

## Ausgeschlossen oder privilegiert?



3. aktualisierte Auflage 2017

## Zur aufenthalts- und sozialrechtlichen Situation von Unionsbürgern und ihren Familienangehörigen

## Publikationen zum Thema Migration

Herausgeber: Der Paritätische Gesamtverband



**Organisation, Reflexion und Qualitätssicherung der Beratungsprozesse.**

**Eine Arbeitshilfe für die Migrationsberatung, Berlin 2016**

Im Internet unter  
[www.migration.paritaet.org](http://www.migration.paritaet.org)



**Case Management in der Migrationsberatung für erwachsene Zuwanderer (MBE) – Eine Arbeitshilfe, Berlin 2016**

Im Internet unter  
[www.migration.paritaet.org](http://www.migration.paritaet.org)



**Datenschutz in der Migrationsberatung Eine Arbeitshilfe für die Migrationsberatung für erwachsene Zuwanderer (MBE), Berlin 2017**

Im Internet unter  
[www.migration.paritaet.org](http://www.migration.paritaet.org)



**Patenschaften mit geflüchteten Menschen Eine Arbeitshilfe für Paten/Patinnen und Begleiter/-innen von Patenschaften in Kooperation mit der Paritätischen Berlin, Berlin 2017**

Im Internet unter  
[www.migration.paritaet.org](http://www.migration.paritaet.org)



**Wege zeigen – Perspektiven schaffen. Migrationsberatung für erwachsene Zuwanderer (MBE) im Paritätischen – Gelingende Integration vor Ort, Berlin 2010**

Im Internet unter  
[www.migration.paritaet.org](http://www.migration.paritaet.org)



**Grundlagen des Asylverfahrens, Eine Arbeitshilfe für Beraterinnen und Berater, 4. überarbeitete Ausgabe, Berlin 2016**

Im Internet unter  
[www.migration.paritaet.org](http://www.migration.paritaet.org)



**Soziale Recht für Flüchtlinge, 2. Auflage, Dezember 2016, Titel der 1. Aufl. 2012: „Sozialleistungen für Flüchtlinge“**

Im Internet unter  
[www.migration.paritaet.org](http://www.migration.paritaet.org)

## Impressum

### Herausgeber:

Der Paritätische Gesamtverband

Oranienburger Straße 13-14

D-10178 Berlin

Telefon: +49 (0) 30/2 46 36-0

Telefax: +49 (0) 30/2 46 36-110

E-Mail: [info@paritaet.org](mailto:info@paritaet.org)

Internet: [www.paritaet.org](http://www.paritaet.org)

Verantwortlich im Sinne des Presserechts:

Dr. Ulrich Schneider

### Autor:

Claudius Voigt, GGUA Münster

### Redaktion:

Claudia Karstens, Der Paritätische Gesamtverband

### Gestaltung:

Christine Maier, Der Paritätische Gesamtverband

### Bilder:

© Fotolia.com: Nelos (Titel), froxx (S. 13)

### 3. aktualisierte Auflage, November 2017

Gefördert durch:



Bundesministerium  
des Innern

aufgrund eines Beschlusses  
des Deutschen Bundestages

# Inhalt

<b>Vorwort</b> .....	<b>2</b>
<b>1. Einführung:</b> .....	<b>3</b>
<b>2. Die aufenthaltsrechtlichen Regelungen</b> .....	<b>5</b>
Welche gesetzlichen Regelungen gelten? .....	5
Für wen gilt das Recht auf Freizügigkeit? .....	6
Gelten auch deutsche Staatsangehörige als Unionsbürgerinnen oder Unionsbürger? .....	8
Das Recht auf Einreise und Aufenthalt .....	9
Das Aufenthaltsrecht bis zu drei Monaten .....	10
Das Aufenthaltsrecht für mehr als drei Monate .....	11
Zum Zweck der Arbeitsuche .....	12
Als Arbeitnehmerin, Arbeitnehmer oder zur betrieblichen Berufsausbildung .....	14
Die Aufrechterhaltung des Freizügigkeitsrechts als Arbeitnehmerin oder Arbeitnehmer bei unfreiwilliger Arbeitslosigkeit .....	16
Als Selbstständige .....	17
Die Aufrechterhaltung des Aufenthaltsrechts als Selbstständige bei Aufgabe der selbstständigen Tätigkeit .....	19
Als Familienangehöriger .....	20
Die Aufrechterhaltung des Aufenthaltsrechts als Familienangehörige .....	23
Aufenthaltsrecht nach Art. 10 der EU-Verordnung 492/2011 .....	24
Als Nicht-Erwerbstätige .....	25
Aufenthaltsrechte aus dem Aufenthaltsgesetz .....	27
Das Daueraufenthaltsrecht .....	28
Der Verlust des Aufenthaltsrechts .....	31
<b>3. Zugang zu existenzsichernden Leistungen (SGB II, SGB XII und AsylbLG)</b> .....	<b>33</b>
Kritik an den Leistungsausschlüssen .....	34
Leistungen nach SGB II .....	35
In welchen Fällen bestehen entgegen dem Gesetzeswortlaut Chancen, einen Leistungsanspruch durchzusetzen? .....	36
Leistungen nach dem SGB II nach fünf Jahren tatsächlichen Aufenthalts .....	38
Leistungen nach SGB XII .....	39
Die „Überbrückungsleistungen“ .....	42
Die Meldepflicht .....	43
Leistungen nach dem Asylbewerberleistungsgesetz (AsylbLG) .....	44
Die Leistungsausschlüsse widersprechen Verfassungs- und Europarecht .....	44
Was kann man gegen die Verweigerung von Leistungen tun? .....	46
Praxistipps für die Rechtsdurchsetzung .....	46
<b>4. Weitere Sozialleistungen und andere Soziale Rechte</b> .....	<b>52</b>
Kindergeld .....	52
Unterhaltsvorschuss .....	53
Wohngeld .....	53
Ausbildungsförderung .....	54
Gesundheitsversorgung .....	54
Sprachförderung .....	54
Unterbringung bei Obdachlosigkeit .....	56

## Vorwort

Der Paritätische Gesamtverband hat das jüngste Gesetzgebungsverfahren um die zum 29.12.2016 in Kraft getretenen Einschränkungen der Sozialleistungen für bestimmte Gruppen von Unionsbürgern kritisch begleitet. Aus Sicht des Paritätischen sind die verabschiedeten Regelungen mit dem Grundrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums nicht vereinbar und verstoßen teilweise auch gegen Europarecht. Im Juni 2017 hat beim Paritätischen Gesamtverband ein Fachgespräch mit Expertinnen und Experten aus der Praxis stattgefunden, indem deutlich wurde, dass die jüngsten Leistungseinschränkungen die Lebenssituation der betroffenen Unionsbürger maßgeblich verschlechtern. Die Folgen sind: Drohende Wohnungslosigkeit, Mittellosigkeit, Schutzlosigkeit, sowie die massive Gefahr der Ausbeutung. Mit all diesen Themen wenden sich die Betroffenen an die Migrationsberatungsstellen für erwachsene Zuwanderer (MBE). Der enorme Beratungsbedarf für Eingewanderte zeigt sich auch in den Zahlen der MBE: Von 2011 bis 2015 hat sich die Zahl der Ratsuchenden auf ca. 205.000 Personen verdoppelt – Tendenz steigend. Fast ein Drittel von ihnen stammt aus der Europäischen Union.

Die zweite Auflage dieser Broschüre hat der Paritätische Gesamtverband bereits im August 2013 veröffentlicht. Auf die zum Teil sehr unsachlich geführte Debatte zum Thema „EU-Zuwanderung“ unter dem Stichwort einer vermeintlichen „Armutszuwanderung“ in den Jahren 2013 und 2014 hat der Paritätische mit seinem Positionspapier „Partizipation statt Ausgrenzung - Anforderungen an die Gestaltung der EU-Binnenwanderung“ reagiert. In der Zwischenzeit hat es einige Gerichtsurteile des Europäischen Gerichtshofes, weitere Debatten und rechtliche Änderungen sowie gerichtliche Entscheidungen auf nationaler Ebene zur Frage des Sozialleistungsbezuges von EU-Bürger/-innen gegeben, die wir mit der nun vorliegenden Überarbeitung aufgreifen wollen.

Die Publikation befasst sich auf den folgenden Seiten zunächst mit den gesetzlichen Regelungen zur Einreise und Aufenthalt von Unionsbürgern in Deutschland und widmet sich im zweiten Teil dem Zugang von Unionsbürgern zu existenzsichernden Leistungen. Im letzten Kapitel werden Ansprüche zu weiteren Sozialleistungen und anderen Sozialen Rechten dargestellt. Durch die Auflistung von Praxistipps und hilfreicher Internetseiten sowie Musterargumentationen für einen Eilantrag an das Sozialgericht aufgrund der Ablehnung von Leistungen für Unionsbürger ist diese Publikation sehr praxisorientiert gestaltet.

Die Hoffnung, eine höchstrichterliche Rechtsprechung würde endlich Klarheit für die Verwaltungs- und Beratungspraxis bringen, hat sich bislang nicht erfüllt. Möglicherweise wird das Bundesverfassungsgericht dies in absehbarer Zeit ändern. Die Frage der Vereinbarkeit der vollständigen Leistungsausschlüsse mit dem Grundgesetz sind aktuell beim Bundesverfassungsgericht anhängig, nachdem das Sozialgericht Mainz einen Vorlagebeschluss nach Karlsruhe gegeben hat<sup>1</sup>. Bis es soweit ist, hoffen wir, dass sich die vorliegende Publikation als nützliche Arbeitshilfe für Berater/-innen der Migrationsdienste erweist und bedanken uns herzlich bei Claudius Voigt, dem Autor dieser Broschüre, für die erneute kompakte, praxisorientierte Darstellung der komplexen Rechtslage.

Paritätische Positionspapiere, Stellungnahmen, Dokumentationen zu Veranstaltungen sowie Arbeitshilfen zum Thema „EU-Zuwanderung“ sind auf unserer Homepage [www.der-paritaetische.de/schwerpunkte/migration/themen/eu-zuwanderung/](http://www.der-paritaetische.de/schwerpunkte/migration/themen/eu-zuwanderung/) unter der Rubrik „Themen“ zu finden.

**Evîn Kofli,**  
**Natalia Bugaj-Wolfram und**  
**Claudia Karstens**  
Referentinnen für Migrationssozialarbeit  
Der Paritätische Gesamtverband

<sup>1</sup> SG Mainz, Vorlagebeschluss vom 18. April 2016, S 3 AS 149/16

# 1. Einführung:

Die Diskussion über die Zukunft der Europäischen Union wird gegenwärtig mit einer Intensität geführt, wie schon lange nicht mehr: Sollen die Nationalstaaten Souveränität abgeben zugunsten einer Entwicklung hin zu einer weiteren Integration der einzelnen Staaten innerhalb der EU? Oder soll Europa weniger und die einzelnen Staaten mehr zu bestimmen haben?

Diese Diskussion bezog sich lange Zeit in erster Linie auf Fragen der Finanz- und Wirtschaftspolitik – ist also vom Alltag der europäischen Bürger scheinbar weit entfernt. Und doch: Die Entwicklung Europas hat unmittelbare Auswirkungen auf die Unionsbürgerinnen und Unionsbürger: Bereits jetzt ist die Bedeutung der Europäischen Union viel größer, als dies auf den ersten Blick den Anschein hat.

Wer weiß schon, dass es so etwas wie eine Europäische Staatsbürgerschaft gibt? Wer weiß schon, dass unmittelbar aus dieser europäischen Staatsbürgerschaft das Recht erwächst, sich als EU-Bürgerin oder EU-Bürger in jedem anderen EU-Staat dauerhaft niederzulassen, ohne dafür irgendwen um Erlaubnis fragen zu müssen? Wer weiß schon, dass EU-Bürgerinnen und EU-Bürger grundsätzlich in keinem Staat innerhalb der Europäischen Union sozialrechtlich schlechter behandelt werden dürfen als die eigenen Staatsangehörigen?

Unionsbürgerinnen und Unionsbürger sind also in vielerlei Hinsicht gegenüber den „drittstaatsangehörigen“ Ausländern privilegiert und in Deutschland den deutschen Staatsbürgern nahezu rechtlich gleich gestellt.

Soweit die Theorie. Die Praxis indes sieht insbesondere nach der Erfahrung von Zuwanderern und Beratungsstellen oftmals anders aus: Zuwanderer aus EU-Staaten müssen häufig ohne jegliche Sozialleistungen leben, ihnen wird nicht erst seit Inkrafttreten der Gesetzesverschärfung vom 29. Dezember 2016 die Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums verweigert. Oftmals ist es nicht möglich, eine Krankenversicherung zu erhalten und auch die Ansprüche auf Kindergeld sind manchmal nur schwer durchzusetzen. Trotz eines bestehenden Aufenthaltsrechts leben bestimmte Gruppen von Unionsbürgerinnen und Unionsbürger teilweise in prekärsten sozialen Verhältnissen – und sind (Arbeits-) Ausbeutung,

familiärer Gewalt und sozialer Verelendung schutzlos ausgesetzt. Diese Situation kann in bestimmten Fällen nur mit dem Begriff der „sozialen Entrechtung“ angemessen beschrieben werden.

Woran liegt das? Neben den äußerst komplizierten Regelungen, die aus einer Vielzahl europäischer und nationaler Rechtsnormen bestehen und kaum mehr zu durchblicken sind, hat auch die regressive politische Entwicklung der letzten Jahre hin zu einer „Renationalisierung des Sozialstaats“ dazu beigetragen. Unterstützt durch populistische Kampagnen („Wer betrügt, der fliegt“ oder die Brexit-Debatte), werden Unionsbürgerinnen und Unionsbürgern immer häufiger unter einen mehr oder minder subtil wirkenden Generalverdacht gestellt, zu Unrecht Leistungen zu beziehen oder gar nicht freizügigkeitsberechtigt zu sein. Mehrere Rechtsverschärfungen haben diesen Generalverdacht in den vergangenen zwei Jahren in Gesetzesform gegossen.

Die vorliegende Broschüre soll versuchen, einen möglichst differenzierten, aber dennoch verständlichen Überblick über die Rechtslage und die wichtigsten Streitpunkte zu liefern. Sie richtet sich dabei in erster Linie an die Beratungsstellen, die Unionsbürgerinnen und Unionsbürger als Klienten beraten und versteht sich dabei als klar parteiisch. Das Anliegen dieser Broschüre ist es, den betroffenen Menschen zu ihrem Recht zu verhelfen, sich als Unionsbürger in Deutschland aufhalten zu dürfen und dabei auch die entsprechende soziale Teilhabe durchsetzen zu können.



# Praxistipps:

## Ansprechpartnerinnen und Ansprechpartner

- ⇒ Die Europäische Kommission hat im Internet eine Informationsseite eingerichtet, an die sich alle EU-Bürger wenden können, wenn sie sich in einem anderen EU-Staat aufhalten und Fragen zu ihren Rechten haben. Rechtsanwältinnen und andere Experten leisten dort telefonisch oder per Mail eine kostenlose Beratung in allen Sprachen der Europäischen Union und sichern zu, innerhalb von einer Woche eine Antwort zu geben. Auch Beratungsstellen können sich an diesen Dienst wenden.  
[www.europa.eu/europedirect/index\\_de.htm](http://www.europa.eu/europedirect/index_de.htm)
- ⇒ Ein weiterer Dienst der Europäischen Kommission leistet darüber hinaus Unterstützung bei Auseinandersetzungen mit nationalen Behörden, falls die EU-Vorgaben nicht richtig beachtet werden sollten – also zum Beispiel der Kindergeldantrag abgelehnt wurde, obwohl nach den Europäischen Vorgaben Deutschland für das Kindergeld zuständig sein müsste. Der Aufgabenbereich erstreckt sich unter anderem auf den gesamten Bereich der Sozialen Sicherung. Der Dienst „Solvit“ setzt sich in derartigen Fällen mit den nationalen Behörden in Verbindung und hat das Ziel, eine außergerichtliche Lösung zugunsten des Unionsbürgers zu erreichen. Auch dieser Dienst ist kostenlos und strebt an, innerhalb von zehn Wochen eine Lösung zu finden.  
[www.ec.europa.eu/solvit/site/index\\_de.htm](http://www.ec.europa.eu/solvit/site/index_de.htm)
- ⇒ Die Integrationsbeauftragte der Bundesregierung hat eine „Gleichbehandlungsstelle EU-Arbeitnehmer“ eingerichtet. Sie hat das Ziel, Bürgerinnen und Bürger der EU in den Rechten, die ihnen im Rahmen der Arbeitnehmerfreizügigkeit in Deutschland zustehen, zu unterstützen. Sie wendet sich daher primär an Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer aus der EU und ihre Familienangehörigen, aber auch an Fachleute der existierenden Beratungsstrukturen.  
  
Die konkreten Aufgaben der Gleichbehandlungsstelle sind unter anderem, Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern der EU und ihren Familienangehörigen unabhängige rechtliche und/oder sonstige Unterstützung durch Beratung und Verweisberatung anzubieten sowie Informationen über das  
  
Recht auf Arbeitnehmerfreizügigkeit in mehreren Amtssprachen der Mitgliedstaaten der EU bereitzustellen.  
  
Informationen und den Kontakt zur EU-Gleichbehandlungsstelle gibt es hier:  
[www.eu-gleichbehandlungsstelle.de](http://www.eu-gleichbehandlungsstelle.de)
- ⇒ In vielen Kommunen gibt es Beratungsstellen, die für Unionsbürgerinnen und Unionsbürger zuständig sind. Dies sind in erster Linie die Migrationsberatung für erwachsene Zuwanderer (MBE) und die Jugendmigrationsdienste (JMD). Wo in Ihrer Nähe eine solche Beratungsstelle zu finden ist, können Sie hier nachsehen:  
[www.bamf.de/DE/Willkommen/InformationBeratung/informationberatung-node.html](http://www.bamf.de/DE/Willkommen/InformationBeratung/informationberatung-node.html)
- ⇒ Seit 2014 gibt es auch in Deutschland spezielle Projekte, die über den Europäischen Hilfsfonds für die am stärksten benachteiligten Personen in Deutschland (EHAP) gefördert werden. Zielgruppen sind dabei unter anderem „besonders benachteiligte neuzugewanderte Unionsbürgerinnen und Unionsbürger sowie deren Kinder und Wohnungslose und von Wohnungslosigkeit bedrohte Personen.“ Mehr Informationen und eine Übersicht über die Projektstandorte finden Sie hier:  
[www.bmas.de/DE/Themen/Soziales-Europa-und-Internationales/Europaeische-Fonds/EHAP/ehap.html](http://www.bmas.de/DE/Themen/Soziales-Europa-und-Internationales/Europaeische-Fonds/EHAP/ehap.html)
- ⇒ Der DGB führt gemeinsam mit anderen Partnern das Projekt „Faire Mobilität“ durch, das insbesondere die Aufgabe hat, mobile Beschäftigte (vor allem osteuropäische Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer) in ihren Landessprachen arbeitsrechtlich und sozialrechtlich zu informieren und zu unterstützen. Das Projekt hat sieben regionale Beratungsstellen, die sich auf unterschiedliche Branchen spezialisiert haben:  
[www.faire-mobilitaet.de/beratungsstellen](http://www.faire-mobilitaet.de/beratungsstellen)

## 2. Die aufenthaltsrechtlichen Regelungen

### Welche gesetzlichen Regelungen gelten?

Die grundlegenden Regelungen zum politischen und rechtlichen Rahmen der Europäischen Union sind im Vertrag über die Europäische Union (EUV) und im Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) sowie der Charta der Grundrechte der Europäischen Union festgelegt. Diese bilden das so genannte „Primärrecht“.

Daneben bestehen auf Europäischer Ebene zu spezielleren Fragen Verordnungen und Richtlinien, die als „Sekundärrecht“ bezeichnet werden. Zu den Fragen des Aufenthaltsrechts und des Zugangs zu Sozialleistungen sind hier insbesondere die Unionsbürgerrichtlinie oder Freizügigkeitsrichtlinie sowie die Verordnung zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit von Bedeutung. Diese Europäischen Re-

gelungen müssen bei der Auslegung des nationalen Rechts auf jeden Fall zwingend beachtet werden; zum Teil gelten sie auch unmittelbar, obwohl im deutschen Gesetz gegenteilige Regelungen enthalten sind.

Auf nationaler Ebene finden die europäischen Regelungen in unterschiedlichen Gesetzen Ausdruck. Für die hier behandelten Fragen sind vor allem das Freizügigkeitsgesetz und die unterschiedlichen Leistungsgesetze (z. B. das Sozialgesetzbuch II und XII) relevant.

Zu guter Letzt existieren darüber hinaus Verwaltungsvorschriften und Durchführungsanweisungen. Diese sind für die Behörden als bindende Vorgaben zu beachten, für Gerichte allerdings nicht verbindlich.

### Praxistipp:

Da viele Gesetze immer wieder geändert werden, ist es am sinnvollsten, diese aus dem Internet in der jeweils aktuellen Fassung herunterzuladen, statt sie in gedruckter Form zu kaufen. Daher wird hier für die wichtigsten neben der Abkürzung auch der Internetlink angegeben.

#### Europäische Rechtsgrundlagen:

- ⇒ Vertrag über die Europäische Union (EUV)
- ⇒ Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV)  
<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=celex%3A12012E%2FTXT>
- ⇒ Unionsbürgerrichtlinie (UnionsRL), RL 2004/38/EG  
[www.asyl.net/fileadmin/user\\_upload/gesetztexte/Unionsbuergerrichtlinie.pdf](http://www.asyl.net/fileadmin/user_upload/gesetztexte/Unionsbuergerrichtlinie.pdf)
- ⇒ Verordnung über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Union (Freizügigkeitsverordnung); VO 492/2011/EU  
<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2011:141:0001:0012:DE:PDF>
- ⇒ Verordnung zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit (Koordinierungsverordnung); VO 883/2004/EG  
<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2004:166:0001:0123:de:PDF>

#### Nationale Gesetze

- ⇒ Freizügigkeitsgesetz (FreizügG)  
[www.gesetze-im-internet.de/freiz\\_gg\\_eu\\_2004/](http://www.gesetze-im-internet.de/freiz_gg_eu_2004/)
- ⇒ Aufenthaltsgesetz (AufenthG)  
[www.gesetze-im-internet.de/aufenthg\\_2004/](http://www.gesetze-im-internet.de/aufenthg_2004/)
- ⇒ Sozialgesetzbuch II (SGB II)  
[www.gesetze-im-internet.de/sgb\\_2/](http://www.gesetze-im-internet.de/sgb_2/)
- ⇒ Sozialgesetzbuch XII (SGB XII)  
[www.gesetze-im-internet.de/sgb\\_12/](http://www.gesetze-im-internet.de/sgb_12/)

#### Verwaltungsvorschriften und Richtlinien

- ⇒ Allgemeine Verwaltungsvorschriften zum Freizügigkeitsgesetz (AVV FreizügG)  
[www.verwaltungsvorschriften-im-internet.de/bsvwvbund\\_03022016\\_MI12100972.htm](http://www.verwaltungsvorschriften-im-internet.de/bsvwvbund_03022016_MI12100972.htm)
- ⇒ Fachliche Hinweise (FH) der Bundesagentur für Arbeit zu § 7 SGB II  
[http://harald-thome.de/fa/redakteur/BA\\_FH/FH\\_7\\_-\\_21.08.2017.pdf](http://harald-thome.de/fa/redakteur/BA_FH/FH_7_-_21.08.2017.pdf)

Neben den Rechtsgrundlagen ist es in der Beratung zudem wichtig, die aktuelle Rechtsprechung deutscher Gerichte und des Europäischen Gerichtshofs zu beachten.

## Praxistipp:

⇒ Eine gute Rechtsprechungsdatenbank zu ausländer- und sozialrechtlichen Themen besteht auf der Seite des Informationsverbundes Asyl und Migration: [www.asyl.net/index.php?id=rechtsprechungsdatenbank](http://www.asyl.net/index.php?id=rechtsprechungsdatenbank)

⇒ Eine sehr ausführliche Zusammenstellung von Gerichtsurteilen zum Aufenthalts- und Sozialrecht findet sich auf der Seite des Berliner Flüchtlingsrats: [www.fluechtlingsrat-berlin.de/gesetzgebung.php#Rec](http://www.fluechtlingsrat-berlin.de/gesetzgebung.php#Rec)

⇒ Eine fortlaufend aktualisierte Zusammenstellung der sozialgerichtlichen Rechtsprechung seit Januar 2017 zum Anspruch auf Sozialleistungen finden Sie auf der Seite der GGUA Flüchtlingshilfe:

[www.einwanderer.net/fileadmin/downloads/unionsbuergerInnen/rechtsprechung\\_Unionsbuerger.pdf](http://www.einwanderer.net/fileadmin/downloads/unionsbuergerInnen/rechtsprechung_Unionsbuerger.pdf)

⇒ Eine ausführliche Arbeitshilfe zu den Leistungen nach SGB II / SGB XII hat der Paritätische herausgegeben:

[www.einwanderer.net/fileadmin/downloads/tabellen\\_und\\_uebersichten/arbeitshilfe2017.pdf](http://www.einwanderer.net/fileadmin/downloads/tabellen_und_uebersichten/arbeitshilfe2017.pdf)

## Für wen gilt das Recht auf Freizügigkeit?

Alle Unionsbürgerinnen und Unionsbürger sowie ihre drittstaatsangehörigen Familienangehörigen sind zunächst einmal per se und ohne Einschränkung freizügigkeitsberechtigt – sie haben das Recht auf Einreise und Aufenthalt.

Dieses Recht gilt für alle Staatsangehörigen der gegenwärtig 28 Mitgliedsstaaten der Europäischen Union. Dies sind (außer Deutschland):

- Belgien (seit 1952)
- Bulgarien (seit 2007)
- Dänemark (seit 1973)
- Estland (seit 2004)
- Finnland (seit 1995)
- Frankreich (seit 1952)
- Griechenland (seit 1981)
- Irland (seit 1973)
- Italien (seit 1952)
- Kroatien (seit 2013)
- Lettland (seit 2004)
- Litauen (seit 2004)
- Luxemburg (seit 1952)
- Malta (seit 2004)
- Niederlande (seit 1952)
- Österreich (seit 1995)
- Polen (seit 2004)
- Portugal (seit 1986)
- Rumänien (seit 2007)
- Schweden (seit 1995)
- Slowakei (seit 2004)
- Slowenien (seit 2004)
- Rumänien (seit 2007)
- Spanien (seit 1986)
- Tschechien (seit 2004)
- Ungarn (seit 2004)
- Vereinigtes Königreich (seit 1973)
- Zypern (seit 2004).



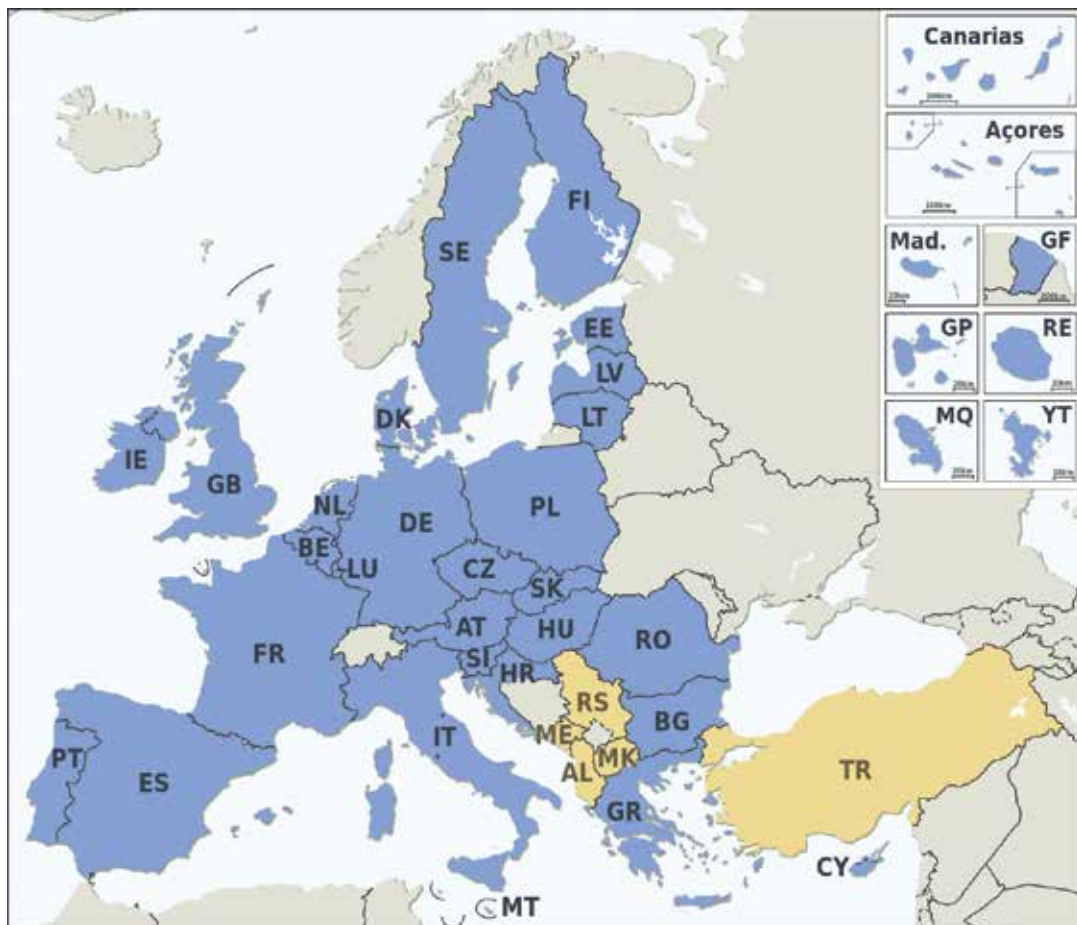
Darüber hinaus gilt aufgrund ihrer Mitgliedschaft im Europäischen Wirtschaftsraum (EWR) das gleiche Recht auf Freizügigkeit für die Staatsangehörigen von

- Island,
- Liechtenstein und
- Norwegen.

Für Staatsangehörige der Schweiz besteht ein eigenes Freizügigkeitsabkommen, nach dem ebenfalls das Recht auf Freizügigkeit in den EU-Staaten besteht. Wenn im Folgenden der Begriff „Unionsbürgerinnen“ oder „Unionsbürger“ verwendet wird, umfasst er auch die letztgenannten Staatsangehörigen.

Das Recht auf Freizügigkeit gilt zudem für die Familienangehörigen von Unionsbürgerinnen und Unionsbürgern, die selbst Drittstaatsangehörige sind. Wer als Familienangehöriger gilt, wird im weiteren Verlauf dieses Kapitel ausführlich beschrieben.

Im Folgenden eine Übersichtskarte zu den Mitgliedsstaaten der EU (blau) und den offiziellen Beitrittskandidaten (gelb):



Quelle: wikipedia.de, Alexrk2  
[https://de.wikipedia.org/wiki/Datei:EU\\_Member\\_states\\_and\\_Candidate\\_countries\\_map.svg](https://de.wikipedia.org/wiki/Datei:EU_Member_states_and_Candidate_countries_map.svg)

## Gelten auch deutsche Staatsangehörige als Unionsbürgerinnen oder Unionsbürger?

Für deutsche Staatsangehörige und ihre drittstaatsangehörigen Familienangehörigen gilt das Freizügigkeitsrecht normalerweise nicht. Die Fragen des Familiennachzugs sind in diesem Fall im Aufenthaltsgesetz geregelt.

Allerdings kann ausnahmsweise auch auf einen deutschen Staatsangehörigen oder eine deutsche Staatsangehörige und seine oder ihre Familienangehörigen das Freizügigkeitsrecht Anwendung finden, wenn der oder die Deutsche bereits das Recht auf Freizügigkeit wahrgenommen hat und nun nach Deutschland zurückkehrt, nachdem er oder sie eine Zeit lang im EU-Ausland gelebt hat. Dies gilt dann als so genannter „Rückkehrerfall“. Der Auslandsaufenthalt muss nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts hierfür „nachhaltig“ gewesen sein und jedenfalls über einen touristischen Kurzaufenthalt von wenigen Tagen hinausgehen (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 11. Januar 2011; 1 C 23/09). Auch die Allgemeinen Verwaltungsvorschriften zum FreizügG sehen in diesen Fällen ausdrücklich die Anwendung des Freizügigkeitsgesetzes vor (AVV FreizügG; Randnr. 3.0.2).

Eine Deutsche oder ein Deutscher, die oder der als Doppelstaater zugleich die Staatsangehörigkeit eines anderen EU-Staates besitzt, unterliegt hinsichtlich dem Anspruch auf Familiennachzug dann dem Freizügigkeitsgesetz, wenn ein „grenzüberschreitender Bezug“ vorliegt:

*„Insofern kommt Freizügigkeitsrecht auf den Familiennachzug zu einem Doppelstaatsangehörigen, der neben der deutschen noch die Staatsangehörigkeit eines anderen Mitgliedstaates der Europäischen Union besitzt, dann zur Anwendung, wenn er einen grenzüberschreitenden Bezug hergestellt hat, indem er aus einem anderen Mitgliedstaat nach Deutschland umgezogen ist oder nach Ausübung der Freizügigkeit in einem anderen Mitgliedstaat hierher zurückgekehrt ist (...). (AvVV FreizügG, Randn. 1.4.1)*

### Praxistipp:

Der Familiennachzug zu Unionsbürgerinnen und Unionsbürgern nach dem Freizügigkeitsgesetz ist in vielen Bereichen großzügiger geregelt, als der Familiennachzug zu Deutschen nach dem Aufenthaltsgesetz (z.B.: keine Sprachkenntnisse beim Ehegattennachzug, Kindernachzug bis mind. 20 Jahre, auch Elternnachzug möglich usw.).

Es empfiehlt sich daher stets zu prüfen, ob ein „Rückkehrerfall“ vorliegt, und daher ausnahmsweise auch der Familiennachzug zu Deutschen nach den großzügigeren Regelungen des Freizügigkeitsgesetzes erfolgen kann. Ein Rückkehrerfall liegt vor, wenn der Deutsche nach einem nicht nur kurzfristigen Aufenthalt von wenigen Tagen in einem anderen EU-Staat nach Deutschland zurückkehrt. Es ist nicht erforderlich, dass während des Aufenthalts im EU-Ausland eine Erwerbstätigkeit ausgeübt worden ist.

Er oder sie behält dann die Rechte als Unionsbürgerin oder Unionsbürger, die durch die Inanspruchnahme der Freizügigkeit gleichsam „aktiviert“ worden sind, ausnahmsweise auch in Deutschland.

## Das Recht auf Einreise und Aufenthalt

Das Aufenthaltsrecht von Unionsbürgerinnen und Unionsbürgern in Deutschland (und natürlich allen anderen EU-Staaten) ergibt sich als allgemeines Recht direkt aus den Europäischen Verträgen. In Artikel 20 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) heißt es:

*„Es wird eine Unionsbürgerschaft eingeführt. Unionsbürger ist, wer die Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaats besitzt. Die Unionsbürgerschaft tritt zur nationalen Staatsbürgerschaft hinzu, ersetzt sie aber nicht.“*

Aufgrund dieser Europäischen Staatsbürgerschaft besteht unter anderem „das Recht, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten“ (Art. 20 Abs. 2a AEUV).

Dieses allgemeine Recht auf Freizügigkeit wird in der Unionsbürgerrichtlinie konkretisiert und zum Teil mit bestimmten Bedingungen verknüpft. In Deutschland ist das Aufenthaltsrecht für Unionsbürgerinnen und Unionsbürger im Freizügigkeitsgesetz geregelt. Dieses unterscheidet, ähnlich wie die Unionsbürgerrichtlinie, verschiedene Kategorien der Freizügigkeit (z. B. als Arbeitnehmerin oder Arbeitnehmer oder als Nicht-Erwerbstätige). In der Praxis ist es oftmals entscheidend, in welcher dieser Kategorien sich eine Unionsbürgerin oder ein Unionsbürger befindet. Aus diesem Grund sollen im Folgenden die unterschiedlichen Stufen des Freizügigkeitsrechts mit seinen jeweiligen „Schubladen“ dargestellt werden. Im ersten Teil wird es nur um die aufenthaltsrechtlichen Regelungen gehen, in einem zweiten Teil sollen ausführlich die sozialrechtlichen Voraussetzungen und Ausschlüsse des Zugangs zu Sozialleistungen dargestellt werden.

Egal, in welcher „Schublade“ man sich jedoch befindet – in allen Fällen gilt: Eine Unionsbürgerin oder ein Unionsbürger benötigt weder ein Visum, noch einen anderen Aufenthaltstitel. Familienangehörige benötigen unter bestimmten Bedingungen ein Visum für die Einreise, aber ein Aufenthaltstitel ist anschließend keinesfalls erforderlich – auch wenn die Familienangehörigen Drittstaatsangehörige sind (§ 2 Abs. 4 FreizügG).

## Praxistipp:

Der elementare Unterschied zwischen Unionsbürgerinnen und Unionsbürgern und ihren Familienangehörigen im Vergleich zu anderen Ausländerinnen und Ausländern ist: Unionsbürger und ihre Familienangehörigen haben immer ein Aufenthaltsrecht, solange die Ausländerbehörde nicht festgestellt hat, dass dieses nicht (mehr) besteht. Andere Ausländerinnen und Ausländer haben nur dann ein Aufenthaltsrecht, wenn die Ausländerbehörde ihnen den Aufenthalt ausdrücklich erlaubt hat. Die Systematik ist im Freizügigkeitsgesetz also gleichsam vom Kopf auf die Füße gestellt – Unionsbürgerinnen und Unionsbürger sind gegenüber nicht freizügigkeitsberechtigten Drittstaatsangehörigen somit ausländerrechtlich privilegiert.

Unionsbürgerinnen und Unionsbürger sowie ihre Familienangehörigen müssen sich daher auch nicht bei der Ausländerbehörde melden. Es genügt die Wohnsitzanmeldung bei der Meldebehörde, die diese an die Ausländerbehörde intern weitergibt (vgl: AVV FreizügG; 5.0ff)

## Das Aufenthaltsrecht bis zu drei Monaten

Unionsbürgerinnen und Unionsbürger und ihre freizügigkeitsberechtigten Familienangehörigen haben stets das Recht auf einen dreimonatigen voraussetzungslosen Aufenthalt. Hierfür müssen sie nichts anderes vorweisen als einen gültigen Pass oder Personalausweis. Weitere Voraussetzungen bestehen nicht. Das dreimonatige voraussetzungslose Aufenthaltsrecht kann sowohl für einen Kurzaufenthalt genutzt werden, als auch „auch zur Vorbereitung eines längerfristigen Aufenthalts“ (AVV FreizügG; Randnr. 2.3.1).

Die Familienangehörigen, die selbst nicht Unionsbürgerin oder Unionsbürger sind, benötigen für die Einreise in manchen Fällen ein Einreisevisum. Eine Visumpflicht besteht nicht, wenn sie im Besitz einer Aufenthaltskarte eines anderen Unionsstaats (AVV FreizügG; Randnr. 2.4.3) oder im Besitz eines nationalen Aufenthaltstitels eines Schengen-Staates sind (Art. 21 SDÜ - Schengener Durchführungsübereinkommen. Schengen-Staaten sind alle EU- bzw. EWR-Staaten bis auf Bulgarien, Rumänien, Kroatien, Zypern, Irland und Großbritannien).

**Beispiel 1:** Ein französischer Staatsbürger reist mit seiner marokkanischen Ehefrau, die in Frankreich eine Aufenthaltserlaubnis besitzt, nach Deutschland ein. Die Ehefrau benötigt kein Visum und hat wie ihr Ehemann ein voraussetzungsloses Aufenthaltsrecht.

**Beispiel 2:** Eine norwegische Staatsbürgerin reist mit ihrem kosovarischen Ehemann nach Deutschland ein. Der kosovarische Ehemann lebte mit der Norwegerin bislang in Polen und hat eine polnische Aufenthaltskarte für Familienangehörige einer Unionsbürgerin. Damit benötigt er für die Einreise nach Deutschland kein Visum. Er hat wie seine Frau ein voraussetzungsloses dreimonatiges Aufenthaltsrecht.

**Beispiel 3:** Eine irische Staatsbürgerin reist mit ihrem russischen Ehemann, der im Besitz eines irischen Aufenthaltstitels ist, nach Deutschland ein. Der russische Ehemann benötigt für die Einreise ein Visum, da der irische Aufenthaltstitel nicht ausreicht, weil Irland kein Schengen-Staat ist. Allerdings hat er nach der Einreise, genau wie seine irische Frau, ein dreimonatiges voraussetzungsloses Aufenthaltsrecht.

## Praxistipp:

Im Falle der Visumpflicht sollen die deutschen Botschaften

*„alle erforderlichen Vorkehrungen treffen, um den Betroffenen die Beschaffung des Visums zu erleichtern. Im Rahmen der örtlichen Gegebenheiten sind ihre Anträge unverzüglich anzunehmen, zu bearbeiten und zu entscheiden.“* (AVV FreizügG; 2.44)

Auch wenn die Visumpflicht nicht eingehalten werden sollte, ist die Zurückweisung an der Grenze in aller Regel nicht möglich, da dies unverhältnismäßig wäre. Auch die Verweigerung der Ausstellung einer Aufenthaltskarte wegen des Visumsverstoßes wäre rechtswidrig. (EUGH, Urteil vom 25. Juli 2002, C-459/99, – MRAX; vgl. AVV FreizügG, 2.4.2.2 ff)

## Zusammenfassung:

- ⇒ Eine Verlustfeststellung wegen der Inanspruchnahme von Sozialhilfeleistungen ist innerhalb der ersten drei Monate nicht möglich. Die Unionsbürgerrichtlinie ermöglicht zwar eine „administrative Ausweisung“ wegen der unangemessenen Inanspruchnahme von Sozialhilfeleistungen innerhalb der ersten drei Monate, diese Regelung ist jedoch nicht in das Freizügigkeitsgesetz aufgenommen worden (Art. 6 i.V.m. Art. 14 Abs. 1 UnionsRL).
- ⇒ Der Anspruch auf Leistungen nach dem SGB II bzw. SGB XII besteht für Personen, die bereits in den ersten drei Monaten Arbeitnehmerin oder Arbeitnehmer oder Selbstständige sind bzw. unfreiwillig arbeitslos geworden sind sowie für deren Familienangehörige.
- ⇒ Für Nicht-Erwerbstätige besteht innerhalb der ersten drei Monate ein Anspruch auf Leistungen nach dem SGB XII, wenn es sich um Staatsangehörige der Staaten des Europäischen Fürsorgeabkommens (EFA) handelt. (vgl. Kapitel 3)

## Das Aufenthaltsrecht für mehr als drei Monate

Das Aufenthaltsrecht nach drei Monaten ist nicht mehr voraussetzungslos, sondern an bestimmte Kriterien geknüpft. Dies ist sowohl in Artikel 7 UnionsRL als auch in § 2 FreizügG geregelt. Es bestehen folgende Kategorien des Freizügigkeitsrechts:

- Zum Zweck der Arbeitsuche
- Als Arbeitnehmerin, Arbeitnehmer oder für eine Berufsausbildung
- Als selbstständig Erwerbstätige
- Als Dienstleistungserbringende
- Als Empfängerinnen und Empfänger von Dienstleistungen
- Als Nicht-Erwerbstätige
- Als Familienangehörige
- Mit Daueraufenthaltsrecht nach fünfjährigem Aufenthalt.

Als eigenständiges Aufenthaltsrecht, das weder im FreizügG noch in der UnionsRL geregelt ist, besteht darüber hinaus ein spezielles Aufenthaltsrecht für Kinder ehemaliger Arbeitnehmerinnen oder Arbeitnehmer nach Art. 10 VO 492/2011 bis zum Abschluss ihrer Schul- oder Berufsausbildung.

Zudem kann in Ausnahmefällen auch die Voraussetzung für die Erteilung eines Aufenthaltstitels nach dem AufenthG erfüllt sein, wenn dies eine bessere Rechtsstellung bedeuten sollte.

Es wird schnell deutlich, dass prinzipiell jede Unionsbürgerin oder jeder Unionsbürger in eine dieser Kategorien hineinpasst und insofern auch grundsätzlich immer das Recht auf Freizügigkeit bestehen dürfte. Allerdings sind die Voraussetzungen, die für die jeweilige Kategorie erfüllt werden müssen, unterschiedlich. Und auch die Folgen sind in den verschiedenen Kategorien unterschiedlich – gerade was den Anspruch auf Leistungen nach dem SGB II oder SGB XII angeht.

Daher ist es in der Beratung sehr wichtig zu prüfen, welches die passende „Schublade“ ist – insbesondere deshalb, weil durchaus eine Hierarchie unter den Schubladen besteht: Es gibt gute und weniger gute, was die soziale und ausländerrechtliche Absicherung angeht. Welche Kategorie die passende ist, hängt immer von den tatsächlichen Gegebenheiten ab und ist auch nur temporär gültig. Das heißt: Man kann während eines Aufenthalts durchaus mehrfach zwischen den Kategorien wechseln, wenn sich die Lebenssituation ändert.



Im Folgenden sollen nur die wichtigsten Kategorien dargestellt werden. Die Kategorie „Dienstleistungsempfänger“ soll ebenso ausgespart bleiben wie die Kategorie „Dienstleistungserbringer“.

## Zum Zweck der Arbeitsuche

In der Beratungspraxis ist ein großer Teil der Klientinnen und Klienten (zunächst) Mitglied dieser Gruppe. Das Freizügigkeitsrecht zur Arbeitsuche besteht nach dem FreizügG (§ 2 Abs. 2 Nr. 1a FreizügG) für normalerweise bis zu sechs Monate. Es besteht jedoch auch länger,

*„solange sie nachweisen können, dass sie weiterhin Arbeit suchen und begründete Aussicht haben, eingestellt zu werden.“* (§ 2 Abs. 2 Nr. 1a FreizügG)

In den Allgemeinen Verwaltungsvorschriften zum Freizügigkeitsgesetz heißt es dazu:

*„Ein Fortbestand des Aufenthaltsrechts ist zu verneinen, wenn aufgrund objektiver Umstände anzunehmen ist, dass der Betroffene keinerlei ernsthafte Absichten verfolgt, eine Beschäftigung aufzunehmen, oder dass keine begründete Aussicht auf Erfolg der Arbeitssuche besteht. Begründete Aussicht, einen Arbeitsplatz zu finden, ist anzunehmen, wenn der Arbeitssuchende aufgrund seiner Qualifikation und des aktuellen Bedarfs am Arbeitsmarkt voraussichtlich mit seinen Bewerbungen erfolgreich sein wird.“*

*Werden bereits vor Ablauf des Zeitraums von sechs Monaten Umstände bekannt, die darauf schließen lassen, dass ein Aufenthaltsrecht zur Arbeitssuche nicht oder nicht mehr besteht (z. B. weil die betroffene Person gar nicht nach Arbeit sucht), liegt ein besonderer Anlass für eine Überprüfung der Freizügigkeitsvoraussetzungen im Sinne von § 5 Absatz 3 vor. In der Folge kann es zur Feststellung des Verlusts des Freizügigkeitsrechts auf der Grundlage von § 5 Absatz 4 kommen. Dabei ist zu beachten, dass der Aufenthalt während der ersten drei Monate keinen besonderen Bedingungen unterworfen werden darf (§ 2 Absatz 5). Nach Ablauf des Zeitraums von sechs Monaten ist die Ausländerbehörde auch ohne Vorliegen eines besonderen Anlasses im Sinne des § 5 Absatz 3 berechtigt zu prüfen, ob das Aufenthaltsrecht zur Arbeitssuche noch besteht und ggf. den Verlust des*

*Freizügigkeitsrechts auf der Grundlage von § 5 Absatz 4 festzustellen.“* (AVV FreizügG; 2.2.1a.2f)

Ausreichende Existenzmittel einschließlich eines ausreichenden Krankenversicherungsschutzes sind weder im Freizügigkeitsgesetz noch in der Unionsbürgerrichtlinie an irgendeiner Stelle als Voraussetzung für das Freizügigkeitsrecht zur Arbeitsuche genannt. Insofern steht auch die Inanspruchnahme von Sozialhilfeleistungen während eines Aufenthalts zur Arbeitsuche dem Aufenthaltsrecht nicht entgegen. Die UnionsRL bringt dies sehr deutlich auf den Punkt:

*„In keinem Fall sollte eine Ausweisungsmaßnahme (wegen des unangemessenen Sozialhilfebezugs, d. Verf.) gegen Arbeitnehmer, Selbstständige **oder Arbeitssuchende** in dem vom Gerichtshof definierten Sinne erlassen werden, außer aus Gründen der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit.“* (Erwägungsgrund Nr. 16 UnionsRL)

Obwohl also die Inanspruchnahme von Sozialleistungen ausländerrechtlich für Arbeitssuchende unschädlich ist, heißt dies noch nicht, dass Arbeitssuchende auch Leistungen der Grundsicherung für Arbeitssuchende erhalten. Gerade für diese Gruppe ist in den Leistungsgesetzen ein Ausschluss formuliert worden, der in Kapitel 3 detailliert dargestellt werden soll.



## Praxistipp:

Um die Erfolgsaussichten der Arbeitsuche gegenüber der Ausländerbehörde dokumentieren zu können, empfiehlt sich in jedem Fall eine Meldung bei der Agentur für Arbeit als arbeitslos bzw. arbeitssuchend. Auch tatsächliche Bemühungen (Bewerbungsschreiben und -anrufe, Bewerbungsgespräche, Qualifizierungsmaßnahmen, Praktika usw.) sollten nicht nur unternommen, sondern auch möglichst gut dokumentiert werden.

Ebenso wichtig ist es, zu klären, ob neben der Arbeitsuche ein weiterer Aufenthaltsgrund gegeben ist – etwa, weil zuvor bereits eine Erwerbstätigkeit ausgeübt worden ist, oder weil ein Aufenthaltsrecht als Familienangehöriger besteht. Dies hätte insbesondere den Vorteil, dass der Leistungsausschluss des SGB II nicht greifen würde.

## Zusammenfassung:

- ⇒ Eine Verlustfeststellung wegen der Inanspruchnahme von Sozialhilfeleistungen ist rechtswidrig. (Art. 7 i.V.m. Art. 14 UnionsRL)
- ⇒ Ein Anspruch auf Leistungen nach dem SGB XII besteht für Staatsangehörige der Staaten des Europäischen Fürsorgeabkommens.

## Als Arbeitnehmerin, Arbeitnehmer oder zur betrieblichen Berufsausbildung

Für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer besteht das uneingeschränkte Recht auf Freizügigkeit. (Art. 45 AEUV, Art. 7 UnionsRL, § 2 Abs. 2 Nr. 1 FreizügG)

In der Praxis ist immer wieder umstritten, ob auch mit einem relativ geringen Einkommen und wenigen Wochenstunden Arbeitszeit die Kriterien für die Kategorie „Arbeitnehmerin oder Arbeitnehmer“ erfüllt sind. Der Europäische Gerichtshof hat dazu in ständiger Rechtsprechung folgende Definition formuliert:

*„Als „Arbeitnehmer“ ist jeder anzusehen, der eine tatsächliche und echte Tätigkeit ausübt, wobei Tätigkeiten außer Betracht bleiben, die einen so geringen Umfang haben, dass sie sich als völlig untergeordnet und unwesentlich darstellen. Das wesentliche Merkmal des Arbeitsverhältnisses besteht nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs darin, dass jemand während einer bestimmten Zeit für einen anderen nach dessen Weisung Leistungen erbringt, für die er als Gegenleistung eine Vergütung erhält. Weder die begrenzte Höhe der Vergütung noch die Herkunft der Mittel für diese Vergütung oder der Umstand, dass der Betreffende die Vergütung durch andere Mittel zur Bestreitung des Lebensunterhalts wie eine aus öffentlichen Mitteln des Wohnmitgliedstaats gezahlte finanzielle Unterstützung zu ergänzen sucht, kann irgendeine Auswirkung auf die Arbeitnehmereigenschaft im Sinne des Unionsrechts haben.“* EUGH, Urteil vom 04.02.2010 - Genc, C-14/09

Im Klartext heißt das: Man ist nicht erst dann Arbeitnehmerin oder Arbeitnehmer, wenn das Arbeitseinkommen den Lebensunterhalt decken kann. Genauso wenig darf verlangt werden, dass die Tätigkeit der Sozialversicherungspflicht unterliegt. Auch ein Minijob kann die Arbeitnehmereigenschaft begründen.

Durch die Rechtsprechung des EUGH und des Bundesverwaltungsgerichts ist mittlerweile klar: Auch eine Tätigkeit mit einem Monatseinkommen von 175 Euro bei einem Umfang von 5,5 Wochenstunden kann den Arbeitnehmerinnenstatus begründen. (EUGH, Urteil vom 04.02.2010 - Genc, C-14/09; BVerwG, Urteil vom 19.04.2012 - 1 C 10.11)

## Praxistipp:

Die Integrationsbeauftragte der Bundesregierung hat eine „Gleichbehandlungsstelle EU-Arbeitnehmer“ eingerichtet. Sie hat das Ziel, Bürgerinnen und Bürger der EU in den Rechten, die ihnen im Rahmen der Arbeitnehmerfreizügigkeit in Deutschland zustehen, zu unterstützen. Sie wendet sich daher primär an Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer aus der EU und ihre Familienangehörige, aber auch an Fachleute der existierenden Beratungsstrukturen.

Die konkreten Aufgaben der Gleichbehandlungsstelle sind unter anderem, Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern der EU und ihren Familienangehörigen unabhängige rechtliche und/oder sonstige Unterstützung durch Beratung und Verweisberatung anzubieten sowie Informationen über das Recht auf Arbeitnehmerfreizügigkeit in mehreren Amtssprachen der Mitgliedstaaten der EU bereitzustellen.

Informationen und den Kontakt zur EU-Gleichbehandlungsstelle gibt es hier:  
[www.eu-gleichbehandlungsstelle.de](http://www.eu-gleichbehandlungsstelle.de)

Auch Studierende oder Schülerinnen und Schüler, die neben dem Studium einen Nebenjob ausüben, können als Arbeitnehmer/-innen gelten und somit die für Studierende vorgesehenen Leistungen des SGB II beanspruchen (EuGH, Urteil vom 21. Februar 2013, C 46/12).

Das Landessozialgericht NRW hat ein monatliches Einkommen von 172 bis 156 Euro als ausreichend gewertet (LSG NRW, Beschluss vom 16. Dezember 2016; L 12 AS 1420/16 B ER). Nach anderen Entscheidungen reicht auch ein monatliches Einkommen, das über der Freibetragsgrenze des § 11b Abs. 2 SGB II in Höhe von 100 Euro liegt (LSG NRW, Beschluss vom 7. Oktober 2016; L 12 AS 965/16 B ER), ein Einkommen von fünf Wochenstunden und 187 Euro Monatseinkommen (LSG Bayern, Beschluss vom 6. Februar 2017; L 11 AS 887/16 B ER) oder fünf Wochenstunden und 180 Euro Einkommen (Landessozialgericht Berlin-Brandenburg (18. Senat); Beschluss vom 27. Februar 2017; L 18 AS 2884/16).

Auch ein (rechtswidriger) arbeitsvertraglicher Ausschluss der Lohnfortzahlung im Krankheitsfall spricht nicht gegen einen Arbeitnehmerinnenstatus. Das gleiche dürfte gelten, wenn rechtswidrigerweise der Mindestlohn nicht gezahlt wird oder wenn nur ein mündlicher Arbeitsvertrag geschlossen worden ist.

## Praxistipp:

Eine betriebliche Berufsausbildung ist einer Arbeitnehmerertätigkeit gleich gestellt. Seit dem Jahr 2016 haben Auszubildende, die keine oder zu niedrige Berufsausbildungsbeihilfe erhalten, Anspruch auf aufstockende Leistungen nach dem SGB II vom Jobcenter. Dies ist eine wichtige Neuregelung gerade für Unionsbürgerinnen und Unionsbürger.

## Praxistipp:

Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, die von ihrem Betrieb mit Geschäftssitz im EU-Ausland für maximal 24 Monate nach Deutschland entsandt werden, werden dadurch nicht zu Arbeitnehmerinnen oder Arbeitnehmern in Deutschland. Für sie gilt weiterhin das Sozialversicherungsrecht des Herkunftsstaats. Allerdings haben sie in Deutschland Anspruch auf deutschen Mindestlohn, die in Deutschland geltende Höchst Arbeitszeit oder den gesetzlichen Urlaubsanspruch. Wenn die Entsendung länger als 24 Monate dauert, werden sie automatisch zu Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern in Deutschland und unterliegen dann auch der deutschen Sozialversicherungspflicht. Die Höchstdauer für eine Entsendung soll nach Plänen der EU-Kommission künftig auf normalerweise zwölf Monate verkürzt werden.

Weitere Informationen zum Thema Entsendung finden Sie bei der Europäischen Kommission:

<http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=471&langId=de>

Der DGB hat im Rahmen seines Projekts „Faire Mobilität“ ebenfalls ausführliche Informationen zusammengestellt und steht mit seinen Beratungsstellen auch bei arbeitsrechtlichen Auseinandersetzungen zur Seite:

[www.faire-mobilitaet.de/](http://www.faire-mobilitaet.de/)

Ausreichende Existenzmittel einschließlich eines ausreichenden Krankenversicherungsschutzes sind weder im Freizügigkeitsgesetz noch in der Unionsbürgerrichtlinie als Voraussetzung für das Aufenthaltsrecht als Arbeitnehmerinnen oder Arbeitnehmer genannt. Insofern steht auch die Inanspruchnahme von Sozialhilfeleistungen während eines Aufenthalts als Arbeitnehmer dem Aufenthaltsrecht nicht entgegen.

Angehörige sämtlicher EU-Staaten dürfen in Deutschland ohne Erlaubnis jede Beschäftigung aufnehmen. Dasselbe gilt für die freizügigkeitsberechtigten Familienangehörigen, auch wenn sie aus Drittstaaten kommen. (Art. 23 UnionsRL)

## Zusammenfassung:

- ⇒ Eine Verlustfeststellung wegen der Inanspruchnahme von Sozialhilfeleistungen ist nicht möglich. Der Leistungsbezug gefährdet das Freizügigkeitsrecht nicht. (Art. 7 i.V.m. Art. 14 UnionsRL)
- ⇒ Der Anspruch auf Leistungen nach dem SGB II sowie ggf. sämtliche Leistungen des SGB XII (z. B. Eingliederungshilfe, Hilfe zur Pflege, Hilfe nach § 67ff) besteht. (vgl.: Kapitel 3)

## Die Aufrechterhaltung des Freizügigkeitsrechts als Arbeitnehmerin oder Arbeitnehmer bei unfreiwilliger Arbeitslosigkeit

Es besteht eine Schutzregelung, nach der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer nach einer unverschuldeten Arbeitslosigkeit trotz Verlusts des Arbeitsplatzes weiterhin im freizügigkeitsrechtlichen Status „Arbeitnehmerin“ oder „Arbeitnehmer“ bleiben.

Unfreiwillig ist der Verlust, wenn die Person „die Gründe, die zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses (Kündigung, Aufhebungsvertrag) geführt haben, nicht zu vertreten hat.“ Voraussetzung ist, dass die Person sich arbeitslos bei der Arbeitsagentur meldet, „den Vermittlungsbemühungen der zuständigen Arbeitsagentur zur Verfügung steht und sich selbst bemüht, seine Arbeitslosigkeit zu beenden“ (AVV FreizügG; 2.3.1.2).

Zudem ist darauf hinzuweisen, dass der Begriff „unfreiwillig“ nicht zwingend gleichzusetzen ist mit dem Begriff „unverschuldet“; auch wenn der Verlust der Arbeit selbst verschuldet sein sollte, kann dieser in manchen Fällen durchaus dennoch „unfreiwillig“ sein. Die Verhängung einer Sperrzeit durch die Arbeitsagentur allein ist dabei kein hinreichender Beleg für die „Freiwilligkeit“: „Unfreiwillig ist der Eintritt der Arbeitslosigkeit im Sinne des § 2 Abs. 3 Nr. 2 FreizügG/EU dann, wenn sie vom Willen des Arbeitnehmers unabhängig ist, durch einen anerkennenswerten Grund gerechtfertigt ist (...), die Arbeitslosigkeit dem Betroffenen nicht angelastet werden kann (...).“ (LSG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 27. Oktober 2015; L 20 AS 2197/15 B ER. Das Gericht hat in dem oben genannten Verfahren auch festgestellt, dass der Arbeitnehmerinnenstatus selbst dann fortbestehen bleiben kann, wenn der Verlust der Erwerbstätigkeit *nicht* unfreiwillig war – nämlich dann, wenn die betreffende Person „Ansprüche aus der Arbeitslosenversicherung auf Alg I erworben hat und diese im Inland in Anspruch nimmt“.

### Praxistipp:

Die Unfreiwilligkeit der Arbeitslosigkeit muss nach Auffassung der Bundesregierung durch die Agentur für Arbeit (und nicht das Jobcenter) bescheinigt werden, auch wenn beim Jobcenter ein Leistungsantrag gestellt wurde und gar kein Anspruch auf Arbeitslosengeld I bestehen sollte (vgl.: Fachliche Hinweise zu § 7 SGB II der Bundesagentur für Arbeit; Randziffer 7.18). Dies führt in der Praxis dazu, dass die Betroffenen zwischen Arbeitsagentur und Jobcenter hin- und her geschickt werden und sich beide Behörden für unzuständig halten. Aber: Solange die Unfreiwilligkeitsbescheinigung nicht vorliegt, müssen das Jobcenter, Sozialamt bzw. die Ausländerbehörde davon ausgehen, dass der Verlust der Arbeit oder Selbstständigkeit unfreiwillig war – und zunächst einmal Leistungen erbringen. (AVV FreizügG; 2.3.1.2; Fachliche Hinweise zu § 7 SGB II; 7.18)

- ⇒ Bei unverschuldeter Kündigung **nach weniger als einem Jahr** Erwerbstätigkeit oder einem auf weniger als ein Jahr befristeten Arbeitsvertrag: Der Arbeitnehmerinnenstatus bleibt **für sechs Monate** bestehen. (§ 2 Abs. 3 Nr. 2 FreizügG)
- ⇒ Bei unverschuldeter Kündigung **nach genau einem Jahr Erwerbstätigkeit** oder länger oder einem auf mindestens ein Jahr befristeten Arbeitsvertrag: Der Arbeitnehmerinnenstatus **bleibt unbefristet bestehen** (und damit jeweils auch der Leistungsanspruch). (§ 2 Abs. 3 Nr. 3 FreizügG). Nach Auffassung des Bundessozialgerichts müssen für die Berechnung der Jahresfrist Beschäftigungszeiten **auch dann zusammen gerechnet** werden, wenn dazwischen Unterbrechungszeiten liegen (BSG, Urteil vom 13. Juli 2017; B 4 AS 17/16 R).



- ⇒ Bei **vorübergehender Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit oder Unfall** – in diesem Fall ohne eine Befristung. Dies gilt auch für eine Frau, die „wegen der körperlichen Belastungen im Spätstadium ihrer Schwangerschaft und nach der Geburt des Kindes aufgibt, die „Arbeitnehmereigenschaft“ im Sinne dieser Vorschrift behält, sofern sie innerhalb eines angemessenen Zeitraums nach der Geburt ihres Kindes ihre Beschäftigung wieder aufnimmt oder eine andere Stelle findet“ (EuGH Urteil vom 19.06.2014 - C-507/12, Saint Prix gg. United Kingdom). (§ 2 Abs. 3 Nr. 1 FreizügG).
- ⇒ Bei Aufnahme einer Berufsausbildung bleibt der Arbeitnehmerinnen- oder Arbeitnehmerstatus auch dann erhalten, wenn eine vorangegangene Beschäftigung freiwillig aufgegeben worden ist, wenn zwischen der Ausbildung und der früheren Erwerbstätigkeit ein Zusammenhang besteht. (§ 2 Abs. 3 Nr. 3 FreizügG)

## Zusammenfassung:

- ⇒ Eine Verlustfeststellung wegen der Inanspruchnahme von Sozialhilfeleistungen ist nicht möglich. Der Leistungsbezug gefährdet das Freizügigkeitsrecht nicht. (Art. 7 i.V.m. Art. 14 UnionsRL)
- ⇒ Der Anspruch auf Leistungen nach dem SGB II sowie ggf. sämtliche Leistungen des SGB XII (z. B. Eingliederungshilfe, Hilfe zur Pflege, Hilfe nach § 67ff) besteht. (vgl.: Kapitel 3)

## Als Selbstständige

Selbstständige sind den Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern gleichgestellt. Sofern Unionsbürgerinnen und Unionsbürger in Deutschland als niedergelassene Selbstständige ein Gewerbe ausüben, besteht für sie das Recht auf Aufenthalt. (Art. 49 AEUV, Art. 7 UnionsRL, § 2 Abs. 2 Nr. 2 FreizügG)

Eine selbstständige Tätigkeit als niedergelassene Selbstständige besteht dann, wenn diese weisungsunabhängig *„tatsächlich und auf unbestimmte Zeit mittels einer festen Einrichtung ausgeübt werden. Der formelle Akt der Registrierung ist nicht ausreichend.“* (BSG, 19.10.2010, B 14 AS 23/10R)

Auch wenn mit der Selbstständigkeit (noch) kein Gewinn erwirtschaftet wird und nur wenige Aufträge eingegangen sind, kann der Selbstständigenstatus gegeben sein. Es reicht allerdings nicht, sich nur einen Gewerbeschein ausstellen zu lassen, sondern die Tätigkeit muss auch tatsächlich in Deutschland ausgeübt werden (z. B. in Form von Werbung, Auftragsakquise, Anschaffung von Produktionsmitteln usw.). Sie muss zudem geeignet sein, *„in stabiler und kontinuierlicher Weise am Wirtschaftsleben eines anderen Mitgliedstaats als seines Herkunftsstaats teilzunehmen und daraus Nutzen zu ziehen“* (EuGH, Urteil vom 11. März 2010 in der Rechtssache Attanasio Group - C-384/08). Auch eine freiberufliche Tätigkeit (z. B. Dolmetscherinnen und Dolmetscher oder Übersetzerinnen und Übersetzer) zählt als Selbstständigkeit. Auch die selbstständige Tätigkeit als Prostituierte oder Prostituierte kann das Freizügigkeitsrecht zum Zwecke der Ausübung einer selbstständigen Tätigkeit begründen.

## Praxistipp:

Tätigkeiten im Rahmen von **Scheinselbstständigkeiten** sind automatisch als Arbeitnehmerinnentätigkeiten zu werten, so dass damit ebenfalls ein Leistungsanspruch begründet wird (§ 7 SGB IV). Falls festgestellt wird, dass es sich bei einer selbstständigen Tätigkeit um eine Scheinselbstständigkeit gehandelt hat, ist der Auftraggeber verpflichtet, die Sozialversicherungsbeiträge rückwirkend abzuführen. Somit kann auch rückwirkend eine Krankenversicherungspflicht begründet werden.

Die selbstständige Tätigkeit darf wie bei Arbeitnehmerinnen nicht völlig untergeordnet und unwesentlich sein und es muss zumindest das Ziel bestehen, perspektivisch einen Gewinn zu erwirtschaften. Bei der erforderlichen Höhe des Einkommens sollte man sich an den Eckpunkten für Arbeitnehmer/-innen orientieren können. (§ 2 Abs. 2 Nr. 2 FreizügG). Das Landessozialgericht Sachsen-Anhalt hat **monatliche Einnahmen aus selbstständiger Tätigkeit der Schrottsammlung in Höhe von rund 188 Euro** als ausreichend angesehen (LSG Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 5. April 2016; L 2 AS 102/16 B ER). Das Landessozialgericht Berlin-Brandenburg hat Gesamteinnahmen von 520 Euro innerhalb von zwei Monaten aus einer selbstständigen Tätigkeit der Sperrmüllentsorgung als ausreichend beurteilt (LSG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 20. Dezember 2016; L 25 AS 2611/16 B ER).

## Zusammenfassung:

- ⇒ Eine Verlustfeststellung wegen der Inanspruchnahme von Sozialhilfeleistungen ist nicht möglich. Der Leistungsbezug gefährdet das Freizügigkeitsrecht nicht. (Art. 7 i.V.m. Art. 14 UnionsRL)
- ⇒ Der Anspruch auf Leistungen nach dem SGB II sowie ggf. sämtliche Leistungen des SGB XII (z. B. Eingliederungshilfe, Hilfe zur Pflege, Hilfe nach § 67ff) besteht. (vgl.: Kapitel 3)

## Die Aufrechterhaltung des Aufenthaltsrechts als Selbstständige bei Aufgabe der selbstständigen Tätigkeit

Für Selbstständige, die ihre selbstständige Tätigkeit unfreiwillig aufgeben müssen, gelten bezüglich der Aufrechterhaltung des Selbstständigenstatus weitgehend dieselben Regelungen wie bei Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern. (Art. 7 Abs. 3 UnionsRL; AVV FreizügG, 2.3.1.2)

Unfreiwillig ist die Aufgabe einer selbstständigen Tätigkeit,

*„wenn die – ggf. auch nur vorübergehende – Einstellung einer selbstständigen Tätigkeit in Umständen begründet liegt, auf die der Selbstständige keinen Einfluss hatte. Das kann z. B. bei einer unverschuldeten Geschäftsaufgabe aus gesundheitlichen Gründen der Fall sein oder wenn eine Geschäftsaufgabe während des gesetzlichen Mutterschutzes erfolgt.“* (AVV FreizügG; 2.3.1.2)

Das Sozialgericht München hat hierzu entschieden: *„Wenn eine Unionsbürgerin eine zuvor mehr als ein Jahr ausgeübte selbstständige Tätigkeit nach § 2 Abs. 2 Nr. 2 oder 3 FreizügG/EU wegen Schwangerschaft und Geburt des Kindes einstellt, kann ein fortwirkendes Aufenthaltsrecht nach § 2 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 FreizügG/EU bestehen. Dann kommt der Leistungsausschluss nach § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II für eine begrenzte Zeit nicht zum Tragen.“* (Sozialgericht München, Beschluss vom 5. Januar 2017, S 46 AS 3026/16 ER)

- ⇒ Wenn die Selbstständigkeit zuvor mindestens ein Jahr ausgeübt worden ist, bleibt der Status des Selbstständigen unbefristet erhalten, solange die Arbeitslosigkeit unfreiwillig ist.
- ⇒ Wenn die Selbstständigkeit weniger als ein Jahr ausgeübt worden ist, bleibt der Status des Selbstständigen für sechs Monate bestehen. (§ 2 Abs. 3 FreizügG i.V.m. Art. 7 Abs. 3 UnionsRL)
- ⇒ Bei vorübergehender Erwerbsunfähigkeit wegen einer Krankheit oder eines Unfalls bleibt der Selbstständigenstatus ohne Frist erhalten
- ⇒ Wenn der oder die Selbstständige seine oder ihre selbstständige Tätigkeit freiwillig aufgibt, weil er oder sie eine Berufsausbildung aufnimmt, die mit der früheren Tätigkeit in einem Zusammenhang steht, bleibt der Status als Selbstständiger ebenfalls erhalten.

### Zusammenfassung:

Unfreiwillig ist die Aufgabe der selbstständigen Tätigkeit zum Beispiel wegen Schwangerschaft oder Krankheit, wegen Insolvenz, wegen eines Scheiterns der ursprünglichen Geschäftsidee usw. Die Arbeitslosigkeit ist solange unfreiwillig, wie der Betroffene weiterhin Bemühungen unternimmt, die Arbeitslosigkeit zu überwinden, d.h. die Anforderungen des Jobcenters oder der Agentur für Arbeit erfüllt.

- ⇒ Eine Verlustfeststellung wegen der Inanspruchnahme von Sozialhilfeleistungen ist nicht möglich. Der Leistungsbezug gefährdet das Freizügigkeitsrecht nicht. (Art. 7 i.V.m. Art. 14 UnionsRL)
- ⇒ Der Anspruch auf Leistungen nach dem SGB II sowie ggf. sämtliche Leistungen des SGB XII (z. B. Eingliederungshilfe, Hilfe zur Pflege, Hilfe nach § 67ff) besteht. (vgl.: Kapitel 3)

## Als Familienangehöriger

Familienangehörige von freizügigkeitsberechtigten Unionsbürgerinnen und Unionsbürgern verfügen ebenfalls über ein Freizügigkeitsrecht – unabhängig davon, ob sie selbst EU-Angehörige sind oder Drittstaatsangehörige. Der Familiennachzug im Sinne des Freizügigkeitsgesetzes beinhaltet sowohl den tatsächlichen Nachzug (d. h. die Unionsbürgerin oder der Unionsbürger lebt bereits in Deutschland) als auch die gleichzeitige Einreise. Unerheblich ist auch, ob die Ehe bzw. Lebenspartnerschaft in Deutschland geschlossen wird oder bereits vor der Einreise bestanden hat.

Der Begriff des Familienangehörigen ist in § 3 FreizügG sowie in Art. 2 Nr. 2 UnionsRL geregelt.

Danach besteht ein Freizügigkeitsrecht für

- die Ehegattin oder den Ehegatten (auch wenn sie dauernd getrennt leben)
- die eingetragene (gleichgeschlechtliche) Lebenspartnerin oder den Lebenspartner (auch wenn sie dauernd getrennt leben),
- die Verwandten in absteigender Linie der freizügigkeitsberechtigten Unionsbürgerin oder des Unionsbürgers (also Kinder, Enkel usw.) oder seiner Ehegattin oder ihres Ehegatten (also Stiefkinder, Stiefenkel usw.) bis zu einem Alter von einschließlich 20 Jahren,
- die Verwandten in absteigender Linie der freizügigkeitsberechtigten Unionsbürgerin oder des Unionsbürgers (also Kinder, Enkel usw.) oder ihres Ehegatten oder seiner Ehegattin (also Stiefkinder, Stiefenkel usw.) ab einem Alter von 21 Jahren – in diesem Fall unter der Voraussetzung dass ihnen ein Teil des Unterhalts gewährt wird,
- Verwandte in aufsteigender Linie der Unionsbürgerin oder des Unionsbürgers (also Eltern, Großeltern usw.) oder ihres Ehegatten oder seiner Ehegattin (also Schwiegereltern usw.) – in diesem Fall unter der Voraussetzung dass ihnen ein Teil des Unterhalts gewährt wird.

Der Unterhalt für die beiden letztgenannten Gruppen muss einen Teil des Bedarfs abdecken und muss keineswegs existenzsichernd sein. Auch Naturalunterhalt (Betreuung, Pflege, kostenloses Wohnrecht usw.) wird als Unterhaltsleistung gewertet. Ergänzend zum Unterhalt kann ein Anspruch auf Sozialleistungen bestehen.

Das Landessozialgericht NRW hat etwa in einem Fall entschieden, dass auch ein Unterhalt in Höhe **von 100 Euro ausreichen kann**, um die Eigenschaft als Familienangehöriger geltend machen zu können (LSG NRW (7. Senat); 28.5.2015; L 7 AS 372/15 B ER und L 7 AS 373/15 B). ; vergleiche auch: LSG NRW (7. Senat); 15.4.2015; (L 7 AS 428/15 B ER). Der Status als Familienangehörige ist nicht auf eine bestimmte Altersspanne beschränkt; also *nicht* etwa auf Kinder bis zum 25. Geburtstag: Jemand kann im Sinne des Freizügigkeitsrechts Familienangehörige sein, obwohl er oder sie nach den Regelungen des SGB II nicht mehr Teil der Bedarfsgemeinschaft ist.

**Beispiel:** Frau J. ist serbische Staatsangehörige und in Deutschland verheiratet mit einem niederländischen Staatsbürger. Beide arbeiten und verdienen nicht schlecht. Frau J. fragt, ob es möglich wäre, ihre Eltern aus Serbien nach Deutschland zu holen. Sie könnten bei ihnen wohnen und würden auch mit versorgt, aber das Einkommen würde nicht ausreichen, um auch noch die Krankenversicherung zu bezahlen.

Wäre Frau J. nicht mit einem Niederländer verheiratet, wäre ein Elternnachzug faktisch unmöglich. Dieser würde sich nach § 36 Abs. 2 AufenthG richten. Voraussetzung wäre das Vorliegen einer „außergewöhnlichen Härte“ und in der Regel die vollständige Lebensunterhaltssicherung.

Nach dem Freizügigkeitsgesetz kann aber Herr J., der niederländische Staatsbürger, seine Schwiegereltern zu sich holen. Diese haben ein Freizügigkeitsrecht, wenn ihnen ein Teil des Unterhalts gewährt wird, auch wenn dieser nicht vollständig existenzsichernd ist. Dies ist der Fall und der Familiennachzug ist somit möglich.

Lediglich für die Familienangehörigen von Nichterwerbstätigen besteht die Voraussetzung, dass ausreichende Existenzmittel einschließlich eines Krankenversicherungsschutzes vorhanden sind. Im Falle des Familiennachzugs zu Arbeitnehmenden, Selbstständigen oder Arbeitsuchenden besteht das Freizügigkeitsrecht als Familienangehörige unabhängig von der Sicherung des Lebensunterhalts.

Ausnahmsweise kann auch dann ein Aufenthaltsrecht abgeleitet werden, wenn nicht der EU-Bürger seinem Verwandten den Unterhalt gewährt, sondern es sich umgekehrt verhält. Dies ist der Fall, wenn es sich bei dem EU-Bürger um einen freizügigkeitsberechtigten Minderjährigen handelt, der von einem drittstaatsangehörigen Elternteil tatsächlich betreut wird, diese Betreuung erforderlich ist und keine öffentlichen Mittel in Anspruch genommen werden. (AVV FreizügG, 3.2.2.2; EUGH, Urteil vom 19. Oktober 2004, Rs. C-200/02 – Zu/Chen, Rn. 42 ff.) Falls doch öffentliche Mittel in Anspruch genommen werden müssen, verweisen die Verwaltungsvorschriften zum FreizügG an dieser Stelle alternativ auf die Anwendung des § 28 AufenthG:

*„Unter Umständen kommt in diesen Fallkonstellationen auch eine Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis auf der Grundlage von § 28 Absatz 1 Satz 1 Nummer 3 AufenthG in Betracht, sofern dies dem Betroffenen eine günstigere Rechtsstellung vermittelt, als die Anwendung von Freizügigkeitsrecht (§ 11 Absatz 1 Satz 11).“* (AVV FreizügG; 3.2.2.2)

Das LSG NRW sieht dies genauso - auch dann, wenn die Ausländerbehörde gar keine Aufenthaltserlaubnis ausstellt – und hat auch einen Leistungsanspruch festgestellt (LSG NRW (19. Senat); Beschluss vom 1. August 2017 (L 19 AS 1131/17 B ER)). Für die Anwendung des § 28 AufenthG (Familiennachzug zu Deutschen) spielt die Lebensunterhaltssicherung keine Rolle. Da Unionsbürgerinnen und Unionsbürger nicht schlechter gestellt werden dürfen als die eigenen Staatsangehörigen, ist in derartigen Fällen (fiktiv) auch das Aufenthaltsgesetz anwendbar.

Anders als im Aufenthaltsgesetz kennt das Freizügigkeitsgesetz keine weiteren Voraussetzungen. Insbesondere die Voraussetzung von Deutschkenntnissen vor der Einreise wird für einen Familiennachzug nach

dem Freizügigkeitsgesetz nicht verlangt. Ebenso sind die Altersgrenzen wesentlich großzügiger als im Aufenthaltsgesetz. Insofern ist es in manchen Fällen günstig, das Freizügigkeitsgesetz auch beim Familiennachzug zu einer oder einem deutschen Staatsangehörigen anzuwenden. Dies geht allerdings nur dann, wenn es sich bei der oder dem Deutschen um einen so genannten „Rückkehrerfall“ handelt, d. h. der Deutsche bereits seine Freizügigkeit durch einen längeren Aufenthalt im EU-Ausland wahrgenommen hat und nun nach Deutschland zurückkehrt.

## Praxistipp:

Drittstaatsangehörigen Familienangehörigen wird eine so genannte „Aufenthaltskarte“ ausgestellt. Diese ist rein „deklaratorisch“, d. h. das Aufenthaltsrecht besteht auch ohne Vorliegen dieser Bescheinigung. Die Aufenthaltskarte wird in Form einer elektronischen Chipkarte ausgestellt. Für die Aufenthaltskarte gelten folgende Regelungen:

- ⇒ Die Aufenthaltskarte ist innerhalb von sechs Monaten, nachdem der Familienangehörige die entsprechenden Angaben gemacht hat, auszustellen. Eine Bescheinigung hierüber ist unverzüglich auszustellen.
- ⇒ Sie ist von Amts wegen (d.h. ohne Antrag) auszustellen.
- ⇒ Sie ist regelmäßig mit einer Gültigkeitsdauer von fünf Jahren auszustellen.
- ⇒ Sie ist unabhängig von einem eventuellen Visumsverstoß auszustellen.
- ⇒ Sie kostet normalerweise 28,80 Euro. (vgl. AVV FreizügG; 5.1)
- ⇒ Der Aufenthalt eines drittstaatsangehörigen Familienangehörigen ist unabhängig vom Vorliegen einer Aufenthaltskarte rechtmäßig, solange die Ausländerbehörde nicht durch einen Verwaltungsakt den Verlust der Freizügigkeit festgestellt hat („Freizügigkeitsvermutung“).



Die Aufenthaltskarte für drittstaatsangehörige Familienangehörige:



Quelle: <https://upload.wikimedia.org/wikipedia/commons/8/8e/Aufenthaltskarte.JPG>

## Zusammenfassung:

- ⇒ Für Familienangehörige von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern, Selbstständigen, Daueraufenthaltsberechtigten und Arbeitssuchenden besteht das Freizügigkeitsrecht unabhängig von der Lebensunterhaltssicherung – evtl. jedoch unter der Voraussetzung, dass ein Teil des Unterhalts gesichert wird. Eine Verlustfeststellung aufgrund des Sozialhilfebezugs ist nicht zulässig.
- ⇒ Für Familienangehörige von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern sowie Selbstständigen und Daueraufenthaltsberechtigten besteht Anspruch auf Leistungen nach dem SGB II sowie ggf. sämtliche Leistungen des SGB XII (z. B. Eingliederungshilfe, Hilfe zur Pflege, Hilfe nach § 67ff) besteht. (vgl.: Kapitel 3)

## Die Aufrechterhaltung des Aufenthaltsrechts als Familienangehörige

Die Familienangehörigen behalten auch nach dem Tod oder Wegzug der Unionsbürgerin oder des Unionsbürgers oder bei einer Scheidung unter bestimmten Voraussetzungen ein eigenständiges Aufenthaltsrecht:

Beim Tod der Unionsbürgerin oder des Unionsbürgers behalten Familienangehörige ein eigenständiges Recht auf Aufenthalt, wenn sie sich vor dem Tod des Unionsbürgers mindestens ein Jahr als seine Familienangehörigen im Bundesgebiet aufgehalten haben. Hierfür ist es allerdings zudem erforderlich, dass sie in eigener Person eine der Freizügigkeitsvoraussetzungen aus § 2 Abs. 2 FreizügG erfüllen (also z. B. Arbeitnehmer oder Selbstständiger bzw. Arbeitssuchender sind). (§ 3 Abs. 3 FreizügG)

- ⇒ Bei Scheidung bleibt ein Freizügigkeitsrecht als Familienangehörige bestehen, wenn die Ehe mindestens drei Jahre bestanden hatte, davon mindestens ein Jahr im Bundesgebiet. Es kommt hierbei nicht auf den Zeitpunkt der Trennung an, sondern auf den Zeitpunkt der „Einleitung des gerichtlichen Scheidungsverfahrens“. (§ 3 Abs. 5 Nr. 1 FreizügG).
- ⇒ Im Fall einer „besonderen Härte“, etwa wegen Gewalt, körperlichen oder psychischen Missbrauchs oder aus anderen Gründen, aufgrund derer einem Ehegatten das Festhalten an der Ehe oder der Lebenspartnerschaft nicht zugemutet werden konnte, gilt die Mindestbestandszeit nicht als Voraussetzung für das Fortbestehen des Freizügigkeitsrechts als Familienangehörige. (§ 3 Abs. 5 Nr. 3 FreizügG)
- ⇒ Ebenfalls unabhängig von der Mindestbestandszeit bleibt ein Freizügigkeitsrecht als Familienangehörige bestehen, wenn „durch Vereinbarung der Ehegatten oder der Lebenspartner oder durch gerichtliche Entscheidung das Recht zum persönlichen Umgang mit dem minderjährigen Kind nur im Bundesgebiet eingeräumt wurde“. (§ 3 Abs. 5 Nr. 5 FreizügG)
- ⇒ Minderjährige Kinder in Schul- oder Berufsausbildung und ihr Elternteil behalten ein familiäres Aufenthaltsrecht, wenn ein EU-angehöriger Elternteil verstirbt oder wegzieht. Die Kinder von Unionsbürgerinnen und der Elternteil, der die elterliche Sorge tatsächlich ausübt, haben immer und uneingeschränkt

ein Aufenthaltsrecht und damit einen Anspruch auf sozialrechtliche Gleichbehandlung, wenn sie sich in einer Ausbildung befinden (Grundschule bis Berufsausbildung bzw. Studium) *und* wenn ein EU-angehöriger Elternteil verstirbt oder wegzieht. (§ 3 Abs. 4 FreizügG). Auch das LSG NRW hat bestätigt, dass in einem solchen Fall sowohl das Freizügigkeitsrecht (unabhängig von der Lebensunterhaltssicherung) fortbesteht, als auch ein Anspruch auf Leistungen nach dem SGB II oder SGB XII besteht. (LSG NRW; Beschluss vom 16. August 2017 (L 19 AS 1429/17 B ER / L 19 AS 1430/17 B ER))

### ➔ Aufenthaltsrecht für unverheiratete Elternteile minderjähriger Kinder

Der Lebenswirklichkeit von „Patchwork-Familien“ wird der Wortlaut des Freizügigkeitsrechts zwar nicht immer gerecht, aber durch die Rechtsprechung des Bundessozialgerichts (BSG, Urteil vom 30.1.2013, AZ: B 4 AS 54/12 R) ist mittlerweile klar, dass auch für derartige Konstellationen ein **Aufenthaltsrecht unabhängig von der Arbeitsuche** besteht. Dies gilt auch schon vor der Geburt des Kindes.

Aus dieser Rechtsprechung ergibt sich ein **weiterer Aufenthaltswitz** aus familiären Gründen, der aus dem Zusammenleben der Partner mit einem gemeinsamen Kind oder dem Kind eines Partners folgt. Diese Personengruppen bilden jeweils eine Familie im Sinne des Art. 6 GG und der §§ 27 Abs. 1, 28 Abs. 1, 29 und 32 AufenthG und können sich auch auf den Schutz aus Art. 8 Konvention des Europarates zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten berufen. Dies gilt nach den Ausführungen des BSG **ausdrücklich auch für unverheiratete Paare**.

Auch nach den Verwaltungsvorschriften der Bundesregierung zum Freizügigkeitsgesetz wird klargestellt, dass für Angehörige der „Kernfamilie“ (Eltern, minderjährige Kinder, Ehegatten und Lebenspartner) grundsätzlich die Regelungen des § 28 AufenthG (wie beim Familiennachzug zu Deutschen) anwendbar sind. Das bedeutet: Auch der Elternteil eines minderjährigen Kindes mit EU-Staatsangehörigkeit hat – unabhängig von der Lebensunterhaltssicherung – ein familiäres Freizügigkeitsrecht. Ein SGB-II-Anspruch besteht. (vgl.: AVV FreizügG; 3.2.2.2 und 4a.0.2)

## Zusammenfassung:

- ⇒ Für Familienangehörige, deren Status als Familienangehörige fortgilt, besteht das Freizügigkeitsrecht unabhängig von der Lebensunterhaltssicherung. Eine Verlustfeststellung aufgrund des Sozialhilfebezugs ist nicht zulässig.
- ⇒ Für Familienangehörige, deren Status fortgilt, besteht Anspruch auf Leistungen nach dem SGB II sowie ggf. sämtliche Leistungen des SGB XII (z. B. Eingliederungshilfe, Hilfe zur Pflege, Hilfe nach § 67ff). (vgl.: Kapitel 3)

## Aufenthaltsrecht nach Art. 10 der EU-Verordnung 492/2011

Minderjährige (Stief-)Kinder von Unionsbürgerinnen und Unionsbürgern sowie ihre (Stief-)Eltern, die die elterliche Sorge tatsächlich ausüben, haben ein eigenständiges europarechtliches Aufenthaltsrecht, wenn sie sich in einer Ausbildung befinden (Grundschule bis Berufsausbildung bzw. Studium), und wenn eines ihrer unionsangehörigen Elternteile früher als Arbeitnehmerin oder Arbeitnehmer in Deutschland gearbeitet hat oder aktuell arbeitet. Dieses Aufenthaltsrecht ergibt sich nicht aus der Unionsbürgerrichtlinie oder dem Freizügigkeitsgesetz, sondern aus Art. 10 der EU-Verordnung 492/2011.

Hierbei spielt keine Rolle, ob die Arbeit selbstverschuldet verloren ging, wie lange die Beschäftigung ausgeübt worden war und wie lange dies bereits her ist. Das Bundessozialgericht hat das Bestehen dieses eigenständigen Aufenthaltsrechts der Kinder und ihrer Eltern ausdrücklich bekräftigt (BSG, Urteil vom 3. Dezember 2015, B 4 AS 43/15 R). Anders als das BSG geschrieben hat, ist hierfür auch nicht Voraussetzung, dass der Elternteil zu dem Zeitpunkt gearbeitet hat, als sich das Kind schon in (Schul-)Ausbildung befand (EuGH, Urteil vom 23. Februar 2010; C-480/08; Rechtssache „Texeira“).

Hintergrund ist, dass nach Art. 10 der VO 492/2011 den Kindern eines früheren „Wanderarbeiters“ das Recht zusteht, *„unter den gleichen Bedingungen wie die Staatsangehörigen dieses Mitgliedstaats am allgemeinen Unterricht sowie an der Lehrlings- und Berufsausbildung teil(zu)nehmen“*.

Nach der Rechtsprechung des EuGH ergibt sich daraus ein eigenständiges und unabhängig von der Unionsbürgerrichtlinie oder dem Freizügigkeitsgesetz bestehendes Recht auf Aufenthalt (EuGH, Urteil vom 23. Februar 2010; C-480/08; Rechtssache „Texeira“; sowie: EuGH, Urteil vom 23. Februar 2010, C 310/08; Rechtssache „Ibrahim“). In beiden genannten Urteilen ging es zwar um Art. 12 der Vorgängerverordnung VO 1612/68, dieser entspricht jedoch wörtlich dem Artikel 10 der nun geltenden Verordnung 492/2011.

## Zusammenfassung:

- ⇒ Das Aufenthaltsrecht der Kinder und ihrer Eltern nach Art. 10 VO 492/2011 besteht unabhängig von der Sicherung des Lebensunterhalts (vgl.: EuGH, Urteil vom 23. Februar 2010, C 310/08; Rechtssache „Ibrahim“). Eine Verlustfeststellung wegen des Sozialhilfebezugs ist nicht möglich.
- ⇒ Während des Aufenthaltsrechts aus Art. 10 VO 492/2011 besteht für EFA-Angehörige Anspruch auf reguläre Leistungen nach SGB XII. (vgl. Kapitel 3)
- ⇒ Nach dem Gesetzeswortlaut besteht kein Anspruch auf Leistungen nach dem SGB II oder XII. Dieser Leistungsausschluss dürfte europarechtswidrig sein. (vgl. Kapitel 3)

## Als Nicht-Erwerbstätige

In der Praxis ist die Unterscheidung zwischen der Kategorie der Nicht-Erwerbstätigen und der Arbeitssuchenden manchmal nicht ganz leicht – aber bezogen auf die ausländerrechtlichen Voraussetzungen sehr wichtig. Unter Nicht-Erwerbstätigen sind diejenigen zu verstehen, die weder erwerbstätig sind, noch Arbeit suchen (oder schon länger als sechs Monate erfolglos Arbeit gesucht haben), noch aus sonstigen Gründen freizügigkeitsberechtigt sind. In der Praxis handelt es sich in erster Linie um Rentnerinnen und Rentner, Studierende (sofern diese keine Nebenbeschäftigung ausüben), dauerhaft erwerbsunfähige Personen oder auch Personen, die keine Verbindung mit dem deutschen Arbeitsmarkt haben und hier zum Beispiel obdachlos sind.

### Praxishinweis:

Bei den Nicht-Erwerbstätigen und ihren Familienangehörigen handelt es sich um die einzige Gruppe im Freizügigkeitsgesetz, die als Voraussetzung ihrer Freizügigkeit über ausreichende Existenzmittel und einen ausreichenden Krankenversicherungsschutz verfügen müssen. (§ 4 FreizügG)

Die Gruppe der Nicht-Erwerbstätigen ist daher streng von der Gruppe der Arbeitssuchenden oder denjenigen, die aus anderen Gründen über ein Freizügigkeitsrecht verfügen, zu unterscheiden. Wenn kein anderer oben genannter Freizügigkeitsgrund passt, handelt es sich um Nicht-Erwerbstätige.

Der Begriff der ausreichenden Existenzmittel ist im Gesetz nicht genau definiert. In den Allgemeinen Verwaltungsvorschriften heißt es dazu:

*„Das Gesetz nennt keinen festen Betrag für die Höhe der Existenzmittel. Dies wäre gemäß Artikel 8 Absatz 4 Freizügigkeitsrichtlinie unzulässig. Es ist eine Vergleichsberechnung unter Einbeziehung der regionalen, sozialhilferechtlichen Bedarfssätze erforderlich. Zugleich müssen die persönlichen Umstände in jedem Einzelfall berücksichtigt werden. Der danach erforderliche Betrag darf nicht über dem Schwellenwert liegen, unter dem Deutschen Sozialhilfe gewährt wird. Ein bestimmter Schwellenwert kann hier nicht genannt werden, da die Werte regional unterschiedlich sind.“* (AVV FreizügG; 4.1.2.3)

Dies bedeutet, dass als ausreichende Existenzmittel eigene Mittel in Höhe des Regelsatzes nach dem SGB XII zuzüglich der Warmmiete gelten dürften. Die Freibeträge dürfen dabei also ebenso wenig berücksichtigt werden wie die Leistungen der Sozialhilfe, die nicht der Sicherung des Lebensunterhalts dienen (etwa Hilfe zur Pflege, Eingliederungshilfe usw.) So haben der EuGH: Urteil vom 4. März 2010, C-578/08; Rechtssache „Chakroun“ sowie das Bundesverwaltungsgericht, Urteil vom 16.11.2010 - 1 C 20.09, festgestellt, dass die Begriffe der „ausreichenden Existenzmittel“ bzw. der „Inanspruchnahme der Sozialhilfeleistungen“ europarechtlich zu definieren seien und daher die Freibeträge nicht negativ angerechnet werden dürften. Diese Entscheidungen sind zwar zur Familiennachzugsrichtlinie RL 2003/86/EG ergangen, dürften aber auf die Unionsbürgerrichtlinie, die mit derselben Begrifflichkeit arbeitet, übertragbar sein.

### Praxishinweis:

Die Frage, ob ein Klient zur Gruppe der Nicht-Erwerbstätigen zählt (und daher für das Bestehen des materiellen Freizügigkeitsrechts über ausreichende Existenzmittel verfügen muss), ist abhängig von der tatsächlichen Situation. So gehört ein Rentner, der einen Nebenjob ausübt, nicht zur Gruppe der Nicht-Erwerbstätigen sondern zur Gruppe der Arbeitnehmer. Dasselbe gilt etwa für einen Studenten, der nebenbei arbeitet. In diesen Fällen wäre für das Aufenthaltsrecht das Vorliegen ausreichender Existenzmittel keine Voraussetzung. So hat das Obergerverwaltungsgericht Hamburg entscheiden, dass auch ein 81jähriger Rentner, der neben einer geringen Altersrente ein zusätzliches Einkommen von monatlich 525 € brutto für eine nicht nur kurzfristige und tatsächlich ausgeübte, abhängige Beschäftigung im Umfang von 16 Stunden pro Woche erzielt, als freizügigkeitsberechtigter Arbeitnehmer anzusehen sei. Eine solche Beschäftigung ist nicht als für die Eigenschaft als Arbeitnehmer völlig untergeordnete und unwesentliche außer Betracht zu lassen. Das Alter von 81 Jahren allein steht der Eigenschaft als Arbeitnehmer nicht entgegen. (OVG Hamburg, Beschluss vom 5. Januar 2012; 3 Bs 179/11)



Falls ein nichterwerbstätiger Unionsbürger nicht über ausreichende Existenzmittel verfügt und daher Sozialhilfeleistungen beantragt, kann dies für die Ausländerbehörde Anlass dazu bieten, das Vorliegen der Freizügigkeitsvoraussetzungen zu überprüfen.

Allerdings darf die Tatsache des Sozialhilfebezugs keinesfalls automatisch zu einer Beendigung des Aufenthaltsrechts führen:

*„Ein besonderer Anlass für eine Überprüfung des Vorliegens oder des Fortbestands der Voraussetzungen des Freizügigkeitsrechts liegt insbesondere dann vor, wenn nichterwerbstätige Unionsbürger oder deren Familienangehörige Leistungen nach SGB II oder SGB XII in Anspruch nehmen wollen (vgl. auch Nummer 4.1.2f.). Dies entspricht Artikel 14 Absatz 2 Freizügigkeitsrichtlinie. Der Bezug von Leistungen nach den genannten Sozialgesetzbüchern darf jedoch nicht automatisch zur Verlustfeststellung führen.“ (AVV FreizügG; 5.3.2)*

Die Entscheidung über den Verlust des Aufenthaltsrechts muss vielmehr im Rahmen einer Ermessensentscheidung die persönliche Situation berücksichtigen und das individuelle Interesse der Betroffenen gegenüber dem öffentlichen Interesse abwägen (vgl.: EuGH, Urteil vom 19. September 2013; C-140/12 – Rechtsache „Brey“). Nur im Falle eines „unangemessenen“ Sozialhilfebezugs wäre eine Aufenthaltsbeendigung rechtmäßig:

*„Solange die Aufenthaltsberechtigten die Sozialhilfeleistungen des Aufnahmemitgliedstaats nicht unangemessen in Anspruch nehmen, sollte keine Ausweisung erfolgen. Die Inanspruchnahme von Sozialhilfeleistungen sollte daher nicht automatisch zu einer Ausweisung führen. Der Aufnahmemitgliedstaat sollte prüfen, ob es sich bei dem betreffenden Fall um vorübergehende Schwierigkeiten handelt, und die Dauer des Aufenthalts, die persönlichen Umstände und den gewährten Sozialhilfebetrag berücksichtigen, um zu beurteilen, ob der Leistungsempfänger die Sozialhilfeleistungen unangemessen in Anspruch genommen hat, und in diesem Fall seine Ausweisung zu veranlassen.“ (Erwägungsgrund Nr. 16 UnionsRL)*

## Zusammenfassung:

- ⇒ Nur für Nicht-Erwerbstätige und ihre Familienangehörigen ist das Freizügigkeitsrecht von ausreichenden Existenzmitteln abhängig. Nur bei dieser Gruppe kann ein Verlust des Aufenthaltsrechts wegen des unangemessenen Bezugs von Sozialhilfeleistungen festgestellt werden.
- ⇒ Das Aufenthaltsrecht endet nicht automatisch. Die Ausländerbehörde hat in ihrer Ermessensentscheidung alle Gesichtspunkte zu berücksichtigen, die für einen Verbleib in Deutschland sprechen. Die Beratung sollte diese Argumente sammeln und gegenüber der Ausländerbehörde vortragen.
- ⇒ Ein Anspruch auf Leistungen nach dem SGB II oder SGB XII besteht nach dem Gesetzeswortlaut nicht. Die Inanspruchnahme gefährdet unter Umständen das Aufenthaltsrecht.
- ⇒ Das Sozialamt oder das Jobcenter darf keine Entscheidung über den Verlust des Aufenthaltsrechts wegen des Sozialhilfebezugs treffen. Diese Entscheidung trifft allein die Ausländerbehörde (Vgl.: BSG, Urteil vom 19.10.2010, B 14 AS 23/10 R, Randnummer 14: *„Denn es entspricht der gesetzlichen Konzeption des Freizügigkeitsrechts, von der Rechtmäßigkeit des Aufenthalts auszugehen, solange die Ausländerbehörde nicht von ihrer Möglichkeit Gebrauch gemacht hat, den Verlust oder das Nichtbestehen des Aufenthaltsrechts nach § 5 Abs 5 FreizügG/EU festzustellen (...).“*)



## Aufenthaltsrechte aus dem Aufenthaltsgesetz

Das Aufenthaltsgesetz ist grundsätzlich auch auf Unionsbürgerinnen und Unionsbürger anwendbar, wenn es einen besseren Status zur Folge hat, als ihn das FreizügG vorsieht (§ 11 Abs. 1 Satz 11 FreizügG).

Beispiele hierfür sind der § 25 Abs. 4a für Opfer von Menschenhandel, Frauen während der Schwangerschaft oder ein Aufenthaltsrecht aus humanitären oder familiären Gründen, das im Freizügigkeitsgesetz nicht vorgesehen ist – etwa bei schweren Erkrankungen oder für unverheiratete Paare mit gemeinsamen Kindern (hier sind insbesondere § 25 Abs. 4 Satz 2, § 28 AufenthG oder § 7 AufenthG zu nennen).

Da die Ausländerbehörde in derartigen Fällen mit Verweis auf die ohnehin bestehende Freizügigkeit oft keine formale Aufenthaltserlaubnis erteilt, muss das Vorliegen eines Erteilungsgrundes nach dem AufenthG auch vom Jobcenter geprüft werden, um zu klären, ob es ein Aufenthaltsrecht unabhängig von der Arbeitssuche geben könnte.

Insbesondere der Lebenswirklichkeit von „Patchwork-Familien“ wird der Wortlaut des Freizügigkeitsrechts zwar nicht immer gerecht, aber durch die Rechtsprechung des Bundessozialgerichts (BSG, Urteil vom 30.1.2013, AZ: B 4 AS 54/12 R) ist mittlerweile klar, dass auch für derartige Konstellationen ein (fiktives) **Aufenthaltsrecht nach dem Aufenthaltsgesetz** bestehen kann. Dies gilt auch schon vor der Geburt des Kindes.

Aus dieser Rechtsprechung ergibt sich ein **weiterer Aufenthaltszweck** aus familiären Gründen, der aus dem Zusammenleben der Partner mit einem gemeinsamen Kind oder dem Kind eines Partners folgt. Diese Personengruppen bilden jeweils eine Familie im Sinne des Art. 6 GG und der §§ 27 Abs. 1, 28 Abs. 1, 29 und 32 AufenthG und können sich auch auf den Schutz aus Art. 8 Konvention des Europarates zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten berufen. Dies gilt nach den Ausführungen des BSG **ausdrücklich auch für unverheiratete Paare**.

### Zusammenfassung:

- ⇒ Das Aufenthaltsgesetz ist stets auch auf Unionsbürgerinnen und Unionsbürger anzuwenden, wenn es eine bessere Rechtstellung mit sich bringt (Meistbegünstigungsgebot).
- ⇒ Für Unionsbürgerinnen und Unionsbürger mit einem Aufenthaltsrecht nach dem AufenthG besteht Anspruch auf Leistungen nach dem SGB II sowie ggf. sämtliche Leistungen des SGB XII (z. B. Eingliederungshilfe, Hilfe zur Pflege, Hilfe nach § 67ff). (vgl.: Kapitel 3)
- ⇒ Dies gilt auch dann, wenn die Aufenthaltserlaubnis nach dem Aufenthaltsgesetz nicht tatsächlich ausgestellt worden sein sollte, aber der Anspruch oder die Möglichkeit der Erteilung „fiktiv“ bestehen sollte.

## Das Daueraufenthaltsrecht

Der Verlust des Freizügigkeitsrechts ist nur in den ersten fünf Jahren des Aufenthalts möglich. (AVV FreizügG; 5.4.1.3) Nach fünf Jahren materiell rechtmäßigen Aufenthalts besteht per Gesetz ein Recht zum Daueraufenthalt (§ 4a FreizügG), das nur noch durch eine Ausweisung aus Gründen der Öffentlichen Sicherheit und Ordnung beendet werden kann (insbesondere aufgrund schwerer Straftaten).

Nach Entstehen des Daueraufenthaltsrechts ist es unerheblich, ob die Freizügigkeitsvoraussetzungen des § 2 Abs. 2 FreizügG weiterhin vorliegen. Eine Ausweisung von Nichterwerbstätigen aufgrund des Sozialhilfebezugs ist damit nicht mehr möglich. Ausschlüsse vom Sozialleistungszugang sind nach Entstehen des Daueraufenthaltsrechts nicht mehr anwendbar.

## Praxistipp:

Über das Bestehen des Daueraufenthaltsrechts stellt die Ausländerbehörde auf Antrag eine Bescheinigung aus – aber auch ohne diese Bescheinigung besteht das Daueraufenthaltsrecht, wenn die Bedingungen erfüllt sind. Die Bescheinigung hat lediglich einen „deklaratorischen Charakter“.

⇒ Das Bestehen des Daueraufenthaltsrechts wird Unionsbürgern auf Antrag unverzüglich bescheinigt. Die Bescheinigung kostet zehn Euro.

⇒ Drittstaatsangehörigen Familienangehörigen mit Daueraufenthaltsrecht wird innerhalb von sechs Monaten nach Antragstellung eine „Daueraufenthaltskarte“ ausgestellt. Die Daueraufenthaltskarte kostet 28,80 Euro. (§ 5 Abs. 5 FreizügG)

Die Bescheinigung über das Daueraufenthaltsrecht für Unionsbürgerinnen und Unionsbürger:



Quelle: <https://upload.wikimedia.org/wikipedia/commons/e/e2/Daueraufenthaltskarte-Vorderseite.jpg>

Die Daueraufenthaltskarte für drittstaatsangehörige Familienangehörige:



Quelle: <https://upload.wikimedia.org/wikipedia/commons/b/b0/Dauer-aufenthaltskarte.JPG>

Folgende Voraufenthaltszeiten werden für das Daueraufenthaltsrecht vorausgesetzt:

- ⇒ Bei einer Unionsbürgerin oder einem Unionsbürger fünf Jahre ständiger, rechtmäßiger Aufenthalt nach dem Freizügigkeitsrecht.
- ⇒ Bei einer oder einem drittstaatsangehörigen Familienangehörigen fünf Jahre ständiger, rechtmäßiger Aufenthalt als freizügigkeitsberechtigter Familienangehöriger des Unionsbürgers.

Für bestimmte Gruppen bestehen verkürzte Voraufenthaltszeiten. Diese sind in § 4a Abs. 2 bis 5 FreizügG geregelt und betreffen (unter unterschiedlichen zeitlichen Voraussetzungen) insbesondere frühere Erwerbstätige, die in den Ruhestand eintreten oder aufgrund einer vollen Erwerbsminderung ihre Tätigkeit aufgeben müssen sowie deren Familienangehörige.

Der für das Entstehen des Daueraufenthaltsrechts vorausgesetzte fünfjährige ständige Aufenthalt kann durch folgende Abwesenheitszeiten unterbrochen werden, ohne dass dies den Erwerb des Daueraufenthaltsrechts beeinflussen würde:

- Abwesenheiten bis zu insgesamt sechs Monaten im Jahr,
- Abwesenheit zur Ableistung des Wehrdienstes oder eines Ersatzdienstes,
- eine einmalige Abwesenheit von bis zu zwölf aufeinander folgenden Monaten aus wichtigem Grund, insbesondere auf Grund einer Schwangerschaft und Entbindung, schweren Krankheit, eines Studiums, einer Berufsausbildung oder einer beruflichen Entsendung. (§ 4a Abs. 6 FreizügG)

Die Dauer des tatsächlichen Aufenthalts innerhalb der letzten fünf Jahre kann durch die Wohnsitzanmeldung, aber auch durch andere geeignete Belege nachgewiesen werden – z. B. einen Mietvertrag, Schulbescheinigungen, einen Arbeitsvertrag o. ä.

## Wichtig:

Für das Daueraufenthaltsrecht reicht nicht lediglich ein fünfjähriger tatsächlicher Aufenthalt in Deutschland aus, sondern der Aufenthalt muss **durchgehend einen Freizügigkeitsgrund nach dem Freizügigkeitsgesetz** erfüllt haben. Es zählen also Zeiten,

- in denen die Personen Arbeitsuchende (i. d. R. für sechs Monate),
- Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer,
- Selbstständige oder deren Familienangehörige waren.
- Auch Zeiten, in denen der Arbeitnehmerinnenstatus oder Selbstständigenstatus wegen unfreiwilligem Verlust der Arbeit fortbestanden hat (für sechs Monate oder dauerhaft), zählen hierfür mit.
- Auch Zeiten, in denen nicht-erwerbstätige Personen selbst über ausreichende Existenzmittel verfügt haben, zählen mit.
- Dasselbe gilt unserer Auffassung nach für Zeiten, in denen ein Aufenthaltsrecht nach Art. 10 VO 492/2011 erfüllt ist. Hierbei handelt es sich zwar formal nicht um ein Freizügigkeitsrecht nach dem Freizügigkeitsgesetz, aber um ein eigenständiges europarechtliches Aufenthaltsrecht, das ebenfalls zum Erwerb des Daueraufenthaltsrechts führen dürfte.

**Beispiel:** Frau G. ist lettische Staatsangehörige. Sie hat in Deutschland folgende Zeiten verbracht:

Nach ihrer Einreise und Wohnsitzanmeldung hat sie drei Monate hier gelebt, bis sie einen Minijob gefunden hatte. Diesen hat sie zehn Monate ausgeübt, bis sie betriebsbedingt gekündigt wurde. Sie hat für weitere sechs Monate Leistungen vom Jobcenter erhalten, da ihr Arbeitnehmerinnenstatus fortbestand. Danach hat sie weitere vier Monate Arbeit gesucht. Dann hat sie erneut eine auf acht Monate befristete Arbeit gefunden. Nach Ende der Tätigkeit war sie wieder für sechs Monate leistungsberechtigt beim Jobcenter. Danach hat sie drei Monate eine Arbeit gesucht, bis sie einen niederländischen Staatsangehörigen geheiratet hat, der in Deutschland als Arbeitnehmer tätig ist. Mit ihm ist sie seit anderthalb Jahren verheiratet.

Frau G fragt, wann sie das Daueraufenthaltsrecht haben wird.

Sie hat folgende Zeiten zurückgelegt, in denen sie freizügigkeitsberechtigt war:

- drei Monate: voraussetzungsloses Freizügigkeitsrecht
- zehn Monate: Freizügigkeitsrecht als Arbeitnehmerin
- sechs Monate: Freizügigkeitsrecht wegen Fortgeltung des Arbeitnehmerinnenstatus'
- vier Monate: Freizügigkeitsrecht zur Arbeitsuche
- acht Monate: Freizügigkeitsrecht als Arbeitnehmerin
- sechs Monate: Freizügigkeitsrecht wegen Fortgeltung des Arbeitnehmerinnenstatus'
- 18 Monate: Freizügigkeitsrecht als Familienangehörige.

Insgesamt kommt sie bis jetzt auf 56 Monate, in denen durchgängig ein materieller Freizügigkeitsgrund erfüllt war. In vier Monaten hat sie die Voraussetzungen für das Daueraufenthaltsrecht erfüllt – obwohl sie während der gesamten Zeit immer wieder arbeitslos war.

Das Daueraufenthaltsrecht geht nach einem Auslandsaufenthalt von mehr als zwei aufeinander folgenden Jahren verloren, wenn der Auslandsaufenthalt nicht vorübergehender Natur war. Wichtig ist dabei jedoch: Dies ist kein Automatismus, sondern der Verlust des Daueraufenthaltsrechts tritt nur dann ein, wenn die Ausländerbehörde in einem formalen Verwaltungsakt (Bescheid) den Verlust auch feststellt. Hierbei muss die Behörde Ermessen ausüben (VG München, Urteil v. 29.04.2015 – M 23 K 14.377).

## Zusammenfassung:

- ⇒ Personen mit Daueraufenthaltsrecht und ihre Familienangehörigen haben immer einen regulären Anspruch auf reguläre Leistungen nach dem SGB II / XII sowie auf sämtliche Zusatzleistungen des SGB XII (z. B. Eingliederungshilfe, Hilfe zur Pflege, Hilfe nach § 67ff). Der Leistungsbezug gefährdet das Freizügigkeitsrecht nicht!

## Der Verlust des Aufenthaltsrechts

Innerhalb der ersten fünf Jahre des Aufenthalts kann die Ausländerbehörde aus besonderem Anlass das Fortbestehen des Rechts auf Freizügigkeit überprüfen. Als besonderer Anlass gilt zum Beispiel der Antrag auf Leistungen nach dem SGB II oder SGB XII. Die Folge einer solchen Überprüfung kann unter bestimmten Voraussetzungen die Feststellung über das Nicht-Bestehen eines Freizügigkeitsrechts sein.

Wegen der Inanspruchnahme von Sozialhilfeleistungen kann nur im folgenden Fall eine Verlustfeststellung des Rechts auf Freizügigkeit getroffen werden:

- ⇒ Unionsbürger in der Kategorie „Nicht-Erwerbstätige“ und ihre Familienangehörigen, die unangemessene Sozialhilfeleistungen beziehen.

## Praxistipp:

Bei allen anderen Gruppen außer den Nicht-Erwerbstätigen und ihren Familienangehörigen besteht das Freizügigkeitsrecht immer unabhängig vom Vorliegen ausreichender Existenzmittel. Bei ihnen kann aus Gründen der Sozialhilfebedürftigkeit also in keinem Fall eine Verlustfeststellung getroffen werden. Dies betrifft vor allem:

- ⇒ Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer oder Selbstständige, die ergänzende Leistungen nach dem SGB II beziehen, und ihre Familienangehörigen,
- ⇒ Arbeitnehmerinnen, Arbeitnehmer oder Selbstständige, deren Status bei unfreiwilliger Arbeitslosigkeit für sechs Monate oder sogar unbefristet fortbesteht, und ihre Familienangehörigen
- ⇒ Arbeitsuchende. Bei ihnen kann allerdings der Verlust des Freizügigkeitsrechts festgestellt werden, wenn nach sechs Monaten der Arbeitsuche objektiv keine Aussicht mehr besteht, dass eine Arbeitsstelle gefunden wird oder tatsächlich keine Arbeitssuche stattfindet.

### Wichtig ist dabei auch:

- ⇒ Das Freizügigkeitsrecht endet nicht automatisch, sondern nur durch eine Ermessensentscheidung (begründeter Bescheid) der Ausländerbehörde.
- ⇒ Gegen einen solchen Verwaltungsakt können Rechtsmittel (in manchen Bundesländern Widerspruch, ansonsten Klage vor dem Verwaltungsgericht; ggf. auch ein „Antrag auf einstweilige Anordnung“ nach § 80 Abs. 5 Verwaltungsgerichtsordnung – VwGO) eingelegt werden.
- ⇒ Nach einem Aufenthalt von fünf Jahren, in denen durchgehend ein materieller Freizügigkeitsgrund erfüllt war, kann keine Verlustfeststellung mehr getroffen werden. Nach einem fünfjährigen materiell rechtmäßigen Aufenthalt besteht das Daueraufenthaltsrecht.



Die Verlustfeststellung führt zwar zum Eintreten einer Ausreisepflicht (§ 7 FreizügG), es besteht aber normalerweise keine Wiedereinreisesperre. Daher lebt das Freizügigkeitsrecht auch nach einer (kurzfristigen) Ausreise wieder neu auf.

Eine Einreisesperre kann nur verhängt werden, wenn eine Ausweisung aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit erfolgt ist (insbesondere wegen schwerwiegender Straftaten; § 6 FreizügG), oder wenn das Freizügigkeitsrecht entzogen worden ist, weil

*„feststeht, dass die betreffende Person das Vorliegen einer Voraussetzung für dieses Recht durch die Verwendung von gefälschten oder verfälschten Dokumenten oder durch Vorspiegelung falscher Tatsachen vorgetäuscht hat.“* (§ 2 Abs. 7 FreizügG)

## Praxistipp:

Nach einer Verlustfeststellung durch die Ausländerbehörde entsteht die Ausreisepflicht. Falls keine Ausreise erfolgt und die Ausländerbehörde auch keine Abschiebung durchführt, gilt die Person als „geduldet“. Es besteht dann auch für Unionsbürgerinnen und Unionsbürger Anspruch auf Erteilung einer Duldung nach § 60a AufenthG.

Die Duldung ist nämlich eine deklaratorische Bescheinigung, die von Amts wegen auszustellen ist, solange eine Abschiebung aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen nicht möglich ist (§ 60a Abs. 2 Satz 1 AufenthG), oder aufgrund einer Ermessensentscheidung vorübergehend nicht durchgeführt werden soll (§ 60a Abs. 2 Satz 3 AufenthG).

Das Bundesverfassungsgericht hat dazu im Jahr 2003 zum damaligen Ausländergesetz, das jedoch übertragbar ist auf die heutige Rechtslage, festgestellt:

*„Es entspricht der gesetzgeberischen Konzeption des Ausländergesetzes, einen vollziehbar ausreisepflichtigen Ausländer bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen entweder unverzüglich abzuschicken oder ihn nach § 55 Abs. 2 AuslG zu dulden. (...) Da der Ausländer auch zu dulden ist, wenn er die Entstehung des Hindernisses (z.B. durch Mitführen gefälschter Papiere bei der Einreise) oder dessen nicht rechtzeitige Beseitigung (etwa durch unterlassene Mitwirkung bei der Beschaffung notwendiger Identitätspapiere) zu vertreten hat (vgl. BVerwGE 111, 62 <64 f.>), ist keine Konstellation vorstellbar, in der der Ausländer nicht einen Anspruch auf Erteilung einer Duldung hätte.“* (Bundesverfassungsgericht, Beschluss vom 6. März 2003; 2 BvR 397/02)

Personen, bei denen eine formale Verlustfeststellung durch die Ausländerbehörde erfolgt ist, haben Anspruch auf Leistungen nach dem Asylbewerberleistungsgesetz (§ 1 Abs. 1 Nr. 4 oder Nr. 5 AsylbLG).

### 3. Zugang zu existenzsichernden Leistungen (SGB II, SGB XII und AsylbLG)

Auch in der Vergangenheit waren bestimmte Gruppen von Unionsbürgerinnen und Unionsbürgern von Leistungen der Existenzsicherung (SGB II und SGB XII) nach dem jeweiligen Gesetzeswortlaut ausgeschlossen. Diese Ausschlüsse waren lange Zeit sehr umstritten, da sie nach Auffassung vieler Expertinnen und Experten nicht mit europarechtlichen Vorschriften vereinbar waren und auch mit der Verfassung nicht in Einklang zu bringen waren.

Der EuGH hatte daraufhin in mehreren Urteilen entschieden, dass ein Ausschluss von „Sozialhilfe“ für (nur) arbeitssuchende oder für Unionsbürgerinnen und Unionsbürger ohne materielles Aufenthaltsrecht gem. Art. 24 Abs. 2 UnionsRL europarechtskonform sei:

- „Dano“, 11. November 2014
- „Alimanovic“, 15. September 2015
- „García-Nieto“, 25. Februar 2016

Das Bundessozialgericht hat daraufhin in acht Urteilen zwischen Dezember 2015 und März 2016 mehrere Grundsatzentscheidungen gefällt:

- Angehörige der EFA-Staaten haben einen Anspruch auf Leistungen des SGB XII, wenn sie über einen „erlaubten“ Aufenthalt verfügen; auch wenn sie dem Grunde nach erwerbsfähig sind.
- Vom SGB II ausgeschlossene Unionsbürgerinnen und Unionsbürger können Ermessensleistungen nach dem SGB XII erhalten. Das Ermessen ist regelmäßig nach einem sechsmonatigen, „verfestigten“ Aufenthalt auf Null reduziert.
- Mit einem Verbleiberecht nach Art. 10 der VO 492/2011 als Kinder ehemaliger Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer besteht bis zum Abschluss einer (Schul-) Ausbildung Anspruch auf Leistungen des SGB II / XII; auch für die Eltern.

Am 29. Dezember 2016 ist das „Unionsbürger/-innen-Ausschlussgesetz“ in Kraft getreten, das zum Ziel hat, diese Rechtsprechung des Bundessozialgerichts auszuhebeln. Seitdem erhalten nun Unionsbürgerinnen und Unionsbürger weder Leistungen nach dem SGB II noch nach dem SGB XII,

- ⇒ in den ersten drei Monaten des Aufenthalts (es sei denn, sie sind bereits in dieser Zeit Arbeitnehmerinnen, Arbeitnehmer, Selbstständige oder deren Familienangehörige, oder
- ⇒ die nur über ein Aufenthaltsrecht zur Arbeitsuche verfügen, oder
- ⇒ die nur über ein Aufenthaltsrecht als Kinder ehemaliger Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer nach Art. 10 VO 492/2011 verfügen, oder
- ⇒ die über kein materielles Aufenthaltsrecht verfügen (Nicht-Erwerbstätige ohne ausreichende Existenzmittel).

Die Rechtsprechung des Bundessozialgerichts wird vor allem dadurch ausgehebelt, dass die frühere Ermessensregelung des § 23 Abs. 1 Satz 3 SGB XII (im Ausnahmefall „kann Sozialhilfe geleistet werden“) durch Abs. 3 („erhalten keine Leistungen“) für die genannten Gruppen ausgeschlossen wird. Das Ergebnis ist gleichsam ein gesetzliches Verbot der Erbringung von Sozialhilfeleistungen, wenn die ausländerrechtlichen Voraussetzungen nicht erfüllt sind.

Nach einem fünfjährigen tatsächlichen Aufenthalt besteht als Auffangnorm nun ein Anspruch auf Leistungen nach dem SGB II, auch wenn die fünf Jahre lang nicht durchgehend ein Freizügigkeitsgrund erfüllt worden ist und somit noch kein Daueraufenthaltsrecht entstanden ist.

Zugleich ist im § 23 Abs. 3 Satz 3ff SGB XII ein Anspruch auf so genannte Überbrückungsleistungen eingeführt worden, die normalerweise längstens für einen Monat „bis zur Ausreise“ erbracht werden sollen und normalerweise in ihrer Höhe den deutlich reduzierten Leistungen des § 1a AsylbLG entsprechen.

Bei Leistungsanträgen der oben genannten eigentlich ausgeschlossenen Gruppen sind die Sozialbehörden nun außerdem verpflichtet, die Ausländerbehörde zu informieren, so dass in manchen Fällen – aber längst nicht in allen! – eine Verlustfeststellung des Freizügigkeitsrechts die Folge sein kann.

## Kritik an den Leistungsausschlüssen

Der Paritätische hat seine Kritik an den nun geltenden Leistungsausschlüssen für Unionsbürgerinnen und Unionsbürger bereits im Gesetzgebungsverfahren geäußert.<sup>2</sup> Er hält sie für

- ⇒ **Sozialpolitisch fatal:** Ein Leben ohne jegliche soziale Absicherung trifft die Schwächsten am stärksten und hat soziale Verelendung, Schutzlosigkeit und prekärste Lebensverhältnisse zur Folge. Die Kosten werden am Ende doch wieder die Kommunen bezahlen müssen – etwa im Rahmen der Jugendhilfe, gesundheitlichen Notversorgung oder ordnungsrechtlichen Unterbringung.
- ⇒ **Integrationspolitisch kontraproduktiv:** Der Ausschluss von Leistungen des SGB II erschwert die Förderung von Teilhabe am Arbeitsmarkt. Leistungen des Bildungs- und Teilhabepakets sowie Sprachförderung sind dadurch ebenfalls faktisch ausgeschlossen.
- ⇒ **Grundgesetzwidrig:** Die staatliche Pflicht zur Sicherstellung eines menschenwürdigen Existenzminimums sowie die bislang dazu ergangene Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts werden durch das am 29.12.2016 in Kraft getretene Gesetz ignoriert. Das Bundesverfassungsgericht hat sich eindeutig dafür ausgesprochen, dass die Menschenwürde migrationspolitisch nicht zu relativieren ist.
- ⇒ **In Teilen europarechtswidrig:** Jedenfalls für den Personenkreis mit einem Aufenthaltsrecht als Kinder früherer Arbeitnehmerinnen oder Arbeitnehmer (Art. 10 VO 492/2011) sind die vorgesehenen Leistungsausschlüsse nicht mit dem Gleichbehandlungsgrundsatz aus Art. 4 der Verordnung 883/2004 vereinbar.
- ⇒ **Völkerrechtswidrig:** Die Verweigerung sogar des physischen Existenzminimums ist weder mit Art. 11 des UN-Sozialpakts noch mit Art. 13 der Europäischen Sozialcharta vereinbar.

- ⇒ **Logisch inkonsistent:** Eine Verschlechterung des Aufenthaltsstatus hat nach der Gesetzesverschärfung eine Verbesserung des sozialen Status zur Folge. *Nicht ausreisepflichtige* Unionsbürgerinnen und Unionsbürger hätten keinerlei Anspruch auf existenzsichernde Sozialleistungen, während nach formaler Feststellung der Ausreisepflicht Ansprüche bestehen (dann nach AsylbLG). Zudem gelten die Leistungsausschlüsse des SGB XII nur für Unionsbürgerinnen und Unionsbürger aus den osteuropäischen EU-Staaten, nicht aber für Personen aus den (überwiegend westeuropäischen) Staaten des Europäischen Fürsorgeabkommens.

Es sollte unstrittig sein, dass Menschen, die faktisch (und ganz überwiegend sogar rechtmäßig) in Deutschland leben, einen Anspruch auf Sicherstellung ihres menschenwürdigen Existenzminimums haben und nicht durch ein „Aushungern“ gezwungen werden dürfen, Deutschland zu verlassen – obwohl sie gar nicht ausreisepflichtig sind.

Im folgenden sollen die Ansprüche nach dem SGB II, SGB XII und AsylbLG im Einzelnen dargestellt werden. Dadurch sollen Beraterinnen und Beratern Hilfestellungen an die Hand gegeben werden, wie sie die Betroffenen dabei unterstützen können, ihre Ansprüche durchzusetzen. Viele Ablehnungen oder Leistungseinstellungen der Jobcenter oder Sozialämter sind erfahrungsgemäß rechtswidrig, da sie nicht das Vorliegen eines anderen Freizügigkeitsgrundes oder die Anwendbarkeit des Europäischen Fürsorgeabkommens berücksichtigt haben. Die Begründungen sollten daher genau geprüft werden und Rechtsmittel (Widerspruch und Eilantrag) gegen die Ablehnungen eingelegt werden.

### Praxistipp:

Eine ausführliche Arbeitshilfe des Paritätischen zu den Leistungsansprüchen von Unionsbürgerinnen und Unionsbürger finden Sie hier:

[http://www.einwanderer.net/fileadmin/downloads/tabellen\\_und\\_uebersichten/arbeitshilfe2017.pdf](http://www.einwanderer.net/fileadmin/downloads/tabellen_und_uebersichten/arbeitshilfe2017.pdf)

<sup>2</sup> Siehe auch Paritätische Stellungnahme im Rahmen der Anhörung am 28.11.2016, S. 48: <http://www.bundestag.de/blob/481946/f311ff0c9091baa5280d60a2650b21d5/materialzusammenstellung-data.pdf>

## Leistungen nach SGB II

Alle Unionsbürgerinnen und Unionsbürger haben – sofern sie die allgemeinen Voraussetzungen wie Hilfebedürftigkeit, Erwerbsfähigkeit usw. erfüllen – einen Anspruch auf Leistungen nach dem SGB II. Ausgenommen sind nur diejenigen Unionsbürgerinnen und Unionsbürger,

- ⇒ in den ersten drei Monaten des Aufenthalts (es sei denn, sie sind bereits in dieser Zeit Arbeitnehmerinnen, Arbeitnehmer, Selbstständige oder deren Familienangehörige, oder
- ⇒ die nur über ein Aufenthaltsrecht zur Arbeitsuche verfügen, oder
- ⇒ die nur über ein Aufenthaltsrecht als Kinder ehemaliger Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer nach Art. 10 VO 492/2011 verfügen, oder
- ⇒ die über kein materielles Aufenthaltsrecht verfügen (Nicht-Erwerbstätige ohne ausreichende Existenzmittel). (§ 7 Abs. 1 Satz 2 SGB II)

In der Beratungspraxis empfiehlt es sich also, zunächst zu prüfen, ob irgendein anderes Freizügigkeits- oder Aufenthaltsrecht als die hier genannten besteht, um einen Leistungsanspruch begründen zu können. Hierfür sollten die Freizügigkeitsschubladen aus Kapitel 2 genau geprüft werden.

## Praxistipp:

Das SGB II setzt für einen Leistungsanspruch gemäß § 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 SGB II – wie viele andere Sozialleistungen auch – einen Wohnsitz oder den gewöhnlichen Aufenthalt im Bundesgebiet voraus. (§ 30 SGB I)

Falls kein Wohnsitz in Deutschland besteht, ist der gewöhnliche Aufenthalt entscheidend. Dieser ist folgendermaßen definiert:

*„In erster Linie ist für die Begründung des gewöhnlichen Aufenthaltes der Wille der leistungsberechtigten Person maßgebend, einen bestimmten Ort zum Mittelpunkt ihrer Lebensbeziehungen zu machen. Nach der Rechtsprechung ist dabei nicht der rechtsgeschäftliche Wille, sondern der tatsächlich zum Ausdruck kommende Wille entscheidend.*

*Bezüglich der Umstände, die ein nicht nur vorübergehendes Verweilen erkennen lassen, ist kein dauerhafter oder längerer Aufenthalt erforderlich - wobei ein bisheriger längerer Aufenthalt ein Indiz für einen gewöhnlichen Aufenthalt ist – sondern es genügt, dass die oder der Betreffende sich an einem Ort oder Gebiet „bis auf weiteres“ im Sinne eines zukunfts-offenen Verbleibs aufhält und dort den Mittelpunkt seiner Lebensverhältnisse hat.“ (FH zu § 7 SGB II; Randziffer 7.2)*

Bei Unionsbürgerinnen und Unionsbürger, die nach Deutschland gezogen sind, ist also stets von der Begründung eines gewöhnlichen Aufenthalts auszugehen – auch wenn kein Wohnsitz bestehen sollte.

## In welchen Fällen bestehen entgegen dem Gesetzeswortlaut Chancen, einen Leistungsanspruch durchzusetzen?

Selbst wenn formal kein anderer Freizügigkeitsgrund als die oben genannten, vom Ausschluss betroffenen Gruppen zu finden sein sollte, haben Gerichte bereits entschieden, dass das Jobcenter in bestimmten Fällen dennoch Leistungen gewähren muss.

### ⇒ **Vorläufige Bewilligung gemäß § 41a Abs. 7 SGB II**

§ 41a Abs. 7 SGB II regelt, dass ein Jobcenter eine vorläufige Leistungs-Entscheidung treffen *kann* (also gleichsam zunächst mal zahlt), wenn ein Verfahren zur Prüfung der Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht vor dem Bundesverfassungsgericht oder eine entscheidungserhebliche Rechtsfrage beim Bundessozialgericht anhängig ist. Beides ist zur Frage der Leistungsausschlüsse für Unionsbürgerinnen und Unionsbürger aktuell der Fall. Die Frage der Vereinbarkeit der vollständigen Leistungsausschlüsse mit dem Grundgesetz sind aktuell beim Bundesverfassungsgericht anhängig, nachdem das Sozialgericht Mainz einen Vorlagebeschluss nach Karlsruhe gerichtet hatte (SG Mainz, Vorlagebeschluss vom 18. April 2016, S 3 AS 149/16). Auch beim Bundessozialgericht sind gegenwärtig mehrere Verfahren zur Zulässigkeit der vollständigen Leistungsausschlüsse unter folgenden Aktenzeichen anhängig: B 14 AS 31/16 R und B 14 AS 2/17 R (zu finden hier: [http://www.bsg.bund.de/DE/07\\_Anhaengige\\_Rechtsfragen/anhaengige\\_rechtsfragen\\_Senat\\_14.html?nn=3461716](http://www.bsg.bund.de/DE/07_Anhaengige_Rechtsfragen/anhaengige_rechtsfragen_Senat_14.html?nn=3461716))

Das LSG Niedersachsen-Bremen hat in einer Entscheidung das Jobcenter verpflichtet, vorläufige Leistungen zu erbringen, obwohl die Regelung eine Ermessensnorm ist. Der Grund: „*Wesentlicher Gesichtspunkt ist auch hierbei die anderenfalls drohende Verletzung des Grundrechts auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums (...)*“. Das Ermessen sei in diesem Fall „auf Null reduziert“. (Landessozialgericht Niedersachsen-Bremen (8. Senat), Beschluss vom 16. Februar 2017; L 8 SO 344/16 B ER). Auch das Landessozialgericht Baden-Württemberg hat in einem ähnlichen Fall aufgrund der Besonderheiten des Einzelfalls entschieden, dass vorläufige Leistungen zu erbringen sind (Landessozialgericht Baden-

Württemberg (1. Senat), Beschluss vom 26. April 2017, L 1 AS/854/17 ER-B). Ebenso gibt es positive Entscheidungen des SG Speyer, Beschluss v. 17.08.2017 - S 16 AS 908/17 ER, LSG Bayern (7. Senat); Beschluss vom 24. Juli 2017; L 7 AS 427/17 B ER und SG Hannover; Beschluss vom 14. Juli 2017; S 48 AS 1951/17 ER

## Praxistipp:

Bei einem Antrag an das Jobcenter von Personen, die eigentlich einem Leistungsausschluss unterliegen, sollte daher stets eine vorläufige Bewilligung nach § 41a Abs. 7 SGB II beantragt werden.

### ⇒ **Personen mit einem Aufenthaltsrecht nach Art. 10 VO 492/2011**

Die Kinder ehemaliger Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer haben nach Art. 10 VO 492/2011 ein Bleiberecht in Deutschland bis zum Abschluss einer Schul- oder Berufsausbildung. Dieses Aufenthaltsrecht besteht unabhängig von der Sicherung des Lebensunterhalts und gilt auch für die Eltern, die die elterliche Sorge tatsächlich ausüben.

Da es sich hierbei um ein eigenständiges Aufenthaltsrecht nach der VO 492/2011 handelt und nicht um ein Freizügigkeitsrecht nach der UnionsRL, ist für diese das Gleichbehandlungsgebot aus Art. 4 der Verordnung 883/2004 zu beachten. Mehrere Gerichte haben bereits festgestellt, dass aus diesem Grund der Leistungsausschluss im deutschen SGB II nicht mit europäischen Vorschriften zu vereinbaren ist.

So hat das Landessozialgericht Schleswig-Holstein am 17. Februar 2017 das Jobcenter entgegen dem Gesetzeswortlaut verpflichtet, Leistungen nach dem SGB II an eine rumänische Familie zu zahlen, die über ein Aufenthaltsrecht nach Art. 10 VO 492/2011 verfügt. Das LSG hält den Leistungsausschluss für diesen Personenkreis für europarechtswidrig.



„Für die Zeit ab 29. Dezember 2016 ist zwar mit § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 lit. c SGB II ein neuer Ausschlussgrund eingeführt worden, der sich auf Personen bezieht, die ein Aufenthaltsrecht aus Art. 10 VO (EU) 492/2011 herleiten. Diesen Leistungsausschluss hält der Senat allerdings bei vorläufiger Würdigung für gemeinschaftsrechtswidrig. Da eine Vorlage an den EuGH im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes untunlich ist, geht er nach Folgenabwägung vorläufig von einer Leistungspflicht des Antragsgegners aus.“  
LSG Schleswig-Holstein, Beschluss vom 17. Februar 2017, L 6 AS 11/17 B ER

Ebenso hat das Landessozialgericht NRW entschieden:

„Steht somit das aus Art. 10 VO (EU) 492/2011 abgeleitete Aufenthaltsrecht eigenständig neben denjenigen Aufenthaltsrechten, die sich aus der Unionsbürgerrichtlinie ergeben, und schließt zugleich die Unionsbürgerrichtlinie die Geltung von spezifischen und ausdrücklich im Vertrag und im abgeleiteten Recht vorgesehenen Bestimmungen nicht aus, hat sich der Leistungsausschluss nach § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 c) SGB II insbesondere an dem in Art. 4 Verordnung (EG) Nr. 883/2004 des europäischen Parlaments und des Rates vom 29.04.2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit (VO (EG) 883/2004) niedergelegten Gleichbehandlungsgebot zu messen. Nach dieser Norm haben Personen, für die diese Verordnung gilt, sofern in der Verordnung nichts anderes bestimmt ist, die gleichen Rechte und Pflichten aufgrund der Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats wie die Staatsangehörigen dieses Staates. Art. 4 VO (EG) 883/2004 verbietet jegliche Ungleichbehandlung aufgrund der Staatsangehörigkeit und fordert die Gleichbehandlung von Unionsbürgern mit ausländischer Staatsangehörigkeit mit inländischen Staatsangehörigen. Die Verordnung sieht jedoch eine Beschränkung des Gleichheitsgebotes anknüpfend an die Staatsangehörigkeit nicht vor (vgl. Derksen in info also, 6/2016, S. 258). Mangels wirksamer (Schranken-)Regelung dürfte der Leistungsausschluss des § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 c) SGB II mithin gegen Gemeinschaftsrecht verstoßen.“  
(LSG NRW; Beschluss vom 12. Juli 2017; L 12 AS 596/17 B ER, L 12 AS 597/17 B) Weitere positive Entscheidungen gibt es vom LSG NRW (21. Senat); Beschluss vom 14. September 2017; L 21 AS 1459/17 B ER, L 21 AS 1460/17 B; LSG NRW (19. Senat); Beschluss vom 21. August 2017; L 19 AS 1577/17 B ER und L 19 AS 1578/17 B sowie LSG NRW (6. Senat); Beschluss vom 1. August 2017; L 6 AS 860/17 B ER.

## Praxistipp:

Eine fortlaufend aktualisierte Rechtsprechungsübersicht der Entscheidungen der Sozialgerichte zum Leistungsausschluss von Unionsbürgerinnen und Unionsbürger finden Sie hier: [http://www.einwanderer.net/fileadmin/downloads/unionsbuergerInnen/rechtsprechung\\_Unionsbuerger.pdf](http://www.einwanderer.net/fileadmin/downloads/unionsbuergerInnen/rechtsprechung_Unionsbuerger.pdf)

### ⇒ Sonderregelung für österreichische Staatsangehörige

Für österreichische Staatsangehörige in Deutschland (wie auch für Deutsche in Österreich!) gilt ein spezielles „Deutsch-Österreichisches Fürsorgeabkommen“. Zum Deutsch-Österreichischen Fürsorgeabkommen hat die Bundesregierung bislang keinen Vorbehalt bezogen auf das SGB II erklärt, so dass österreichische Staatsangehörige aufgrund dieses Abkommens unabhängig vom Grund des Aufenthalts und unabhängig von der Freizügigkeitskategorie“ stets einen regulären SGB II bzw. XII-Anspruch haben dürften.

Das Sozialgericht München hat dazu geurteilt: „Weil der Kläger als österreichischer Staatsangehöriger gemäß Art. 2 Abs. 1 DÖFA (Deutsch-Österreichisches Fürsorgeabkommen) einen Anspruch auf Gleichbehandlung bei Fürsorgeleistungen hat, Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach SGB II Fürsorgeleistungen gemäß Art. 1 Nr. 4 DÖFA sind (...) und kein Ausschlussstatbestand nach dem Schlussprotokoll zum Abkommen vorliegt (...), ist § 7 Abs. 1 S. 2 SGB II auf ihn nicht anwendbar. Er hat Anspruch auf Arbeitslosengeld II wie ein deutscher Staatsbürger.“ (SG München Urteil vom 10. Februar 2017, S 46 AS 204/15)

Ähnlich entschieden hat auch das Landessozialgericht Mecklenburg-Vorpommern (Beschluss vom 7. März 2012; Az. L 8 B 489/10 ER). Sozialgericht Düsseldorf (43. Kammer), Urteil vom 13. März 2017; S 43 AS 3864/14

## Leistungen nach dem SGB II nach fünf Jahren tatsächlichen Aufenthalts

Für Personen, die in Deutschland seit fünf Jahren ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben und dies durch eine behördliche Anmeldung nachweisen können, besteht seit Ende Dezember 2016 ebenfalls ein regulärer SGB-II-/SGB-XII-Anspruch – auch wenn sie nicht die gesamten fünf Jahre einen formalen Freizügigkeitsgrund erfüllen und somit noch kein Daueraufenthaltsrecht haben. Der Leistungsbezug kann in diesem Fall jedoch das Freizügigkeitsrecht gefährden.

Für die fünf Jahre werden nur Zeiten berücksichtigt, für die die Ausländerbehörde nicht formal die Ausreisepflicht festgestellt hat (also bislang keine formale Feststellung über den Verlust oder das Nichtbestehen des Freizügigkeitsrechts getroffen hat).

Nach Gesetzeswortlaut ist für den Nachweis des Fünfjahreszeitraums das Vorliegen einer Wohnsitzanmeldung erforderlich. Dies ist wohl nicht haltbar, da der gewöhnliche Aufenthalt gem. § 30 SGB I für die Leistungen der Sozialgesetzbücher nicht zwingend an einen Wohnsitz gebunden sind, sondern ein „gewöhnlicher Aufenthalt“ auch ohne „Wohnsitz“ vorliegen kann:

*„Einen Wohnsitz hat jemand dort, wo er eine Wohnung unter Umständen innehat, die darauf schließen lassen, dass er die Wohnung beibehalten und benutzen wird. Den gewöhnlichen Aufenthalt hat jemand dort, wo er sich unter Umständen aufhält, die erkennen lassen, dass er an diesem Ort oder in diesem Gebiet nicht nur vorübergehend verweilt.“*

Zudem ist das Versäumnis einer Anmeldung lediglich eine Ordnungswidrigkeit, und der Zugang zu grundlegenden sozialen Rechten kann kaum davon abhängig gemacht werden. Falls also Leistungen wegen der fehlenden Wohnsitzanmeldung abgelehnt werden sollten, der gewöhnliche Aufenthalt aber anders glaubhaft gemacht werden kann (z. B. durch eidesstattliche Versicherungen, Bescheinigungen von Einrichtungen der Wohnungslosenhilfe, Kontoauszüge), sollten dagegen Rechtsmittel eingelegt werden. Das Landessozialgericht Berlin-Brandenburg hat entschieden, dass auch ohne Wohnsitzanmeldung der Fünfjahreszeitraum nachweisbar ist und andere Mittel zur Glaubhaftmachung ausreichen:

*„Zwar ist nach dem Wortlaut des Gesetzes für den Beginn der Fünfjahresfrist eine melderechtliche Anmeldung erforderlich. Wie der Senat zur Parallelregelung des § 7 Abs. 1 Sätze 4 und 5 Sozialgesetzbuch/Zweites Buch (SGB II) bereits entschieden hat, kann die Dauer des Aufenthalts aber auch auf andere Weise als durch eine melderechtliche Anmeldung belegt und glaubhaft gemacht werden (und muss es unter Umständen sogar, Beschluss vom 5. April 2017 – L 15 SO 353/16 B ER –, veröffentlicht). Keine Bedeutung für die Bemessung des Fünfjahreszeitraums hat außerdem, ob die Antragstellerin tatsächlich über ein materielles Freizügigkeitsrecht als EU-Bürgerin verfügt. Solange der Verlust bzw. das Nichtbestehen eines Freizügigkeitsrechts nicht durch die Ausländerbehörde festgestellt ist, ist ihr Aufenthalt im Inland nicht rechtswidrig im Sinne des § 23 Abs. 3 Satz 9 SGB XII (...).“*

LSG Berlin-Brandenburg (15. Senat); Beschluss vom 6. Juni 2017; L 15 SO 112/17 B ER

Ähnlich hatte das LSG Berlin-Brandenburg bereits in einem anderen Fall entschieden:

Landessozialgericht Berlin-Brandenburg (15. Senat), Beschluss vom 5. April 2017; L 15 SO 353/16 B ER

Das Landessozialgericht NRW hat zudem entschieden, dass auch dann die Fünf-Jahres-Frist erfüllt sein kann, wenn der Aufenthalt in Deutschland nicht durchgehend bestanden hat, sondern kurzfristig unterbrochen war. In diesem Fall war eine polnische Frau über mehrere Monate zur Pflege ihrer Mutter zwischen Deutschland und Polen gependelt und hatte sich in diesem Zeitraum für etwa vier Monate in Polen aufgehalten. Das LSG hat ihr dennoch einen SGB-II-Anspruch aufgrund eines insgesamt fünfjährigen Aufenthalts zugesprochen; die Unterbrechungen seien nur „unwesentlich“.

Landessozialgericht NRW (19. Senat), Beschluss vom 15. März 2017; L 19 AS 32/17 B ER

Das Jobcenter bzw. Sozialamt sind verpflichtet, bei einem Leistungsantrag dieser Personengruppe eine Meldung an die Ausländerbehörde vorzunehmen. Es kann danach eine formale Verlustfeststellung des Freizügigkeitsrechts drohen, wenn kein anderer Freizügigkeitsgrund vorliegt.

## Leistungen nach SGB XII

Die Hilfe zum Lebensunterhalt bzw. die Grundsicherung für erwerbsunfähige Personen nach dem SGB XII wird normalerweise nur an Personen erbracht, die die Altersgrenze überschritten haben oder längere Zeit voll erwerbsgemindert sind. Zusätzlich gibt es spezielle Leistungen des SGB XII (wie etwa die Hilfe zur Pflege, die Eingliederungshilfe, Leistungen bei besonderen sozialen Schwierigkeiten usw.), die auch zusätzlich zu Leistungen des SGB II erbracht werden müssen.

Normalerweise haben alle Unionsbürgerinnen und Unionsbürger – sofern sie die allgemeinen Voraussetzungen erfüllen – einen Anspruch auf sämtliche Leistungen nach dem SGB XII. Ausgenommen sind jedoch – ähnlich wie im SGB II – diejenigen Unionsbürgerinnen und Unionsbürger,

- ⇒ die „eingereist sind, um Sozialhilfe zu erlangen“,
- ⇒ in den ersten drei Monaten des Aufenthalts (es sei denn, sie sind bereits in dieser Zeit Arbeitnehmerinnen, Arbeitnehmer, Selbstständige oder deren Familienangehörige, oder
- ⇒ die nur über ein Aufenthaltsrecht zur Arbeitsuche verfügen, oder
- ⇒ die nur über ein Aufenthaltsrecht als Kinder ehemaliger Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer nach Art. 10 VO 492/2011 verfügen, oder
- ⇒ die über kein materielles Aufenthaltsrecht verfügen (Nicht-Erwerbstätige ohne ausreichende Existenzmittel). (§ 23 Abs. 3 SGB XII)

Ähnlich wie im SGB II besteht jedoch auch für diese eigentlich ausgeschlossenen Gruppen ein Anspruch auf sämtliche Leistungen des SGB XII, wenn Unionsbürgerinnen und Unionsbürger bereits seit fünf Jahren in Deutschland leben, ohne (durchgängig) einen materiellen Freizügigkeitsgrund erfüllt zu haben.

### ⇒ Staatsangehörige der Staaten des Europäischen Fürsorgeabkommens

Entgegen dem Gesetzeswortlaut besteht eine Besonderheit für bestimmte Staatsangehörige: Staatsangehörige, für die das Europäische Fürsorgeabkommen (EFA) gilt und

- deren Aufenthaltsrecht sich allein aus dem Zweck der Arbeitsuche ergibt, oder
- deren Aufenthaltsrecht sich aus dem Verbleiberecht der Kinder ehemaliger Arbeitnehmerinnen oder Arbeitnehmer und ihrer Eltern aus Art. 10 VO 492/2011 ergibt,

und die deswegen „dem Grunde nach“ keinen SGB-II-Anspruch besitzen, haben nach den Urteilen des Bundessozialgerichts Anspruch auf die normale Hilfe zum Lebensunterhalt nach dem SGB XII, obwohl sie gesundheitlich erwerbsfähig sind (BSG, Urteil vom 3. Dezember 2015, B 4 AS 59/13 R). Der Regelbedarf ist derselbe wie im SGB II. Der Leistungsbezug gefährdet das Freizügigkeitsrecht nicht.

Auch auf andere Leistungen des SGB XII (z. B. Eingliederungshilfe, Krankenhilfe, Bildungs- und Teilhabepaket usw.) besteht Anspruch, da das Fürsorgeabkommen ausdrücklich auch die „Gesundheitsfürsorge“ einbezieht. Unter „Fürsorge“ ist darüber hinaus alles zu verstehen, das den „Lebensbedarf sowie die Betreuung“ umfasst, „die ihre Lage erfordert“. Eine Ausnahme gilt nur für die Hilfe bei besonderen sozialen Schwierigkeiten (§§ 67ff.), die im Europäischen Fürsorgeabkommen ausdrücklich ausgenommen worden sind. Über § 67 ff. Leistungen muss in diesen Fällen nach Ermessen entschieden werden.

## Praxistipp:

Das Europäische Fürsorgeabkommen (EFA) gilt für folgende Staatsangehörige:

**Belgien, Dänemark, Estland, Frankreich, Griechenland, Irland, Island, Italien, Luxemburg, Malta, Niederlande, Norwegen, Portugal, Schweden, Spanien, Türkei, Großbritannien.**

Das Europäische Fürsorgeabkommen ist hier zu finden: <https://rm.coe.int/168006379f>

Staatsangehörigen der genannten Staaten ist, wenn sie sich in Deutschland „*erlaubt aufhalten und nicht über ausreichende Mittel verfügen, in gleicher Weise wie seinen eigenen Staatsangehörigen und unter den gleichen Bedingungen die Leistungen der sozialen und Gesundheitsfürsorge (...) zu gewähren.*“ (Art. 1 EFA)

Die Bundesregierung hat zwar einen Vorbehalt für die Gültigkeit des EFA für das System des SGB II verkündet, jedoch nicht für das System der Sozialhilfe nach dem SGB XII. Daher hat das Bundessozialgericht entschieden, dass Sozialhilfe nach dem SGB XII den EFA-Staatsangehörigen erbracht werden muss, auch wenn sie erwerbsfähig sind. Dieser Anspruch ist auch durch die jüngste Gesetzesänderung nicht eingeschränkt worden!

## Praxistipp:

Für die Geltung des Gleichbehandlungsanspruchs aus dem EFA ist Voraussetzung, dass die Person über einen „erlaubten Aufenthalt“ verfügt, so dass entweder ein Aufenthaltsrecht zur Arbeitsuche oder ein Aufenthaltsrecht nach Art. 10 VO 492/2011 vorliegen muss (dies sind die Aufenthaltsrechte, die nach § 7 Abs. 1 SGB II nicht zu einem regulären SGB II-Anspruch führen).

Ob von einem „erlaubten Aufenthalt“ auch dann auszugehen ist, wenn zwar kein materielles Freizügigkeitsrecht erfüllt ist, aber die Freizügigkeit auch noch nicht formal entzogen wurde, ist bislang nicht eindeutig geklärt.

Das Bundessozialgericht hatte dazu im Jahr 2010 entschieden:

*„Der Aufenthalt des Klägers „gilt“ aus diesem Grund als erlaubt im Sinne des Art 11 EFA. Dies entspricht auch der Praxis der Ausländerbehörden, wonach von der Rechtmäßigkeit des Aufenthalts auszugehen ist, bis eine Verlustfeststellung mit entsprechender Einziehung der Aufenthaltsbescheinigung nach § 5 Abs 5 FreizügG/EU erfolgt.“* (BSG, Urteil vom 19.10.2010; B 14 AS 23/10 R)

In einer anderen Entscheidung hat das Bundessozialgericht entschieden:

*„Das Aufenthaltsrecht besteht, solange der Aufnahmemitgliedstaat nicht durch einen nationalen Rechtsakt festgestellt hat, dass der Unionsbürger bestimmte vorbehaltene Bedingungen iS des Art 21 AEUV nicht erfüllt.“* (BSG, Urteil vom 30.1.2013; B 4 AS 54/12 R)

Insofern dürfte von einem rechtmäßigen Aufenthalt im Sinne des EFA auszugehen sein, bis die Ausländerbehörde das Freizügigkeitsrecht auch formal entzieht.

Gegen diese Auffassung spricht jedoch die jüngere Rechtsprechung des Bundessozialgerichts. In einem Urteil vom 3. Dezember 2016 heißt es dazu: *„Der Senat geht davon aus, dass – in Anlehnung an die vormalige Anknüpfung an § 1 Abs 4 AufenthG/EWG – eine (weiterhin bestehende) materielle Freizügigkeitsberechtigung für einen erlaubten Aufenthalt im Sinne des EFA vorausgesetzt wird.“* Bundessozialgericht, Urteil vom 3. Dezember 2016; B 4 AS 59/13 R

Mehrere Gerichtsentscheidungen haben den Anspruch auf SGB-XII-Leistungen für EFA-Staatsangehörige bestätigt:

So hat etwa das Landessozialgericht Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 14. März 2017; L 15 SO 321/16 B ER für einen italienischen Staatsangehörigen entschieden:

*„Der Zugang zu Leistungen des SGB XII für Staatsangehörige von EFA-Signatarstaaten ist somit unter den Voraussetzungen des EFA ohne die für Ausländer geltenden Ausschlussstatbestände des § 23 Abs. 3 SGB XII gegeben (...). Dies gilt auch für die ab 29. Dezember 2016 geltende Fassung. (...) Auf die (vorläufige) Rückkehr in ihr Heimatland kann die Antragstellerin nicht verwiesen werden. Solange die zuständige Ausländerbehörde keine „Verlustfeststellung“ getroffen hat, gilt - wie ausgeführt - zu ihren Gunsten die Vermutung eines bestehenden Freizügigkeitsrechts.“*

Dies wird in einer weiteren Entscheidung desselben Gerichts bestätigt. Danach erkennt das Gericht ebenfalls einen Anspruch auf SGB XII-Leistungen aufgrund des Europäischen Fürsorgeabkommens für einen Italiener an. In diesem Fall verpflichtet das Gericht sogar das Jobcenter zu zahlen, da es als zuerst angegangene Behörde gem. § 43 SGB I in Vorleistung treten muss und es den Antrag nicht an das Sozialamt weitergeleitet hat. (Landessozialgericht Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 21. März 2017, L 18 AS 526/17 ER).

Weitere positive Entscheidungen hierzu stammen vom Sozialgericht Düsseldorf (29. Kammer), Beschluss vom 26. Mai 2017; S 29 AS 1333/17 ER LSG Baden-Württemberg (7. Senat); Beschluss vom 31. Juli 2017 (L 7 SO 2557/17 ER-B), LSG Berlin-Brandenburg (15. Senat); Beschluss vom 20. Juni 2017 (L 15 SO 104/17 B ER)

## Praxistipps:

### ⇒ Kein Ausschluss in den ersten drei Monaten

Auch innerhalb der ersten drei Monate des Aufenthalts besteht nach dem EFA ein Anspruch auf Sozialhilfe nach dem SGB XII. Der Leistungsausschluss innerhalb der ersten drei Monate ist in diesem Fall nicht anwendbar.

### ⇒ Kein Ausschluss wegen „Einreise zum Sozialhilfebezug“

Auch der Vorwurf einer „Einreise zum Zwecke des Sozialhilfebezugs“ führt nach dem EFA nicht zu einem Leistungsausschluss. Dies hat das Bundessozialgericht bereits im Jahr 2010 klar gestellt (BSG, Urteil vom 19.10.2010; B 14 AS 23/10 R).

### ⇒ EFA schränkt Möglichkeiten zur Verlustfeststellungen ein

Nach dem EFA darf nur eingeschränkt eine „Rückschaffung“ allein aus Gründen der Sozialhilfebefürftigkeit erfolgen. So sieht Art. 7 EFA die Möglichkeit zu einer „administrativen Ausweisung“ nur nach einer Einzelfallprüfung vor, wenn die betreffende Person „keine engen Bindungen in dem Land seines gewöhnlichen Aufenthaltes“ hat. Und weiter heißt es: „Die Vertragschließenden vereinbaren, daß sie nur mit großer Zurückhaltung zur Rückschaffung schreiten und nur dann, wenn Gründe der Menschlichkeit dem nicht entgegenstehen.“



## Die „Überbrückungsleistungen“

Statt der regulären Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts ist für von den regulären Leistungen ausgeschlossene Personen ein Anspruch auf innerhalb von zwei Jahren nur einmalig zu gewährende „Überbrückungsleistungen“ im System des SGB XII eingeführt worden, die zeitlich regelmäßig auf einen Monat beschränkt sind und sogar das rein physische Existenzminimum deutlich unterschreiten. Die Überbrückungsleistungen haben folgenden Umfang:

- ⇒ **Ernährung** (Abteilungen 1 und 2 der Einkommens- und Verbrauchsstichprobe EVS; in Regelbedarfsstufe 1 betragen diese im Jahr 2017 **142 Euro**)
- ⇒ **Körperpflege** (einzelne Positionen aus Abteilung 12 EVS: **25 Euro**)
- ⇒ **Gesundheitspflege** (Abteilung 6 EVS: **16 Euro**).

Dies ergibt einen **Anspruch von 183 Euro in Regelbedarfsstufe 1** und damit weit weniger als die Hälfte des normalen Regelbedarfs. Das reguläre physische Existenzminimum in Regelbedarfsstufe 1 beläuft sich dagegen bereits auf rund 255 Euro.

### Praxistipp:

Hier finden Sie eine Zusammenstellung der einzelnen Abteilungen innerhalb der jeweiligen Regelbedarfsstufen entsprechend der Einkommens- und Verbrauchsstichprobe (EVS):

[www.harald-thome.de/fa/harald-thome/files/Aufteilung-Regelbedarf-2017.pdf](http://www.harald-thome.de/fa/harald-thome/files/Aufteilung-Regelbedarf-2017.pdf)

Teil der „Überbrückungsleistungen“ sind zudem Kosten für Unterkunft und Heizung sowie die Gesundheitsversorgung bei akuten oder schmerzhaften Erkrankungen und Hilfe bei Schwangerschaft und Mutterschaft. Zusätzlich besteht Anspruch auf darlehensweise Gewährung der angemessenen Rückreisekosten. (§ 23 Abs. 3a SGB XII)

Ausgeschlossen sind damit regelmäßig unter anderem Leistungen für:

- Kleidung
- Hausrat, Haushaltsgegenstände
- Strom
- Bildungs- und Teilhabepaket
- Behandlung chronischer Erkrankungen
- das gesamte soziale Existenzminimum (Fahrtkosten, Telefonkosten usw.)
- sämtliche sonstigen Leistungen des SGB XII (Hilfe zur Pflege, Eingliederungshilfe, Leistungen zur Überwindung besonderer sozialer Schwierigkeiten usw.).

⇒ **In Ausnahmefällen: Auch andere Leistungen nach dem SGB XII**

Nur soweit „*dies im Einzelfall besondere Umstände erfordern*“ besteht „zur Überwindung einer besonderen Härte“ Anspruch auf andere Leistungen im Sinne von § 23 Absatz 1 SGB XII – also die gesamten Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts sowie sämtliche übrigen Leistungen des SGB XII, die über § 23 Abs. 1 nach den Sätzen 1, 2 oder 3 SGB XII eröffnet sind. Die Gesetzesbegründung nennt beispielhaft lediglich Leistungen für Kleidung, es kann sich aber etwa auch um Leistungen bei besonderen sozialen Schwierigkeiten (§ 67ff SGB XII) handeln.

⇒ **In Ausnahmefällen: Auch länger als einen Monat Überbrückungsleistungen**

Über den Zeitraum von einem Monat hinaus besteht nur dann Anspruch, „*soweit dies im Einzelfall aufgrund besonderer Umstände zur Überwindung einer besonderen Härte und zur Deckung einer zeitlich befristeten Bedarfslage geboten ist.*“ Die Gesetzesbegründung nennt hierzu beispielhaft eine amtsärztlich festgestellte Reiseunfähigkeit.

## Praxistipp:

Der Auslegung dieser Härtefallregelung dürfte in der sozialgerichtlichen Praxis eine entscheidende Bedeutung zukommen: In Zukunft werden sich zahlreiche Sozialgerichte mit der Frage auseinandersetzen müssen, in welcher Höhe und für welche Dauer die Überbrückungsleistungen zu erbringen sind. So dürfte sich insbesondere in Eilverfahren die Frage stellen, ob eine ansonsten stattfindende Unterschreitung des menschenwürdigen Existenzminimums nicht in jedem Fall „besondere Umstände“ und eine „besondere Härte“ darstellt, aufgrund derer zumindest die Hilfe zum Lebensunterhalt in gesetzlicher Höhe und über einen Monat hinaus zu erbringen sind. Ebenso stellt sich die Frage, ob der vollständige Sozialleistungsentzug bei Vorliegen eines Aufenthaltsrechts nach Art. 10 VO 492/2011 für Kinder ehemaliger Arbeitnehmerinnen oder Arbeitnehmer und deren Eltern (das unabhängig von der Sicherstellung des eigenen Lebensunterhalts besteht!) nicht in jedem Fall eine „besondere Härte“ und „besondere Umstände“ in diesem Sinne begründet – zumal dieser Leistungsausschluss wohl kaum europarechtskonform sein dürfte.

Es ist davon auszugehen, dass viele Sozialgerichte die Sozialämter verpflichten werden, höhere Leistungen als die normalerweise vorgesehenen zu bewilligen und diese auch über einen Monat hinaus weiter leisten zu müssen. Hierfür sollten im Widerspruch und im Eilantrag beim Sozialgericht die Gründe vorgetragen werden, warum im Einzelfall bestimmte zusätzliche Leistungen erforderlich sind (z. B. Kleidung, Behandlung chronischer Erkrankungen, Leistungen zur sozialen Teilhabe wie Fahrtkosten, Telefonkosten, Hilfe zur Pflege, Hilfe zur Überwindung besonderer sozialer Schwierigkeiten usw.) und warum diese auch länger als einen Monat erbracht werden müssen (z. B. bei Krankheit, wenn Kinder in der Familie leben, bei Behinderung, bei Schwangerschaft usw.). So hat das LSG Hessen dazu verpflichtet, die Leistungen bei einer Krankenbehandlung länger als einen Monat zu erbringen und ausdrücklich festgestellt, dass die „Überbrückungsleistungen“ nicht von einer tatsächlichen Ausreise abhängig gemacht werden dürfen (LSG Hessen (4. Senat); Beschluss vom 13. Juni 2017; L 4 SO 79/17 B ER).

## Die Meldepflicht

Es gibt künftig eine Meldepflicht aller Behörden (außer Schulen u. ä.), wenn diese Kenntnis haben von Leistungsanträgen nach SGB II oder XII von Ausländerinnen und Ausländern, die

- über kein (unionsrechtliches) Aufenthaltsrecht verfügen,
- über ein Aufenthaltsrecht nur zum Zweck der Arbeitsuche verfügen,
- nur über ein Aufenthaltsrecht nach Art. 10 VO 492/2011 verfügen, oder
- einen fünfjährigen gewöhnlichen Aufenthalt nachweisen können (§ 87 Abs. 2 Nr. 2a AufenthG).

Auch bei Anträgen auf die neuen „Überbrückungsleistungen“ nach SGB XII besteht eine Meldepflicht an die Ausländerbehörde.

Abgesehen von Zweifeln, ob obligatorische und automatische Meldungen an die Ausländerbehörde europarechtskonform sind, stellt sich die Frage, welchen Sinn diese haben sollen: Denn jedenfalls für die Unionsbürgerinnen und -bürger mit einem Aufenthaltsrecht zur Arbeitsuche und diejenigen mit einem Aufenthaltsrecht nach Art. 10 VO 492/2011 ist das Vorhandensein ausreichender Existenzmittel keineswegs Voraussetzung für das Vorliegen des materiellen Aufenthaltsrechts. Somit kann ein Antrag auf Leistungen auch nicht zu einer Verlustfeststellung führen, die Meldung ergibt also keinen Sinn. Es ist zu befürchten, dass die Meldepflicht in erster Linie ein Instrument zur Verunsicherung der Betroffenen darstellt. In der Folge dürften vermehrt rechtswidrige Verlustfeststellungen getroffen werden – gegen die die Betroffenen dann durch Klage und Eilantrag vor dem Verwaltungsgericht vorgehen müssen.

## Leistungen nach dem Asylbewerberleistungsgesetz (AsylbLG)

Nach einer Feststellung über den Verlust oder das Nichtbestehen des Freizügigkeitsrechts durch die Ausländerbehörde sind die Betroffenen leistungsberechtigt nach dem Asylbewerberleistungsgesetz – entweder nach § 1 Abs. 1 Nr. 4 AsylbLG (wenn die Ausländerbehörde eine Duldung ausstellt), oder nach § 1 Abs. 1 Nr. 5 AsylbLG (wenn die Ausländerbehörde keine Duldung ausstellt).

Dass nach einer Verlustfeststellung prinzipiell der Anspruch auf Leistungen nach dem AsylbLG bestehen, hat auch das Landessozialgericht Hessen in einem Beschluss entschieden (LSG Hessen; 7.4.2015 (L 6 AS 62/15 B ER)).

Ein wesentlich schlechterer ausländerrechtlicher Status hat also eine deutlich bessere sozialrechtliche Stellung zur Folge. Dies ist zwar unlogisch, aber die Wege des Gesetzgebers sind manchmal unergründlich.

Die Höhe der Leistungen nach dem AsylbLG hängt davon ab, wie lange die Betroffenen bereits in Deutschland leben (nach 15 Monaten Aufenthalt: Leistungen entsprechend dem SGB XII, innerhalb der ersten 15 Monate: etwa 50 Euro weniger in Regelbedarfsstufe 1) und ob das Sozialamt eine Leistungskürzung nach § 1a Abs. 2 AsylbLG verhängt. In diesem Fall wären nur Leistungen ungefähr in Höhe der oben beschriebenen „Überbrückungsleistungen“ ohne Beschränkung auf einen Monat zu erbringen – wobei auch eine solche Leistungskürzung aus Sicht des Paritätischen verfassungswidrig wäre.

## Die Leistungsausschlüsse widersprechen Verfassungs- und Europarecht

### ⇒ Unvereinbarkeit mit dem Grundgesetz

Das Bundesverfassungsgericht (Urteil vom 18. Juli 2012; 1 BvL 10/10 – 1 BvL 2/11) hatte im Jahr 2012 festgestellt, dass das Grundgesetz „ein Grundrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums“ garantiere. Bei diesem Anspruch handele es sich um ein Menschenrecht. *„Er umfasst sowohl die physische Existenz des Menschen als auch die Sicherung der Möglichkeit zur Pflege zwischenmenschlicher Beziehungen und ein Mindestmaß an Teilhabe am gesellschaftlichen, kulturellen und politischen Leben. Das Grundrecht steht deutschen und ausländischen Staatsangehörigen, die sich in der Bundesrepublik Deutschland aufhalten, gleichermaßen zu.“*

Eine Differenzierung hinsichtlich eines möglicherweise reduzierten Umfangs für bestimmte Gruppen ausländischer Staatsangehöriger sei nur zulässig, „sofern deren Bedarf an existenznotwendigen Leistungen von dem anderer Bedürftiger signifikant abweicht und dies folgerichtig in einem inhaltlich transparenten Verfahren anhand des tatsächlichen Bedarfs gerade dieser Gruppe

*belegt werden kann.“* Die Gesetzesbegründung geht hingegen mit keinem Wort auf eine möglicherweise geringere (nämlich auf null reduzierte!) Bedarfslage der vom vollständigen Leistungsausschluss erfassten Gruppen ein.

Laut Gesetzesbegründung seien die oben zitierten Grundsätze aus dem BVerfG-Urteil nicht einschlägig für die Gruppe der nicht-erwerbstätigen oder arbeitssuchenden Unionsbürgerinnen und -bürger, denn:

*„Die Neuregelung berücksichtigt, dass die Situation von Unionsbürgerinnen und Unionsbürgern, einerseits sowie Asylbewerberinnen und Asylbewerbern andererseits nicht vergleichbar ist. Unionsbürgerinnen und Unionsbürgern stehen andere Möglichkeiten der Selbsthilfe offen, als dies für Asylbewerberinnen und Asylbewerber der Fall ist. Während Leistungsberechtigte nach dem Asylbewerberleistungsgesetz oftmals nicht ohne möglicherweise drohende Gefahren (etwa durch Verfolgung) in ihr Heimatland zurückkehren können, ist dies Unionsbürgerinnen und Unionsbürgern gefahrlos möglich und zumutbar.“*

Die *Möglichkeit* einer Ausreise ist für die Frage der Sicherstellung eines menschenwürdigen Existenzminimums jedoch nicht von Belang. Das Bundessozialgericht hatte hierzu entschieden: „Auf die Möglichkeit einer Heimkehr des Ausländers in sein Herkunftsland kommt es in diesem Zusammenhang nicht an. Diese Möglichkeit ist im Hinblick auf die Ausgestaltung des genannten Grundrechts als Menschenrecht schon verfassungsrechtlich jedenfalls solange unbeachtlich, wie der tatsächliche Aufenthalt in Deutschland von den zuständigen Behörden faktisch geduldet wird.“ (BSG, Urteil vom 20. Januar 2016 - B 14 AS 35/15 R)

Auch eine kurzfristige Aufenthaltsdauer oder geringe Aufenthaltsperspektive rechtfertigt es nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts nicht, „den Anspruch auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums auf die Sicherung der physischen Existenz zu beschränken. Art. 1 Abs. 1 GG in Verbindung mit Art. 20 Abs. 1 GG verlangt, dass das Existenzminimum in jedem Fall und zu jeder Zeit sichergestellt sein muss (...). Die einheitlich zu verstehende menschenwürdige Existenz muss daher ab Beginn des Aufenthalts in der Bundesrepublik Deutschland realisiert werden.“

Der zentrale Satz in dem zitierten Urteil lautet: „Die Menschenwürde ist migrationspolitisch nicht zu relativieren.“ Die Gesetzesbegründung argumentiert demgegenüber sogar ausdrücklich und in erster Linie migrationspolitisch: „Es ist davon auszugehen, dass die Regelung des Leistungsausschlusses im SGB XII eine Lenkungswirkung entfalten wird.“ Die Sozialleistungsausschlüsse, die in erster Linie und ausdrücklich aus migrationspolitischen Erwägungen erfolgt sind, sind insofern mit der Rechtsprechung des BVerfG nicht zu vereinbaren.

Die Frage der Vereinbarkeit der vollständigen Leistungsausschlüsse mit dem Grundgesetz sind aktuell beim Bundesverfassungsgericht anhängig, nachdem das Sozialgericht Mainz einen Vorlagebeschluss nach Karlsruhe gerichtet hatte (SG Mainz, Vorlagebeschluss vom 18. April 2016, S 3 AS 149/16). Auch das Sozialgericht Speyer hält die Leistungsausschlüsse für verfassungswidrig (SG Speyer, Beschluss v. 17.08.2017 - S 16 AS 908/17 ER).

## Unvereinbarkeit mit Unionsrecht

In den Rechtssachen Dano, Alimanovic und Garcia-Nieto hatte der Europäische Gerichtshof zwar den Ausschluss von Leistungen des SGB II für Unionsbürgerinnen und -bürger für europarechtlich zulässig erklärt, wenn diese ausschließlich über ein Aufenthaltsrecht zur Arbeitssuche oder über kein materielles Aufenthaltsrecht verfügen. In diesen Verfahren hat sich der EuGH jedoch nicht zum Leistungsausschluss für Kinder von Unionsbürgerinnen und Unionsbürgern geäußert, denen nach Art. 10 Freizügigkeitsverordnung ein Aufenthaltsrecht zusteht.

Es spricht vieles dafür, dass der Ausschluss jedenfalls von Leistungen des SGB II für den von Art. 10 Freizügigkeitsverordnung (VO 492/2011) erfassten Personenkreis gegen das Diskriminierungsverbot aus Art. 4 der Verordnung zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit (883/2004/EG) verstößt. Denn auch nach der Rechtsprechung des EuGH darf dieses Diskriminierungsverbot nur dann eingeschränkt werden, wenn es dafür eine ausdrückliche Ermächtigungsgrundlage gibt.

Für Personen, die der Unionsbürgerrichtlinie (RL 2004/38/EG; UnionsRL) unterliegen, findet sich nach der Rechtsprechung des EuGH diese Ermächtigungsgrundlage in Art. 24 Abs. 2 der UnionsRL. Damit begründete der EuGH auch die Zulässigkeit der Verweigerung von SGB-II-Leistungen für nur Arbeitssuchende bzw. Personen ohne materielles Aufenthaltsrecht in den Fällen Alimanovic, Dano und García-Nieto.

Aber: Diese Ermächtigung zur Ungleichbehandlung erstreckt sich ausdrücklich nur auf eine Person mit Unionsbürgerschaft, die „sich aufgrund dieser Richtlinie im Hoheitsgebiet des Aufnahmemitgliedstaats aufhält“. Das Aufenthaltsrecht nach Art. 10 Freizügigkeitsverordnung (VO 492/2011) ist jedoch ein eigenständiges Aufenthaltsrecht, das unabhängig von bzw. neben der Unionsbürgerrichtlinie existiert – und ausdrücklich auch ohne eigene Existenzsicherung besteht. Aus diesem Grund ist die Ermächtigung zur Ungleichbehandlung aus Art. 24 Abs. 2 UnionsRL für diesen Personenkreis nicht anwendbar. Vielmehr muss das Gleichbehandlungsgebot aus Art. 4 Verordnung zur sozialen Sicherheit (VO 883/2004) jedenfalls für den Anwendungsbereich des SGB II eingehalten werden. Der Leistungsausschluss ist europaa-

rechtswidrig. Die Neuregelung ist somit – bezogen auf Kinder ehemaliger Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer – mit Unionsrecht unvereinbar.

## Was kann man gegen die Verweigerung von Leistungen tun? Praxistipps für die Rechtsdurchsetzung

### ⇒ Antragstellung

Anträge auf Leistungen nach dem SGB II oder SGB XII beim Jobcenter oder Sozialamt sind nicht an eine bestimmte Form gebunden. Das heißt: Sie können mündlich, telefonisch, per Mail oder schriftlich gestellt werden. Der Antrag ist dabei nicht das ergänzende Formular, sondern die geäußerte Willensbekundung, Leistungen vom Jobcenter oder Sozialamt zu erhalten.

Die Jobcenter bzw. Sozialämter müssen jeden Antrag als solchen behandeln und bescheiden. Die Bundesagentur für Arbeit erklärt dies in ihren Fachlichen Hinweisen für die Jobcenter folgendermaßen: *„Auch bei berechtigten Zweifeln am Vorliegen der Anspruchsvoraussetzungen (z. B. Hilfebedürftigkeit) ist der Antrag als solcher zu behandeln und zu bescheiden.“* (Fachliche Hinweise der BA zu § 37 SGB II, Randziffer 37.2)

Es ist also nicht zulässig, Personen einfach wegzuschicken. Weiter heißt es in den Verwaltungsvorschriften:

*„Wird ein Antrag postalisch oder telefonisch gestellt, ist dem Antragsteller unverzüglich ein Antragsvordruck zur Klärung der Anspruchsvoraussetzungen zu übersenden. (...) Über jeden Antrag ist zu entscheiden, unabhängig von der Abgabe der Antragsunterlagen. (...) Die Entscheidung des Jobcenters ist nur entbehrlich, wenn der Antragsteller nachweislich (schriftlich) auf die Leistung verzichtet hat (§ 46 SGB I) oder der Antrag zurückgenommen oder widerrufen worden ist. (Randnummern 37.9 und 37.12)*

Es besteht Anspruch auf einen schriftlichen und begründeten Bescheid.

Für Leistungen nach dem SGB XII gilt im Prinzip das gleiche – allerdings ist hierfür gar kein Antrag erforderlich, sondern die Sozialhilfe setzt bereits dann ein, wenn dem Sozialamt „bekannt wird“, dass die Voraussetzungen für Sozialhilfe vorliegen (§ 18 SGB XII).

### ⇒ Dolmetscher- und Übersetzungsdienste

Für alle Staatsangehörigen eines EU-Staates, alle anerkannten Flüchtlinge, alle Staatenlosen und alle Drittstaatsangehörigen in einer „grenzüberschreitenden Situation“ (d. h., die ihren rechtmäßigen Lebensmittelpunkt von einem EU-Staat in einen anderen verlagern) besteht nach der EU-Verordnung 883/2004 ein Anspruch auf Gleichbehandlung. Dieser Anspruch erstreckt sich auch darauf, dass Sprachschwierigkeiten keine Hürden bei der Inanspruchnahme von Leistungen sein dürfen, die in der genannten Verordnung geregelt sind. Unter anderem gilt dies für Familienleistungen, Rente, Arbeitsförderung, aber auch für die so genannten „besonderen beitragsunabhängigen Geldleistungen“ gem. Art. 70 der Verordnung – das sind die Leistungen des SGB II. Im Klartext: Das Jobcenter muss Übersetzungen vornehmen lassen oder Dolmetscher stellen und bezahlen, wenn es keine andere vernünftige Möglichkeit gibt. Geregelt ist dies ausdrücklich in eine Weisung der Bundesagentur für Arbeit (Weisung Nr. 201611028 vom 2. November 2011).

Hierin ist eine Rangfolge der Inanspruchnahme von Sprachmittlerinnen und -mittlern geregelt: In erster Linie sollen Kundinnen und Kunden der Jobcenter (und Arbeitsagenturen oder Familienkassen) mit Sprachschwierigkeiten eine Person mit entsprechenden Sprachkenntnissen mitbringen.



„Ist dies nicht möglich, werden für Übersetzungen und Dolmetscherdienste Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter (**des Jobcenters**) mit entsprechenden Sprachkenntnissen betraut. Sofern dies ebenfalls ausscheidet, sollen soziale Verbände bzw. ehrenamtliche Einrichtungen u. ä. (...) hierfür gewonnen werden. (...) Stehen diese Möglichkeiten nicht zur Verfügung ist die BA (Bundesagentur für Arbeit) verpflichtet, Übersetzungen vorzunehmen und Dolmetscherdienste anzubieten.“

Die Weisung sieht ausdrücklich vor, dass für Unionsbürgerinnen und -bürger „die Kosten für Übersetzungen von Schriftstücken und für Dolmetscherdienste (...) bei allen Kontakten von Amts wegen übernommen“ werden müssen. Dies gilt also auch für die eigentliche Antragstellung: Es ist nicht zulässig, die Antragsannahme oder Vorsprache zu verweigern, weil Sprachschwierigkeiten bestehen.

#### ⇒ **Vorschüsse**

Falls die Entscheidung über einen Antrag auf Leistungen länger dauert, muss das Jobcenter oder das Sozialamt (wie auch andere Sozialleistungsträger, z. B. Elterngeld- oder Wohngeldstellen) spätestens nach vier Wochen Vorschüsse erbringen, wenn diese beantragt werden. Die Höhe richtet sich danach, wie dringend es ist, Leistungen zu erhalten. Wenn glaubhaft gemacht wird, dass eine akute Notlage vorliegt, weil keinerlei Mittel mehr vorhanden sind, müssen die Vorschüsse sofort erbracht werden. Auch die Höhe richtet sich danach, wie dringend und für welchen Zeitraum diese erbracht werden. (§ 42 SGB I und § 41a Abs. 1 SGB II)

#### ⇒ **Anträge müssen von Amts wegen an den zuständigen Leistungsträger weiter geleitet werden.**

Oftmals ist es für die Betroffenen völlig unklar, welche Sozialbehörde in welchen Fällen zuständig ist. Je nach Aufenthaltsdauer, Aufenthaltsgrund, familiärer Konstellation usw. ist mal das Jobcenter zuständig und mal das Sozialamt. Hierbei können die Betroffenen den Durchblick kaum behalten.

Daher regelt § 16 SGB I für alle Sozialleistungen:

„Anträge, die bei einem unzuständigen Leistungsträger (...) gestellt werden, sind unverzüglich an den zuständigen Leistungsträger weiterzuleiten. Ist die Sozialleistung von einem Antrag abhängig, gilt der Antrag als zu dem Zeitpunkt gestellt, in dem er bei einer der in Satz 1 genannten Stellen eingegangen ist.“

Der beim Jobcenter gestellte Antrag muss also automatisch ans Sozialamt weitergeleitet werden, wenn das Jobcenter der Auffassung ist nicht zuständig zu sein. Leistungen müssen dann vom Sozialamt ab dem Zeitpunkt erbracht werden, als der Antrag beim Jobcenter eingegangen ist.

Das Bundessozialgericht hat dies noch einmal bekräftigt (Urteil vom 3.12.2015, B 4 AS 44/15 R):

„Dem steht nicht entgegen, dass die Beigeladene im streitigen Zeitraum keine Kenntnis von der Hilfebedürftigkeit der Kläger hatte. Die Beigeladene muss sich hier die Kenntnis des Beklagten zurechnen lassen.“

#### ⇒ **vorläufige Leistungen**

Wenn beide Behörden der Auffassung sind, sie seien unzuständig, muss die zuerst angegangene Behörde vorläufige Leistungen erbringen. Dies muss spätestens nach vier Wochen passieren, wenn dies beantragt wird. (§ 43 SGB I)

#### ⇒ **vorläufige Entscheidung (im SGB II)**

Eine ganz spezielle Regelung findet sich im SGB II: Wenn nämlich

1. die Frage, ob eine entscheidende gesetzliche Regelung des SGB II im Widerspruch zu höherrangigem Recht (also etwa dem Grundgesetz oder einer europäischen Verordnung) steht, Gegenstand eines Verfahrens beim Bundesverfassungsgericht oder dem EuGH ist, oder wenn

2. eine entscheidungserhebliche Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung Gegenstand eines Verfahrens vor dem Bundessozialgericht ist,

kann das Jobcenter eine vorläufige Entscheidung über die Erbringung von Geld- oder Sachleistungen treffen. So regelt es § 41a Abs. 7 SGB II. Auf diesen Paragraphen sollte das Jobcenter ausdrücklich hingewiesen und ein formloser Antrag auf „vorläufige Entscheidung“ gestellt werden, denn beides ist momentan der Fall: Sowohl vor dem Bundesverfassungsgericht als auch vor dem Bundessozialgericht sind Verfahren anhängig, die die Zulässigkeit der Leistungsausschlüsse für Unionsbürgerinnen und Unionsbürger betreffen.

Das Jobcenter darf zudem nicht pauschal mit Verweis auf das in § 41a Abs. 7 SGB II normierte Ermessen („kann“) eine vorläufige Entscheidung verweigern. Insbesondere wenn es um die Sicherung grundlegender Bedürfnisse geht, ist das Ermessen regelmäßig auf null reduziert. So hat es etwa auch das Landessozialgericht Niedersachsen-Bremen festgestellt: *„Wesentlicher Gesichtspunkt ist auch hierbei die anderenfalls drohende Verletzung des Grundrechts auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums (...)“*. Das Ermessen sei in diesem Fall *„auf Null reduziert“*. (Landessozialgericht Niedersachsen-Bremen (8. Senat), Beschluss vom 16. Februar 2017; L 8 SO 344/16 B ER)

#### ⇒ **Widerspruch und Klage**

Gegen eine Ablehnung der Leistung kann innerhalb eines Monats Widerspruch eingelegt werden. Falls auch der Widerspruch negativ entschieden werden sollte, kann dagegen vor dem zuständigen Sozialgericht eine Klage eingelegt werden. Falls die Widerspruchsfrist verpasst wurde, kann jederzeit ein neuer Antrag auf Leistungen gestellt werden.

In der Klage sollte man die Beiladung des anderen Sozialleistungsträger beantragen, wenn etwa zwischen Jobcenter und Sozialamt strittig ist, wer von beiden zuständig ist. Für eine Klage beim Sozialgericht benötigt man nicht zwingend eine Rechtsanwältin oder einen Rechtsanwalt.

#### ⇒ **Eilantrag**

Oft muss es bei der Verweigerung existenzsichernder Sozialleistungen schnell gehen. Daher gibt es beim Sozialgericht das Instrument des Eilantrags („Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung“, § 86b II SGG. Einen Eilantrag kann man stellen, wenn ein Antrag abgelehnt wurde (und dagegen ein Widerspruch und danach eine Klage eingelegt wurde), ein Einstellungsbescheid erlassen wurde oder wenn ein Antrag unzumutbar lange bearbeitet wird, ohne dass das Jobcenter einen Bescheid erlässt. Es muss sich um einen dringenden, existenziell notwendigen und unaufschiebbaren gegenwärtigen Bedarf handeln – was bei Leistungen des Existenzminimums regelmäßig erfüllt sein dürfte.

## Praxistipp:

⇒ Für Verfahren bei den Sozialgerichten fallen keine Gerichtskosten an und es gibt keinen Anwaltszwang. Dennoch kann es sinnvoll sein, eine Rechtsanwältin oder einen Rechtsanwalt hinzuzuziehen. Hierfür gibt es die Möglichkeit, Prozesskostenhilfe zu beantragen.

Die Antragsformulare finden Sie hier:

[www.justiz.de/formulare/zwi\\_bund/zp1a.pdf](http://www.justiz.de/formulare/zwi_bund/zp1a.pdf)

⇒ Ausführliche Informationen zu Prozesskostenhilfe und Beratungshilfe finden Sie in einer Broschüre des Bundesjustizministeriums:

[www.bmjv.de/SharedDocs/Publikationen/DE/Beratungs\\_PKH.pdf?blob=publicationFile&v=14](http://www.bmjv.de/SharedDocs/Publikationen/DE/Beratungs_PKH.pdf?blob=publicationFile&v=14)

# Praxistipp:

Ein Eilantrag kann auch ohne Rechtsanwalt gestellt werden und könnte in etwa folgendermaßen aussehen (bitte ergänzen und Nichtzutreffendes bitte streichen):

## 1. Für Leistungen nach dem SGB II (Arbeitsuchende oder Nicht-Erwerbstätige):

Name / Anschrift...

Datum...

An das Sozialgericht ....

Ich beantrage den Erlass einer einstweiligen Anordnung gegen das Jobcenter...

Ich beantrage, das Jobcenter im Wege der einstweiligen Anordnung zu verpflichten, mir Leistungen der Grundsicherung für Arbeitsuchende nach dem SGB II zu gewähren.

Ich beantrage gemäß § 75 SGG die Beiladung des Sozialamts...und bitte das Gericht, dieses hilfsweise zu verpflichten, mir Leistungen nach dem SGB XII zu gewähren.

Begründung: Ich habe am ... beim Jobcenter Grundsicherung für Arbeitsuchende nach dem SGB II beantragt und den in Kopie beiliegenden Antrag abgegeben. Am ... habe ich erneut beim Jobcenter... vorgesprochen. Mein Antrag wurde am ... abgelehnt. Am ... habe ich einen Widerspruch eingelegt, über den noch nicht entschieden ist.

/ Mein Antrag wurde trotz Aufforderung und Glaubhaftmachung der Dringlichkeit noch nicht entschieden.

Die Sache ist dringend. Ich bin völlig mittellos und obdachlos, weil... (gegebenenfalls die aktuelle Notlage näher erläutern und Nachweise beifügen!).

### **Begründung:**

Ich verfüge als europäischer Staatsangehöriger über ein Aufenthaltsrecht zum Zwecke der Arbeitsuche / als Nicht-Erwerbstätiger. Eine Verlustfeststellung durch die Ausländerbehörde ist bislang nicht erfolgt. Ich bin daher nicht verpflichtet, auszureisen und kann auch nicht ausreisen, da ich meinen Lebensmittelpunkt in Deutschland habe. In mein Herkunftsland habe ich keine Verbindungen mehr (bitte ausführen).

Gem. § 7 Abs. 1 Satz 2 SGB II bzw. § 23 Abs. 3 SGB XII bin ich vollständig von Leistungen ausgeschlossen. Dieser vollständige Leistungsausschluss widerspricht meiner Auffassung nach dem Menschenrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums gem. Art. 2 und Art. 20 GG. Die Frage der Vereinbarkeit des vollständigen Leistungsausschlusses ist beim Bundesverfassungsgericht anhängig (SG Mainz, Vorlagebeschluss vom 18. April 2016, S 3 AS 149/16). Auch beim Bundessozialgericht sind gegenwärtig mehrere Verfahren zur Zulässigkeit der vollständigen Leistungsausschlüsse unter folgenden Aktenzeichen anhängig: B 14 AS 31/16 R und B 14 AS 2/17 R.

Aus diesem Grund beantrage ich, gem. § 41a Abs. 7 SGB II zumindest einen vorläufigen Bewilligungsbescheid zu erlassen, bis diese grundlegenden und entscheidungserheblichen Rechtsfragen geklärt sind.

Nach meiner Überzeugung ist das Ermessen zur vorläufigen Bewilligung auf null reduziert, da es sich um existenzsichernde Leistungen handelt. (vgl.: Landessozialgericht Niedersachsen-Bremen, Beschluss vom 16. Februar 2017; L 8 SO 344/16 B ER; Landessozialgericht Baden-Württemberg, Beschluss vom 26. April 2017, L 1 AS/854/17 ER-B.

## 2. Für Leistungen nach dem SGB II (Aufenthaltsrecht nach Art. 10 VO 492/2011):

Name / Anschrift...

Datum...

An das Sozialgericht ....

Ich beantrage den Erlass einer einstweiligen Anordnung gegen das Jobcenter...

Ich beantrage, das Jobcenter im Wege der einstweiligen Anordnung zu verpflichten, mir Leistungen der Grundsicherung für Arbeitsuchende nach dem SGB II zu gewähren.

Ich beantrage gemäß § 75 SGG die Beiladung des Sozialamts...und bitte das Gericht, dieses hilfsweise zu verpflichten, mir Leistungen nach dem SGB XII zu gewähren.

Begründung: Ich habe am ... beim Jobcenter Grundsicherung für Arbeitsuchende nach dem SGB II beantragt und den in Kopie beiliegenden Antrag abgegeben. Am ... habe ich erneut beim Jobcenter... vorgesprochen. Mein Antrag wurde am ... abgelehnt. Am ... habe ich einen Widerspruch eingelegt, über den noch nicht entschieden ist.

/ Mein Antrag wurde trotz Aufforderung und Glaubhaftmachung der Dringlichkeit noch nicht entschieden.

Die Sache ist dringend. Ich bin völlig mittellos und obdachlos, weil... (gegebenenfalls die aktuelle Notlage näher erläutern und Nachweise beifügen!).

### **Begründung:**

Ich / der andere Elternteil habe vom ... bis ... in Deutschland bei Firma... gearbeitet. Meine Tochter / mein Sohn geht in Deutschland zur Schule. Daher verfügt meine Tochter / mein Sohn und ich als der Elternteil, der die Personensorge tatsächlich ausübt, über ein Aufenthaltsrecht nach Art. 10 VO 492/2011.

Gem. § 7 Abs. 1 Satz 2 SGB II bzw. § 23 Abs. 3 SGB XII bin ich und meine Tochter / mein Sohn dennoch vollständig von Leistungen ausgeschlossen. Dies widerspricht jedoch dem Gleichbehandlungsgrundsatz aus Art. 4 VO 883/2004. Eine europarechtliche Ermächtigung zu einem Ausschluss von Sozialhilfeleistungen für Personen mit einem Aufenthaltsrecht nach Art. 10 VO 492/2011 existiert nicht, da der Vorbehalt aus Art. 24 Abs. 2 UnionsRL in diesem Fall nicht anwendbar ist (vgl.: LSG Schleswig-Holstein, Beschluss vom 17. Februar 2017, L 6 AS 11/17 B ER; LSG NRW; Beschluss vom 12. Juli 2017; L 12 AS 596/17 B ER, L 12 AS 597/17 B)

### 3. Für Leistungen nach dem SGB XII (für Staatsangehörige des Europäischen Fürsorgeabkommens):

An das Sozialgericht ....

Ich beantrage den Erlass einer einstweiligen Anordnung gegen das Jobcenter...

Ich beantrage, das Sozialamt im Wege der einstweiligen Anordnung zu verpflichten, mir Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach dem SGB XII zu gewähren.

Ich beantrage gemäß § 75 SGG die Beiladung des Jobcenters...und bitte das Gericht, dieses hilfsweise zu verpflichten, mir Leistungen nach dem SGB II zu gewähren.

Begründung: Ich habe am ... beim Sozialamt Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach dem SGB XII beantragt und den in Kopie beiliegenden Antrag abgegeben. Am ... habe ich erneut beim Sozialamt... vorgeschrieben. Mein Antrag wurde am ... abgelehnt. Am ... habe ich einen Widerspruch eingelegt, über den noch nicht entschieden ist.

/ Mein Antrag wurde trotz Aufforderung und Glaubhaftmachung der Dringlichkeit noch nicht entschieden.

Die Sache ist dringend. Ich bin völlig mittellos und obdachlos, weil... (gegebenenfalls die aktuelle Notlage näher erläutern und Nachweise beifügen!).

#### **Begründung:**

Ich bin xxx-Staatsangehöriger und bin damit freizügigkeitsberechtigt. Die Ausländerbehörde hat bislang keine Verlustfeststellung getroffen. Somit verfüge ich über einen erlaubten Aufenthalt. Als xxx-Staatsangehöriger gilt für mich der Gleichbehandlungsgrundsatz aus Art. 1 des Europäischen Fürsorgeabkommens. Die Bundesregierung hat zwar einen Vorbehalt zur Gültigkeit des EFA für das System des SGB II verkündet, jedoch nicht für das System der Sozialhilfe nach dem SGB XII. Da ich gem. § 7 Abs. 1 Satz 2 SGB II dem Grunde nach von Leistungen nach dem SGB II ausgeschlossen bin, ist für mich der Anwendungsbereich des SGB XII eröffnet (vgl. BSG, Urteil vom 3. Dezember 2015, B 4 AS 59/13 R sowie: LSG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 14. März 2017; L 15 SO 321/16 B ER:

*„Der Zugang zu Leistungen des SGB XII für Staatsangehörige von EFA-Signatarstaaten ist somit unter den Voraussetzungen des EFA ohne die für Ausländer geltenden Ausschlussstatbestände des § 23 Abs. 3 SGB XII gegeben (...). Dies gilt auch für die ab 29. Dezember 2016 geltende Fassung. (...) Auf die (vorläufige) Rückkehr in ihr Heimatland kann die Antragstellerin nicht verwiesen werden. Solange die zuständige Ausländerbehörde keine „Verlustfeststellung“ getroffen hat, gilt - wie ausgeführt - zu ihren Gunsten die Vermutung eines bestehenden Freizügigkeitsrechts.“*



## 4. Weitere Sozialleistungen und andere Soziale Rechte

### Kindergeld

Freizügigkeitsberechtigte Unionsbürgerinnen und Unionsbürger haben einen Anspruch auf Kindergeld dann, wenn sie ihren gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland haben – normalerweise auch dann, wenn das Kind noch im EU-Ausland lebt.

Die Dienstanweisungen des Bundeszentralamts für Steuern zum Kindergeld nach dem Einkommenssteuergesetz“ (S. 27) fordern die Familienkassen jedoch auf, im Einzelfall gemeinsam mit den Ausländerbehörden zu klären, ob die Voraussetzungen des Freizügigkeitsrechts nicht bestehen – und im Zweifelsfall die Gewährung von Kindergeld zu verweigern. Dies könne insbesondere dann geschehen,

*„wenn der Berechtigte kein Daueraufenthaltsrecht hat und er seinen Lebensunterhalt allein durch Leistungen nach dem SGB II oder dem SGB XII sichert oder wenn er bereits zusammenhängend länger als sechs Monate arbeitslos ist.“*

Eine solche Praxis halten wir für unzulässig. Denn der Bundesfinanzhof hat im April 2015 und im März 2017 entschieden, dass vom Vorliegen einer Freizügigkeitsberechtigung so lange auszugehen sei, bis die Ausländerbehörde formal festgestellt habe, dass diese nicht (mehr) vorliege. Daher sei auch so lange Kindergeld zu zahlen. (Bundesfinanzhof, Urteil vom 27. April 2015; III B 127/14.; und Urteil vom 15.3.2017, III R 32/15)

### Praxistipp:

⇒ Zu den Ansprüchen auf Kindergeld für Unionsbürgerinnen und Unionsbürger hat der Paritätische eine Arbeitshilfe erstellt. Daher soll an dieser Stelle auf eine ausführliche Darstellung verzichtet werden. Die Arbeitshilfe ist hier herunterzuladen:

[www.der-paritaetische.de/fileadmin/user\\_upload/Publikationen/doc/Zugang\\_zu\\_Kinder-geldleistungen\\_fuer\\_EU-BuergerInnen\\_in\\_Deutschland.pdf](http://www.der-paritaetische.de/fileadmin/user_upload/Publikationen/doc/Zugang_zu_Kinder-geldleistungen_fuer_EU-BuergerInnen_in_Deutschland.pdf)

⇒ Außerdem hat die Bundesagentur für Arbeit eine Arbeitshilfe „Kindergeld in grenzüberschreitenden Fällen (Europäische Union, Europäischer Wirtschaftsraum und Schweiz)“ erstellt, die hier herunterzuladen ist:

[www3.arbeitsagentur.de/web/wcm/idc/groups/public/documents/webdatei/mdaw/mtu3/~edisp/l6019022dstbai717911.pdf?ba.sid=L6019022DSTBAI717918](http://www3.arbeitsagentur.de/web/wcm/idc/groups/public/documents/webdatei/mdaw/mtu3/~edisp/l6019022dstbai717911.pdf?ba.sid=L6019022DSTBAI717918)

⇒ Eine wichtige Rechtsgrundlage bieten auch die „Dienstanweisungen des Bundeszentralamts für Steuern zum Kindergeld nach dem Einkommenssteuergesetz“, die hier herunterzuladen sind:

[www.bzst.de/DE/Steuern\\_National/Kinder-geld\\_Fachaufsicht/Familienkassen/Dienstan-weisung/Dienstanweisung\\_node.html](http://www.bzst.de/DE/Steuern_National/Kinder-geld_Fachaufsicht/Familienkassen/Dienstan-weisung/Dienstanweisung_node.html)

## Unterhaltsvorschuss

Seit Juli 2017 kann Unterhaltsvorschuss in bestimmten Fällen bis zum 18. Geburtstag des Kindes geleistet werden. Gerade für Unionsbürgerinnen und Unionsbürger, die keine Leistungen nach SGB II oder XII erhalten, kann der Unterhaltsvorschuss daher eine wichtige Leistung sein, um das Existenzminimum zumindest ansatzweise zu decken.

Gemäß § 1 Abs. 2a Satz 1 UhVorschG haben freizügigkeitsberechtigte Unionsbürgerinnen und Unionsbürger und ihre freizügigkeitsberechtigten Familienangehörigen (sowie norwegische, liechtensteinische, isländische und schweizerische Staatsangehörige) stets einen Anspruch auf Unterhaltsvorschuss wie deutsche Staatsangehörige. Nach der Logik des Freizügigkeitsrechts und der Unionsbürgerrichtlinie, wird bei Unionsbürgerinnen und Unionsbürgern zunächst immer gesetzlich vermutet, dass sie freizügigkeitsberechtigt sind. Die Ausländerbehörde kann jedoch im Einzelfall feststellen, dass die Voraussetzungen dafür nicht erfüllt werden und eine formale „Verlustfeststellung“ treffen. Dies kann jedoch nur durch einen Verwaltungsakt erfolgen, automatisch erlischt das Freizügigkeitsrecht nicht.

Die Richtlinien zum Unterhaltsvorschuss (S. 52) fordern die Unterhaltsvorschusskassen jedoch auf, im Einzelfall gemeinsam mit den Ausländerbehörden zu klären, ob die Voraussetzungen des Freizügigkeitsrechts nicht bestehen – und im Zweifelsfall die Gewährung von Unterhaltsvorschuss zu verweigern. Dies könne insbesondere dann erfolgen, wenn ein Antragsteller oder eine Antragstellerin

- „weder erwerbstätig ist
- noch selbständig ist
- noch arbeitssuchend ist
- noch über einen ausreichenden Krankenversicherungsschutz (ggf. auch im Heimatland) verfügt.“

Eine solche Praxis halten wir für falsch. Unterhaltsvorschuss muss solange gezahlt werden, bis die Ausländerbehörde förmlich den Verlust oder das Nichtbestehen des Freizügigkeitsrechts feststellt.

## Praxistipp:

Kinder ab zwölf Jahren haben dann einen Anspruch auf Unterhaltsvorschuss, wenn „das Kind keine Leistungen nach dem Zweiten Buch Sozialgesetzbuch bezieht“ – auch dann, wenn die Leistung die theoretische Hilfebedürftigkeit nicht überwinden kann (§ 1 Abs. 1a UhVorschG). Zusammen mit dem Kindergeld, dem Wohngeld und eventuell dem Elterngeld, die trotz der Leistungsausschlüsse im SGB II und XII beansprucht werden können, kann zumindest ein Teil des Bedarfs gerade für Familien gedeckt werden.

## Praxistipp:

⇒ Bernd Eckhardt aus Nürnberg hat eine ausführliche und sehr hilfreiche Darstellung der neuen Regelungen zum Unterhaltsvorschuss zusammen gestellt. Diese ist hier herunterzuladen: [http://sozialrecht-justament.de/data/documents/3-2017-Sozialrecht-Justament\\_korrigiert.pdf](http://sozialrecht-justament.de/data/documents/3-2017-Sozialrecht-Justament_korrigiert.pdf)

⇒ Das Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend hat neue Richtlinien zum Unterhaltsvorschuss veröffentlicht. Diese finden sich hier: [http://ggua.de/fileadmin/downloads/Unterhaltsvorschuss/UVG\\_RL\\_7-2017.pdf](http://ggua.de/fileadmin/downloads/Unterhaltsvorschuss/UVG_RL_7-2017.pdf)

## Wohngeld

Beim Wohngeld besteht kein ausländerrechtlicher Ausschluss für Unionsbürgerinnen und Unionsbürger. Gem. § 3 Abs. 5 WoGG besteht ein Anspruch für Ausländerinnen und Ausländer unter anderem dann, wenn sie „ein Aufenthaltsrecht nach dem Freizügigkeitsgesetz/EU haben“. Dies wird stets anzunehmen sein, so lange die Ausländerbehörde keine formale Verlustfeststellung getroffen hat. Aber auch Ausländerinnen und Ausländer, die eine Duldung nach dem Aufenthaltsgesetz besitzen, haben dem Grunde nach einen Anspruch. Nach einer formalen Verlustfeststellung sind auch Unionsbürgerinnen und Unionsbürger

ger „geduldet“ so lange die Ausländerbehörde keine Abschiebung durchführt.

## Ausbildungsförderung

Zum Anspruch auf BAföG und Berufsausbildungsbeihilfe (unter anderem) für Unionsbürgerinnen und Unionsbürger hat der Paritätische eine ausführliche Broschüre erstellt. Daher soll an dieser Stelle nicht ausführlich auf diesen Punkt eingegangen werden.

### Praxistipp:

⇒ Die Broschüre „Der Zugang zur Berufsausbildung und zu den Leistungen der Ausbildungsförderung für junge Flüchtlinge und junge Neuzugewanderte“ ist hier herunterzuladen: [www.der-paritaetische.de/publikationen/der-zugang-zur-berufsausbildung-und-zu-den-leistungen-der-ausbildungsfoerderung-fuer-junge-fluechtlinge/](http://www.der-paritaetische.de/publikationen/der-zugang-zur-berufsausbildung-und-zu-den-leistungen-der-ausbildungsfoerderung-fuer-junge-fluechtlinge/)

## Gesundheitsversorgung

Zum Anspruch auf Gesundheitsversorgung von Unionsbürgerinnen und Unionsbürgern hat der Paritätische eine ausführliche Broschüre erstellt. Daher soll an dieser Stelle nicht ausführlich auf diesen Punkt eingegangen werden.

### Praxistipp:

⇒ Die Broschüre „Schutzlos oder gleichgestellt? – Der Zugang zum Gesundheitssystem für Unionsbürger und ihre Familienangehörigen“ ist hier herunterzuladen: [www.der-paritaetische.de/publikationen/schutzlos-oder-gleichgestellt-der-zugang-zum-gesundheitssystem-fuer-unionsbuenger-und-ihre-familien/](http://www.der-paritaetische.de/publikationen/schutzlos-oder-gleichgestellt-der-zugang-zum-gesundheitssystem-fuer-unionsbuenger-und-ihre-familien/)

## Sprachförderung

Es gibt zwei unterschiedliche bundesgesetzlich geregelte Sprachkurs-Angebote:

- den Integrationskurs (§ 43ff AufenthG) und
- die berufsbezogene Deutschsprachförderung (§ 45a AufenthG).

Unionsbürgerinnen und Unionsbürger sowie ihre freizügigkeitsberechtigten Familienangehörigen können beantragen, zu den beiden Kursangeboten zugelassen zu werden, solange bei ihnen nicht der Verlust oder das Nichtbestehen der Freizügigkeit festgestellt worden ist. Bei ihnen ist stets von einem rechtmäßigen und dauerhaften Aufenthalt auszugehen.

### ⇒ Integrationskurs:

Die Integrationskurse umfassen normalerweise 600 Unterrichtseinheiten Sprachkurs und 100 Unterrichtseinheiten einen so genannten „Orientierungskurs“. Sie schließen üblicherweise mit dem Sprachzertifikat B1 ab. Unionsbürgerinnen und Unionsbürger sowie ihre freizügigkeitsberechtigten Familienangehörigen haben zwar keinen formalen Anspruch auf Teilnahme und können von der Ausländerbehörde auch nicht dazu verpflichtet werden. Aber sie können beim Bundesamt für Migration und Flüchtlinge (BAMF) einen Antrag auf Zulassung stellen (§ 44 Abs. 4 AufenthG). Zudem kann das Jobcenter sie im Rahmen der Eingliederungsvereinbarung verpflichten, einen Antrag auf Zulassung zu stellen. Die Zulassung erfolgt im Rahmen freier Kurskapazitäten, wobei Unionsbürgerinnen und Unionsbürger sowie ihre freizügigkeitsberechtigten Familienangehörigen vorrangig zu berücksichtigen sind (§ 5 Abs. 4 Nr. 4 Integrationskursverordnung – IntV).

Teilnehmende müssen von den Unterrichts- und Fahrtkosten befreit werden, wenn sie Leistungen nach dem SGB II oder SGB XII beziehen. Personen, die keine Leistungen erhalten, können von den Kosten befreit werden, wenn diese eine „unzumutbare Härte“ bedeuten würden. Die Kosten betragen ansonsten pro Unterrichtseinheit 1,95 €.

## Praxistipp:

⇒ Weitere Informationen zum Integrationskurs inkl. der Antragsformulare finden Sie beim zuständigen BAMF:

[www.bamf.de/DE/Willkommen/DeutschLernen/Integrationskurse/integrationskurse-node.html](http://www.bamf.de/DE/Willkommen/DeutschLernen/Integrationskurse/integrationskurse-node.html)

### ⇒ Berufsbezogene Deutschsprachförderung:

Die berufsbezogene Deutschsprachförderung ist in § 45a AufenthG geregelt und steht Unionsbürgerinnen und Unionsbürgern sowie ihren freizügigkeitsberechtigten Familienangehörigen ebenfalls offen.

Für die Kurse sind normalerweise Kenntnisse der Stufe B1 Voraussetzung; es gibt unterschiedliche Module, die üblicherweise jeweils 300 Unterrichtseinheiten umfassen und mit den Stufen B2, C1 oder C2 abschließen.

Zuständig für die Zuweisung ist die Arbeitsagentur oder das Jobcenter, in bestimmten Fällen auch das BAMF. Voraussetzung ist, dass man entweder

- bei der Arbeitsagentur arbeitsuchend, arbeitslos oder ausbildungssuchend gemeldet sind, oder
- Leistungen nach dem SGB II beziehen, oder
- als Arbeitnehmerin oder Arbeitnehmer eine Beschäftigung ausüben.

Auch Personen, die für die Anerkennung ihrer ausländischen Berufsqualifikation ein bestimmtes Sprachniveau benötigen oder während einer Berufsausbildung eine Sprachförderung brauchen, können zugelassen werden. Das Jobcenter kann Personen, die Hartz IV erhalten, im Rahmen der Eingliederungsvereinbarung verpflichten, am Sprachkurs teilzunehmen.

Ein Kostenbeitrag fällt nur an für Teilnehmende, die neben dem Kurs eine Beschäftigung ausüben und soviel verdienen, dass sie keine ergänzenden Leistungen nach dem SGB II oder SGB XII erhalten.

## Praxistipp:

Auch arbeitsuchende oder nicht-erwerbstätige Unionsbürgerinnen und Unionsbürger, die aufgrund des Leistungsausschlusses kein Geld vom Jobcenter erhalten, können zum Sprachkurs zugelassen werden, wenn sie sich bei der Arbeitsagentur arbeitslos / arbeitsuchend melden. Sie sind dann auch von den Kosten zu befreien.

## Praxistipp:

⇒ Weitere Informationen zur berufsbezogenen Deutschsprachförderung gibt es beim BAMF: [www.bamf.de/DE/Infothek/BerufsbezogeneFoerderung/Deutschfoerderung45a/deutschfoerderung45a-node.html](http://www.bamf.de/DE/Infothek/BerufsbezogeneFoerderung/Deutschfoerderung45a/deutschfoerderung45a-node.html)

⇒ Die vollständigen Rechtsgrundlagen finden Sie in der „Deutschsprachförderverordnung (DeuFöV)“: [www.gesetze-im-internet.de/deuf\\_v/BJNR612500016.html](http://www.gesetze-im-internet.de/deuf_v/BJNR612500016.html)

## Unterbringung bei Obdachlosigkeit

Für Unionsbürgerinnen und Unionsbürger, die (unfreiwillig) obdachlos sind, besteht ein Anspruch auf Unterbringung. Dieser Anspruch nach den Ordnungsbehördengesetzen der Bundesländer besteht dabei unabhängig vom Anspruch auf die Gewährung von Leistungen nach dem SGB II oder SGB XII.

Der Rechtsanwalt Karl-Heinz Ruder kommt in einem Rechtsgutachten für die Bundesarbeitsgemeinschaft Wohnungslosenhilfe (Berlin, 2015, herunterzuladen hier: <http://www.bagw.de/de/themen/notversorgung/gutacht.html>) zu dem Ergebnis:

*„Das Polizeirecht ist Gefahrenabwehrrecht und kein Ausländer- und Sozialrecht. Da durch die (unfreiwillige) Obdachlosigkeit wichtige Rechtsgüter, nämlich bestimmte Grund- und Menschenrechte, gefährdet werden, stellt sie eine konkrete Gefahr für die öffentliche Sicherheit dar. Hierbei kommt es grundsätzlich weder auf die Nationalität noch auf den ausländerrechtlichen Status einer betroffenen Person an.“*

### ⇒ Anspruch auf Unterbringung besteht aufgrund menschenrechtlicher Verpflichtungen

Der subjektiv-individuelle Unterbringungsanspruch ergibt sich schon dadurch, dass ansonsten existenzielle Grundrechte nicht gewährleistet würden, insbesondere der Schutz der Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG), das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG) sowie der Schutz von Ehe und Familie (Art. 6 GG). Eine Negierung der Unterbringungsverpflichtung würde zudem verschiedenen menschenrechtlichen Verpflichtungen zuwiderlaufen, so etwa Art. 31 der Europäischen Sozialcharta (Recht auf Wohnung), Art. 11 des Internationalen Pakts über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (Recht auf angemessenen Lebensstandard einschließlich Unterbringung), Art. 3 UN-Kinderrechtskonvention (Vorrang des Kindeswohls).

### ⇒ Verweigerung der Unterbringung mit Verweis auf die mögliche „freiwillige Ausreise“ ist nicht zulässig

Die von manchen Kommunen angeführte Argumentation, es könne nicht von einer unfreiwilligen Obdachlosigkeit ausgegangen werden, da ja jederzeit eine Ausreise und eine Inanspruchnahme des Fürsorgesystems im Heimatland möglich sei, trägt dabei nicht.

Karl-Heinz Ruder kommt in seinem Rechtsgutachten zu dem Schluss:

*„In keinem Fall kann die Polizei- und Ordnungsbehörde den Betroffenen „zwingen“, die BRD zu verlassen. Für entsprechende Aufforderungen, Verfügungen bzw. Vollstreckungshandlungen würde ihr die sachliche Zuständigkeit fehlen. Zuständige Behörde für die Durchsetzung einer Ausreisepflicht ist ausschließlich die Ausländerbehörde.“*

Diese Verpflichtung kann nicht dadurch ausgehebelt werden, dass bei Ablehnung einer freiwilligen Ausreise (die ausländerrechtlich noch nicht einmal verlangt werden darf), existenzielle Grund- und Menschenrechte verweigert werden.

So hat das Oberverwaltungsgericht Bremen festgestellt:

*„Es spricht einiges dafür, dass es nicht zulässig ist, ungeachtet der Rechtmäßigkeit des Aufenthalts bei Unionsbürgern etwaige obdachlosenpolizeiliche Maßnahmen auf die Übernahme der Rückführungskosten in das Herkunftsland zu beschränken.“*

(OVG Bremen, Beschluss vom 7. Februar 2013; 1 B 1/13)

Das Verwaltungsgericht Oldenburg hat entschieden: *„Die Antragsgegnerin darf ihm aber nicht zur Abwendung der akut drohenden Obdachlosigkeit diese Möglichkeit der Inanspruchnahme als ein geeignetes Austauschmittel anstelle der Unterbringung in der Obdachlosenunterkunft vorhalten. (...) Eine zuständige Gemeinde darf sich nicht der Unterbringung Obdachloser dadurch entledigen, indem sie diese schlicht durch Übernahme der Fahrtkosten in eine andere Gemeinde weiterreisen lässt*



*bzw. weiterschickt, sofern dies nicht freiwillig geschieht.  
(...) Gemessen daran erweist sich das „Angebot“ der An-  
tragsgegnerin, die Fahrtkosten nach Bulgarien für den  
Antragsteller zu übernehmen als rechtswidrig, soweit sie  
damit verknüpft, ihn nicht (mehr) in die Obdachlosenun-  
terkunft in ihrem Stadtgebiet einzuweisen.“*

(Verwaltungsgericht Oldenburg, Beschluss vom 5.  
September 2013; 7 B 5845/13



Oranienburger Str. 13-14  
10178 Berlin  
Tel. 030-2 46 36-0  
Fax 030-2 46 36-110

[www.paritaet.org](http://www.paritaet.org)  
[info@paritaet.org](mailto:info@paritaet.org)