.

Die Mitgliedstaaten dürfen den Aufenthalt eines wirtschaftlich nicht aktiven Unionsbürgers zwar von der Verfügbarkeit ausreichender Existenzmittel und Krankenversicherungsschutz abhängig machen. Das bedeutet jedoch nicht, dass sich der wirtschaftlich nicht aktive Unionsbürger nicht auf den Gleichbehandlungsgrundsatz aus Art. 18 AEUV (ex-Art. 12 EGV berufen könnte.

Auch wirtschaftlich inaktive Unionsbürger genießen bei Inanspruchnahme ihrer Unionsbürgerfreizügigkeit Diskriminierungsschutz am Maßstab des Art. 18 und Art. 21 AEUV. Dies gilt auch für Unionsbürger aus Beitrittsländern, deren Arbeitnehmerfreizügigkeit beschränkt ist

Bereits die bloße Inanspruchnahme der Unionsbürgerfreizügigkeit löst den Diskriminierungsschutz aus.

Der „nur“ an die Unionsbürgerschaftsfreizügigkeit anknüpfende Diskriminierungsschutz mag im Vergleich zur Arbeitnehmerfreizügigkeit schwächer ausgeprägt sein.

Abgeleitet aus der Unionsbürgerschaft und dem diesbezüglichen Sekundärrecht besteht jedoch eine „finanzielle Solidarität mit den anderen Mitgliedstaaten“ (Grzelczyk, EuGH Urt. V. 20.09.2001).

Der Anspruch auf Sozialleistungen besteht auch bei wirtschaftlich nicht aktiven Unionsbürgern daher zumindest in den Fällen eines rechtmäßigen gewöhnlichen Aufenthalt von gewisser Dauer (Trojani- Entscheidung EuGH Urteil v. 7.9.2004- C-456/02).

Die entscheidende Frage ist also, was ein rechtmäßiger Aufenthalt eines Unionsbürgers ist und wem es obliegt, dies zu prüfen und festzustellen.

Unstreitig ist der Aufenthalt rechtmäßig, wenn ein Aufenthaltstitel auf der Grundlage des AufenthG erteilt wurde.

Das Aufenthaltsrecht des Unionsbürgers ist nicht an einen Aufenthaltstitel geknüpft. Die Freizügigkeitsbescheinigung wirkt lediglich deklaratorisch.

Rechtmäßig hält sich auch der Unionsbürger auf, der sich zum Zwecke der Arbeitssuche im Bundesgebiet aufhält.

Gleiches gilt für diejenigen, der Dienstleistungen in Anspruch nimmt.

Die formelle und materiell rechtliche Legalität des Aufenthaltes kann jedoch auseinander fallen.

So bleibt der Aufenthalt eines nicht erwerbstätigen Unionsbürgers auch dann zumindest formell rechtmäßig, wenn er nicht über ausreichend Existenzmittel verfügt.

Dies beruht auf der Strukturentscheidung des FreizügG/EU für eine bereits allein an die Unionsbürgerschaft anknüpfende Vermutung des legalen Aufenthaltes eines Unionsbürgers. Es ist grundsätzlich von dem Bestehen der Voraussetzungen für das Freizügigkeitsrecht auszugehen. Nur bei Vorliegen von Zweifeln kann die Vorlage geeigneter Dokumente zum Nachweis verlangt werden. Dies ist auch in Ziffer

5.3.1.1.1 der Allgemeinen Verwaltungsvorschriften des FreizügG/EU (Drucksache 670/09) festgelegt.

Dem Aufnahmemitgliedstaat bleibt es unbenommen, unter Einhaltung der vom Gemeinschaftsrecht gezogenen Grenzen, insbesondere unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes festzustellen, dass das Aufenthaltsrecht eines wirtschaftlich nicht aktiver Unionsbürgers, der die Voraussetzungen des § 4 FreizügG/EU nicht (mehr) erfüllt und Sozialhilfe in Anspruch nimmt, nicht mehr besteht und den Aufenthalt zu beenden.

Nach Ziffer 5.3.1.1.3 der Allgemeinen Verwaltungsvorschriften des FreizügG/EU, § 7 Abs. 1 FreizügG/EU, entsteht die Ausreisepflicht erst mit der Feststellung der fehlenden Freizügigkeitsvoraussetzungen, es sei denn, es werden Rechtsmittel eingelegt.

Die lediglich abstrakte Möglichkeit zur Aufenthaltsbeendigung lässt die Eröffnung des Gewährleistungsbereiches von Art. 18 AEU noch nicht entfallen.

Art. 14 Abs. 3 Unionsbürgerrichtlinie setzt ein mitgliedstaatliches Verfahren zur Feststellung des Verlustes des Aufenthaltsrechts und zur Feststellung der Ausreisepflicht voraus, wie es in § 5 Abs. 5, § 6 und § 7 FreizügG/EU geregelt ist. Dies ergibt sich auch aus den Allgemeinen Verwaltungsvorschriften zum FreizügG/EU. Nach Ziffer 5.5.1.3 kann eine Entscheidung nach § 5 Absatz 5 (Feststellung des Verlustes bzw. des Nichtbestehens des Freizügigkeitsrechts) nach fünf Jahren rechtmäßigen Aufenthaltes auch dann nicht mehr getroffen werden, wenn die Freizügigkeitsvoraussetzungen bereits früher nicht mehr vorlagen, jedoch keine Feststellung (zum Verlust bzw. Nichtbestehens des Freizügigkeitsrechts) getroffen wurden.

In Ziffer 5.4.1 der Allgemeinen Verwaltungsvorschriften zum FreizügG/EU wird nochmals betont, dass der Bezug von Leistungen nach den Sozialgesetzbüchern nicht automatisch zur Verlustfeststellung führen dürfe.

Zu den Ausgangsfällen:

Jedenfalls dann, wenn sich – wie im Ausgangsfall des Italieners - in der Art und Weise der Arbeitssuche eine tatsächliche Verbindung zum Arbeitsmarkt des Aufenthaltsstaates hinreichend manifestiert hat, ist keine Schlechterstellung im Vergleich zu einem langjährig wirtschaftlich inaktiven Unionsbürger zu rechtfertigen, der aufgrund der tatsächlichen Verbindung zum Aufenthaltsstaat nicht von Sozialleistungen ausgeschlossen werden darf (Trojani, EuGH Urteil v. 7.9.2004- C-456/02).

Konsequenz der hier vertretenen Auffassung ist, dass selbst in der Fallgestaltung des Ausgangsfalls des Rumänen, in dem es an der Voraussetzung eines nachweisbaren Bezuges zum deutschen Arbeitsmarkt fehlt oder zumindest Zweifel daran bestehen, ob eine „begründete Aussicht auf eine Einstellung“ besteht, ein Leistungsanspruch besteht, solange er nicht ausreisepflichtig ist.

In derartigen Fallkonstellationen, in denen auch keine Notsituation erkennbar ist, ist jedoch mit einer Aufenthaltsbeendigung zu rechnen.

Festzuhalten bleibt:

Ausreisepflichtig ist ein Unionsbürger erst, wenn die Ausländerbehörde durch einen Verwaltungsakt festgestellt hat, dass das Recht auf Einreise und Aufenthalt nicht (mehr) besteht.

Bis dahin ist der Aufenthalt rechtmäßig.

Der Unionsbürger ist auch solange freizügigkeitsberechtigt.

Dies gilt auch für den wirtschaftlich nicht aktiven Unionsbürger, der die Voraussetzungen des § 4 FreizügG/EU nicht (mehr) erfüllt.

Die Feststellung des Verlustes des Aufenthaltsrechts und der Ausreisepflicht obliegt weder der Sozialverwaltung noch den Sozialgerichten, die ihre Kompetenzen überschreiten würden, wollten sie feststellen, dass der Aufenthalt des Unionsbürgers nicht rechtmäßig und er nicht mehr freizügigkeitsberechtigt ist.

Eine nationale Regelung, die Unionsbürger von Sozialleistungen auch dann ausschließt, wenn sie sich rechtmäßig im Aufnahmemitgliedstaat aufhalten, verstößt gegen Art. 18 AEU.

Ergebnis:

Bis zu einer förmlichen Feststellung des Wegfalls des Aufenthaltsrechts ist – wegen des Fortbestandes des Gleichbehandlungsanspruchs aus Art. 18 AEUV – Sozialhilfe zu gewähren.

Nach zutreffender Ansicht von Frank Schreiber ist § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II dahingehend europarechtskonform zu reduzieren, dass nur Nicht-EU-Ausländer und vollziehbar zur Ausreise verpflichtete Unionsbürger erfasst werden. Der Gleichbehandlungsanspruch im Bezug auf SGB II/SGB XII Leistungen endet nach alledem akzessorisch erst mit der Vollziehbarkeit der Ausreisepflicht.

III. Zugang zu Sozialleistungen bei einem Aufenthalt aus einer anderem Zweck als zur Arbeitssuche oder einem Wechsel des Aufenthaltszwecks

Ausgangsfall:

Die minderjährige bulgarische Staatsangehörige D. reist gemeinsam mit ihren Eltern ins Bundesgebiet ein. Die Familie ist in Köln gemeldet, kehrt aber nach 3 Jahren Aufenthalt Anfang 2007 nach Bulgarien zurück. Im Januar 2009 kommt die Familie erneut nach Köln. Sie melden sich an, erhalten jedoch keine

Freizügigkeitsbescheinigung. Der Lebensunterhalt wird finanziert durch Schrotthandel, Betteln, etc. Ein Gewerbe ist jedoch nicht angemeldet worden.

D. lernt in Köln einen Bulgaren kennen, der ebenfalls über keinerlei Einkünfte verfügt. Die Eltern wollen nach Bulgarien zurück. Sie ist nunmehr volljährig und bleibt in Köln, weil sie hier ihren Partner gefunden hat und schwanger ist. Sie möchte nunmehr Leistungen in Anspruch nehmen. Für die weitere Zukunft in Deutschland plant das Paar, sich im Schrotthandel selbständig zu machen (SG Köln, Beschluss v. 08.03.2010 – S 6 AS 737/10 ER unter Hinweis auf LSG NRW, Beschluss v. 26.02.2010, - L 6 B 154/09 AS ER).

In dieser Fallkonstellation stellt sich die Frage, woraus das Recht zum Aufenthalt abgeleitet wird.

Bulgarien ist erst seit dem 01.01.2007 der EU beigetreten. 2009 erfolgte die Einreise im Familienverbund, so dass sie als Familienangehörige arbeitssuchender Unionsbürger ein Recht zum Aufenthalt auch über die ersten 3 Monate hinaus hatte. Nach der Rückkehr der Eltern verblieb sie in Köln, ohne sich arbeitssuchend zu melden.

Unabhängig von der Frage der Qualifizierung der Leistungen nach dem SGB II, stellt sich hier nicht die Frage, ob eine Leistungsausschluss arbeitssuchender Unionsbürger gerechtfertigt ist, da sie nach eigenem Vortrag aktuell nicht arbeitssuchend ist.

Das Freizügigkeitsrecht kann sich hier auch aus dem schwangerschaftsbedingten Wechsel des Aufenthaltszwecks in Form der Inanspruchnahme von Dienstleistungen (medizinische Versorgung) ergeben, § 2 Abs. 2 Nr. 4 FreizügG/EU.

Die Frage braucht m.E. jedoch nicht geklärt zu werden, da auch für sie gilt, dass aufgrund der Vermutung des Freizügigkeitsrechts ein rechtmäßiger Aufenthalt auch als wirtschaftlich nicht aktive Unionsbürgerin nach § 4 FreizügG/EU anzunehmen ist und sie daher solange nicht von Leistungen ausgeschlossen werden darf, solange sie nicht ausreisepflichtig ist.

Angesichts der potentiellen Gefahr der Aufenthaltsbeendigung wegen Leistungsbezuges kann es jedoch von erheblicher Bedeutung sein, vorzutragen, dass der Aufenthalt der Eltern zum Zweck der Arbeitssuche erfolgte, der Lebensunterhalt seinerzeit sichergestellt war und der eigene künftige Aufenthalt nunmehr zum Zweck der Inanspruchnahme von Dienstleistungen und im Anschluss wieder zum Zweck der Arbeitssuche oder als Selbständige erfolgt. Leistungen sollen nur in der besonderen Notsituation vorübergehend in Anspruch genommen werden.

Der Wahrheitsgehalt der Erklärung bzw. Glaubhaftmachung, über ausreichende Mittel und Krankenversicherungsschutz zu verfügen, kann nur zu dem Zeitpunkt beurteilt werden, zu dem der Unionsbürger die Erklärung abgibt. Die Situation selbst kann sich verändern. Der Umstand, dass der Unionsbürger nicht (mehr) über ausreichende Existenzmittel verfügt, schließt den Anspruch selbst noch nicht aus.

C. Praxisprobleme

I. Das Ausländeramt stellt keine Freizügigkeitsbescheinigung aus

II. Die ARGE lehnt die Bearbeitung des Antrages ab /das Sozialamt verweist an die ARGE

I.

Bereits nach der Einreise sollte die Ausstellung der Freizügigkeitsbescheinigung durchgesetzt werden.

Familienleistungen (Kindergeld und Elterngeld) werden ohne Vorlage der Freizügigkeitsbescheinigung – m.E. zu Unrecht – abgelehnt.

Der Aufenthaltszweck lässt sich nicht aus der Freizügigkeitsbescheinigung ableiten. Zudem kann sich der Zweck ändern. Ihr kommt insoweit keine Tatbestandswirkung zu. Sie hat nur deklaratorischen Charakter.

Maßgeblich ist der objektivierbare Zweck des Aufenthaltsrechts, nicht der subjektive Grund oder Motivation für den Aufenthalt.

Auch das Bestehen eines Aufenthaltsrechts nach § 4 FreizügG/EU wird vermutet, solange nicht in einem förmlichen Verfahren das Gegenteil festgestellt wird.

Familienkassen und die Elterngeldbehörden verlangen gleichwohl zu Unrecht eine Freizügigkeitsbescheinigung zum Nachweis der Freizügigkeitsberechtigung.

Hier ist m.E. Einspruch bzw. Widerspruch einzulegen.

II.

Gegen die Ablehnung eines Antrages auf Gewährung von SGB II-Leistung ist Widerspruch einzulegen. Dem SGB II-Leistungsträger ist Gelegenheit zur Abhilfe innerhalb einer kurzen angemessenen Frist zu geben. Nach Ablauf der Frist bzw. Aufrechterhalten der negativen Entscheidung ist bei erwerbsfähigen Unionsbürgern gegen die ARGE ein Antrag auf Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes mit dem Ziel der Gewährung von SGB II-Leistungen, hilfsweise SGB XII-Leistungen unter Beiladung des zuständigen Leistungsträgers beim Sozialgericht zu stellen.

Dies gilt unter Hinweis auf die zutreffenden Ausführungen des LSG NRW in seiner Entscheidung v. 17.4.2008 - L 7 B 70/08 AS ER - auch für die Neu-Unionsbürger, da auch sie erwerbsfähig im Sinne des § 8 SGB II sind.

Bereits bestandskräftige Entscheidungen der SGB II-Leistungsträger können über einen Antrag auf Überprüfung dieses Bescheides nach Maßgabe des § 44 SGB X aufgehoben und vorenthaltene Leistungen nachgezahlt werden.

Zu beachten ist jedoch, dass Leistungen nach dem SGB II einen (wenn auch formlosen) Antrag voraussetzen, § 37 SGB II.

Es werden keine Leistungen für die Zeit vor der Antragstellung erbracht.

Ein beim unzuständigen Leistungsträger gestellter Antrag gilt jedoch nach § 16 Abs. 2 SGB I als beim zuständigen Leistungsträger gestellt. Es entspricht dem Sinn und Zweck des SGB I, wonach der Einzelne mit seinem Begehren nicht an Zuständigkeitsabgrenzungen innerhalb der gegliederten Sozialverwaltung scheitern soll. Dies gilt in besonderer Weise für das Verhältnis von Leistungen nach dem SGB II und SGB XII (BSG Urteil v. 26.08.2008, B 8/9 SO 18/07 R).