



Europäische Union

Freizügigkeit der Unionsbürger/innen - Zugang zu Transferleistungen

Die rechtliche Situation von EU-Bürger/innen ist weitgehend vom Recht der Europäischen Union bestimmt und nationalen Gestaltungsspielräumen weitgehend entzogen. Im Folgenden werden die Freizügigkeitsrechte der Unionsbürger/innen und die spezifischen Rechte und Zugangsprobleme mit Blick auf soziale Leistungen (insbesondere SGB II) dargestellt.

Im Vergleich zur letzten Fassung der Arbeitshilfe vom Oktober 2015 wurde berücksichtigt:

- Die Neufassung der Allgemeinen Verwaltungsvorschrift vom 3.2.2016 zum Freizügigkeitsgesetz/EU
- Zu den Ausschlüssen aus SGB II und SGB XII:
 - Das Gesetz vom 22.12.2016 zur Regelung von Ansprüchen ausländischer Personen in der Grundsicherung für Arbeitssuchende nach dem SGB II und der Sozialhilfe nach dem SGB XII
 - Einschlägige Rechtsprechung
- Aktuelle Rechtsprechung u.a. zu
 - Arbeitnehmereigenschaft
 - Aufenthaltsrecht von drittstaatsangehörigen Eltern von Deutschen
 - Aufenthaltsrecht nach Art. 10 VO 492/2011
 - Nachzug von Angehörigen ab dem 21. Lebensjahr

1	Rechtsgrundlagen	5
1.1	Primärrecht.....	5
1.1.1	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV)	5
1.1.2	Charta der Grundrechte.....	5
1.2	Sekundärrecht.....	5
1.3	EuGH.....	5
1.4	Anwendungsvorrang.....	6
2	Die Freizügigkeit der Unionsbürger/innen	6
2.1	Grundfreiheiten des AEUV.....	7
2.1.1	Arbeitnehmerfreizügigkeit	7
2.1.1.1	Arbeitsuchende.....	7
2.1.1.2	Arbeitnehmerstatus.....	7
2.1.2	Die Freizügigkeit der Selbständigen	8
2.1.2.1	Dienstleistungsfreiheit.....	8
2.1.2.2	Niederlassungsfreiheit	9
2.2	Die Unionsbürgerschaft.....	9
2.3	Recht auf Einreise und Aufenthalt.....	10
2.3.1	Voraussetzungsloses Freizügigkeitsrecht	10
2.3.2	Freizügigkeitsrecht und Lebensunterhaltssicherung	10
2.3.3	Meldepflicht und Nachweis des Aufenthaltsrechts	10
2.3.4	Status bei Arbeitslosigkeit oder Erwerbsminderung	12
2.3.5	Altersbedingtes Ausscheiden aus dem Erwerbsleben	12
2.3.6	Daueraufenthaltsrecht	13
2.3.7	Feststellung des Verlusts des Rechts auf Einreise und Aufenthalt	13
2.3.8	Ausweisung und Ausweisungsschutz.....	14
2.4	Familienzusammenführung.....	15
2.4.1	Das Recht auf Familienleben.....	15
2.4.2	Familienangehörige ohne Staatsangehörigkeit eines EU-Mitgliedstaates	16
2.4.3	Aufenthaltskarte	17
2.4.4	Aufenthaltsrecht bei Tod oder Trennung	17
2.4.5	Aufenthaltsrecht nach Art. 10 VO 492/2011	18
2.4.6	Familiennachzug zu Deutschen.....	19
2.4.6.1	Inländerdiskriminierung.....	19
2.4.6.2	Freizügigkeitsrecht trotz Wohnsitz in Deutschland	19
2.4.6.3	„Dänemarkehe“ und Rückkehrfälle	19
2.4.6.4	Zwei EU-Staatsangehörigkeiten	20
2.4.6.5	Nach einer Einbürgerung.....	20
2.4.7	Familiennachzug und passives Freizügigkeitsrecht	20
2.4.7.1	Familiennachzug zu Minderjährigen	20
2.4.7.2	Ehegattennachzug.....	21
3	Zugang zu Sozialleistungen und Diskriminierungsverbote.....	22
4	Ansprüche von EU-Bürger/innen auf Grundsicherungsleistungen nach SGB II.....	23
4.1	Allgemeine Anspruchsvoraussetzungen.....	23
4.1.1	Gewöhnlicher Aufenthalt.....	23
4.1.2	Rechtmäßigkeit des Aufenthaltes	23
4.1.3	Ausländerrechtliche Erwerbsfähigkeit	23

4.2	<i>Anspruchsausschlüsse und anspruchsberechtigte EU-Bürger/innen</i>	24
4.2.1	Anspruchsberechtigte EU-Bürger/innen	24
4.2.1.1	Erwerbstätige Unionsbürger/innen und solche, die den Erwerbstätigenstatus (noch) nicht wieder verloren haben	24
4.2.1.2	Familienangehörige von erwerbstätigen EU-Bürger/innen	25
4.2.1.3	Langaufhältige EU-Bürger/innen	25
4.2.1.4	Familienangehörige von Deutschen	25
4.2.1.5	Aufenthalt aus weiteren Gründen	25
4.2.2	Ausschluss nach § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 und Nr. 2 SGB II	25
4.2.2.1	Ausschluss in den ersten 3 Monaten	25
4.2.2.2	Aufenthaltsrecht allein auf Grund der Arbeitssuche	26
4.2.2.3	Nicht erwerbstätige, nicht arbeitssuchende EU-Bürger/innen	26
4.2.2.4	EU-Bürger/innen mit Aufenthaltsrecht nach Art. 10 VO 492/2011	27
4.2.2.5	Menschenrecht auf Existenzsicherung?	27
4.2.3	Leistungsanspruch nach 5 Jahren Aufenthalt	27
4.2.4	Europäisches Fürsorgeabkommen (EFA)	28
4.2.5	Deutsch-Österreichisches Fürsorgeabkommen (DÖFA)	28
4.2.6	Anspruch auf Dolmetscher- und Übersetzungsdienste	29
5	<i>Krankenversicherung</i>	29
5.1	<i>Krankenversicherung im Herkunftsland</i>	29
5.2	<i>Pflichtversicherung in der GKV und Versicherungspflicht in der PKV</i>	30
5.2.1	Pflichtversicherung in der GKV	30
5.2.2	Versicherungspflicht in der PKV	31
5.2.3	Beitragsschulden, Notversorgung und Notlagentarif	31
5.3	<i>Wirtschaftlich inaktive EU-Bürger/innen und VO 883/2004</i>	32
5.4	<i>Krankenversicherung im Rahmen des SGB II</i>	33
6	<i>Sozialhilfe (SGB XII)</i>	33
6.1	<i>Wohnsitz und rechtmäßiger Aufenthalt</i>	33
6.2	<i>(Kein) Ausschluss wegen Erwerbsfähigkeit (§ 21 SGB XII)</i>	33
6.3	<i>Anspruchsausschlüsse</i>	34
6.3.1	Ausschluss nach § 23 Abs. 2 SGB XII	34
6.3.2	Ausschluss nach § 23 Abs. 3 S. 1 Nr. 1. SGB XII: Ausschluss in den ersten 3 Monaten	34
6.3.3	§ 23 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 SGB XII: Ausschluss für Arbeitssuchende und Ausländer/innen ohne Aufenthaltsrecht	34
6.3.4	§ 23 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 SGB XII: Ausschluss für Ausländer/innen, deren Aufenthaltsrecht sich aus Art. 10 VO 492/2011 ergibt	34
6.3.5	§ 23 Abs. 3 S. 1 Nr. 4 SGB XII: Ausschluss für Ausländer/innen, die eingereist sind um Sozialhilfe zu erlangen	35
6.4	<i>(Kein) Anspruchsausschluss für Staatsangehörige der EFA-Staaten</i>	35
6.5	<i>§ 23 Abs. 3 S. 7 ff. SGB XII: Leistungsanspruch nach 5 Jahren Aufenthalt</i>	35
6.6	<i>§ 23 Abs. 3 S. 3 SGB XII: Überbrückungsleistungen</i>	36
6.7	<i>§ 23 Abs. 3a SGB XII: Hilfen zur Ausreise</i>	36
6.8	<i>Leistungen nach Ermessen</i>	36
7	<i>Übermittlungspflicht an die Ausländerbehörde</i>	37
8	<i>Ordnungsrechtliche Unterbringung</i>	37
9	<i>Familienleistungen</i>	38
9.1	<i>Kindergeld</i>	38

9.2	<i>Elterngeld</i>	39
9.3	<i>Kinderzuschlag (§ 6a Bundeskindergeldgesetz)</i>	39
10	Infos/Literatur.....	40
11	Abkürzungsverzeichnis.....	41

1 Rechtsgrundlagen

Die Europäische Union beruht auf völkerrechtlichen Verträgen (EU-Vertrag, AEUV) und hat auf dieser Grundlage eigene Rechtsetzungsbefugnis und Rechtsprechung sowie eine eigene Administration. Die zugrunde liegenden Verträge sind das Primärrecht, die darauf aufbauenden Rechtsakte das Sekundärrecht.

1.1 Primärrecht

1.1.1 Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV)

Der AEUV enthält u. a. Regelungen über das Gesetzgebungsverfahren und über die Verfahren vor dem EuGH. Er enthält aber auch subjektive Rechte der Unionsbürger/innen wie das Diskriminierungsverbot (Art. 18 AEUV) und die so genannten Grundfreiheiten (s. u. S. 6 f.). Auf diese subjektiven Rechte können sich EU-Bürger/innen unmittelbar berufen, ohne dass es weiterer Rechtssetzungsakte auf nationaler Ebene bedarf.

1.1.2 Charta der Grundrechte

Die Charta der Grundrechte (Grundrechtecharta - GRC) wurde im Dezember 2000 in Nizza förmlich proklamiert, war aber zunächst kein bindendes Recht. Mit dem Vertrag von Lissabon wurde sie 2008 in den EU-Vertrag einbezogen. Die Union verpflichtet sich, die in der Charta niedergelegten Rechte anzuerkennen. Weiter wird festgestellt, dass die Charta die gleiche Rechtsverbindlichkeit hat wie der EU-Vertrag und der AEUV (Art. 6 Abs. 1 EU-Vertrag).

Die Charta ist für die Mitgliedstaaten bei der Durchführung des Rechts der Union verbindlich (Art. 51 Abs. 1 GRC), bei eigener Rechtssetzung und Umsetzung nationalen Rechts hingegen nicht.

1.2 Sekundärrecht

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

Eine europäische Verordnung „hat allgemeine Geltung. Sie ist in allen Teilen verbindlich und gilt unmittelbar in jedem Mitgliedstaat“ (Art. 288 AEUV).

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

1.3 EuGH

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

Die Rechtsprechung des EuGH ist in der ganzen EU verbindlich und entfaltet damit auch für die einzelnen EU-Bürger/innen erhebliche Wirkung. Das gilt insbesondere für Vorabentscheidungsverfahren (Art. 267 AEUV). Da die Gefahr besteht, dass die Gerichte in den einzelnen Ländern die europäischen Rechtsvorschriften unterschiedlich auslegen, gibt es das „Vorabentscheidungsersu-

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

chen“: Wenn ein nationales Gericht Zweifel hinsichtlich der Auslegung oder Gültigkeit einer Rechtsvorschrift der EU hat, so kann bzw. muss es den Gerichtshof zu Rate ziehen. Dieser Rat wird in Form einer „Vorabentscheidung“ erteilt (Art. 267 AEUV).

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

1.4 Anwendungsvorrang

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

Mit Blick auf Unionsbürger/innen heißt das beispielsweise, dass die UnionsRL Vorrang hat vor dem Ausländerrecht und auch vor dem Freizügigkeitsgesetz/EU (FreizügG/EU), das ausweislich seines § 1 die Einreise und den Aufenthalt von Staatsbürgern anderer Mitgliedstaaten der Union regelt. Bei der Anwendung der UnionsRL ist weiter zu beachten, dass sie ihrerseits im Sinne des unmittelbar auf dem AEUV beruhenden Unionsbürgerrechts auf Einreise und Aufenthalt und der Grundfreiheiten (s. u. S. 6 f.) auszulegen ist.

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

2 Die Freizügigkeit der Unionsbürger/innen

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

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

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

Da die Freizügigkeit unmittelbar aus dem AEUV erwächst, ist sie dem Gestaltungsspielraum des nationalen Gesetzgebers weitgehend entzogen und kann durch Richtlinien und das nationale Recht lediglich näher beschrieben werden. Bei Widersprüchlichkeiten ist die Rechtsprechung des EuGH maßgeblich.

Staatsangehörige von anderen EU-Mitgliedstaaten sind zwar Ausländer/innen, unterliegen aber in der Regel nicht dem allgemeinen Ausländerrecht (vgl. § 1 Abs. 2 Nr. 1 AufenthG). Das AufenthG

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

ist nur anwendbar, wenn dies in § 11 FreizügG/EU vorgesehen ist. Das gilt z. B. wenn das AufenthG eine günstigere Regelung enthält als das FreizügG/EU. Dieses Meistbegünstigungsgebot gilt nicht nur mit Blick auf das AufenthG: Bei freizügigkeitsberechtigten EU-Bürger/innen ist generell die für sie günstigere Regelung anzuwenden.

2.1 Grundfreiheiten des AEUV

2.1.1 Arbeitnehmerfreizügigkeit

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

2.1.1.1 Arbeitssuchende

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

Für das Aufenthaltsrecht zur Arbeitssuche gibt es keine feste Frist. Nach der Rechtsprechung des EuGH besteht es mindestens für 6 Monate. Danach darf ein Nachweis verlangt werden, dass weiterhin aktiv und mit begründeter Aussicht auf Erfolg Arbeit gesucht wird.⁴ § 2 Abs. 2 Nr. 1a FreizügG legt fest, dass das Aufenthaltsrecht von EU-Bürger/innen zur Arbeitssuche auf 6 Monate begrenzt ist, sofern sie nicht nachweisen können, dass sie weiterhin Arbeit suchen und begründete Aussicht haben, eingestellt zu werden. § 2 Abs. 2 Nr. 1a FreizügG darf nicht dahingehend verstanden werden, dass das Aufenthaltsrecht nach 6 Monaten automatisch endet. Die zuständigen Behörden dürfen vielmehr nach 6 Monaten aus begründetem Anlass im Einzelfall die Voraussetzungen des Rechts auf Arbeitssuche überprüfen (vgl. Art. 14 Abs. 2 UnionsRL). Kommt es zur Verlustfeststellung (unten Punkt 2.3.7) und Ausreiseaufforderung darf dies nicht mit einer Einreisesperre verbunden werden (vgl. Art. 15 Abs. 3 UnionsRL und § 7 Abs. 2 FreizügG).

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

2.1.1.2 Arbeitnehmerstatus

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

Ob jemand den Status als Arbeitnehmer/in erworben hat, richtet sich nach EU-Recht und nicht nach deutschem Recht. Wesentliches Merkmal ist, dass jemand während einer bestimmten Zeit für einen anderen nach dessen Weisung Leistungen erbringt, für die er als Gegenleistung eine Vergütung erhält. Der Arbeitnehmerbegriff ist nach der Rechtsprechung des EuGH weit auszulegen. Es ist darauf abzustellen, ob eine tatsächliche und echte Arbeit ausgeübt wird. Lediglich Tätigkeiten, die einen so geringen Umfang haben, dass sie sich als völlig untergeordnet und unwesentlich darstellen, bleiben außer Betracht.

Nach der Rechtsprechung des EuGH gibt es keine Definition, wann eine Tätigkeit völlig untergeordnet und unwesentlich ist. Es gibt insbesondere keine Untergrenze für die geleisteten Arbeitsstunden. In einer Entscheidung von 2010 genügte eine geringfügige Beschäftigung von 5,5 Stun-

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

⁴ EuGH Urteil v. 26. Februar 1991, C-292/89 <Antonissen>

den, um die Arbeitnehmereigenschaft zu bejahen.⁵ Das BSG hat auf dieser Grundlage bei einer wöchentlichen Arbeitszeit von 7,5 Stunden die Arbeitnehmereigenschaft bejaht.⁶ Auch ein Mindesteinkommen wurde vom EuGH nicht festgelegt. Es muss jedenfalls nicht geeignet sein, die Existenz zu sichern.⁷

Strittig ist der Arbeitnehmerstatus regelmäßig, wenn es um den Bezug von Leistungen geht. Daher haben die Fachlichen Hinweise der BA zu § 7 SGB II in der Praxis große Relevanz. Sie nehmen auf die EuGH-Rspr. Bezug und sehen vor, dass nur bei einer regelmäßigen Arbeitszeit von unter 8 Stunden pro Woche geprüft wird, ob ein Arbeitsverhältnis vorliegt. Dann muss eine Gesamtschau im Einzelfall erfolgen, ob ein Arbeitsverhältnis vorliegt. Anhaltspunkte können demnach Urlaubsansprüche, Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall, ein Tariflohn oder der langjährige Bestand des Arbeitsverhältnisses sein. Eine völlig untergeordnete Tätigkeit soll dann vorliegen, wenn eine Beschäftigung nur sporadisch ausgeübt wird ("reine Gelegenheits- oder Gefälligkeitsarbeiten").⁸

Zuletzt haben sich auch mehrere Gerichte mit dem europarechtlichen Arbeitnehmerstatus befasst.⁹ Orientiert an den Vorgaben des EuGH führen demnach auch Arbeitsverhältnisse, die typischerweise mit geringem Stundenumfang und ohne lebensunterhaltssicherndes Einkommen ausgeführt werden, wie z.B. Hilfe im Haushalt oder als Rotationskraft in der Gastronomie, zur Arbeitnehmereigenschaft.¹⁰ Mit Blick auf das Einkommen orientieren sich einige Gerichte an der Freibetragsgrenze des § 11b Abs. 2 SGB II von 100 Euro.¹¹ Wer ein Einkommen darüber erzielt ist demnach Arbeitnehmer/in. Ein Kriterium zur Beurteilung der Arbeitnehmereigenschaft ist laut dem LSG Bayern die Frage, ob das konkrete Arbeitsverhältnis einem deutschen Beschäftigten die Rechte eines Arbeitnehmers verschaffen würde.¹² Diese Rechtsprechung entspricht den Vorgaben des EuGH, der eine Gesamtschau verlangt und neben Stundenzahl und Einkommen insbesondere Arbeitnehmerrechte wie das Bestehen von Urlaubsansprüchen und Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall, Anwendung von Tarifverträgen als Kriterien heranzieht.

Gehen Student(inn)en oder Schüler/innen nebenbei einer Beschäftigung nach, gelten sie als Arbeitnehmer/innen, wenn sie die entsprechenden Voraussetzungen erfüllen.¹³ Auch wer eine Ausbildung im dualen System macht, ist Arbeitnehmer/in (vgl. AVV FreizügG Rn. 2.3.1.1)

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

2.1.2 Die Freizügigkeit der Selbständigen

2.1.2.1 Dienstleistungsfreiheit

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

⁵ EuGH, Urteil v. 4.2.2010 C-14/09; BVerwG Urteil v. 19.4.2012, 1 C 10.11

⁶ BSG, Urteil v. 19.10.2010 - B 14 AS 23/10 R

⁷ vgl. EuGH, Urteil v. 4.2.2010 C-14/09; EuGH, Urteil v. 23.3.1982, Rs. 53/81 - Levin

⁸ BA, Fachliche Hinweise zu § 7 SGB II (Stand 10.8.2016), Randziffer (7.11)

⁹ Wer ist Arbeitnehmer? Aktuelle Klärungsversuche der Sozialgerichte, in: Sozialrecht-Justament Nr. 2 - 2017, http://sozialrecht-justament.de/data/documents/2_2017_Sozialrecht-Justament.pdf

¹⁰ LSG Schleswig-Holstein, Beschluss vom 11. November, L 6 AS 197/15 B ER; LSG Mecklenburg-Vorpommern v. 4.4.2017, L 8 AS 107/16 B ER

¹¹ LSG Nordrhein-Westfalen v. 15.12.2015, L 6 AS 2016/15 B ER

¹² Bayerisches LSG v. 6.2.2017, L 11 AS 887/16 B ER

¹³ EuGH, Urteil vom 21. Februar 2013, Rs. C-46/12

leistung in Anspruch nehmen will (z. B. als Tourist/in), kann sich auf die Dienstleistungsfreiheit berufen.

Die Dienstleistungsfreiheit erlaubt auch eigene Arbeitnehmer/innen zur Erbringung der Dienstleistung einzusetzen, die die Staatsangehörigkeit eines EU-Mitgliedstaates haben können, aber nicht müssen. Diese Arbeitskräfte können sich in dem Land, in dem sie die Leistung erbringen, nicht auf die Arbeitnehmerfreizügigkeit berufen. Auch gelten das Sozialversicherungs- und das Arbeitsschutzrecht des Landes, in dem der Dienstleistungserbringer seinen Sitz hat. Im Zielland gelten nur Mindeststandards wie beispielsweise der Mindestlohn oder das Arbeitszeitgesetz.

2.1.2.2 Niederlassungsfreiheit

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

Für selbständige Erwerbstätige gilt, dass sie unter den gleichen Umständen wie Deutsche ein Gewerbe anmelden oder anderweitig selbständig tätig sein können. Voraussetzung für den Status als Selbständiger ist „eine wirtschaftliche Tätigkeit auf unbestimmte Zeit mittels einer festen Einrichtung tatsächlich auszuüben, sodass alleine ein formaler Akt, wie die Registrierung eines Gewerbes, nicht ausreichend ist“¹⁴.

Jede legal gegen Entgelt erbrachte Tätigkeit kann unter den Begriff der selbständigen Erwerbstätigkeiten fallen.¹⁵ Die selbständige Erwerbstätigkeit muss nicht existenzsichernd sein, um den Status zu begründen und die daraus ableiteten Rechte zu gewährleisten.

Der Begriff der „festen Einrichtung“ ist nicht wörtlich zu nehmen. Auch ein „fliegender Händler“ oder eine Straßenprostituierte können sich auf die Niederlassungsfreiheit berufen.¹⁶ Es genügt nicht ein Gewerbe anzumelden, die Tätigkeit muss vielmehr tatsächlich ausgeübt werden. Dazu müssen zumindest Versuche zur Kundengewinnung und die Anschaffung notwendiger Produktionsmittel nachweisbar sein. Weiter muss die (geplante) Tätigkeit geeignet sein, „in stabiler und kontinuierlicher Weise am Wirtschaftsleben“¹⁷ teilzunehmen – also Einnahmen zu erwirtschaften.

2.2 Die Unionsbürgerschaft

1992 wurde mit dem Vertrag von Maastricht die Unionsbürgerschaft eingeführt. Die Unionsbürgerschaft ist mittlerweile als der „grundsätzliche Status der Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten“¹⁸ anerkannt. Die Unionsbürgerschaft enthält einen Kernbestand, zu dem das Aufenthalts- und Freizügigkeitsrecht in der Union gehört.¹⁹ Art. 20 Abs. 2 Nr. a und Art. 21 AEUV schreiben ein allgemeines, unmittelbar anwendbares subjektives Freizügigkeitsrecht explizit fest. Auch Art. 45 GRC formuliert das Recht auf Freizügigkeit und Aufenthaltsfreiheit als Bürgerrecht.

Das Freizügigkeitsrecht gehört zum Kernbestand der Unionsbürgerrechte. Gem. Art. 21 AEUV gilt es „vorbehaltlich der in den Verträgen und in den Durchführungsvorschriften vorgesehenen Beschränkungen und Bedingungen“. Da der Kernbestand der Unionsbürgerschaft direkt aus dem AEUV erwächst, dürfen europarechtliche Beschränkungen oder nationale Maßnahmen nicht dazu führen, dass der tatsächliche Genuss des Freizügigkeitsrechts verwehrt wird.²⁰

¹⁴ BSG (Fn. 6).

¹⁵ EuGH, Urteil v. 20.11.2001, Rs. C-268/99; BVerwG, Beschluss v. 24.10.2002 - 1 C 31.02.

¹⁶ LSG Berlin-Brandenburg, Beschluss v. 28.01.2013 - L 14 AS 3133/12 B ER

¹⁷ EuGH, Urteil v. 30.11.1995, C-55/94 <Gebhard>, Rn. 25

¹⁸ Unionsbürgerrichtlinie, Erwägungsgrund 3.

¹⁹ EuGH, Urteil v. 7.10.2010, C-162/09 <Lassal>; EuGH, Urteil v. 21.12.2011 C-424/10 und C-425/10 <Ziołkowski u.a.>

²⁰ EuGH, Urteil v. 8.3.2011, Rs C 34/09 <Zambrano>.

Die weitere Konkretisierung des Kernbestands der Unionsbürgerschaft und der Rechtsfolgen ist in der Rechtsprechung des EuGH noch immer im Fluss. Das Freizügigkeitsrecht umfasst demnach neben der aktiven Freizügigkeit auch das Recht sich im Land der jeweiligen Staatsangehörigkeit aufzuhalten und dort zu bleiben.²¹ Dieses passive Freizügigkeitsrecht ist vor allem für die Familienzusammenführung relevant (unten Punkt 2.4.7).

2.3 Recht auf Einreise und Aufenthalt

Da das Freizügigkeitsrecht zum Kernbestand der Unionsbürgerrechte gehört, ist es konstitutiv gegeben. Es ist deshalb grundsätzlich vom Bestehen des Freizügigkeitsrechts auszugehen (vgl. AVV FreizügG/EU Rn. 5.0), solange nicht festgestellt ist, dass kein Freizügigkeitsrecht (mehr) besteht (unten Punkt 2.3.7), oder der Aufenthalt aus Gründen der Sicherheit und Ordnung explizit untersagt ist (unten Punkt 2.3.8).

Art. 21 AEUV enthält den Hinweis, dass das Freizügigkeitsrecht nur „vorbehaltlich der in den Verträgen und in den Durchführungsvorschriften vorgesehenen Beschränkungen und Bedingungen“ gilt. Bei EU-Bürger/innen, die sich auf die Grundfreiheiten berufen können, sind nur Beschränkungen aus Gründen der Sicherheit und Ordnung erlaubt. Für EU-Bürger/innen, die wirtschaftlich nicht aktiv sind und sich „nur“ auf das allgemeine Freizügigkeitsrecht der Unionsbürger/innen berufen, sind auch andere Bedingungen zulässig. Sie müssen aber verhältnismäßig sein und dürfen nicht geeignet sein, das Freizügigkeitsrecht auszuhebeln.²² Diese Bedingungen sind in Art. 6 und 7 UnionsRL beschrieben.

2.3.1 Voraussetzungsloses Freizügigkeitsrecht

Alle EU-Bürger/innen haben das Recht auf Einreise und das Recht sich 3 Monate in einem anderen EU-Staat aufzuhalten (Art. 6 UnionsRL). Es muss lediglich beim Grenzübertritt ein Pass oder Passersatz (Personalausweis) mitgeführt werden, im Inland muss er bei entsprechender Aufforderung vorgelegt werden können (§ 8 FreizügG/EU). Weiter darf keine Einreisesperre (dazu unten Punkte 2.3.7 und 2.3.8) bestehen.

2.3.2 Freizügigkeitsrecht und Lebensunterhaltssicherung

Bei EU-Bürger/innen, die sich auf eine der Grundfreiheiten berufen können, ist die Lebensunterhaltssicherung aus eigenen Mittel nicht Voraussetzung des Freizügigkeitsrechts.

Bei EU-Bürger/innen, die sich ausschließlich auf das allgemeine Freizügigkeitsrecht berufen, sieht die UnionsRL vor, dass das Aufenthaltsrecht nach 3 Monaten unter der Bedingung steht, über ausreichende Existenzmittel und Krankenversicherungsschutz zu verfügen (Art. 7 Abs. 1 Buchst. b UnionsRL). Fehlen diese Mittel besteht das Freizügigkeitsrecht nicht.²³ Das führt aber nicht automatisch zur Ausreisepflicht (siehe Punkt 2.3.7).

2.3.3 Meldepflicht und Nachweis des Aufenthaltsrechts

EU-Bürger/innen benötigen keine Aufenthaltserlaubnis, da sie qua Unionsbürgerschaft freizügigkeitsberechtigt sind. Nach drei Monaten darf allerdings von ihnen verlangt werden, dass sie sich bei der zuständigen Behörde anmelden (Art. 5 Abs. 5, Art. 8 UnionsRL).

In Deutschland besteht 2 Wochen nach Bezug einer Wohnung eine allgemeine Meldepflicht (§ 17 BMG). Das gilt auch, wenn man für länger als 2 Wochen zu Verwandten oder Bekannten in deren Wohnung zieht oder in einem Beherbergungsbetrieb wohnt. Bei der Anmeldung sind u.a. der Geburtsort und die Nationalität anzugeben (§ 3 BMG) und es wird eine schriftliche Bestätigung des Wohnungsgebers (in der Regel der/die Vermieter/in) benötigt (§ 19 BMG). Die Anmeldung muss unabhängig vom Bestehen eines Aufenthaltsrechts durch die Meldebehörde entgegen genommen

²¹ EuGH, Urteil v. 8.3.2011, Rs C 34/09 <Zambrano>.

²² Geiger/Khan/Kotzur, EUV – AEUV – Kommentar, München 2010, Art. 20 Rn. 5

²³ EuGH, Urteil v. 11.11.2014, C-333/13 <Dano>

werden,²⁴ daher hat sie zum Freizügigkeitsrecht keine Prüfbefugnis. Besteht z.B. mangels Wohnung keine Meldepflicht, ist auch eine freiwillige Anmeldung möglich.²⁵ Die Meldebehörde gibt die Daten in der Regel an die Ausländerbehörde weiter.²⁶

Bis 29.1.2013 wurde freizügigkeitsberechtigten Unionsbürger/innen, die sich angemeldet haben, von Amts wegen eine Bescheinigung über das Aufenthaltsrecht (§ 5 FreizügG/EU alte Fassung) ausgestellt. Diese Bescheinigung wurde durch das Gesetz zur Änderung des Freizügigkeitsgesetzes/EU und weiterer aufenthaltsrechtlicher Vorschriften²⁷ ersatzlos abgeschafft. Das ist aber noch immer nicht allen Behördenmitarbeiter/innen bewusst. Auch eine Bescheinigung darüber, dass es keine Verlustfeststellung gibt, wie sie teilweise von Behörden gefordert wird, gibt es nicht. Ggf. muss darauf hingewiesen werden, dass derartige Bescheinigung seitens der Ausländerbehörde nicht ausgestellt und damit auch nicht angefordert werden dürfen.

Ist das Freizügigkeitsrecht eine Voraussetzung eines Leistungsanspruchs wie z.B. im SGB II, muss sein Vorliegen von der zuständigen Leistungsbehörde geprüft werden. Für die aufenthaltsrechtlich relevante Feststellung, dass die Voraussetzungen des Freizügigkeitsrechts nicht (mehr) vorliegen, ist allein die Ausländerbehörde zuständig (AVV FreizügG/EU Rn. 5.3.2; unten Punkt 2.3.7).

Eine Prüfung, ob die Voraussetzungen für die Ausübung des Freizügigkeitsrechts vorliegen, durch die Ausländerbehörde ist nur im Einzelfall zulässig, wenn begründete Zweifel am Bestehen des Freizügigkeitsrechts bestehen. Dagegen sind systematische oder anlasslose Prüfungen nicht gestattet. Ein solcher Anlass wäre gegeben, wenn nicht erwerbstätige Unionsbürger/innen Leistungen nach SGB II oder XII beantragen (AVV FreizügG/EU Rn. 5.3 und 5.4.1.6).

Zur Prüfung des Freizügigkeitsrechts dürfen nur die in § 5a FreizügG/EU bzw. in der Unionsbürgergerichtlinie aufgezählten Dokumente verlangt werden:

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

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

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

Die drittstaatsangehörigen Familienmitglieder erhalten zum Nachweis des Aufenthaltsrechts eine Aufenthaltskarte (siehe unten Punkt 2.4.3). Zum Nachweis des Daueraufenthaltsrechts kann eine Bescheinigung darüber beantragt werden (siehe unten Punkt 2.3.6).

²⁴ Allgemeine Verwaltungsvorschrift zur Durchführung des Bundesmeldegesetzes (BMGVwV), Punkt 17.1.2

²⁵ Allgemeine Verwaltungsvorschrift zur Durchführung des Bundesmeldegesetzes (BMGVwV), Punkt 17.1.3

²⁶ http://www.bmi.bund.de/SharedDocs/FAQs/DE/Themen/Migration/Freizuegigkeit/Freizuegigkeit_6.html =>

Welche Formalitäten haben Unionsbürgern zu erledigen?

²⁷ BGBl. I v. 28.1.2013, 86

2.3.4 Status bei Arbeitslosigkeit oder Erwerbsminderung

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

Frauen, die ihre Erwerbstätigkeit oder Arbeitssuche wegen der körperlichen Belastungen im Spätstadium einer Schwangerschaft und nach der Geburt des Kindes aufgeben, behalten die Arbeitnehmereigenschaft sofern sie danach innerhalb einer angemessenen Frist wieder erwerbstätig werden. In dem vom EuGH entschiedenen Fall handelte es sich um eine Frist von 3 Monaten.²⁸

Der Erwerbstätigenstatus bleibt nach mindestens einjähriger Tätigkeit bei unfreiwilliger, der Arbeitsverwaltung gemeldeter Arbeitslosigkeit dauerhaft erhalten (vgl. § 2 Abs. 3 Nr. 2 FreizügG/EU). Bei unfreiwilliger Arbeitslosigkeit nach weniger als einem Jahr Beschäftigungszeit bleibt der Status für sechs Monate erhalten.

Da sich auch Arbeitsuchende auf die Arbeitnehmerfreizügigkeit berufen können, ist es aufenthaltsrechtlich kaum relevant, ob der Erwerbstätigenstatus fortbesteht. Wichtig ist dieser Status mit Blick auf mögliche Ansprüche auf Sozialleistungen. Das eine Jahr Erwerbstätigkeit muss nicht beim gleichen Arbeitgeber bzw. im gleichen Metier erfolgt sein. Strittig ist, ob die Erwerbstätigkeit ohne Unterbrechung erfolgt sein muss. Auch wenn einige Gerichte Unterbrechungen erlauben,²⁹ gibt es dazu noch keine gesicherte Rechtsprechung. Argumentiert wird teilweise, dass es zumindest reichen müsse, wenn die Voraussetzungen für den Bezug von Arbeitslosengeld nach SGB III erfüllt seien.³⁰ Dieser Anspruch ist allerdings nicht der Bezugspunkt der UnionsRL. Dort wird vielmehr an eine mindestens 12-monatige Beschäftigungsdauer angeknüpft (Art. 7 Abs. 3 Bst. c UnionsRL). Die BA vertritt die Auffassung, dass die 12 Monate ohne Unterbrechung gearbeitet wurde.³¹ Das BSG hat im Juli 2017 entschieden, dass es möglich ist, das Freizügigkeitsrecht (den Arbeitnehmerstatus) zu erhalten, wenn zwei Tätigkeiten mit einer kurzen Unterbrechung zu einem Beschäftigungszeitraum von über 12 Monaten führen.³² Im Einzelfall kann daher mit Blick auf die uneinheitliche Rechtsprechung auch der Klageweg sinnvoll sein. Es muss aber berücksichtigt werden, dass die Entscheidung des BSG für diese ausländerrechtliche Frage keine Bindungswirkung für die Ausländerbehörden hat. Nach den Anwendungsvorschriften des BMI zum FreizügG/EU werden nur unmittelbar aufeinander folgende Tätigkeiten addiert (AVV FreizügG/EU Rn. 2.3.1.2). Das kann z.B. bei der Berechnung der Frist für das Daueraufenthaltsrecht eine Rolle spielen.

Liegt der Erwerbstätigenstatus trotz Arbeitslosigkeit bei Aufnahme einer neuen Beschäftigung vor und tritt vor Ablauf der zwölf Monate unverschuldet erneut Arbeitslosigkeit ein, lebt der alte, unberfristete Status wieder auf. Die Betroffenen sollen laut BA nicht schlechter gestellt sein, als wenn sie durchgehend arbeitslos gewesen wären.³³ Dieser Gedanke müsste allerdings auch gelten, wenn der Verlust der neuen Arbeitsstelle nicht unfreiwillig war.

2.3.5 Altersbedingtes Ausscheiden aus dem Erwerbsleben

Auch bei altersbedingtem Ausscheiden aus dem Erwerbsleben gehen die Rechte aus dem Erwerbstätigenstatus in der Regel nicht verloren. Die früher so genannten Verbleibeberechtigten erhalten ein Daueraufenthaltsrecht, wenn sie sich mindestens drei Jahre in Deutschland aufgehalten haben und mindestens während der letzten zwölf Monate dort erwerbstätig waren, bevor sie in den Ruhestand gegangen sind (vgl. § 4a Abs. 2 Nr. 1 FreizügG/EU, zum s.u. Punkt 3.3.4).

²⁸ EuGH, Urteil v. 19.06.2014, C-507/12

²⁹ Claudius Voigt, Der Paritätische Gesamtverband (Hg.), Arbeitshilfe: Ansprüche auf Leistungen der Existenzsicherung für Unionsbürger/-innen (Stand 25.4.2017), S. 7:

http://gguu.de/fileadmin/downloads/tabellen_und_uebersichten/arbeitshilfe2017.pdf

³⁰ SG Chemnitz, Beschluss v. 14.03.2017 - Az.: S 26 AS 405/17

³¹ BA, Fachliche Hinweise zu § 7 SGB II (Stand 10.8.2016), Rn. (7.17)

³² BSG v. 13.07.2017 – B 4 AS 8/16 R

³³ BA, Fachliche Hinweise zu § 7 SGB II (Stand 10.8.2016), Rn. (7.20a)

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

2.3.6 Daueraufenthaltsrecht

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

Erforderlich ist für den Erwerb des Daueraufenthalts, dass während des 5-jährigen Aufenthalts immer die Voraussetzung eines Freizügigkeitsrechts erfüllt war. Anders als es der Wortlaut in § 4 a Abs. 1 FreizügG/EU nahe legt, genügt es nicht, wenn der Aufenthalt allein nach nationalem Recht rechtmäßig war. Mit Blick auf die zuletzt beigetretenen Staaten zählen auch Zeiten vor dem Beitritt, sofern der/die heutige EU-Bürger/in während des Aufenthalts die Freizügigkeitsvoraussetzungen erfüllt hätte.³⁴

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

- Verbleibberechtigte: s.o. Punkt 2.3.5.
- Erwerbsgeminderte erhalten das Recht sofort, wenn sie einen Rentenanspruch gegen einen Leistungsträger in Deutschland haben oder nach mindestens zwei Jahren Aufenthalt (§ 4a Abs. 2 Nr. 2 FreizügG/EU).
- Wer seit mindestens drei Jahren in Deutschland erwerbstätig war, anschließend in einem anderen EU-Staat erwerbstätig ist und seinen Wohnsitz in Deutschland beibehält, hat ebenfalls das Daueraufenthaltsrecht (§ 4a Abs. 2 Nr. 3 FreizügG/EU).

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

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

Eine Bescheinigung über das Daueraufenthaltsrecht ist nicht nötig, da das Recht automatisch erworben wird. Eine deklaratorische Bescheinigung wird aber auf Antrag ausgestellt (§ 5 Abs. 5 FreizügG/EU). Als Nachweis für das Vorliegen des Daueraufenthaltsrechts müssen ggf. die Aufenthaltsdauer (z.B. durch Mietvertrag oder Anmeldung) und das Freizügigkeitsrecht (z.B. durch Arbeitsvertrag, Steuererklärung, Nachweis der Arbeitssuche, Krankenversicherung etc.) nachgewiesen werden. Die generelle Freizügigkeitsvermutung reicht nicht.

2.3.7 Feststellung des Verlusts des Rechts auf Einreise und Aufenthalt

Wenn die Voraussetzungen des Freizügigkeitsrechts bei Unionsbürger/innen oder ihren drittstaatsangehörigen Familienangehörigen nicht mehr vorliegen, kann die Ausländerbehörde gemäß § 5 Abs. 4 FreizügG/EU den Verlust des Freizügigkeitsrechtes feststellen. Ein besonderer Grund für diese Feststellung ist gegeben, wenn über die Voraussetzungen des Freizügigkeitsrechts beispielweise durch Urkundenfälschung getäuscht wurde. Das gleiche gilt bei einer Täuschung durch das Eingehen einer Scheinehe (§ 2 Abs. 7 FreizügG).

Die Feststellung des Verlusts des Rechts auf Einreise und Aufenthalt ist nur unter Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit zulässig. Auch beim allgemeinen Freizügigkeitsrecht, das von ausreichenden Existenzmitteln abhängt, führt das Fehlen dieser Mittel deshalb nicht automatisch zur Verlustfeststellung. Es muss vielmehr geprüft werden, ob eine Beschränkung des Freizü-

³⁴ EuGH, Urteil v. 21.12.2011, C-424/10 und C-425/10 <Ziolkowski u.a.>

gigkeitsrechts im konkreten Einzelfall angemessen und verhältnismäßig ist (AVV FreizügG Rn. 5.4.1.5).

Lange ging man in Rechtswissenschaft und Rechtsprechung mehrheitlich davon aus, dass das Freizügigkeitsrecht als gegeben anzusehen ist, solange keine Feststellung über den Verlust getroffen worden ist.³⁵ Nach der neuesten EuGH Rechtsprechung fehlt das Freizügigkeitsrecht aber schon dann,³⁶ wenn die Voraussetzungen nicht vorliegen – es bedarf dazu keiner Verlustfeststellung der Ausländerbehörde. Das führt dazu, dass bei EU-Ausländer/innen zwischen dem materiellen und dem formellen Fehlen des Freizügigkeitsrechts unterschieden wird. Das materielle Freizügigkeitsrecht fehlt bereits, wenn seine Voraussetzungen nicht vorliegen. Das hat aber nicht die gleiche Rechtswirkung wie im allgemeinen Ausländerrecht, wo das Entfallen des Aufenthaltsrechts unmittelbar zur Ausreisepflicht führt (§ 50 AufenthG). Bei EU-Bürger/innen tritt diese Wirkung erst ein, wenn das Freizügigkeitsrecht auch formell fehlt, da nach § 7 Abs. 1 FreizügG die Ausreisepflicht von EU-Bürger/innen ohne Freizügigkeitsrecht erst eintritt, wenn die Ausländerbehörde die Feststellung über den Verlust des Aufenthaltsrechts getroffen hat. Dies muss als förmlicher Verwaltungsakt erfolgen, der mit Widerspruch und Klage angefochten werden kann.

Solange die Ausländerbehörde nicht förmlich das Fehlen bzw. Wegfallen des Freizügigkeitsrechts festgestellt hat, besteht wegen § 7 Abs. 1 FreizügG keine Ausreisepflicht und es gilt die „Vermutung des legalen Aufenthalts“³⁷

Besteht kein anderes Aufenthaltsrecht sind EU-Bürger/innen nach der Feststellung über den Verlust des Aufenthaltsrechts ausreisepflichtig (vgl. § 7 Abs. 1 FreizügG). Es sollte aber geprüft werden, ob ein Aufenthaltsrecht nach AufenthG erteilt werden muss oder kann. Das kann insbesondere der Fall sein, weil eine Notlage besteht und deshalb ein humanitärer Aufenthaltstitel oder eine Duldung in Betracht kommen.

Die Feststellung über das Fehlen des Freizügigkeitsrechts gilt in der Regel nur, solange sich die Situation nicht ändert. Reisen Betroffene beispielsweise freiwillig aus, können sie sich nach einer erneuten Einreise wieder auf das voraussetzungslose Freizügigkeitsrecht berufen.

Wird gem. § 2 Abs. 7 FreizügG festgestellt, dass das Freizügigkeitsrecht nicht besteht, kann eine Einreise und Aufenthaltssperre verhängt werden (§ 7 Abs. 2 S. 2 FreizügG). In den anderen Fällen nicht.

2.3.8 Ausweisung und Ausweisungsschutz

In den ersten 5 Jahren des Aufenthalts kann der Aufenthalt eines Freizügigkeitsberechtigten durch eine Ausweisung aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit beendet werden (§ 6 Abs. 1 FreizügG/EU). Es ist dabei darauf abzustellen, ob das persönliche Verhalten erkennen lässt, dass von dem Freizügigkeitsberechtigten eine tatsächliche und hinreichend schwere Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung ausgeht (§ 6 Abs. 2 FreizügG/EU). Die Inanspruchnahme von sozialen Leistungen genügt auch bei nicht erwerbstätigen EU-Bürger/innen als Ausweisungsgrund nicht (Art. 14 Abs. 3 UnionsRL).

Die Ausweisung führt zu einer Wiedereinreisesperre (§ 7 Abs. 2 S. 1 FreizügG). Diese ist Kraft Gesetz zu befristen und darf 5 Jahre nur in Ausnahmefällen überschreiten (§ 7 Abs. 2 S. 5 f. FreizügG).

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

³⁵ Derksen, Roland, Wissenschaftlicher Dienst des Deutschen Bundestags, Infobrief PE 6 – 3010 – 096/14, S. 25

³⁶ EuGH, Urteil v. 11.11.2014, C-333/13 <Dano>, Rn. 80 f.

³⁷ Schreiber, Frank, Die Bedeutung des Aufenthaltsrechts für die sozialrechtliche Gleichbehandlung von Unionsbürgerinnen und Unionsbürgern, ZAR 2/2015, S. 49

Nach 10 Jahren Aufenthalt und bei Minderjährigen kann eine Ausweisung nur aus zwingenden Gründen der öffentlichen Sicherheit erfolgen. Nach der Rechtsprechung des EuGH sind Straftaten, wie sie in Art. 83 Abs. 1 Unterabs. 2 AEUV als besonders schwere Beeinträchtigung grundlegender gesellschaftlicher Interessen angeführt werden, solche, die unter den Begriff der zwingenden Gründe der öffentlichen Sicherheit fallen. Dazu gehört beispielsweise Kriminalität, die mit dem bandenmäßigen Handel mit Betäubungsmitteln verbunden ist, oder sexuelle Ausbeutung von Kindern und Frauen.³⁸

2.4 Familienzusammenführung

2.4.1 Das Recht auf Familienleben

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

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

- Nachziehen dürfen die Ehegatt(inn)en und Lebenspartner/innen sowie die Verwandten in gerade absteigender Linie (Kinder, Enkel) bis zur Vollendung des 21. Lebensjahrs.
- Nachzugsberechtigt sind auch alle weiteren Verwandten in gerade ab- und aufsteigender Linie, denen Unterhalt gewährt wird. Es kommt dabei nicht auf eine Rechtspflicht zum Unterhalt, sondern auf die tatsächliche Unterhaltsgewährung an. Der nachziehende Angehörige muss auf den Unterhalt schon im Herkunftsland angewiesen sein. Keine Rolle spielt dabei, ob er/sie diesem Angewiesensein durch Arbeit oder Sozialleistungen abhelfen könnte. Wen der/die Angehörige im Zielland einer Arbeit nachgehen will, ist das kein Ausschlusskriterium (das ist vor allem für Angehörige mit Staatsangehörigkeit eines Drittlandes relevant).³⁹ Es muss nicht der gesamte notwendige Lebensunterhalt geleistet werden, die Leistungen müssen aber regelmäßig und fortgesetzt sein und zumindest einen Teil des Lebensunterhalts sicherstellen (AVV FreizügG/EU Rn. 3.2.2.1). Nach einer Entscheidung aus NRW können 100 Euro pro Monat reichen.⁴⁰ Der Unterhalt kann auch durch Sachleistungen wie Pflege, Wohnung oder Verpflegung geleistet werden.
- Bei stammberechtigten, minderjährigen EU-Bürger/innen knüpft das Nachzugsrecht daran an, dass ihnen die Verwandten in aufsteigender Linie (die Eltern) Unterhalt leisten (AVV FreizügG/EU Rn. 3.2.2.2). Wenn es sich um deutsche minderjährige EU-Bürger(innen) handelt, muss der Lebensunterhalt dabei nicht ohne Inanspruchnahme öffentlicher Mittel gesichert sein (oben Punkt 2.4.7). Keine Lebensunterhaltssicherungspflicht besteht auch bei Minderjährigen und ihren Eltern, die das Aufenthaltsrecht aus Art. 10 VO 492/2011 ableiten (unten Punkt 2.4.5). Im Übrigen ist es fraglich, ob der Lebensunterhalt voll gesichert sein muss. Nach der EuGH-Rspr. ist es zulässig, das zu verlangen.⁴¹ Andererseits verweisen die AVV darauf, dass § 28 AufenthG anzuwenden ist, wenn dieser eine bessere Rechtsstellung vermittelt (AVV FreizügG Rn. 3.2.2.2 und Rn. 4a.0.3.). Demnach müsste bei einem sorgeberechtigten Elternteil auf die Lebensunterhaltssicherung verzichtet werden.

³⁸ EuGH, Urteil v. 22. 5. 2012, C-348/09

³⁹ EuGH, Urteil v. 16.1.2014, Rs. C-423/12 - Reyes

⁴⁰ LSG NRW, Beschluss v. 28.5.2015, L 7 AS 372/15 B ER und L 7 AS 373/15 B

⁴¹ EuGH, Urteil v. 19. Oktober 2004, C-200/02 < Zhu und Chen >

- Umfasst sind jeweils die Verwandten in gerade auf- und absteigender Linie des Ehegatten (§ 3 Abs. 2 FreizügG/EU).
- Bei Student/innen ist das Recht auf Familienzusammenführung auf die Ehe- und Lebenspartner/innen und die Kinder beschränkt (§ 4 S. 3 FreizügG/EU).

Der Zweck der Familienzusammenführung ist die Herstellung oder Aufrechterhaltung des Familienlebens. Im Grundsatz ist dabei zwar auf ein zumindest zeitweiliges Zusammenwohnen abzustellen. Gibt es aber Gründe für ein Getrenntleben, etwa beruflicher Art, schadet dies nicht. Der EuGH legt bei Ehegatten einen formalen Ehebegriff zugrunde und stellt auf das Bestehen der Ehe und nicht die Art der Lebensführung ab.⁴² Getrennt leben oder eine geplante Scheidung führen nicht zum Verlust des abgeleiteten Aufenthaltsrechts.⁴³

Bei EU-Bürger(innen) mit Erwerbstätigenstatus ist der Familiennachzug der Ehegatt(inn)en, Lebenspartner/innen und der ledigen Kinder bis zum 21. Geburtstag unabhängig von weiteren Erfordernissen wie Lebensunterhaltssicherung oder Spracherfordernissen.

Das Recht auf Familienzusammenführung haben alle Unionsbürger/innen, auch solche die nicht erwerbstätig sind (§ 3 und § 4 FreizügG/EU). Allerdings müssen für die Angehörigen ausreichende Existenzmittel sichergestellt sein. Das gilt auch für Unionsbürger/innen, die bereits das Daueraufenthaltsrecht (s.o. S. 13) besitzen: Gehen sie keiner Erwerbstätigkeit nach, sind sie selbst zwar von der Lebensunterhaltspflicht befreit nicht aber ihre wirtschaftlich inaktiven Angehörigen, die ihrerseits noch nicht das Daueraufenthaltsrecht haben.

2.4.2 Familienangehörige ohne Staatsangehörigkeit eines EU-Mitgliedstaates

Das Recht der Familienangehörigen ohne Staatsangehörigkeit eines EU-Mitgliedstaates ist streng akzessorisch. Das heißt, es verleiht kein eigenständiges Aufenthalts- oder Freizügigkeitsrecht. Es gibt das Recht, im gleichen Mitgliedstaat wie der stammberichtigte EU-Staatsangehörige zu leben, nicht aber ohne diesen in einen anderen Mitgliedstaat zu reisen oder in einem Mitgliedstaat zu bleiben, wenn der stammberichtigte EU-Staatsangehörige weg zieht.⁴⁴ Für die Kinder und den sorgeberechtigten Elternteil sowie für Ehegatt(inn)en gibt es allerdings Regelungen, die nach Scheidung, Wegzug oder Tod des Stammberechtigten weiter ein Aufenthaltsrecht vermitteln können (§ 3 Abs. 3 ff. FreizügG, siehe Punkte 2.4.4 und 2.4.5).

An drittstaatsangehörige Familienangehörige von EU-Bürger/innen dürfen keine über die europarechtlichen Vorgaben hinausgehenden Anforderungen gestellt werden.⁴⁵ So dürfen beispielsweise bei der Einreise keine Kenntnisse der deutschen Sprache verlangt werden.

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

Gem. § 2 Abs. 7 S. 2 FreizügG/EU (siehe auch oben 2.3.7) kann das Fehlen des Freizügigkeitsrechts festgestellt werden, wenn feststeht, dass der Angehörige dem/der Unionsbürger/in nicht zur Herstellung oder Wahrung der familiären Lebensgemeinschaft nachzieht oder nicht zu diesem Zweck begleitet. Vom Wortlaut her ist § 2 Abs. 7 FreizügG letztlich eine Klarstellung: Zweck der

⁴² Renner/Dienelt, Kommentar zum Ausländerrecht, München 2011, § 3 FreizügG/EU, Rn. 12; EuGH Urteil v. 13.2.1985, C 267/83 <Diatta>, Rn. 21

⁴³ EuGH, Urteil v. 8.11.2012, C-40/11 <lida>; Rn. 58 f.; Renner/Dienelt, Kommentar zum Ausländerrecht, München 2011, § 2 FreizügG/EU, Rn. 80 ff.

⁴⁴ EuGH, Urteil v. 8.11.2012, C-40/11 <lida>; Rn. 61 ff., 66 ff.

⁴⁵ Dazu: AVV FreizügG/EU Rn. 2.4.2.1 ff.; EuGH, Urteil v. 25.7.2008, C-127/08 <Metock u.a.>; EuGH, Urteil v. 25.07.2002, C-459/99 <MRAX>

Familienzusammenführung ist die Herstellung oder Aufrechterhaltung des Familienlebens. Ist dies nicht gegeben, gibt es auch kein Aufenthaltsrecht zum Zweck der Familienzusammenführung.

Es ist zulässig, von drittstaatsangehörigen Familienmitgliedern für die Einreise ein Visum zu verlangen (Art. 5 Abs. 2 UnionsRL, § 2 Abs. 4 S. 2 FreizügG/EU), sofern sie nicht im Besitz einer gültigen Aufenthaltskarte (unten Punkt 2.4.3) sind, die in irgendeinem EU-Mitgliedstaat ausgestellt wurde. Fehlt das Visum bei der Einreise, so muss dem Angehörigen die Möglichkeit gegeben werden, auf andere Weise das Bestehen der Freizügigkeitsvoraussetzungen zu belegen, z. B. durch Nachweis des Bestehens der familiären Beziehung (Art. 5 Abs. 4 UnionsRL). Nur wenn auch das nicht möglich ist, kann eine Zurückweisung erfolgen.

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

Drittstaatsangehörige Familienmitglieder haben einen unbeschränkten Arbeitsmarktzugang (Art. 23 UnionsRL).

2.4.3 Aufenthaltskarte

Da bei Drittstaatler/innen nicht schon auf Grund der Staatsangehörigkeit davon auszugehen ist, dass ein Freizügigkeitsrecht besteht, müssen sie dieses durch eine Aufenthaltskarte nachweisen.⁴⁶

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

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

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

2.4.4 Aufenthaltsrecht bei Tod oder Trennung

Die Angehörigen eines Unionsbürgers, die selbst Unionsbürger/innen sind, erfüllen bei dessen Tod, seinem Wegzug aus Deutschland oder Scheidung zumeist die Voraussetzungen für ein Aufenthaltsrecht schon aus eigenem Recht. Sind sie nicht erwerbstätig, gelten sie als arbeitssuchende oder wirtschaftlich nicht aktive EU-Bürger(innen). Es sollte immer geprüft werden, ob bereits die Voraussetzungen für das Daueraufenthaltsrecht vorliegen. Ggf. kann sich auch aus dem AufenthG ein bessere Rechtstellung ergeben (§ 11 Abs. 1 S. 11 FreizügG).

Im Übrigen gilt für die Kinder folgendes:

- Kinder von (ehemaligen) Arbeitnehmer(innen) haben ein eigenständiges Aufenthaltsrecht, wenn sie zur Schule gehen oder eine Ausbildung machen (Art. 10 VO 492/2011 unten Punkt 2.4.5).

⁴⁶ s.o. Fn. 27

- Im Übrigen sind Kinder mit EU-Staatsangehörigkeit als wirtschaftlich nicht Aktive freizügigkeitsberechtigt. Weiter muss geprüft werden, ob sie ggf. nach AufenthG ein Aufenthaltsrecht haben (vgl. § 11 Abs. 1 S. 11 FreizügG)
- Beim Tod des Stambberechtigten behalten Kinder, die keine EU-Staatsangehörigkeit haben, das Aufenthaltsrecht, wenn sie mit dem Verstorbenen in Deutschland für mindestens 1 Jahr zusammen gelebt haben und sie erwerbstätig sind oder der Lebensunterhalt aus eigenen Mitteln gesichert ist (§ 3 Abs. 3 FreizügG).
- Bei Wegzug des Stambberechtigten verlieren Kinder, die keine EU-Staatsangehörigkeit haben und sich nicht auf Art. 10 VO 492/2011 berufen können, das Aufenthaltsrecht.

Für die Ehegatt(inn)en gilt:

- Sofern ein Kind ein eigenständiges Aufenthaltsrecht nach Art. 10 VO 492/2011 geltend machen kann, ist auch der sorgeberechtigte Elternteil erfasst (unten Punkt 2.4.5).
- Bei Wegzug des EU-Bürgers verlieren Ehegatt(inn)en, die keine EU-Staatsangehörigkeit haben, das abgeleitete Aufenthaltsrecht. Es muss geprüft werden, ob sie ggf. eine Aufenthaltserlaubnis nach AufenthG bekommen können/müssen.
- Beim Tod des Stambberechtigten behalten Ehegatt(inn)en, die keine EU-Staatsangehörigkeit haben, behalten das Aufenthaltsrecht, wenn sie mit dem Verstorbenen in Deutschland für mindestens 1 Jahr zusammen gelebt haben und sie erwerbstätig sind oder der Lebensunterhalt anderweitig aus eigenen Mitteln gesichert ist (§ 3 Abs. 3 FreizügG).
- Bei Scheidung behalten Ehegatt(inn)en, die keine EU-Staatsangehörigkeit haben, das Aufenthaltsrecht, wenn sie erwerbstätig sind oder der Lebensunterhalt aus eigenen Mitteln gesichert ist (§ 3 Abs. 5 FreizügG):
 - und sie entweder das Sorge- oder ein Umgangsrecht für ein minderjähriges Kind haben oder sie seit 3 Jahren verheiratet waren und davon mindestens 1 Jahr Deutschland zusammen verbracht haben.
 - und die Fortsetzung der Ehe unzumutbar ist.

Ergibt sich kein Freizügigkeitsrecht muss immer geprüft werden, ob die Betroffenen ggf. eine Aufenthaltserlaubnis nach AufenthG bekommen können/müssen (§ 11 Abs. 2 FreizügG/EU).

2.4.5 Aufenthaltsrecht nach Art. 10 VO 492/2011

Bei EU-Bürger/innen, die einer Beschäftigung nachgehen oder nachgegangen sind, haben die Kinder gem. Art. 10 VO 492/2011⁴⁷ das Recht unter den gleichen Bedingungen wie die Staatsangehörigen des Mitgliedstaats, in dem sie sich aufhalten, am allgemeinen Unterricht sowie an der Berufsausbildung teilzunehmen. Nach der Rspr. des EuGH leitet sich daraus ein Aufenthaltsrecht für die Kinder ab, das unabhängig von der Lebensunterhaltssicherung aus eigenen Mitteln ist. Dieses Recht hängt nicht davon ab, dass ein Elternteil weiter einer Beschäftigung nachgeht oder sich der erwerbstätige Elternteil weiter in Deutschland aufhält. Es ist auch nicht notwendig, dass ein zeitlicher Zusammenhang bestand zwischen dem Zusammenleben und dem Zeitpunkt, zu dem das Kind seine schulische oder sonstige Ausbildung beginnt. Es reicht, dass das Kind eine Zeitlang mit einem/r Beschäftigten in Deutschland gelebt hat. Ob sich der ehemals beschäftigte Elternteil zum Zeitpunkt der Einschulung des Kindes noch hier aufhält oder arbeitet, ist unerheblich.⁴⁸ Aus dem Aufenthaltsrecht des minderjährigen Kindes leitet sich ein Aufenthaltsrecht für den sorgeberechtigten Elternteil ab. Das abgeleitete Aufenthaltsrecht des Elternteils ist ebenfalls unab-

⁴⁷ VO 492/2011 vom 5. April 2011 über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Union, Abl. EU 27.05.2011, L 141, S. 1 ff.

⁴⁸ EuGH, Urteil v. 30.06.2016, Rs. C-115/15

hängig von der Lebensunterhaltssicherung. Es endet allerdings mit der Volljährigkeit des Kindes, sofern es nicht weiter der elterlichen Fürsorge bedarf.⁴⁹

Das eigenständige Aufenthaltsrecht des Kindes besteht, sobald und solange es eine Schule besucht oder eine Ausbildung macht (vgl. § 3 Abs. 4 FreizügG).

2.4.6 Familiennachzug zu Deutschen

2.4.6.1 Inländerdiskriminierung

Bei der Familienzusammenführung sind ausländische EU-Bürger/innen im Vergleich zu Deutschen privilegiert, da sich die Familienzusammenführung zu Deutschen nicht am EU-Recht, sondern an den Regelungen für Drittstaatler/innen orientiert (§ 28 AufenthG). Unter bestimmten Umständen können sich aber auch Deutsche in Deutschland auf die europarechtlichen Vorgaben berufen.

2.4.6.2 Freizügigkeitsrecht trotz Wohnsitz in Deutschland

Auf die privilegierten Regelungen des EU-Rechts können sich Deutsche mit Wohnsitz in Deutschland immer dann berufen, wenn sie ein Freizügigkeitsrecht in Anspruch nehmen:

Für Deutsche, die regelmäßig Dienstleistungen grenzüberschreitend erbringen, gilt bei der Familienzusammenführung EU-Recht.⁵⁰

Grenzgänger, die im Herkunftsland wohnen, fallen zwar grundsätzlich unter die Arbeitnehmerfreizügigkeit, haben aber nicht ohne weiteres die Möglichkeit sich auf das abgeleitete Recht zur Familienzusammenführung zu berufen. Es muss vielmehr durch die nationalen Behörden (Gerichte) geprüft werden, ob sie ohne den Familiennachzug abgeschreckt würden, die Arbeitnehmerfreizügigkeit zu nutzen.⁵¹

2.4.6.3 „Dänemarkehe“ und Rückkehrfälle

Das Recht auf Familiennachzug gem. der UnionsRL gilt nur für EU-Bürger(innen), die in einen anderen EU-Staat übersiedeln, nicht aber für solche, die in „ihrem“ Mitgliedstaat leben oder in diesen zurückkehren. Nach der Rspr. des EuGH sollen EU-Bürger/in aber nicht gehindert werden vom Freizügigkeitsrecht Gebrauch zu machen, indem eine Rückkehr dadurch behindert wird, dass eine familiäre Bindung, die während des Aufenthalts in einem anderen EU-Staat entstanden ist, nicht weiter gelebt werden kann. Mit der Rückkehr darf kein Rechtsverlust einhergehen.⁵² In den sogenannten Rückkehrfällen sollen EU-Bürger(innen) deshalb nicht schlechter gestellt werden als sie es nach der UnionsRL wären.⁵³

Als Voraussetzung für einen Rückkehrfall lässt sich aus der Rspr. des EuGH ableiten, dass die familiäre Beziehung schon im Aufnahmestaat bestanden haben muss.⁵⁴ Im Übrigen ist die UnionsRL entsprechend anzuwenden.

Deutsche, die nach Deutschland zurückkehren, nachdem sie in einem anderen EU-Staat als Erwerbstätige gewohnt haben, können demnach ihre Angehörigen mitnehmen oder zu sich holen.

Umstritten ist, ob es sich auch um nachzugsberechtigende Rückkehrfälle handelt, wenn sich EU-Bürger/innen beim Aufenthalt in einem anderen EU-Staat auf das allgemeine Freizügigkeitsrecht oder die passive Dienstleistungsfreiheit berufen. Bei der sogenannten Dänemarkehe reisen beispielsweise EU-Bürger/innen zum Zweck der Eheschließung in einen anderen Mitgliedstaat –

⁴⁹ EuGH, Urteil v. 23.2.2010, C-310/08; EuGH, Urteil v. 23.2.2010 C-480/08 <Teixeira>; EuGH, Urteil v. 8.5.2013, C-529/11 <Alarape und Tijani>. Die Entscheidungen beziehen sich noch auf die Vorläufer-VO 1612/68 und sind auf die neue VO 492/2011 übertragbar.

⁵⁰ EuGH, Urteil v. 11.7.2002, C 60/00 <Carpenter>

⁵¹ EuGH, Urteil v. 12.3.2014, C-457/12

⁵² EuGH v. 7.07.1992, C-370/90 <Singh >; EuGH, Urteil v. 11.12.2007, C-291/05 <Eind >

⁵³ EuGH, Urteil v. 10.5.2017, C-133/15, Rn. 53 ff.

⁵⁴ EuGH, Urteil v. 12.3.2014, C-456/12

Deutsche bevorzugt nach Dänemark – um sich nach der Rückkehr auf das Freizügigkeitsrecht zu berufen. Das ist nach der Rechtsprechung des EuGH im Grundsatz kein Missbrauch des Freizügigkeitsrechts. Demnach ist es bei Inanspruchnahme der Freizügigkeit durch den Angehörigen eines Mitgliedstaats unerheblich, welche Absichten ihn dazu veranlasst haben.⁵⁵ Sofern es sich nur um einen kurzen Aufenthalt in dem anderen EU-Staat handelt, um beispielsweise als Urlauber/in von der Dienstleistungsfreizügigkeit Gebrauch zu machen, wurden von deutschen Gerichten und Behörden Rückkehrfälle aber verneint, da es an der „gewissen Nachhaltigkeit“ fehle. Diese sei nötig, um eine Rechtsstellung zu erlangen, die nach der Rückkehr weiter wirkt.⁵⁶ Der EuGH hat im Jahr 2014 dazu entschieden, dass die Rspr. zu Rückkehrfällen grundsätzlich auch auf das allgemeine Freizügigkeitsrecht anzuwenden ist. Voraussetzung ist, dass der Aufenthalt im Aufnahmemitgliedstaat von einer solchen Dauer war, dass der/die Unionsbürger/in dort ein Familienleben entwickeln oder festigen konnte. Der EuGH macht keine abschließenden Vorgaben zu der notwendigen Dauer des Aufenthalts im Aufnahmemitgliedstaat. Er verneint eine ausreichende Zeitdauer aber bei der nur 3-monatigen Inanspruchnahme des voraussetzungslosen Aufenthaltsrechts. Ein Aufenthalt auf der Grundlage und unter Beachtung der Voraussetzungen für einen Aufenthalt von mehr als 3 Monaten deutet hingegen „grundsätzlich auf ein sich Niederlassen des Unionsbürgers in diesem Mitgliedstaat und damit auf einen Aufenthalt von einer gewissen Dauer hin.“⁵⁷ Für einen Rückkehrfall dürfen folglich zumindest die Wohnsitznahme und ggf. Anmeldung sowie ein Aufenthalt von mindestens 3 Monaten vorausgesetzt werden.

2.4.6.4 Zwei EU-Staatsangehörigkeiten

Mit Blick auf EU-Bürger/innen mit zwei EU-Staatsangehörigkeiten hat der EuGH entschieden⁵⁸, dass sie sich in ihrem Geburtsland nicht auf die andere Staatsangehörigkeit berufen können. Werden sie im Geburtsland beim Ehegattennachzug im Vergleich zu gewanderten EU-Bürger/innen benachteiligt, müssen sie dies hinnehmen, sofern nicht der Kernbestand des Unionsbürgerstatus tangiert ist (Dazu unten Punkt 2.4.72.4.7.2).

2.4.6.5 Nach einer Einbürgerung

Strittig ist derzeit, inwieweit sich bei Unionsbürger/innen, die zunächst als EU-Ausländer/innen in einem anderen Mitgliedstaat lebten und sich dann einbürgern ließen, die Ehegatt(inn)en weiter auf das abgeleitete Freizügigkeitsrecht berufen können oder, ob sie nur die Rechte von Gatt(inn)en von Inländer/innen haben. Es deutet sich an, dass das Freizügigkeitsrecht als Kerngehalt der Unionsbürgerschaft es verlangt, das Familienleben fortsetzen zu können, wie es vor der Einbürgerung geführt wurde. Nach dem Willen des Generalanwalts sollen Eingebürgerte zumindest nicht schlechter gestellt sein als Rückkehrfälle.⁵⁹ Eine Entscheidung des EuGH zu dieser Frage dürfte noch 2017 kommen.

2.4.7 Familiennachzug und passives Freizügigkeitsrecht

2.4.7.1 Familiennachzug zu Minderjährigen

Es würde den Kernbestand des Unionsbürgerrechts unzulässig berühren, wenn minderjährige Unionsbürger/innen gezwungen wären, den EU-Mitgliedstaat zu verlassen, dessen Staatsangehörigkeit sie besitzen, weil den drittstaatsangehörigen, unterhaltspflichtigen Eltern der Aufenthalt und

⁵⁵ EuGH, Urteil v. 23.09.2003, C-109/01 < Alkrich >

⁵⁶ BVerwG, Urteil v. 16.11.2010 – 1 C 17.09; Renner/Dienelt, Kommentar zum Ausländerrecht, München 2011, § 1 FreizügG/EU, Rn. 16 ff.

⁵⁷ EuGH, Urteil v. 12.3.2014, C-456/12, Rn. 53

⁵⁸ EuGH, Urteil v. 05.05.2011, C-434/09 <McCarthy>

⁵⁹ <http://www.migrationsrecht.net/nachrichten-auslaenderrecht-europa-und-eu/einbuengerung-fuehrt-nicht-zum-verlust-der-freizuegigkeit-bei-familienangehoerigen.html>; <http://rsw.beck.de/aktuell/meldung/eugh-generalanwalt-abgeleitetes-aufenthaltsrecht-darf-nicht-strenger-beurteilt-werden-als-freizuegigkeitsvoraussetzungen>

eine Arbeitserlaubnis verweigert wird.⁶⁰ Für die deutsche Rechtslage hat das insbesondere Auswirkungen auf Familienangehörige von Kindern, die nach § 4 StAG kraft Gesetz deutsche Staatsangehörige geworden sind, oder wenn ein Elternteil Ausländer/in und der andere Elternteil deutsch ist.

Wenn die drittstaatsangehörigen Eltern tatsächlich die Personensorge ausüben und es dem minderjährigen Kind damit erst ermöglichen, von seinem Freizügigkeits- und Aufenthaltsrecht Gebrauch zu machen, können ihr Aufenthaltsrecht dann unmittelbar aus EU-Recht ableiten.⁶¹

Hat nur ein Elternteil einen unsicheren Status und ist der andere Elternteil deutscher Staatsangehörigkeit oder Ausländer/in mit Aufenthaltsrecht, würde das Aufenthaltsrecht des deutschen minderjährigen Kindes durch die Ausreise des erstgenannten Elternteils nicht unbedingt in Frage gestellt. Nach der Entscheidung des EuGH vom 10.5.2017 kann aber auch dann, wenn das Kind mit einem Elternteil im Bundesgebiet verbleiben könnte, die Trennung von dem anderen Elternteil ein Eingriff in den Kernbestand der Unionsbürgerrechte bedeuten. Abzustellen ist zunächst darauf, ob der fragliche Elternteil die tatsächliche Sorge wahrnimmt und das Kind auch davon abhängig ist. Ist der andere Elternteil zur Wahrnehmung der Sorge nicht willens oder in der Lage, besteht ein solches Abhängigkeitsverhältnis zum erstgenannten Elternteil und dieser hat ein abgeleitetes Aufenthaltsrecht. Es darf verlangt werden, dass der Elternteil entsprechende Informationen beibringt, um eine Feststellung über das Abhängigkeitsverhältnis treffen zu können. Er muss dies aber nicht beweisen. Die erforderlichen Ermittlungen müssen vielmehr durch die Behörde durchgeführt werden.⁶² Wenn auch der andere Elternteil willens und in der Lage ist, die tatsächliche Sorge wahrzunehmen, ist dies zwar ein relevanter aber nicht der entscheidende Faktor, ob dem drittstaatsangehörige Elternteil ein abgeleitetes Aufenthaltsrecht zusteht. Es müssen vielmehr alle Umstände und insbesondere das durch Art. 24 GRC geschützte Kindeswohl einschließlich Umgangsrecht berücksichtigt werden. Gibt es eine starke affektive Bindung und birgt die Trennung vom drittstaatsangehörige Elternteil ein Risiko für das „innere Gleichgewicht“ des Kindes ist von einem Aufenthaltsrecht des Elternteils auszugehen.⁶³

Bei einer Ausweisung muss der erhöhte Ausweisungsschutz für Unionsbürger/innen berücksichtigt werden. Es ist auch nicht zulässig eine Aufenthaltserlaubnis allein wegen Vorliegen von Vorstrafen zu verweigern.⁶⁴ Handelt es sich um ein Kleinkind und einen alleinerziehende Elternteil darf nur unter außergewöhnlichen Umständen ausgewiesen und/oder eine Aufenthaltserlaubnis verweigert werden. Es muss vom Elternteil auf Grund des persönlichen Verhaltens eine tatsächliche, gegenwärtige und erhebliche Gefahr ausgehen, die ein Grundinteresse der Gesellschaft des Mitgliedstaats berührt. Auch dann müssen aber die verschiedenen einander gegenüberstehenden Interessen berücksichtigt werden.⁶⁵

2.4.7.2 Ehegattennachzug

Die Rechtsprechung des EuGH zum Ehegattennachzug zeigt, die größere Eigenverantwortung volljähriger Unionsbürger/innen im Vergleich zu Minderjährigen. Der Kernbereich wäre auch hier nur dann tangiert, wenn sich der Unionsbürger de facto gezwungen sähe, „seinen“ Mitgliedstaat bzw. das Gebiet der Union als Ganzes zu verlassen, wenn der Ehegattennachzug nicht zugelassen würde. Auch eine länger andauernde Trennung der Ehegatt(inn)en infolge einer Ausweisung eines Gatten führt demnach nicht zu einer unzulässigen Beeinträchtigung des Kernbereichs der Unionsbürgerrechte nach Art. 20 AEUV. In derartigen Fällen beruhe die Trennung der Ehegatt(inn)en auf einer autonomen Entscheidung des Unionsbürgers, dem es frei stehe, sich zwischen der Aufrechterhaltung der familiären Lebensgemeinschaft oder dem Gebrauch der Unions-

⁶⁰ EuGH, Urteil v. 8.3.2011, Rs C 34/09 <Zambrano>

⁶¹ EuGH, Urteil v. 8.3.2011, Rs C 34/09 <Zambrano>

⁶² EuGH, Urteil v. 10.5.2017, Rs. C-133/15, Rn. 73 ff.

⁶³ EuGH, Urteil v. 10.5.2017, Rs. C-133/15, Rn. 71

⁶⁴ EuGH, Urteil v. 13.9.2016, Rs C-165/14

⁶⁵ EuGH, Urteil v. 13.9.2016, Rs. C-304/14

bürgerrechte zu entscheiden.⁶⁶ Hindernisse beim Ehegattennachzug⁶⁷ oder die nur vorübergehende Trennung von Ehegatt(inn)en, etwa zur Durchführung eines Visumverfahrens, beeinträchtigt den Kernbereich des Unionsbürgerrechts demnach nicht.⁶⁸

3 Zugang zu Sozialleistungen und Diskriminierungsverbote

Der Zugang zu Sozialleistungen kann bei EU-Bürger/innen unterschiedlich sein, je nachdem auf welches Freizügigkeitsrecht sie sich berufen. Anders als bei anderen Ausländer/innen hat die Inanspruchnahme sozialer Leistungen, abgesehen von wenigen Ausnahmen, keinen Einfluss auf das Bestehen des Aufenthaltsrechts (s.o. Punkt 3.3.5).

Die Arbeitnehmerfreizügigkeit enthält ein Gleichbehandlungsgebot und die Niederlassungsfreiheit ein Diskriminierungsverbot, die jeweils zur sozialrechtlichen Gleichstellung dieser Gruppen führen.

Art. 18 AEUV bestimmt ein allgemeines Verbot der Diskriminierung wegen der Staatsangehörigkeit. Der Anwendungsbereich ist immer dann eröffnet, wenn ein EU-Bürger(innen) von seinem Freizügigkeitsrecht Gebrauch gemacht hat. Allerdings erlaubt Art. 21 AEUV das allgemeine Freizügigkeitsrecht unter gewisse Bedingungen zu stellen. Dem entsprechend enthält die UnionsRL ein Diskriminierungsverbot (Art. 24 Abs. 1 UnionsRL), das Unionsbürger/innen mit Erwerbstätigenstatus, solchen, die ihn (noch) nicht wieder verloren haben, und solchen mit Daueraufenthaltsrecht absolute Gleichbehandlung garantiert. Im Übrigen darf der Zugang zu Sozialhilfe in den ersten drei Monaten des Aufenthalts und für einen längeren Zeitraum bei solchen Unionsbürger/innen verwehrt werden, die zum Zweck der Arbeitssuche eingereist sind (Art. 24 Abs. 2, Art. 14 Abs. 4 Nr. b UnionsRL). EU-Bürger/innen, die die Voraussetzungen für ein Freizügigkeitsrecht nach der UnionsRL nicht erfüllen, können sich überhaupt nicht auf dieses Diskriminierungsverbot berufen.⁶⁹

Die VO 883/2004⁷⁰, die die sogenannte Wanderarbeitnehmer-Verordnung 1408/71/EWG abgelöst hat, gilt für alle Staatsangehörigen eines EU-Mitgliedstaates mit Blick auf die Systeme der sozialen Sicherheit (Art. 2 VO 883/2004). Die VO umfasst auf Beiträgen beruhende und beitragsfreie Systeme der sozialen Sicherheit sowie besondere beitragsunabhängige Geldleistungen wie das SGB II (Art. 3 Abs. 2 und 3 VO 883/2004). Sie gilt gem. Art. 3 Abs. 5 nicht für soziale und medizinische Fürsorgeleistungen. Ausländische EU-Bürger/innen haben im Kontext der sozialen Sicherungssysteme die gleichen Rechte und Pflichten wie Einheimische (Art. 4 VO 883/2004). Ende 2014 hat der EuGH entschieden, dass dieses Gleichstellungsgebot nur bei EU-Bürger/innen uneingeschränkt gilt, die die Bedingungen für ein Freizügigkeitsrecht erfüllen.⁷¹

Ein sozialrechtlicher Gleichbehandlungsanspruch wird in der Literatur zunehmend auch mit der GRC begründet.⁷² Art. 34 Abs. 2 bestimmt, dass jeder Mensch mit Wohnsitz in der EU einen Anspruch auf Sozialleistungen nach den jeweiligen nationalen Bestimmungen hat. Die jeweiligen nationalen Bestimmungen müssten sich am Schutz der Menschenwürde (Art. 1 GRC) und dem Gleichheitsgebot (Art. 20 f. GRC) messen lassen. Allerdings gilt gem. Art. 51 GRC die Charta für die Mitgliedstaaten nur bei der Durchführung des EU-Rechts. Die inhaltlichen Voraussetzungen

⁶⁶ EuGH, Urteil v. 15.11.2011, C-256/11 <Dereci u.a.>

⁶⁷ EuGH, Urteil v. 05.05.2011, C-434/09 <McCarthy>

⁶⁸ EuGH, Urteil v. 15.11.2011, C-256/11 <Dereci u.a.>

⁶⁹ EuGH, Urteil v. 11.11.2014, C 333/13 <Dano>, Antwort auf die zweite und dritte Frage

⁷⁰ Verordnung (EG) Nr. 883/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 29. April 2004 zur Koordination der Systeme der sozialen Sicherheit, Konsolidierte Fassung v. 11.1.2011. Informationen zur VO 883/2004: Frings, Grundsicherungsleistungen für EU-Bürger unter dem Einfluss der VO (EG) Nr. 2004/883, in: ZAR 2012, S. 317 ff.

⁷¹ EuGH (Fn. 69), Antwort auf die zweite und dritte Frage

⁷² Frings (Fn. 70), S. 324 f.; Hessisches LSG v. 29.10.2012 – L9 AS 615/12 B ER

von nationalen, sozialrechtlichen Ansprüchen sowie deren Umfang fallen nach der Rspr. der EuGH nicht darunter.⁷³

Im Ergebnis können sich nur EU-Bürger(innen) mit Erwerbstätigenstatus uneingeschränkt auf die eu-rechtlichen Diskriminierungsverbote berufen. EU-Bürger(innen), deren Freizügigkeitsrecht sich allein aus der Arbeitssuche ergibt, wirtschaftlich nicht aktive EU-Bürger(innen) und EU-Bürger(innen) ohne materielles Freizügigkeitsrecht haben hingegen nur beschränkte Gleichstellungsansprüche beim Zugang zu staatlichen Leistungen.

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

4.1 Allgemeine Anspruchsvoraussetzungen

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

4.1.1 Gewöhnlicher Aufenthalt

Nach § 30 Abs. 3 S. 2 SGB I ist der gewöhnliche Aufenthalt dort, wo sich eine Person unter Umständen aufhält, die erkennen lassen, dass sie dort nicht nur vorübergehend verweilt. Es wird regelmäßig vermutet, dass am angemeldeten Wohnsitz auch der gewöhnliche Aufenthalt ist. Das ist aber nicht zwingend. Bei Personen, die nicht gemeldet sind, kommt es auf den tatsächlich feststellbaren Lebensmittelpunkt an. Ein längerer Aufenthalt an einem Ort kann ein Indiz sein, ist aber nicht nötig. Auch ein Ort, an dem sich jemand nur "bis auf weiteres" aufhält, kann der gewöhnliche Aufenthalt sein, wenn jemand dort den Mittelpunkt seiner Lebensverhältnisse hat.⁷⁴

Nicht anspruchsberechtigt sind demnach EU-Bürger/innen, die sich nur befristet ohne Perspektive auf Daueraufenthalt in Deutschland aufhalten wie Tourist/innen, Saisonarbeitskräfte oder Au-Pairs. Eine Ausnahme gilt für im Ausland lebende Kinder von Hartz-IV-Empfänger/innen. Kinder, die selbst noch nicht erwerbsfähig sind (also jünger als 15 Jahre), können nach der Rspr. des BSG Sozialgeld beanspruchen, wenn sie ihre Eltern in Deutschland besuchen.⁷⁵

4.1.2 Rechtmäßigkeit des Aufenthaltes

Bei Ausländer/innen wird von Jobcentern teilweise neben dem gewöhnlichen Aufenthalt zusätzlich der Nachweis der Rechtmäßigkeit des Aufenthaltes gefordert. Allerdings hat das Bundessozialgericht (BSG) bereits 2013 entschieden, dass es nicht zulässig ist, in § 7 SGB II das Kriterium „rechtmäßig“ quasi als ungeschriebene weitere Anspruchsvoraussetzung „hineinzulesen“. Die Regelungen nach § 7 Abs. 1 S. 2 SGB II sind mit Blick auf spezifische Anspruchsvoraussetzungen bzw. Ausschlüsse für Ausländer/innen abschließend.⁷⁶

4.1.3 Ausländerrechtliche Erwerbsfähigkeit

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

⁷³ EuGH (Fn. 69), Antwort auf die vierte Frage

⁷⁴ Bundesagentur für Arbeit, Fachliche Hinweise zu § 7 SGB II (Stand 10.8.2016), Rn. (7.2)

⁷⁵ BSG v. 28.10.2014 – B 14 AS 65/13 R

⁷⁶ Bundesagentur für Arbeit, Fachliche Hinweise zu § 7 SGB II (Stand 10.8.2016), Rn. (7.6); BSG v. 30.1.2013 - B 4 AS 54/12 R, Rn. 19; BSG v. 12.12.2013 - B 4 AS 9/13 R Rn. 13

4.2 Anspruchsausschlüsse und anspruchsberechtigte EU-Bürger/innen

Seit 2006 gab es im SGB II eine Regelung, wonach wirtschaftlich nicht aktive EU-Bürger(innen) und solche, die ihre Freizügigkeitsrechte allein aus der Arbeitssuche ableiten, von Leistungen ausgeschlossen sind. Diese Regelung war und ist rechtlich sehr umstritten. Seit 2014 bzw. 2015 ist geklärt, dass es europarechtlich zulässig ist, diesen Gruppen den Zugang zu Sozialhilfe zu verwehren, und dass das SGB II auch als Sozialhilfe zu werten ist.⁷⁷

Das BSG hat in seiner Rspr. 2015 die Anspruchsausschlüsse im SGB II für wirksam erklärt, aber auch festgelegt, dass im Regelfall nach 6 Monaten Aufenthalt wegen Verwurzelung existenzsichernde Leistungen nach SGB XII zu erbringen sind. Um dieser Rechtsprechung den Boden zu entziehen und als weitere Gruppe Freizügigkeitsberechtigte nach Art. 10 VO 492/2011 aus dem Bezug von Grundsicherungsleistungen auszuschließen, wurde 2016 das „Gesetz zur Regelung von Ansprüchen ausländischer Personen in der Grundsicherung für Arbeitssuchende nach dem SGB II und der Sozialhilfe nach dem SGB XII“ verabschiedet. Das Gesetz trat am 29.12.2016 in Kraft⁷⁸ und sieht sich seither verfassungs- und europarechtlich umstritten. Die Rechtsprechung dazu ist uneinheitlich.⁷⁹ Ein Verfahren ist beim BVerfG anhängig, aber noch nicht terminiert.

4.2.1 Anspruchsberechtigte EU-Bürger/innen

Es sind nur die EU-Bürger(innen) von Leistungen ausgeschlossen, die in den Anspruchsausschlüssen nach § 7 Abs. 1 S. 2 SGB II explicit benannt sind (unten Punkt 4.2.2). Nicht von Leistungen ausgeschlossen sind EU-Bürger/innen, die ein anderes Aufenthaltsrecht haben. Es sollte daher immer erst geprüft werden, ob ein anderes anspruchsbegründendes Freizügigkeits- oder Aufenthaltsrecht gegeben ist. Das gilt insbesondere für:

4.2.1.1 **Erwerbstätige Unionsbürger/innen und solche, die den Erwerbstätigenstatus (noch) nicht wieder verloren haben**

Für EU-Bürger/innen, die als Arbeitnehmer(innen) oder als Selbständige erwerbstätig sind, gilt uneingeschränkt das Gleichstellungsgebot. Das gleiche gilt für die Personen, die den Erwerbstätigen-Status trotz Unterbrechung oder Beendigung der Erwerbstätigkeit nicht verloren haben (oben Punkte 2.3.4 und 2.3.5). Immer dann, wenn EU-Bürger/innen die Erwerbstätigeneigenschaft haben, haben sie Anspruch auf alle sozialen Rechte. Die Inanspruchnahme sozialer Leistungen hat keine Auswirkungen auf ihr Aufenthaltsrecht.

Diese Gruppen sind schon nach dem Wortlaut des § 7 Abs. 1 S. 2 SGB II nicht von Leistungen ausgeschlossen – auch nicht in den ersten 3 Monaten des Aufenthalts. Entsprechend stellen die Anwendungshinweise der Bundesagentur für Arbeit klar, dass diese EU-Bürger/innen auch bei faktischer Arbeitssuche leistungsberechtigt sind.⁸⁰

Die Erwerbstätigeneigenschaft hängt nicht davon ab, dass die Berufstätigkeit ein existenzsicherndes Einkommen bringt (s.o. Punkt 2.1.1.2 und 2.1.2.2). Bei zu geringem Einkommen etwa bei geringfügiger Beschäftigung besteht deshalb ein Anspruch auf aufstockende Leistungen.

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

⁷⁷ EuGH, Urteil v. 11.11.2014, C-333/13 <Dano>; EuGH, Urteil v. 15.9.2015, C-67/14 <Alimanovic>

⁷⁸ BGBl. I vom 28.12.2016 Nr. 65, S. 3155 ff.

⁷⁹ Rechtsprechungsübersicht:

http://ggua.de/fileadmin/downloads/unionsbuergerInnen/rechtsprechung_Unionsbuerger.pdf

⁸⁰ BA, Fachliche Hinweise zu § 7 SGB II (Stand 10.08.2016), Rn. (7.10) und (7.27).

4.2.1.2 Familienangehörige von erwerbstätigen EU-Bürger/innen

Nicht erwerbstätige oder arbeitssuchende Angehörige von erwerbstätigen EU-Bürger/innen sind wie diese freizügigkeits- und leistungsberechtigt. Dieses abgeleitete Recht ist unabhängig von der eigenen Staatsangehörigkeit.⁸¹

4.2.1.3 Langaufhältige EU-Bürger/innen

Das Daueraufenthaltsrecht (§ 4a FreizügG/EU, s.o. Punkt 2.3.6) gewährleistet einen Anspruch auf soziale Leistungen einschließlich SGB II auch für Personen, die vorher keinen Bezug zum Arbeitsmarkt in Deutschland hatten.

4.2.1.4 Familienangehörige von Deutschen

EU-Bürger/innen, die als Familienangehörige von Deutschen nach Deutschland kommen, sind zumindest nach dem Wortlaut vom Leistungsausschluss in den ersten 3 Monaten nach § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 SGB II erfasst. Das BSG hat aber am 30.1.2013 entschieden, dass der Leistungsausschluss nach § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 SGB II nach Systematik und Zweck der Regelung ausländische Angehörige von Deutschen nicht erfasst (BSG v. 30.1.2013 – B 4 AS 37/12 R).

EU-Bürger/innen, die sich in Deutschland aufhalten, um den familiären Kontakt zu einem deutschen Kind zu pflegen, dürfen gem. §11 Abs. 1 S. 11 FreizügG nicht schlechter gestellt werden als Drittstaatler/innen, die als Elternteil eines/r Deutschen gem. § 28 Abs. 1 AufenthG eine Aufenthaltserlaubnis erhalten. Damit haben sie ein Aufenthaltsrecht, das von den Leistungsausschlüssen nicht erfasst ist.

4.2.1.5 Aufenthalt aus weiteren Gründen

Das BSG geht davon aus, dass auch das Aufenthaltsrecht nach Art. 10 VO 492/2011 ein anderes, anspruchsbegründendes Aufenthaltsrecht ist.⁸² Durch die Gesetzesänderung vom 29.12.2016 sind derart Freizügigkeitsberechtigte aber nun ausdrücklich vom Ausschluss erfasst (unten Punkt 4.2.2.4)

Einen anderen, familiär bedingten Aufenthaltsgrund und damit einen Leistungsanspruch haben nach der Rspr. des BSG auch schwangere Frauen, die planen nach der Niederkunft mit dem Kind und dem in Deutschland mit einem dauerhaften Aufenthaltsrecht ansässigen Partner (und Vater des Kindes) zusammen zu leben.⁸³

Anspruchsberechtigt sind auch EU-Bürger(innen), die ein Aufenthaltsrecht nach dem AufenthG haben wie z.B. die Opfer von Menschenhandel.⁸⁴

4.2.2 Ausschluss nach § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 und Nr. 2 SGB II

4.2.2.1 Ausschluss in den ersten 3 Monaten

Gem. § 7 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 SGB II haben Ausländer(innen) in den ersten 3 Monaten des Aufenthalts keinen Leistungsanspruch. Das gilt schon vom Wortlaut nicht für EU-Bürger(innen) mit Erwerbstätigenstatus. Weiter sind die anderen oben in Punkt 4.2.1 genannten Gruppen nicht von diesem Ausschlussgrund erfasst.

Diese Regelung deckt insbesondere den Aufenthalt mit voraussetzungslosem Freizügigkeitsrechts ab und ist europarechtskonform.⁸⁵

⁸¹ BA, Fachliche Hinweise zu § 7 SGB II (Stand 10.08.2016), Rn. (7.8) und (7.36); BSG, Urteil v. 25.1.2012 – B 14 AS 138/11 R

⁸² BSG v. 3.12.2015 - B 4 AS 43/15 R (Alimanovic)

⁸³ BSG v. 30.1.2013 - B 4 AS 54/12 R

⁸⁴ BA, Fachliche Hinweise zu § 7 SGB II (Stand 10.08.2016), Rn. (7.37)

⁸⁵ EuGH, Urteil v. 25.2.2016, C-299/14 <Garcia-Nieto>

4.2.2.2 Aufenthaltsrecht allein auf Grund der Arbeitssuche

Arbeitssuchende sind gem. § 7 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 Bst. b) SGB II, der weitgehend dem alten § 7 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 SGB II entspricht, von Leistungen ausgeschlossen. Das betrifft nur EU-Bürger(innen), die ihr Aufenthaltsrecht allein aus der Arbeitssuche ableiten, und die jeweiligen Familienangehörigen. Arbeitssuchende EU-Bürger/innen, die sich nicht auf ein anderes Freizügigkeits- bzw. Aufenthaltsrecht berufen können, sind nicht betroffen.

Nach der Rechtsprechung des EuGH ist dieser Ausschluss zulässig.⁸⁶ Auch das BSG hat ihn nicht grundsätzlich beanstandet.⁸⁷ Es muss aber für den Ausschluss positiv festgestellt sein, dass der/die Anspruchsteller/in ausschließlich das Aufenthaltsrecht zur Arbeitssuche hat.⁸⁸ Gibt es andere Gründe für die Einreise oder den Aufenthalt und tritt die Arbeitssuche nur hinzu, ist die Regelung nicht anzuwenden. Es muss daher immer geprüft werden, ob neben der Arbeitssuche einer der oben genannten Aufenthaltsgründe gegeben ist.

4.2.2.3 Nicht erwerbstätige, nicht arbeitssuchende EU-Bürger/innen

Wirtschaftlich nicht aktive EU-Bürger/innen sind in den ersten 3 Monaten gem. § 7 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 SGB II von Leistungen ausgeschlossen.

Lange war strittig, ob diese Gruppe auch von dem unbefristeten Ausschlussgrund des alten § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II erfasst ist. Einem Ausschluss dieser Gruppe von EU-Bürger/innen aus dem SGB II steht jedenfalls EU-Recht nicht entgegen.⁸⁹ Dann hatte das BSG im Dezember 2015 klargestellt, dass nicht erwerbstätige Personen ohne materielles Freizügigkeits- oder Aufenthaltsrecht „erst recht“ wie arbeitssuchende EU-Bürger(innen) von Leistungen nach dem SGB II ausgeschlossen sind.⁹⁰

Nach § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 Bst. a) SGB II sind nun seit Dezember 2016 Ausländer/innen, die kein Aufenthaltsrecht haben, von Leistungen nach SGB II ausgeschlossen. Diese Regelung zielt auf wirtschaftlich nicht aktive EU-Bürger(innen). Ausländer/innen, die nicht EU-Bürger(innen) sind und kein Aufenthaltsrecht haben, sind in der Regel ausreisepflichtig (§ 50 AufenthG) und damit als Leistungsberechtigte nach § 1 Abs. 1 Nr. 5 AsylbLG schon gem. § 7 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 SGB II von Leistungen des SGB II ausgeschlossen. Bei EU-Bürger/innen fällt hingegen das Fehlen eines Freizügigkeitsrechts und die Ausreisepflicht ggf. auseinander. Geht das allgemeine Freizügigkeitsrecht mangels Existenzsicherung verloren, fehlt das materielle Freizügigkeitsrecht und greift § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 Bst. a) SGB II.

Der Ausschluss gilt auch mit Blick auf die Familienangehörigen. Es ist aber zu beachten, dass dies nur gelten kann, wenn sie ein abgeleitetes Aufenthaltsrecht hatten – sie also mit dem Verlust des Aufenthaltsrecht des Stammberechtigten ihr Aufenthaltsrecht ebenfalls verlieren. Es ist folglich zu prüfen, ob Familienangehörige ggf. ein eigenständiges Aufenthaltsrecht haben und auf dieser Basis leistungsberechtigt sind.

Suchen bislang nicht erwerbstätige EU-Bürger/innen ernsthaft Arbeit muss geprüft werden, ob sie das Freizügigkeitsrecht der Arbeitssuchenden in Anspruch nehmen. Dann greift allerdings der Ausschluss nach § 7 Abs. 1 Nr. 2 SGB II (oben Punkt 4.2.2.1).

Werden Leistungen von Angehörigen dieser Gruppe in Anspruch genommen, könnte die Ausländerbehörde den Verlust des Aufenthaltsrechts feststellen. In der Beratung muss deshalb bedacht werden, dass die Sozialämter seit 1.1.2017 einer Meldepflicht an die Ausländerbehörde unterliegen (unten Punkt 7).

⁸⁶ EuGH, Urteil v. 15.9.2015, C-67/14 <Alimanovic>

⁸⁷ BSG v. 3.12.2015 - B 4 AS 59/13 R; BSG v. 3.12.2015 - B 4 AS 43/15 R

⁸⁸ zuletzt BSG v. 3.12.2015 - B 4 AS 59/13 R

⁸⁹ EuGH, Urteil v. 11.11.2014, C-333/13 <Dano>

⁹⁰ Drs. 18/10211, S. 11

4.2.2.4 EU-Bürger/innen mit Aufenthaltsrecht nach Art. 10 VO 492/2011

Nach § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 Bdt. c) SGB II sind Freizügigkeitsberechtigte nach Art. 10 VO 492/2011 und ihre Familienangehörigen von Leistungen nach SGB II explizit ausgeschlossen. Damit wird auf die Rspr. des BSG reagiert, wonach diese Personen nach der alten Regelung nicht ausgeschlossen waren.⁹¹

Betroffene sollten ggf. über Widerspruch und Klage nachdenken. Im vorläufigen Rechtsschutz wurden bereits mehrfach Leistungen gewährt.⁹² Die Neuregelung ist europarechtlich sehr umstritten. Ein Leistungsausschluss wäre nach der Rspr. des EuGH bei EU-Bürger/innen mit Freizügigkeitsrecht im Rahmen der RL 2004/38/EG möglich. Allerdings handelt es sich bei dem fraglichen Freizügigkeitsrecht nicht um ein Aufenthaltsrecht nach der Richtlinie. Art. 12 VO 1612/68 - also die Vorläuferregelung von Art. 10 VO 492/2011 - wurde 2004 als das bis dato geltende Recht und die Rspr. des EuGH in der Richtlinie 2004/38/EG zusammenfasst wurden, nicht in die Richtlinie integriert. Der EuGH hat dieses Freizügigkeitsrecht entsprechend seither mehrfach als eigenständiges Recht bestätigt.⁹³ Vor diesem Hintergrund dürfte Art. 24 Abs. 2 RL 2004/38/EG, der eine Abweichung vom Gleichbehandlungsgebot für bestimmte in der Richtlinie benannte Freizügigkeitsrechte vorsieht, nicht auf das Freizügigkeitsrecht nach Art. 10 VO 492/2011 angewendet werden können.

4.2.2.5 Menschenrecht auf Existenzsicherung?

Nach deutschem Verfassungsrecht ist das Recht auf Sicherung eines menschenwürdigen Existenzminimums ein Menschenrecht. Es wird daher diskutiert, inwieweit die Ausschlüsse des SGB II gegen dieses Menschenrecht verstoßen. So hält beispielsweise das SG Mainz § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II für verfassungswidrig und hat diese Frage dem BVerfG vorgelegt.⁹⁴ Eine Entscheidung darüber steht noch aus. Das BSG hat in seinen Entscheidungen vom 3.12.2015 zum Leistungsanspruch von EU-Bürger/innen zwar Bezug auf die Rspr. des BVerfG genommen, allerdings nicht im Kontext des SGB II, sondern des SGB XII.⁹⁵

Es gibt Gerichte, die gem. § 41a Abs. 7 SGB II mit Verweis auf die Vorlage des SG Mainz im vorläufigen Rechtsschutz Leistungen zusprechen.⁹⁶ Kommt das BVerfG allerdings zu dem Ergebnis die Ausschlussregeln seien verfassungskonform, tragen die Betroffenen das Risiko, dass sie diese Leistungen erstatten müssen.

4.2.3 Leistungsanspruch nach 5 Jahren Aufenthalt

Gem. § 7 Abs. 1 S. 4 ff. SGB II erhalten Ausländer/innen, die von Leistungen ausgeschlossen sind, seit der Neuregelung vom Dezember 2016 nach 5 Jahren Aufenthalt ohne wesentliche Unterbrechung einen Leistungsanspruch.

Mit Blick auf EU-Bürger/innen, die 5 Jahre freizügigkeitsberechtigt in Deutschland gelebt haben, gilt, dass sie das Daueraufenthaltsrecht haben, das zu sozialrechtlicher Gleichstellung führt (siehe oben Punkt 2.3.6⁹⁷). Die 5-Jahres-Frist der Neuregelung stellt im Gegensatz zum Daueraufenthaltsrecht nicht auf einen durchgehend freizügigkeitsberechtigten, sondern „nur“ auf den gewöhnlichen Aufenthalt ab. Es zählen für die 5-Jahresfrist mithin auch Zeiten mit einem anderen Aufenthaltsrecht z.B. als Opfer von Menschenhandel. Da der Aufenthalt von EU-Bürger/innen auch bei

⁹¹ vgl. BSG v.3.12.2015, Az. B 4 AS 43/15 R

⁹² vgl. http://ggua.de/fileadmin/downloads/unionsbuergerInnen/rechtsorechung_Unionsbuerger.pdf; http://sozialrecht-justament.de/data/documents/2_2017_Sozialrecht-Justament.pdf, S. 4

⁹³ zuletzt: EuGH v. 30.06.2016, Rs. C-1 15/15; vgl. Devetzi/Janda, Grundsicherung für Arbeitssuchende, Zesar 5./6.17, S. 204 ff.

⁹⁴ SG Mainz, Beschluss vom 12.9.2015 - S 3 AS 599/15 ER

⁹⁵ BSG v. 3.12.2015 – B 4 AS 44/15

⁹⁶ vgl. http://ggua.de/fileadmin/downloads/unionsbuergerInnen/rechtsorechung_Unionsbuerger.pdf

⁹⁷ Der Daueraufenthalt kann unter Umständen auch schon nach kürzerer Frist erworben werden, vgl. § 4a FreizügG

Verlust des Freizügigkeitsrecht so lange legal ist, solange kein Feststellung des Verlust des Freizügigkeitsrechts erfolgt ist, zählen auch Zeiten ohne materielles Freizügigkeitsrecht.⁹⁸

Zeiten mit Ausreisepflicht werden nicht angerechnet. Kommen die Betroffenen der Ausreisepflicht nach und reisen wieder ein, gilt dies als wesentliche Unterbrechung des Aufenthalts und laut Gesetzesbegründung soll die Frist mit Wiedereinreise neu beginnen.⁹⁹ Auslandsaufenthalte, die nicht auf einer Ausreisepflicht beruhen und nicht auf Dauer angelegt sind, sind hingegen als unwesentlich Unterbrechung zu beurteilen und die Frist läuft weiter.¹⁰⁰

Die 5-Jahres-Frist beginnt mit der Anmeldung bei der Meldebehörde (§ 7 Abs. 1 S. 5 SGB II). Das könnte bei Personen problematisch sein, die sich nicht angemeldet haben. Da die Regelung auf einen 5-jährigen gewöhnlichen Aufenthalt abstellt, darf es im Ergebnis nicht auf die Anmeldung ankommen. Die Anmeldung führt zwar regelmäßig zur Vermutung des gewöhnlichen Aufenthalts, ist aber keine zwingende Voraussetzung (siehe oben Punkt 4.1.1). Deshalb muss es auch für diese Frist andere Nachweismöglichkeiten für den Beginn der Frist geben als die Anmeldung wie beispielweise ein Miet- oder ein Arbeitsvertrag.

Gem. § 7 Abs. 1 S. 7 SGB II bleiben ausländerrechtliche Bestimmungen unberührt. Wird auf Grundlage des § 7 Abs. 1 S. 4 SGB II ein Antrag auf Leistungen gestellt und bewilligt, muss dies seit 1.1.2017 der Ausländerbehörde gemeldet werden (§ 87 Abs. 2 Nr. 2a AufenthG). Diese kann nun prüfen, ob ein Freizügigkeitsrecht besteht und gegebenenfalls das Fehlen feststellen. Kommt es zu dieser Feststellung entfällt auch der Leistungsanspruch. Wirklich profitieren können von der 5-Jahres-Regelung demnach nur Personen, die im Zeitpunkt der Antragstellung ein Freizügigkeitsrecht haben, das unabhängig ist von der Lebensunterhaltssicherung also zur Arbeitssuchende und solche mit dem Freizügigkeitsrecht nach Art. 10 VO 492/2011.

4.2.4 Europäisches Fürsorgeabkommen (EFA)

Die Bundesrepublik Deutschland ist einer der Unterzeichnerstaaten des Europäischen Fürsorgeabkommens (EFA)¹⁰¹, das für Deutschland zum 1.8.1956 in Kraft trat. Das Fürsorgeabkommen gilt für die Angehörigen folgender EU-Staaten: Belgien, Dänemark, Deutschland, Estland, Frankreich, Griechenland, Großbritannien, Irland, Island, Italien, Luxemburg, Malta, Niederlande, Portugal, Schweden, Spanien. Weiter haben die Drittstaaten Norwegen, Island und die Türkei unterzeichnet.

Nachdem lange strittig war, ob das EFA den Staatsangehörigen der anderen Unterzeichnerstaaten gleichberechtigten Zugang zu Leistungen nach dem SGB II gewährleistet, hat das Bundessozialgericht mit Urteil vom 19.10.2010¹⁰² festgestellt, dass das EFA gegenüber den Ausschlussgründen in § 7 Abs. 1 S. 2 SGB II Vorrang genießt. Daraufhin hat die Bundesregierung mit Wirkung zum 19.12.2011 von der Möglichkeit Gebrauch gemacht gem. Art. 16 b des Abkommens einen Vorbehalt zu erklären. Der Gleichstellungsanspruch des EFA gilt demnach nicht für Grundsicherungsleistungen nach SGB II. Dieser Vorbehalt war sehr umstritten. Das BSG hat aber im Dezember 2015 entschieden, dass der Vorbehalt formal und materiell wirksam ist. Auch Staatsangehörige eines EFA-Staates können sich daher im Rahmen des SGB II nicht auf das Gleichbehandlungsgebot des EFA berufen.¹⁰³

4.2.5 Deutsch-Österreichisches Fürsorgeabkommen (DÖFA)

Zum Deutsch-Österreichisches Fürsorgeabkommen (DÖFA)¹⁰⁴ gibt es keinen Vorbehalt zum SGB II. Gem. Art. 2 Abs. 1 DÖFA gilt daher der Anspruchsausschluss für Österreicher(innen) nicht.

⁹⁸ vgl. Drs. 18/10211, S. 12

⁹⁹ Drs. 18/10211, S. 12

¹⁰⁰ LSG NRW, Beschluss v. 15.03.2017 - L 19 AS 32/17 B ER

¹⁰¹ Europäisches Fürsorgeabkommen v. 11.12.1953, Zustimmungsgesetz v. 15.5.1956, BGBl. II, 1956, 563.

¹⁰² BSG, Urteil v. 19.10.2010 - B 14 AS 23/10 R.

¹⁰³ BSG v. 3.12.2015 - Az. B 4 AS 59/13

¹⁰⁴ Wortlaut:

<https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10008233>

4.2.6 Anspruch auf Dolmetscher- und Übersetzungsdienste

Die Amtssprache in Deutschland ist zwar grundsätzlich Deutsch. Freizügigkeitsberechtigte EU-Bürger/innen haben aber einen diskriminierungsfreien Zugang zum Arbeitsmarkt und zu Leistungen der Arbeitsverwaltung (Art. 45 AEUV, Art. 4 VO 883/2004). Daher darf ihnen der Zugang zu den Angeboten der Arbeitsverwaltung auch nicht durch sprachliche Hürden erschwert werden. Lässt sich die sprachliche Verständigung nicht durch Beschäftigte der Arbeitsagenturen oder der Jobcenter oder mit Hilfe von Sozialverbänden oder Ehrenamtlichen sicherstellen, besteht die Pflicht Übersetzungen vornehmen zu lassen und Dolmetscherdienste einzusetzen. Die Kosten sind von Amts wegen zu übernehmen.¹⁰⁵

Jobcenter und Optionskommunen machen teilweise geltend, die einschlägige Anweisung der BA¹⁰⁶ sei für sie nicht verbindlich. Da die VO 883/2004 unmittelbar anwendbares Recht ist, gilt das Diskriminierungsverbot und damit der Anspruch auf Dolmetscher und/oder Übersetzung aber nicht nur gegenüber Arbeitsagenturen, die dem Weisungsrecht der BA unterliegen, sondern auch gegenüber Jobcentern oder Optionskommunen.

5 Krankenversicherung¹⁰⁷

Es muss immer zunächst geprüft werden, ob eine Krankenversicherung im Herkunftsland oder in Deutschland vorliegt und/oder ob es einen Anspruch nach SGB II gibt. Ist dies nicht der Fall, kann geprüft werden, ob eine Kostenübernahme nach SGB XII in Frage kommt.

5.1 Krankenversicherung im Herkunftsland

Generell ist für die Sozialversicherung vorrangig das Land der Erwerbstätigkeit und nachrangig das Wohnsitzland zuständig (Art. 11 VO 883/2004). Bei EU-Bürger/innen ohne Erwerbstätigkeit oder Wohnsitz in Deutschland ist zu prüfen, ob im Herkunftsland bzw. einem anderen Staat eine Versicherung besteht bzw. ob sie dort über ein staatliches Gesundheitssystem versichert sind. Diese Versicherung bzw. die Gesundheitsbehörde muss für grenzüberschreitende Inanspruchnahme die Europäischen Krankenversicherungskarte (EHIC) ausstellen.¹⁰⁸

Bei EU-Bürger/innen mit Versicherung in einem anderen EU-Mitgliedsstaat sind gem. Art. 19 VO 883/2004 Sachleistungen zu erbringen. Das umfasst medizinische Leistungen von Ärzten und Krankenhäusern sowie Medikamente, soweit die Leistungen im Hinblick auf die voraussichtliche Aufenthaltsdauer erforderlich sind (Art. 25 Abs. 3 VO 987/2009)¹⁰⁹. Für planbare Behandlungen ist eine Genehmigung der Krankenversicherung im Heimatland erforderlich (vgl. Art. 18 bis 20 VO 883/2004). Ist die Einreise z.B. zum Zweck der Entbindung erfolgt und liegt eine solche Genehmigung der Krankenkasse nicht vor, ist eine Abrechnung nicht möglich. Saisonarbeiter/innen benötigen für eine umfängliche Versorgung das EU-Formular A 1 als Nachweis, dass sie versichert sind. Es besteht die Möglichkeit den Leistungsumfang der EHIC auf alle Sachleistungen, die vom deutschen Gesundheitssystem vorgesehen sind, zu erweitern. Dazu gibt es das EU-Formular S1. Die-

¹⁰⁵ BA, HEGA 05/11 – 08 - Inanspruchnahme von Dolmetscher- und Übersetzungsdiensten, <http://www.arbeitsagentur.de> > Veröffentlichungen > Weisungen > Internes

¹⁰⁶ Siehe Fn. 105

¹⁰⁷ Ausführlich: Der Paritätische Gesamtverband (Hg.), Der Zugang zum Gesundheitssystem für Unionsbürger und ihre Familienangehörigen, Oktober 2014
http://ggua.de/fileadmin/downloads/tabellen_und_uebersichten/broschuere_A4_gesundheit-unionsbuerger_web.pdf

¹⁰⁸ Informationen in den jeweiligen Landessprachen zu den nationalen Kontaktstellen und zur Beantragung einer Karte: <http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=563&langId=de>

¹⁰⁹ Verordnung (EG) Nr. 987/2009 vom 16. September 2009 zur Festlegung der Modalitäten für die Durchführung der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 über die Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit, Abl. EU v. 30.10.2009 L 284/1

ses Formular ist z.B. für Renter/innen, die einen Teil des Jahres nicht im Versicherungsland leben oder den Wohnsitz verlegen.

Die Patient/innen müssen eine deutsche Gesetzliche Krankenversicherung (GKV) benennen, mit der der Leistungserbringer abrechnet. Die GKV ihrerseits wendet sich an die Kassenärztliche Vereinigung, die über die Deutsche Verbindungsstelle Krankenversicherung¹¹⁰ mit dem Träger im Herkunftsland die Abrechnung abwickelt. Das geschieht mittels EHIC. Wird die EHIC von Ärzten und Krankenhäusern nicht akzeptiert, muss das geprüft und ggf. durchgesetzt werden.

Teilweise haben EU-Bürger/innen deshalb keine Krankenversicherungskarte, weil sie im Herkunftsland nur schwierig zu erhalten ist. In diesen Fällen kann der Träger in Deutschland (GKV oder Sozialamt) eine provisorische Ersatzbescheinigung beim Träger im Herkunftsland anfordern (Art. 25 Abs. 1 S. 2 VO 987/2009) und dann entsprechend abrechnen. Er ist dazu aber nicht verpflichtet. Die Betroffenen müssen sich dann selbst darum bemühen wenigstens eine provisorische Ersatzbescheinigung zu besorgen.

5.2 Pflichtversicherung in der GKV und Versicherungspflicht in der PKV

5.2.1 Pflichtversicherung in der GKV

Mit der Wohnsitznahme in Deutschland endet in der Regel die Versicherung im Herkunftsland und beginnt ggf. die Versicherungspflicht in der GKV:

- Die Versicherungspflicht erfasst insbesondere sozialversicherungspflichtig Erwerbstätige und Personen mit „deutscher“ Rente
- Student/innen und Rentner/innen mit „ausländischer“ Rente sind ggf. noch über das Heimatland versichert (oben Punkt 5.1 und unten 5.3)
- Auch bei Schwarzarbeit greift die Pflichtversicherung (§ 5 Abs. 1 Nr. 1 SGB V). Allerdings stellt das in der Praxis vor das Problem, eine Versicherung auszuwählen, die ihrer Pflicht zu Aufnahme des Versicherten auch nachkommt. Weiter muss die Schwarzarbeit aufgedeckt werden.
- In der so genannten Auffangversicherung sind gem. § 5 Abs. 1 Nr. 13 SGB V alle Menschen versicherungspflichtig, die in Deutschland ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben, nicht auf anderer Grundlage krankenversichert sind und vorher (im Herkunftsland) gesetzlich krankenversichert waren oder – ohne versichert zu sein – der GKV zugeordnet gewesen wären. Da es auf die Zuordnung ankommt, gibt es keine Mindestvorlaufzeit der Mitgliedschaft in einer GKV.
- Für Mini-Jobber gilt im Zweifel die Versicherungspflicht gem. § 5 Abs. 1 Nr. 13 SGB V.
- Bei arbeitssuchenden EU-Bürger/innen ist das Vorhandensein einer Krankenversicherung nicht Bedingung des Aufenthaltsrechts. Sie unterliegen, sofern sie nicht anderweitig versichert sind, der Versicherungspflicht nach § 5 Abs. 1 Nr. 13 SGB V.

Diejenigen, die der Pflichtversicherung nach SGB V unterliegen, sind kraft Gesetz in der Gesetzlichen Krankenversicherung (GKV) versichert:

- Wer vorher schon einmal in der GKV versichert war, wird nach § 174 Abs. 5 SGB V bei Eintritt der Versicherungspflicht wieder Mitglied der Krankenkasse, bei der zuletzt eine Mitgliedschaft oder Familienversicherung bestanden hat. Die Versicherungspflicht beginnt regelmäßig mit Wohnsitznahme.
- Die Versicherten ohne Vorversicherung in Deutschland (§ 5 Abs. 1 Nr. 13 b SGB V), die aber grundsätzlich der GKV zuzuordnen sind, haben das Recht (und die Pflicht) sich eine Krankenkasse auszusuchen (§ 173 Abs. 2 SGB V).

Bei sozialversicherungspflichtigen Tätigkeiten muss der Arbeitgeber den Arbeitgeber- und den Arbeitnehmeranteil an die KV abführen. Bei Bezieher/innen von Leistungen nach SGB II oder XII werden die Beiträge vom Leistungsträger übernommen. Im Übrigen sind die Beiträge von den

¹¹⁰ <http://www.dvka.de>

Pflichtversicherten bzw. den Versicherungspflichtigen selbst zu tragen (vgl. § 250 Abs. 3 SGB V). Sind sie dazu nicht im Stande, ist ggf. der der Jobcenter (§ 26 SGB II, unten 5.4) oder der Sozialhilfeträger dazu verpflichtet (§ 32 SGB XII). Der Mindesttarif für Versicherte ohne Einkommen liegt 2017 bei 135,57 Euro (je nach Versicherung auch darüber) plus Pflegeversicherung (ca. 20 Euro).

5.2.2 Versicherungspflicht in der PKV

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

Die Versicherungsunternehmen sind verpflichtet, den Versicherungspflichtigen eine Versicherung im Basistarif zu gewähren (§ 12 Abs. 1b Versicherungsaufsichtsgesetz (VAG)). Das Gesetz gibt als maximale Beitragshöhe den durchschnittlichen Höchstbeitrag der GKV von derzeit ca. 600 Euro/Monat vor. Bei Leistungsbezug nach SGB II oder SGB XII reduziert sich gemäß § 12 Abs. 1c VAG der Beitrag zum Basistarif um die Hälfte.

5.2.3 Beitragsschulden, Notversorgung und Notlagentarif

Auch wenn GKV-Pflichtversicherte nichts von der Pflichtversicherung wissen, laufen Beitragschulden auf. Neben den geschuldeten Monatsbeiträgen sind pro Monat Säumniszuschläge in Höhe von einem Prozent des offen gebliebenen Monatsbeitrags zu zahlen § 24 Abs. 1 SGB IV.

Seit August 2013 gibt es Regelungen, die eine finanzielle Überlastung durch Beitragsschulden verhindern sollen.¹¹¹ Zeigen Pflichtversicherte in der Auffangversicherung (§ 5 Abs. 1 Nr. 13 SGB V) die Versicherungspflicht verspätet an, sollen die Beitragsschulden angemessen ermäßigt und dürfen Säumniszuschläge nicht erhoben werden (§ 256a SGB V). Voraussetzung für die Ermäßigung ist, dass noch keine Leistungen der Krankenversicherung in Anspruch genommen worden sind und dass der Nacherhebungszeitraum mehr als drei Monate umfasst. Der ermäßigte Beitragssatz entspricht dem Beitrag, der für ein Einkommen in Höhe von zehn Prozent der monatlichen Bezugsgröße nach § 18 SGB IV zu zahlen wäre. Im Jahr 2017 liegt er damit bei knapp 50.-Euro.

Wer sich pflichtwidrig nicht privat versichert, muss dann, wenn er seiner Pflicht nachträglich nachkommt, für die ersten 6 Monate ab Entstehen der Versicherungspflicht pro angefangenen Monat einen Säumniszuschlag in Höhe einer Beitragsprämie, ab dem sechsten Monat ein Sechstel einer Monatsprämie zahlen (§ 193 Abs. 4 VVG). Dieser Zuschlag ist nach Abschluss der Versicherung einmalig zusammen mit der (ersten) Monatsprämie zu entrichten, kann aber auch gestundet werden.

Die aufgelaufenen Schulden führen oft dazu, dass EU-Bürger/innen sich nicht auf die Pflichtversicherung in der GKV berufen oder ihrer Versicherungspflicht in der PKV nicht nachkommen. Allerdings stellt der Besitz einer Krankenversicherung zumindest die Notversorgung sicher, selbst wenn die Beiträge für die Versicherung nicht entrichtet werden.

- Ab einem Beitragsrückstand von 2 Monaten ruht der Krankenversicherungsschutz der GKV zwar (§ 16 Abs. 3a SGB V), aber die Kosten für dringend behandlungsbedürftige Erkrankungen müssen übernommen werden. Leistungen für Schwangere müssen in vollem Umfang erbracht werden.
- Auch bei der PKV ruht der Krankenversicherungsschutz bei einem Beitragsrückstand von 2 Monaten (§ 193 Abs. 6 VVG). Der/die Versicherte kann in den Notlagentarif überführt werden (§ 153 Versicherungsaufsichtsgesetz). Er greift nach 5 Monaten Beitragsrückstand (nach 2 Monaten: Erste Mahnung, nach 2 weiteren Monaten: zweite Mahnung). Im Notlagentarif entfallen Risikozuschläge, Leistungsausschlüsse und Selbstbehalte. Es werden nur Leistungen bei

¹¹¹ Ausführlich: https://www.gkv-spitzenverband.de/service/versicherten_service/beitragsschulden/beitragsschuldengesetz_1.jsp

akuten Erkrankungen und Schmerzzuständen sowie bei Schwangerschaft und Mutterschaft erbracht. Für Kinder und Jugendliche werden die vorgeschriebenen Vorsorgeuntersuchungen und die empfohlenen Impfungen erbracht. Eine Rückkehr in den Normaltarif ist möglich. Die Kosten für den Notlagentarif belaufen sich auf 100 Euro bis 125 Euro.

Kinder in der Familienversicherung sind vom Ruhen des Krankenversicherungsschutzes nicht betroffen. Der Versicherungsschutz ruht nur mit Blick auf den beitragspflichtigen Hauptversicherten.¹¹²

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

Generell nicht versicherungspflichtig sind Personen, die bereits anderweitig versichert sind. Das ist beispielsweise bei EU-Bürger/innen der Fall, die im Rentenalter umziehen. Verlegen sie ihren Wohnsitz bleiben sie im dem Land krankenversichert, in dem sie Rente beziehen, sofern dies nach den Regelungen in diesem Land so vorgesehen ist (Art. 24 f. VO 883/2004). Wer also z.B. eine deutsche Rente bezieht, bleibt auch bei einem Umzug in einen anderen Mitgliedsstaat in der deutschen Krankenversicherung.¹¹³ Das gleiche gilt für Bezieher/innen von Renten aus anderen EU-Staaten, die nach Deutschland ziehen. Wer Rentenansprüche aus mehreren Ländern hat und in einem dieser Länder lebt, unterliegt jeweils allein den Rechtsvorschriften des Wohnsitzlandes (Art. 23 VO 883/2004).

Wirtschaftlich nicht aktive EU-Bürger/innen sind nach deutschem Recht generell nicht von der allgemeinen Versicherungspflicht erfasst (§ 5 Abs. 11 S. 2 SGB V). Begründet wird diese Regelung damit, dass gem. § 4 FreizügG/EU für das Freizügigkeitsrecht der Besitz einer Krankenversicherung vorausgesetzt wird. Eine freiwillige Versicherung nach § 9 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 oder 2 SGB V wird von den GKVn trotz Erfüllung der Vorversicherungszeiten mit Verweis auf § 5 Abs. 11 S. 2 SGB V ebenfalls abgelehnt. Das steht zwar im Widerspruch zur Rechtslage, da sich § 5 Abs. 11 S. 2 SGB V eindeutig nur auf die Pflichtversicherung bezieht, wird aber vom Spitzenverband der GKVn so vertreten.

Es käme bei wirtschaftlich nicht aktiven EU-Bürger/innen auch eine Versicherung in der PKV im Basisstarif in Betracht (§ 193 VVG). Allerdings hat der BGH die Pflicht der PKV, Personen im Basisstarif aufzunehmen, dann verneint, wenn diese im Grundsatz der GKV zuzuordnen wären.¹¹⁴

Der Ausschluss von EU-Bürger/innen aus der GKV ist europarechtlich problematisch, da die Krankenversicherung zu den Systemen sozialer Sicherheit gehört, bei denen EU-Bürger/innen mit Blick auf die Rechte und Pflichten deutschen Staatsangehörigen gleichgestellt sind (Art. 4 VO 883/2004). § 4 FreizügG/EU, auf den in § 5 Abs. 11 S. 2 SGB V verwiesen wird, setzt zwar den Nachweis einer Krankenversicherung voraus, macht aber keine Vorgaben dazu, dass der Versicherungsschutz quasi mitgebracht werden muss. Art. 7 Abs. 1 Buchst. b UnionsRL trifft eine Regelung zum Freizügigkeitsrecht, nicht aber zum Zugang zur Krankenversicherung. Die Intention der Regelung ist, zu verhindern, dass Sozialhilfeleistungen des Aufnahmemitgliedstaats wegen des Fehlens einer KV unangemessen in Anspruch genommen werden. Von der Versicherung bei einer deutschen GKV ginge gerade keine potentielle Belastung der Sozialhilfe aus. Es sind derzeit Überlegungen im Gange den Zugang dieser Gruppe zu den Krankenversicherungssystemen des Wohnsitzlandes durch eine Änderung der VO 883/2004 zu gewährleisten. Bis dahin muss davon ausgegangen werden, dass es wenig Aussicht auf Erfolg hat, sich in eine Versicherung einklagen zu wollen.

¹¹² Mitteilung der Bundesregierung an den Spitzenverband Bund der Krankenversicherungen v. 23.1.2009, Soziale Sicherheit, Soziplus 5/2009, S. 5

¹¹³ Knappschaft-Bahn-See, Krankenversicherung für Rentner mit Wohnsitz im Ausland, Bochum 2010, www.knappschaft.de

¹¹⁴ BGH v. 16.07. 2014 – IV ZR 55/14

5.4 Krankenversicherung im Rahmen des SGB II

Wer leistungsberechtigt nach SGB II ist, ist regelmäßig in der GKV versichert (§ 5 Abs. 2a SGB V). Allerdings gelten hier Einschränkungen für Personen, die unmittelbar vor der Arbeitslosigkeit privat krankenversichert, selbständig oder - beispielsweise als Beamte - nicht versicherungspflichtig waren. Sie gehören zu den Personen, die der PKV zugeordnet sind (§ 5 Abs. 5a SGB V) und dies auch als Bezieher/innen von Leistungen nach SGB II bleiben. Die Kosten der PKV werden nach einer Entscheidung des Bundessozialgerichts vom 18. Januar 2011¹¹⁵ in voller Höhe übernommen. Liegt das Einkommen über der Grenze für die SGB II-Leistungsberechtigung, reicht aber nicht für eine Krankenversicherung, kann der Versicherungsbeitrag gem. § 26 Abs. 1 S. 2 SGB II vom Träger des SGB II übernommen werden. Die Bedürftigkeit muss nachgewiesen werden.

6 Sozialhilfe (SGB XII)

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

Wird Sozialhilfe tatsächlich bezogen, kann bei wirtschaftlich nicht aktiven EU-Bürger/innen der Verlust des Freizügigkeitsrechts festgestellt werden, wenn die Leistungen einen unangemessenen Umfang erreichen. Wann das gegeben ist, hängt vom Einzelfall ab. In der Beratung muss bedacht werden, dass die Sozialämter seit 1.1.2017 einer Meldepflicht an die Ausländerbehörde unterliegen (unten Punkt 7).

6.1 Wohnsitz und rechtmäßiger Aufenthalt

Leistungen für Ausländer/innen knüpfen nach § 23 Abs. 1 S. 1 SGB XII an den tatsächlichen Aufenthalt an. Das betrifft Leistungen zum Lebensunterhalt, Hilfe bei Krankheit, Hilfe bei Schwangerschaft und Mutterschaft und Hilfe bei Pflegebedarf.

Bei anderen Leistungen müssen Ausländer/innen gegebenenfalls wie Deutsche auch den gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland nachweisen. Das gilt z.B. für Grundsicherung im Alter (§ 41 Abs. 1 S. 1 SGB XII). Der gewöhnliche Aufenthalt ist da, wo sich eine Person nicht nur vorübergehend aufhält. Das Fehlen eines Aufenthaltsrechts steht einem gewöhnlichen Aufenthalt nicht entgegen (s.o. Punkt 4.1.1).¹¹⁶

Fehlt ein rechtmäßiger Aufenthalt, weil das Freizügigkeitsrecht verloren gegangen ist, greift ggf. einer der Ausschlussgründe nach § 23 Abs. 2 oder Abs. 3 SGB XII (Dazu unten Punkt 6.3 ff.).

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

Gem. § 21 SGB XII sind Personen, die grundsätzlich nach SGB II anspruchsberechtigt sind, vom Anspruch auf Leistungen zum Lebensunterhalt nach SGB II ausgeschlossen. Andere Leistungen wie die Hilfen zur Gesundheit nach §§ 47 ff. SGB XII sind vom Leistungsausschluss nicht erfasst.¹¹⁷

Bei EU-Bürger/innen, die nach § 7 Abs. 1 S. 2 SGB II von Leistungen des SGB II ausgeschlossen sind, greift § 21 SGB XII nach der Rspr. des BSG nicht.¹¹⁸ Sie können demnach trotz Erwerbsfähigkeit Leistungen nach SGB XII erhalten. Diese Rspr. des BSG ist zwar bei einigen unteren Gerichten auf Widerstand gestoßen, da diese nicht dem Willen des Gesetzgebers entspräche. Allerdings hat der Gesetzgeber bei der Änderung des Leistungsanspruchs für Ausländer/innen im De-

¹¹⁵ BSG v. 18.1.2011 - B 4 AS 108/10 R.

¹¹⁶ LSG Niedersachsen-Bremen v. 8.01.2015, Az.: L 8 SO 314/14.B.ER mit Verweis auf BSG v. 30.01.2013 - B 4 AS 54/12 R (Fn. 76)

¹¹⁷ BSG v. 19.5.2009 - B 8 SO 4/08 R

¹¹⁸ BSG v. 3.12.2015 - B 4 AS 44/15 R

zember 2016 diese Rspr. des BSG nicht in Frage gestellt oder revidiert, sondern sie im Gegenteil als Begründung herangezogen für die Notwendigkeit, den § 23 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 SGB XII neu zu fassen.¹¹⁹ Weiter hat der Gesetzgeber mit den neuen Überbrückungsleistungen nach § 23 Abs. 3 S. 3 SGB XII (unten Punkt 6.6) Leistungen neu ins SGB XII eingefügt, die sich auch an den Personenkreis richten, die nach § 7 Abs. 1 S. 2 SGB II von Leistungen ausgeschlossen sind. Damit ist der Verweis auf einen anderslautenden Willen des Gesetzgebers hinfällig und der Rspr. des BSG ist Folge zu leisten. Ggf. muss dies durch Widerspruch und Klage durchgesetzt werden.

6.3 Anspruchsausschlüsse

6.3.1 Ausschluss nach § 23 Abs. 2 SGB XII

EU-Bürger(innen), bei denen das Fehlen eines Freizügigkeitsrechts festgestellt wurde, sind ausreisepflichtig und damit als Leistungsberechtigte nach AsylbLG von Leistungen nach SGB XII ausgeschlossen.

6.3.2 Ausschluss nach § 23 Abs. 3 S. 1 Nr. 1. SGB XII: Ausschluss in den ersten 3 Monaten

Seit der Rechtsänderung von Dezember 2016 sind Ausländer/innen und ihre Familienangehörigen in den ersten 3 Monaten gem. § 23 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 SGB XII von allen Leistungen des SGB XII ausgeschlossen. Ausdrücklich ausgenommen sind EU-Bürger/innen mit Erwerbstätigenstatus (Arbeitnehmer, Selbständige und solche, die nach vorangegangener Erwerbstätigkeit den Status trotz Arbeitslosigkeit nicht verloren haben).

Ziel dieser Regelung ist es sicherzustellen, dass EU-Bürger/innen mit voraussetzungslosen Freizügigkeitsrecht für 3 Monate nicht nur aus dem SGB II, sondern auch aus dem SGB XII ausgeschlossen sind.¹²⁰ Erfasst sind vom Wortlaut aber beispielsweise auch die Angehörigen von Deutschen oder die Familienangehörigen von erwerbstätigen EU-Bürger(innen). Für diese Gruppen gilt das oben zum Leistungsanspruch nach SGB II Gesagte (Punkte 4.2.1.2 und 4.2.1.4).

6.3.3 § 23 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 SGB XII: Ausschluss für Arbeitssuchende und Ausländer/innen ohne Aufenthaltsrecht

EU-Bürger/innen, deren Aufenthaltsrecht sich allein aus dem Zweck der Arbeitssuche ergibt, sowie ihre Familienangehörigen sind – wie schon nach der alten Regelung - vom Leistungsanspruch ausgeschlossen. Dieser Ausschluss ist europarechtskonform. Der Ausschluss gilt – wie im SGB II - nicht für Personen und insbes. Familienangehörige, die ein anderes Aufenthaltsrecht haben (vgl. oben Punkt 4.2.1).

Parallel zum SGB II wurde durch die Rechtsänderung von Dezember 2016 klargestellt, dass EU-Bürger/innen ohne materielles Aufenthaltsrecht keine Leistungen nach dem SGB XII erhalten (vgl. oben Punkt 4.2.2.3).

Greift der Leistungsausschluss, ist zu prüfen, ob die Staatsangehörigkeit eines der EFA-Staaten¹²¹ vorliegt. Wenn ja, besteht ggf. ein Anspruch auf Leistungen nach SGB XII (unten Punkt 6.4).

6.3.4 § 23 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 SGB XII: Ausschluss für Ausländer/innen, deren Aufenthaltsrecht sich aus Art. 10 VO 492/2011 ergibt

Ziel dieser Regelung ist, Ausländer/innen, deren Aufenthaltsrecht sich aus Art. 10 VO 492/2011 ergibt, auch aus dem SGB XII auszuschließen. Zur europarechtlichen Problematik dieser Regelung und möglichen Schritten siehe oben Punkt 4.2.2.4.

¹¹⁹ Drs. 18/10211, S. 13

¹²⁰ Drs. 18/10211, S. 13

¹²¹ Belgien, Dänemark, Deutschland, Estland, Frankreich, Griechenland, Irlands, Island, Italien, Luxemburg, Malta, Niederland, Norwegen, Portugal, Schweden, Spanien, Großbritannien, Türkei

6.3.5 § 23 Abs. 3 S. 1 Nr. 4 SGB XII: Ausschluss für Ausländer/innen, die eingereist sind um Sozialhilfe zu erlangen

EU-Bürger/innen, die eingereist sind, um Sozialhilfe zu erlangen, sowie ihre Familienangehörigen sind wie schon nach der Regelung vor Dezember 2016 vom Sozialhilfebezug ausgeschlossen. Diese Klausel ist europarechtskonform.¹²² Erfasst werden nur Fälle, in denen der erstrebte Sozialhilfebezug der prägende Grund für die Einreise war.

6.4 (Kein) Anspruchsausschluss für Staatsangehörige der EFA-Staaten

Das SGB XII gehört zu den Leistungsgesetzen, die vom EFA erfasst sind (zum EFA siehe s.o. Punkt 4.2.3). Die Bundesregierung hat hier einen leistungsbeschränkenden Vorbehalt abgegeben, allerdings betrifft dieser Vorbehalt nur die Hilfen nach § 67 ff. SGB XII.¹²³ Im Übrigen haben die Staatsangehörigen der EFA-Staaten Ansprüche nach SGB XII wie Deutsche auch.¹²⁴

Strittig ist, ob auch die Angehörigen der EU-Staaten, die das EFA nicht unterzeichnet haben, indirekt Ansprüche ableiten können. Die Rechtsprechung des EuGH besagt, dass die Vorteile, die sich aus einem Abkommen zwischen einem Mitgliedstaat und einem Drittstaat ergeben, grundsätzlich allen Staatsangehörigen von EU-Mitgliedstaaten gewährt werden müssen.¹²⁵ Allerdings bezieht sich die Entscheidung auf das Verhältnis der eigenen Staatsangehörigen zu anderen EU-Bürger/innen und nicht auf eine unterschiedliche Behandlung anderer EU-Bürger/innen. Das BSG sieht ein solches Gleichbehandlungsgebot nicht.

Voraussetzung für die Anwendung des EFA ist, dass ein Aufenthaltsrecht besteht. Vom EFA profitieren damit unstrittig EU-Bürger(innen) mit Freizügigkeitsrecht zur Arbeitssuche oder aus Art. 10 VO 492/2011. Bei EU-Bürger(innen), denen mangels ausreichender Existenzmittel das allgemeine Freizügigkeitsrecht materiell fehlt, ist die Anwendung des EFA umstritten. Zur Begründung, es sei trotz Fehlen des materiellen Freizügigkeitsrecht anzuwenden, wird auf Rspr. des BSG verwiesen. Diese ist allerdings ergangen als es noch eine Bescheinigung über das Freizügigkeitsrecht gab. Damals ging das BSG davon aus, dass bei Vorliegen der Bescheinigung von einem rechtmäßigen Aufenthalt auszugehen ist.¹²⁶ In einer Entscheidung von 2015 geht das BSG hingegen davon aus, dass ein materiell bestehendes Freizügigkeitsrecht Voraussetzung für einen erlaubten Aufenthalt i.S.d. EFA ist.¹²⁷ Es ist vor diesem Hintergrund nicht zielführend, bei Fehlen des materiellen Freizügigkeitsrechts mit Verweis auf das EFA gegen einen ablehnenden Bescheid vorzugehen.

Ist das Fehlen des Freizügigkeitsrechts festgestellt, greift das EFA nicht.

6.5 § 23 Abs. 3 S. 7 ff. SGB XII: Leistungsanspruch nach 5 Jahren Aufenthalt

EU-Bürger/innen, die sich 5 Jahre Freizügigkeitsberechtigt in Deutschland aufgehalten haben, haben das Daueraufenthaltsrecht und sind beim Zugang zum SGB XII gleichberechtigt (siehe oben Punkte 2.3.6 und 3)

Mit der Neufassung im Dezember 2016 erhalten EU-Bürger/innen, die von Leistungen ausgeschlossen sind, gem. § 23 Abs. 3 S. 7 SGB XII nach 5 Jahren Aufenthalt ohne wesentliche Unterbrechung einen Leistungsanspruch. Das gilt nicht, wenn der Verlust des Freizügigkeitsrechts festgestellt wurde. Die 5-Jahres-Frist beginnt mit der Anmeldung bei der Meldebehörde. Zu Details der Regelung siehe oben zur gleichlautenden Regelung im SGB II (Punkt 4.2.3).

¹²² EuGH (Fn. 69)

¹²³ <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ListeDeclarations.asp?NT=014&CM=8&DF=9/17/2006&CL=GER&VL=1>

¹²⁴ BSG v. 3.12.2015 - B 4 AS 44/15 R mit Verweis auf BSG v. 3.12.2015 - B 4 AS 59/13

¹²⁵ EuGH, Urteil v. 15. 1. 2002, C-55/00 <Gottardo>

¹²⁶ BSG v. 19.10.2010 - B 14 AS 23/10 R

¹²⁷ BSG v. 3.12.2015 - B 4 AS 59/13 R

6.6 § 23 Abs. 3 S. 3 SGB XII: Überbrückungsleistungen

EU-Bürger/innen, die einem der Ausschlussgründe nach § 23 Abs. 3 S. 1 SGB XII unterfallen,¹²⁸ können einmalig Überbrückungsleistungen bis zur Ausreise längstens jedoch für einen Monat erhalten. Die Leistungen decken den Bedarf an Ernährung, Körper- und Gesundheitspflege und die angemessenen Aufwendungen für eine Unterkunft. In der Höhe sollen die Leistungen in etwa § 1a AsylbLG entsprechen. Weiter werden die Behandlung akuter Erkrankungen und von Schmerzzuständen und Hilfen bei Schwanger- und Mutterschaft übernommen (§ 23 Abs. 3 S. 5 SGB XII).

Die Betroffenen sind über die Möglichkeit, diese Leistungen zu erhalten, und über mögliche Rückkehrhilfe nach § 23 Abs. 3a SGB XII zu informieren.

In Härtefällen können die Leistungen über das nach § 23 Abs. 3 S. 5 SGB XII zu erbringende hinausgehen und alle Leistungen des SGB XII umfassen. Weiter sind die Leistungen in Härtefällen auch für einen längeren Zeitraum zu erbringen, wenn dies zur Überwindung der Härte notwendig ist und es sich um einen zeitlich befristeten Bedarf handelt (§ 23 Abs. 3 S. 6 SGB XII).

Die Leistungen werden, auch bei Ausreise und Wiedereinreise, innerhalb von 2 Jahren nur einmal erbracht. Die Frist beginnt mit dem Erhalt der Leistungen. Es gibt keine Regelung dazu, dass die Leistungen zurückzuzahlen sind, wenn keine Ausreise erfolgt.

6.7 § 23 Abs. 3a SGB XII: Hilfen zur Ausreise

Bis Dezember 2016 konnten Rückreisekosten als Ermessensleistung voll übernommen werden. Seither können auf Antrag angemessene Kosten der Rückreise als Darlehen übernommen werden. Das gilt auch für Personen, die zwar ihre Grundversorgung aber nicht die Rückreise aus eigenen Mitteln sichern können.

6.8 Leistungen nach Ermessen

Bis zur Neuregelung der Ausschlüsse von Ausländer(innen) aus dem SGB XII (in Kraft seit 29.12.2016) galt, dass Leistungen nach Ermessen immer dann erbracht werden mussten, wenn dies im Einzelfall gerechtfertigt war (§ 23 Abs. 1 S. 3 SGB XII alte Fassung). In Anknüpfung an die Rechtsprechung des BVerfG zum Menschenrecht auf Sicherung des Existenzminimums ging das BSG davon aus, dass sich bei einem verfestigten Aufenthalt (über 6 Monate) das Ermessen auf Null reduziert – also zumindest Hilfe zum Lebensunterhalt erbracht werden muss.¹²⁹

Gem. der neuen Formulierung in § 23 Abs. 3 sind die Betroffenen von allen Leistungen nach § 23 Abs. 1 – und damit auch von den Ermessensleistungen - ausgeschlossen. Damit soll der Rspr. des BSG zu Leistungen im Wege des Ermessens mit Ermessensreduzierung auf Null der Boden entzogen werden.¹³⁰

Bisher galt im SGB XII das Prinzip, dass Leistungen unabhängig von etwaigen Leistungsausschlüssen immer dann zu erbringen sind, wenn sie unabweisbar geboten sind. Dies ist ein Ausfluss des Sozialstaatsprinzips nach Art. 20 GG. Mit der neuen Regelung wird es in Zukunft nicht mehr möglich sein, dass nach Ermessen im Einzelfall Hilfen erbracht werden – selbst dann wenn dies unabweisbar geboten wäre.

Mit dem Fehlen einer Rechtsgrundlage für Leistungen nach Ermessen kann auch eine Notfallbehandlung z.B. im Krankheitsfall nicht mehr nachträglich gem. § 25 SGB XII abgerechnet werden.

Es gibt erste Gerichte, die Leistungen zusprechen, da sie diese Regelung für verfassungswidrig halten.¹³¹ Es gäbe also durchaus Chancen bei einem Widerspruch und Klage. Es gab aber auch schon vor der Gesetzesänderung im Dezember 2016 Gerichte, die entgegen der Rspr. des BSG

¹²⁸ Berechtigte nach AsylbLG unterfallen dem § 23 Abs. 2 SGB XII und profitieren somit nicht von dieser Regelung.

¹²⁹ BSG v. 3.12.2015 - B 4 AS 44/13 R

¹³⁰ Drs. 18/10211, S. 13

¹³¹ Voigt, Arbeitshilfe (Fn. 29), S. 17

die Gewährung von Leistungen abgelehnt haben. Handelt es sich um einen Härte- oder Notfall dürfte die Verweigerung jedweder Leistung auch dann verfassungswidrig sein, wenn die Ausschlussregelungen im Grundsatz verfassungskonform wären. Es sollte daher zumindest in solchen Fällen Widerspruch und Klage erwogen werden. Ob die Leistungsausschlüsse als Ganzes oder das Fehlen einer Härtefallregelung tatsächlich verfassungswidrig sind, entscheidet das BVerfG. Kommt es zu einem anderen Ergebnis, müssen empfangene Leistungen zurückgezahlt werden. Es muss daher jeweils im Einzelfall das Prozessrisiko abgewogen werden.

7 Übermittlungspflicht an die Ausländerbehörde

Seit 1.1.2016 müssen Leistungsbehörden unverzüglich die zuständige Ausländerbehörde informieren (§ 87 Abs. 2 Nr. 2a AufenthG), wenn EU-Bürger/innen für sich selbst, Familienangehörige oder für sonstige Haushaltsangehörige Sozialleistungen beantragen oder in Anspruch nehmen und ein Ausschluss nach 3 Monaten Aufenthalt (§ 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II oder § 23 Abs. 3 S. 1 Nrn. 2, 3, 4 SGB XII) oder ein Anspruch nach 5 Jahren Aufenthalt (§ 7 Abs. 1 S. 4 SGB II oder § 23 Abs. 3 S. 7 SGB XII) oder ein Anspruch auf Überbrückungsleistungen (§ 23 Abs. 3 S. 7 SGB XII) vorliegt.

8 Ordnungsrechtliche Unterbringung¹³²

Es gibt eine ordnungsrechtliche Pflicht, um Gefahren abzuwehren Personen ohne Obdach unterzubringen. Unterbringung zur Gefahrenabwehr bedeutet, dass Gefahren für bestimmte Rechtsgüter abgewehrt werden, zu denen auch die subjektiven Rechte von Obdachlosen und deren Menschenwürde gehören. Der Schutz von Rechten nach dem GG oder der EMRK liegt (auch) im öffentlichen Interesse. Unfreiwillige Obdachlosigkeit stellt damit eine Gefahr dar, der durch entsprechende Maßnahmen abgeholfen werden muss. Das gilt unabhängig vom Status auch für Ausländer(innen).

Da Ordnungsrecht Ländersache ist, gibt es dafür keine bundeseinheitliche Regelung, aber bundesweite Standards:

- Für die Unterbringungspflicht ist Voraussetzung, dass die Obdachlosigkeit unfreiwillig ist. Das ist gegeben, wenn eine Person nicht über eine schützende, menschenwürdige Unterkunft verfügt und mit diesem Zustand nicht einverstanden ist.
- Es gilt der Vorrang der Selbsthilfe. Obdachlose müssen also Mittel wie Einkommen, Vermögen oder Sozialleistungen einsetzen, um sich eine Wohnung oder ein Zimmer anzumieten. Bedürftigkeit im Sinne eines Leistungsanspruchs nach SGB XII ist aber nicht Voraussetzung für die ordnungsrechtliche Unterbringung.
- Es besteht ein Anspruch auf Einweisung in eine Notunterkunft. Dieser Anspruch ist ein subjektives Recht, das notfalls vor den Verwaltungsgerichten geltend gemacht werden kann.
- Die Einweisung hat überbrückenden Charakter.
- Nach den einschlägigen Ländergesetzen sind in der Regel die Städte und Gemeinden zuständig. Sie müssen obdachlose Menschen im Bedarfsfall mit Unterkunft versorgen.
- Örtlich zuständig ist immer die Kommune, in der sich ein Obdachloser tatsächlich aufhält. Sie kann sich dieser Zuständigkeit nicht dadurch entziehen, dass sie die Person an eine andere Gemeinde verweist.

¹³² Ausführlich: Karl-Heinz Ruder, Grundsätze der polizei- und ordnungsrechtlichen Unterbringung von (unfreiwillig) obdachlosen Menschen unter besonderer Berücksichtigung obdachloser Unionsbürger, Rechtsgutachten, <http://www.bagw.de/de/themen/notversorgung/gutacht.html>

9 Familienleistungen

Für die Familienleistungen gelten die Koordinierungsregeln der VO 883/2004. Demnach muss zuerst festgestellt werden, welcher Mitgliedstaat zuständig ist. Vorrangig ist das Land, in dem eine Erwerbstätigkeit ausgeübt wird oder Arbeitslosengeld bezogen wird. Der Wohnmitgliedstaat ist nachrangig (Art. 11 Abs. 3 VO 883/2004).

Die VO 883/2004 gilt nicht für den Unterhaltsvorschuss. Hier muss also keine Gleichstellung erfolgen. Unterhaltsvorschuss können daher nur Kinder erhalten, die sich in Deutschland aufhalten (§ 1 Unterhaltsvorschussgesetz).

9.1 Kindergeld

In der Regel müssen für den Kindergeldanspruch auch die Kinder ihren Wohnsitz in Deutschland haben (§ 2 Abs. 5 BKGG; § 63 Abs. 1 EStG). Nach Art. 67 VO 883/2004 wird aber fingiert, dass auch die Kinder, die im Ausland leben, so zu behandeln sind, als lebten sie im zuständigen Mitgliedstaat.

Die Kinder werden immer dann berücksichtigt, wenn ein Elternteil in Deutschland uneingeschränkt einkommenssteuerpflichtig ist und das Kind im EU-Ausland lebt (§ 63 Abs. 1 S. 3 EStG). Haben die Eltern in Deutschland keinen Erwerbstätigenstatus, gilt allerdings der Vorrang des Wohnstaates des Kindes (Art. 68 Abs. 2 VO 883/2004).

Die Kinder von Grenzgänger/innen, die in Deutschland arbeiten und hier einkommenssteuerpflichtig sind, werden dann berücksichtigt, wenn sie gemeinsam mit dem Grenzgänger in einem Staat inner- oder außerhalb der EU leben (§ 63 Abs. 1 S. 3 EStG). Für das Kindergeld von Grenzgängern mit Minijob ist nach Art. 11 Abs. 3 Nr. a und Art. 68 Abs. 1 Nr. a VO 883/2004 der Beschäftigungsstaat also ggf. Deutschland zuständig.¹³³

Unter Umständen können auch EU-Bürger/innen, die im Ausland leben, für ihre in Deutschland lebenden Kinder Kindergeld erhalten (§ 1 BKGG). Das gilt z.B. für Personen, die versicherungspflichtig im Ausland arbeiten, oder für Rentner/innen.

Leben die Eltern in verschiedenen Mitgliedstaaten, muss geprüft werden, welcher Mitgliedstaat zuständig ist bzw. werden die Ansprüche aus den verschiedenen Mitgliedstaaten verrechnet (Art. 68 VO 883/2004).¹³⁴

Problematisch ist, dass die Familienkassen laut Dienstanweisung das Freizügigkeitsrecht bei EU-Bürger/innen prüfen sollen, wenn sie Zweifel an dessen Bestand haben.¹³⁵ Dafür bietet aber die Rechtslage keinen Anknüpfungspunkt: § 62 EStG setzt keinen rechtmäßigen Aufenthalt voraus, sondern hat in Abs. 2 eine abschließende ausländerrechtliche Regelung, die sich nicht auf das Freizügigkeitsrecht bezieht. Demnach ist das Bestehen eines Freizügigkeitsrechts nicht Voraussetzung des Kindergeldanspruchs und dürfte auch nicht geprüft werden. Der Bundesfinanzhof geht davon aus, dass EU-Bürger/innen als freizügigkeitsberechtigt gelten und zu behandeln sind, solange es keine förmliche Verlustfeststellung gibt.¹³⁶ Auch für die Frage, ob § 62 Abs. 1 oder Abs. 2 EStG anzuwenden ist, müsste also das Vorliegen eines Freizügigkeitsrechts nicht geprüft werden.

Ergibt die Prüfung das Vorliegen der Freizügigkeitsberechtigung, wird nach der Dienstanweisung das Kindergeld für sechs Monate befristet festgesetzt.¹³⁷ Es ist zwar zulässig, Kindergeldbescheide zu befristen. Hier wird diese Befristung aber allein auf Grund der Staatsangehörigkeit getroffen. Damit verstößt sie gegen das Diskriminierungsverbot nach Art. 4 VO 883/2004. Es kann gegen die Frist Widerspruch eingelegt werden.

¹³³ EuGH v. 23.4.2015, C-382/13

¹³⁴ Ausführlich: Frings (Fn. 70); <http://ec.europa.eu/social/main.jsp?langId=de&catId=863>

¹³⁵ Bundeszentralamt für Steuern (Hg.), Dienstanweisung zum Kindergeld nach dem Einkommensteuergesetz (DA-KG), Stand 2016, A 4.5

¹³⁶ Bundesfinanzhof, Beschluss v. 27.4.2015, III B 127/14

¹³⁷ DA-KG (Fn. 135), A 4.5 Abs. 2.

9.2 Elterngeld

Für das Elterngeld gilt im Grundsatz das gleiche wie für das Kindergeld. Hier allerdings sollen die zuständigen Stellen bei Zweifeln am Bestehen des Freizügigkeitsrechts dieses nicht eigenständig prüfen, sondern sich bei Zweifeln an die Ausländerbehörde wenden.¹³⁸ Die Ausländerbehörden verweisen aber regelmäßig darauf, dass sie derartige Prüfungen für andere Behörden nicht vornehmen. Entsprechend muss ggf. darauf hingewiesen werden, dass vom Vorliegen des Freizügigkeitsrecht auszugehen ist, solange keine Verlustfeststellung vorliegt.

Die Elterngeldstelle soll weiter beim Antragsteller vor Bewilligung der Leistung nachfragen, ob durch die Ausländerbehörde eine Verlustfeststellung ergangen ist.

Im Fall der Leistungsbewilligung soll darauf hingewiesen werden, dass eine Verlustfeststellung nach § 60 SGB I unverzüglich mitzuteilen ist.¹³⁹

9.3 Kinderzuschlag (§ 6a Bundeskindergeldgesetz)

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

Der Kinderzuschlag ist einkommensabhängig. Eine Prüfung der Erwerbsfähigkeit des Antragstellers oder von Mitgliedern der Bedarfsgemeinschaft findet nicht statt.

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

Die Voraussetzungen sind (§ 6a Abs. 1 BKGG):

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

Die Höhe des Kinderzuschlages bemisst sich nach der Differenz zwischen dem Familieneinkommen und der Höchsteinkommensgrenze und beträgt höchstens 170 Euro/Monat je Kind. Der Zuschlag wird zusammen mit dem Kindergeld monatlich gezahlt.

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

¹³⁸ BMFSFJ (Hg.), Richtlinien zum BEEG 08/2016, S. 30, <https://www.elterngeld.net/pdf/Richtlinien.pdf>

¹³⁹ BMFSFJ (Hg.), Richtlinien zum BEEG 08/2016, S. 30, <https://www.elterngeld.net/pdf/Richtlinien.pdf>

10 Infos/Literatur

Aktuelle Gesetze

- <http://bundesrecht.juris.de/index.html>

SGB II, SGB XII, Kindergeld

- Bundesagentur für Arbeit: <http://www.arbeitsagentur.de/>
 - Startseite > Veröffentlichungen > Weisungen > Grundsicherung
 - Startseite > Veröffentlichungen > Weisungen > Kindergeldleistungen
- <http://www.tacheles-sozialhilfe.de/>

Rechtsprechung:

- <http://dejure.org/>
- <http://lexetius.com/>
- Entscheidungen von Sozialgerichten zu Leistungen der Existenzsicherung (SGB II und XII):
http://ggua.de/fileadmin/downloads/unionsbuergerInnen/rechtsprechung_Unionsbuerger.pdf

Ausländerrecht/Sozialrecht

- Allgemeine Verwaltungsvorschrift zum Aufenthaltsgesetz: http://www.verwaltungsvorschriften-im-internet.de/bsvvwbund_26102009_MI31284060.htm
- Allgemeine Verwaltungsvorschrift zum Freizügigkeitsgesetz/EU:
http://www.verwaltungsvorschriften-im-internet.de/bsvvwbund_03022016_MI12100972.htm
- http://ggua.de/fileadmin/downloads/tabellen_und_uebersichten/arbeitshilfe2017.pdf
- <http://www.migrationsrecht.net/>

Europäische Union

- <http://www.aevv.de/>
- <http://eur-lex.europa.eu/de/index.htm>

Infos zur EHIC:

- <http://ec.europa.eu/> > Europäische Kommission > Beschäftigung, Soziales und Integration > Die Europäische Krankenversicherungskarte
- <http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=563&langId=de>
- <https://www.dvka.de/de/versicherte/faq/faq.html>
- <https://www.krankenkassen.de/ausland/Europaeische-Krankenversicherungskarte/>

Infos zur EHIC bei Saisonarbeit:

https://www.dvka.de/de/arbeitgeber_arbeitnehmer/antraege_finden/gewoehnliche_erwerbstaetigke_it_mitgliedstaaten/detailseiten/beschaeftigung_verschiedene_ag.html

11 Abkürzungsverzeichnis

ABI. EU	Amtsblatt der Europäischen Union
Abs.	Absatz
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der EU
ArGV	Verordnung über die Arbeitsgenehmigung für ausländische Arbeitnehmer (Arbeitsgenehmigungsverordnung)
Art.	Artikel
AufenthG	Gesetz über den Aufenthalt, die Erwerbstätigkeit und die Integration von Ausländern im Bundesgebiet (Aufenthaltsgesetz)
AVwV AufenthG	Allgemeine Verwaltungsvorschrift zum AufenthG
AVV FreizügG/EU	Allgemeine Verwaltungsvorschrift zum FreizügG/EU vom 3.2.2016
Az.	Aktenzeichen
BA	Bundesagentur für Arbeit
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BKGG	Bundeskindergeldgesetz
BMG	Bundesmeldegesetz
BMFSFJ	Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend
BSG	Bundessozialgericht
Bst.	Buchstabe
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
bzw.	beziehungsweise
ca.	circa
DA-FamEStG	Dienstanweisung zur Durchführung des Familienleistungsausgleichs nach dem X. Abschnitt des Einkommensteuergesetzes des Bundeszentralamts für Steuern
EFA	Europäisches Fürsorgeabkommens
EG	Europäische Gemeinschaft
EStG	Einkommenssteuergesetz
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
evtl.	eventuell
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EWR	Europäischer Wirtschaftsraum
f./ff.	folgend/folgende
Fn.	Fußnote
FreizügG/EU	Gesetz über die allgemeine Freizügigkeit von Unionsbürgern (Freizügigkeitsgesetz/EU)
gem.	gemäß
ggf.	gegebenenfalls
GKV	Gesetzliche Krankenversicherung
GRC	Charta der Grundrechte
Hg.	Herausgeber

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