



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 das Freizügigkeitsrecht 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 Juli 2017 wurde insbesondere berücksichtigt:

Entwicklungen und Rechtsprechung zu

- Anspruchsausschlüssen in SGB II und SGB XII
- Arbeitnehmereigenschaft
- Fortwirkung des Erwerbstätigenstatus
- Aufenthaltsrecht von drittstaatsangehörigen Angehörigen

| | | |
|-------------|---|-----------|
| 1 | Rechtsgrundlagen und Anwendungsvorrang..... | 4 |
| 2 | Die Freizügigkeit der Unionsbürger/innen | 4 |
| 2.1 | Grundfreiheiten des AEUV..... | 5 |
| 2.1.1 | Arbeitnehmerfreizügigkeit | 5 |
| 2.1.1.1 | Arbeitsuchende..... | 5 |
| 2.1.1.2 | Arbeitnehmerstatus..... | 5 |
| 2.1.2 | Die Freizügigkeit der Selbständigen | 7 |
| 2.1.2.1 | Dienstleistungsfreiheit..... | 7 |
| 2.1.2.2 | Niederlassungsfreiheit | 8 |
| 2.2 | Voraussetzungsloses Freizügigkeitsrecht für 3 Monate | 8 |
| 2.3 | Freizügigkeitsrecht und Lebensunterhaltssicherung..... | 8 |
| 2.4 | Meldepflicht..... | 9 |
| 2.5 | Nachweis des Aufenthaltsrechts | 9 |
| 2.6 | Status bei Arbeitslosigkeit oder Erwerbsminderung – fortwirkender bzw. nachgehender Erwerbstätigenstatus | 10 |
| 2.7 | Freizügigkeitsrecht bei altersbedingtem Ausscheiden aus dem Erwerbsleben..... | 12 |
| 2.8 | Daueraufenthaltsrecht..... | 12 |
| 2.9 | Feststellung des Verlusts des Rechts auf Einreise und Aufenthalt..... | 13 |
| 2.10 | Ausweisung und Ausweisungsschutz | 14 |
| 2.11 | Familienzusammenführung zu ausländischen EU-Bürger/innen | 14 |
| 2.11.1 | Nachzugsberechtigte Familienangehörige | 14 |
| 2.11.2 | Familienangehörige ohne Staatsangehörigkeit eines EU-Mitgliedstaates | 15 |
| 2.11.3 | Aufenthaltskarte | 16 |
| 2.11.4 | Aufenthaltsrecht nach Art. 10 VO 492/2011 | 17 |
| 2.11.5 | Aufenthaltsrecht bei Tod oder Trennung | 17 |
| 2.12 | Familiennachzug zu Deutschen | 18 |
| 2.12.1 | Freizügigkeitsrecht trotz Wohnsitz in Deutschland..... | 19 |
| 2.12.2 | „Dänemarkehe“ und Rückkehrfälle | 19 |
| 2.12.3 | Zwei EU-Staatsangehörigkeiten durch Abstammung..... | 20 |
| 2.12.4 | Zwei EU-Staatsangehörigkeiten nach einer Einbürgerung | 20 |
| 2.12.5 | Familiennachzug und passives Freizügigkeitsrecht | 20 |
| 2.12.5.1 | Familiennachzug zu minderjährigen Deutschen | 20 |
| 2.12.5.2 | Ehegattennachzug..... | 21 |
| 2.12.5.3 | Bei Bestehen eines Einreiseverbots | 21 |
| 3 | Zugang zu Sozialleistungen und Diskriminierungsverbote | 22 |
| 4 | 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 | Anspruchsausschlüsse und anspruchsberechtigte EU-Bürger/innen | 23 |
| 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 | EU-Bürger/innen mit Daueraufenthaltsrecht | 24 |
| 4.2.1.3 | Familienangehörige von leistungsberechtigten EU-Bürger/innen | 24 |
| 4.2.1.4 | Familienangehörige von Deutschen | 24 |

| | | |
|------------|--|-----------|
| 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..... | 25 |
| 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 | 26 |
| 4.2.2.5 | Menschenrecht auf Existenzsicherung? | 27 |
| 4.2.3 | Leistungsanspruch nach 5 Jahren Aufenthalt | 27 |
| 4.2.4 | Europäisches Fürsorgeabkommen (EFA) | 27 |
| 4.2.5 | Deutsch-Österreichisches Fürsorgeabkommen (DÖFA)..... | 28 |
| 4.2.6 | Anspruch auf Dolmetscher- und Übersetzungsdienste | 28 |
| 5 | Sozialhilfe (SGB XII)..... | 28 |
| 5.1 | <i>Wohnsitz und rechtmäßiger Aufenthalt</i> | 29 |
| 5.2 | <i>(Kein) Ausschluss wegen Erwerbsfähigkeit (§ 21 SGB XII)</i> | 29 |
| 5.3 | <i>Anspruchsausschlüsse</i> | 29 |
| 5.3.1 | Ausschluss nach § 23 Abs. 2 SGB XII | 29 |
| 5.3.2 | Ausschluss nach § 23 Abs. 3 S. 1 Nr. 1. SGB XII: Ausschluss in den ersten 3 Monaten..... | 30 |
| 5.3.3 | § 23 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 SGB XII: Ausschluss für Arbeitssuchende und Ausländer/innen ohne Aufenthaltsrecht | 30 |
| 5.3.4 | § 23 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 SGB XII: Ausschluss für Ausländer/innen, deren Aufenthaltsrecht sich aus Art. 10 VO 492/2011 ergibt | 30 |
| 5.3.5 | § 23 Abs. 3 S. 1 Nr. 4 SGB XII: Ausschluss für Ausländer/innen, die eingereist sind um Sozialhilfe zu erlangen..... | 30 |
| 5.4 | <i>(Kein) Anspruchsausschluss für Staatsangehörige der EFA-Staaten.....</i> | 30 |
| 5.5 | <i>§ 23 Abs. 3 S. 7 ff. SGB XII: Leistungsanspruch nach 5 Jahren Aufenthalt</i> | 31 |
| 5.6 | <i>§ 23 Abs. 3 S. 3 SGB XII: Überbrückungsleistungen</i> | 31 |
| 5.7 | <i>§ 23 Abs. 3a SGB XII: Hilfen zur Ausreise.....</i> | 32 |
| 5.8 | <i>Leistungen nach Ermessen.....</i> | 32 |
| 6 | Übermittlungspflicht an die Ausländerbehörde..... | 32 |
| 7 | Ordnungsrechtliche Unterbringung | 33 |
| 8 | Krankenversicherung | 33 |
| 8.1 | <i>Krankenversicherung in einem anderen EU-Mitgliedstaat.....</i> | 34 |
| 8.2 | <i>Pflichtversicherung in der GKV und Versicherungspflicht in der PKV</i> | 34 |
| 8.2.1 | Pflichtversicherung in der GKV..... | 35 |
| 8.2.2 | Versicherungspflicht in der PKV | 36 |
| 8.2.3 | Beitragsschulden, Notversorgung und Notlagentarif | 36 |
| 8.3 | <i>Wirtschaftlich inaktive EU-Bürger/innen und VO 883/2004.....</i> | 37 |
| 8.4 | <i>Krankenversicherung im Rahmen des SGB II</i> | 38 |
| 9 | Familienleistungen | 38 |
| 9.1 | <i>Kindergeld</i> | 38 |
| 9.2 | <i>Elterngeld</i> | 39 |
| 9.3 | <i>Kinderzuschlag (§ 6a Bundeskindergeldgesetz).....</i> | 39 |
| 9.4 | <i>Unterhaltsvorschuss</i> | 40 |
| 10 | Infos/Gesetze/Weisungen..... | 41 |
| 11 | Abkürzungsverzeichnis..... | 42 |

1 Rechtsgrundlagen und Anwendungsvorrang

Der AEUV enthält u. a. subjektive Rechte der Unionsbürger/innen wie das Diskriminierungsverbot (Art. 18 AEUV) und die so genannten Grundfreiheiten (s. u. S. 4 f.). Auf diese subjektiven Rechte können sich EU-Bürger/innen unmittelbar berufen, ohne dass es weiterer Rechtssetzungsakte auf nationaler Ebene bedarf.

Auf Basis des AEUV verabschiedet die (durch den Rat und das Parlament) „Gesetze“, die sich Verordnung oder Richtlinie nennen (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). Eine 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.

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. 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. Dies geschieht durch das Vorabentscheidungsverfahren (Art. 267 AEUV).

Das EU-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.

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 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 Die Freizügigkeit der Unionsbürger/innen

1992 wurde mit dem Vertrag von Maastricht die Unionsbürgerschaft eingeführt. Die Unionsbürgerschaft ist der „grundsätzliche Status der Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten“² und enthält einen Kernbestand, zu dem das Aufenthalts- und Freizügigkeitsrecht in der Union gehört.³ 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.

Neben diesem allgemeinem Freizügigkeitsrecht gibt es Freizügigkeit in Form der personenbezogenen Grundfreiheiten für wirtschaftlich aktive EU-Bürger/innen (dazu Punkt 2.1).

Das Freizügigkeitsrecht gilt gem. Art. 21 AEUV „vorbehaltlich der in den Verträgen und in den Durchführungsvorschriften vorgesehenen Beschränkungen und Bedingungen“. Diese Bedingun-

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

² Unionsbürgerrichtlinie, Erwägungsgrund 3.

³ 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.>

gen für die Ausübung des Freizügigkeitsrechts sind in der UnionsRL festgeschrieben, die durch das FreizügG/EU in deutsches Recht umgesetzt ist.

Europarechtliche Regelungen oder nationale Maßnahmen dürfen nicht dazu führen, dass der tatsächliche Genuss des Freizügigkeitsrechts verwehrt wird.⁴ Die einschlägigen Bestimmungen sind weit auszulegen⁵.

Da das Freizügigkeitsrecht ist jedem/jeder EU-Bürger(in) 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 2.9), oder der Aufenthalt aus Gründen der Sicherheit und Ordnung explizit untersagt ist (unten Punkt 2.10).

2.1 Grundfreiheiten des AEUV

Die Freizügigkeit der Unionsbürger/innen dient (auch) der Verwirklichung des Binnenmarktes. 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.

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 (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.⁶

§ 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).

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). Letzteres führt dazu,

⁴ EuGH, Urteil v. 8.3.2011, Rs C 34/09 <Zambrano>.

⁵ EuGH Urteil v. 26. Februar 1991, C-292/89 <Antonissen>, Rn. 11

⁶ EuGH Urteil v. 26. Februar 1991, C-292/89 <Antonissen>

dass EU-Bürger/innen mit Arbeitnehmerstatus auch beim Zugang zu sozialen Rechten gleichgestellt sind.

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).

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. Es muss sich um eine reguläre Tätigkeit handeln. Schwarzarbeit vermittelt keinen Arbeitnehmerstatus.

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 keine Untergrenzen für die geleisteten Arbeitsstunden oder den Lohn. Die Tätigkeit muss nicht sozialversicherungspflichtig oder lebensunterhaltssichernd sein.⁷ In einer Entscheidung des EuGH von 2010 genügte eine geringfügige Beschäftigung von 5,5 Stunden, um die Arbeitnehmereigenschaft zu bejahen.⁸

Strittig ist der Arbeitnehmerstatus regelmäßig, wenn es um den Bezug von Leistungen geht. Daher haben die Fachlichen Hinweise der BA zu § 7 SGB II und die Entscheidungen von Sozialgerichten in der Praxis große Relevanz. Für die ausländerrechtliche Entscheidung über den Arbeitnehmerstatus ist aber allein die Ausländerbehörde zuständig (unten Punkt 2.4 und 2.9).

Die für die Ausländerbehörden verbindliche AVV zum FreizügG/EU konkretisieren die Arbeitnehmereigenschaft orientiert an den Vorgaben des EuGH wie folgt:

- Die Bewertung eines Arbeitsverhältnisses nach nationalem Recht ist irrelevant. Es gibt keine Mindeststundenzahl und keinen Mindestbetrag für die Vergütung, ab wann von einem Arbeitsverhältnis auszugehen ist. Es muss immer eine Gesamtschau stattfinden (AVV FreizügG/EU Rn. 2.2.1)
- Auch wer eine Ausbildung im dualen System macht, ist Arbeitnehmer (vgl. AVV FreizügG/EU Rn. 2.3.1.1)

Gehen Student(inn)en oder Schüler/innen nebenbei einer Beschäftigung nach, gelten sie nach der Rspr. des EuGH als Arbeitnehmer/innen, wenn sie die entsprechenden Voraussetzungen erfüllen.⁹

Die Fachlichen Hinweise des BA nehmen auf die EuGH-Rspr. Bezug und verweisen darauf, dass immer anhand einer Gesamtschau festgestellt werden muss, ob es sich um ein echtes Arbeitsverhältnis handelt. Es werden diverse Indizien genannt, die dafür und dagegen sprechen. Anhaltspunkte können demnach Urlaubsansprüche, Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall, ein Tariflohn oder der langjährige Bestand des Arbeitsverhältnisses sein. Wenn eine Beschäftigung nur sporadisch ausgeübt wird ("reine Gelegenheits- oder Gefälligkeitsarbeiten") oder eine regelmäßige Arbeitszeit von unter 8 Stunden pro Woche können Indizien sein, dass gegen die Arbeitnehmereigenschaft sprechen. „Das Bejahen oder Verneinen eines Indizes [ist] nicht ausschlaggebend“.¹⁰ Dass das in der Praxis oft anders gehandhabt wird, ist rechtswidrig und sollte Grund für einen Widerspruch sein.

Das BSG hat mit Bezug auf die Entscheidung des EuGH von 2010 schon mehrfach die Arbeitnehmereigenschaft auch bei sehr geringer Arbeitszeit bejaht: in einer Entscheidung von 2010 ge-

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

⁸ EuGH, Urteil v. 4.2.2010 C-14/09 < Genc >; BVerwG Urteil v. 19.4.2012, 1 C 10.11

⁹ EuGH, Urteil vom 21. Februar 2013, C-46/12

¹⁰ BA, SGB II Fachliche Weisungen § 7 SGB II Leistungsberechtigte (Stand 4.4.2018), Randziffer (7.11)

nügte eine wöchentliche Arbeitszeit von 7,5 Stunden.¹¹ In einer Entscheidung vom 12.9.2018 hat das BSG ein Arbeitsverhältnis bei einer monatlichen Arbeitszeit von 30 Stunden bejaht. Wesentlich ist auch nach der BSG-Rspr. die Gesamtschau und etwa war das Vorliegen eines schriftlichen Arbeitsvertrags mit Regelungen zu Urlaub und Krankheit.¹²

Auch untere Gerichte haben sich mehrfach mit dem europarechtlichen Arbeitnehmerstatus befasst. 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.¹³ Nach Auffassung des LSG NRW kann auch ein Arbeitsvertrags als geringfügig beschäftigte Haushaltshilfe bei der eigenen Schwester den Arbeitnehmerstatus vermitteln.¹⁴

Einige Gerichte orientieren sich am Einkommen und halten das Erreichen der Freibetragsgrenze des § 11b Abs. 2 SGB II von 100 Euro für ausreichend.¹⁵ Wer ein Einkommen darüber erzielt ist demnach Arbeitnehmer/in. Laut dem LSG Bayern ist die Frage ausschlaggebend, ob das konkrete Arbeitsverhältnis einem deutschen Beschäftigten die Rechte eines Arbeitnehmers verschaffen würde.¹⁶ Dies 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.

Die Arbeitnehmereigenschaft haben nach den Fachlichen Weisungen der BA Personen nicht, die eine Tätigkeit nicht aus Erwerbsabsicht, sondern zum Zweck des ergänzenden Sozialleistungsbezugs aufgenommen haben. Ein Indiz dafür kann sein, dass Dritte die Beantragung von Sozialleistungen durch auffällig viele Personen innerhalb kürzerer Zeit organisieren.¹⁷ Nach der Rspr. des EuGH findet Unionsrecht bei Missbrauch tatsächlich keine Anwendung.¹⁸ Der Nachweis eines Missbrauchs setzt demnach voraus, dass eine Gesamtwürdigung der objektiven Umstände ergibt, dass trotz formaler Einhaltung der unionsrechtlichen Bedingungen das Ziel der Regelung nicht erreicht wurde. Weiter muss als subjektives Element die Absicht vorliegen, sich einen unionsrechtlich vorgesehenen Vorteil dadurch zu verschaffen, dass die entsprechenden Voraussetzungen willkürlich geschaffen werden. Die Aufnahme einer nicht lebensunterhaltssichernden Tätigkeit ist daher regelmäßig keine ausreichende Begründung für Missbrauch. Es kann aber im Einzelfall zulässig sein, die Arbeitnehmereigenschaft trotz Arbeitsvertrag zu verneinen.¹⁹

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

¹¹ BSG, Urteil v. 19.10.2010 - B 14 AS 23/10 R

¹² BSG, Urteil v. 12.9.2018 - B 14 AS 18/17 R

¹³ LSG Schleswig-Holstein, Beschluss v. 11.11.2015, L 6 AS 197/15 B ER; LSG Mecklenburg-Vorpommern v. 4.4.2017, L 8 AS 107/16 B ER

¹⁴ LSG NRW, Beschluss v. 14.06. 2017 - L 19 AS 455/17.B.ER

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

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

¹⁷ BA, SGB II Fachliche Weisungen § 7 SGB II Leistungsberechtigte (Stand 4.4.2018), Randziffer (7.11)

¹⁸ EuGH, Urteil vom 12. 3. 2014 – C-456/12

¹⁹ OVG NRW, 28.03.2017 - 18 B 274/17

Die Dienstleistungsfreiheit erlaubt auch eigene Arbeitnehmer/innen zur Erbringung der Dienstleistung einzusetzen. Das können, müssen aber nicht Staatsangehörige eines EU-Mitgliedstaates sein. 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“²⁰.

Jede legal gegen Entgelt erbrachte Tätigkeit kann unter den Begriff der selbständigen Erwerbstätigkeiten fallen.²¹ 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.²²

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“²³ teilzunehmen – also Einnahmen zu erwirtschaften.

2.2 Voraussetzungsloses Freizügigkeitsrecht für 3 Monate

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 2.9 und 2.10) bestehen.

2.3 Freizügigkeitsrecht und Lebensunterhaltssicherung

Bei EU-Bürger/innen, die sich auf eine der oben genannten Grundfreiheiten berufen können, ist die Lebensunterhaltssicherung aus eigenen Mittel generell nicht Voraussetzung des Freizügigkeitsrechts. Das gilt damit auch für das Freizügigkeitsrecht zur Arbeitssuche.

Auch bei Personen, die sich auf das Aufenthaltsrecht nach Art. 10 VO 492/2011 (unten Punkt 2.11.4) berufen können, besteht keine Pflicht den Lebensunterhalt aus eigenen Mitteln zu sichern.

Bei EU-Bürger/innen, die wirtschaftlich nicht aktiv sind (nicht erwerbstätig und nicht arbeitssuchend), und 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 Uni-

²⁰ BSG (Fn. 11).

²¹ EuGH, Urteil v. 20.11.2001, C-268/99; BVerwG, Beschluss v. 24.10.2002 - 1 C 31.02.

²² LSG Berlin-Brandenburg, Beschluss v. 28.01.2013 - L 14 AS 3133/12 B ER

²³ EuGH, Urteil v. 30.11.1995, C-55/94 <Gebhard>, Rn. 25

onsRL. Was ausreichende Existenzmittel sind orientiert sich am konkreten Bedarf im Einzelfall. Es darf kein starrer Betrag wie etwa die Höhe der Grundsicherungsleistungen des SGB XII oder SGB II gefordert werden und es dürfen keinesfalls eigene Mittel gefordert werden, die über den Grundsicherungsleistungen liegen. Solange kein Antrag auf Sozialleistungen gestellt wird, ist davon auszugehen, dass die eigenen Mittel zur Existenzsicherung ausreichen.²⁴

Fehlen ausreichende Existenzmittel und eine Krankenversicherung kann das Freizügigkeitsrecht verloren gehen.²⁵ Es gibt dabei aber keinen Automatismus. Das Fehlen von Existenzmitteln und/oder der Krankenversicherung führt nur dann zum Verlust des Freizügigkeitsrechts, wenn dies im konkreten Einzelfall angemessen und verhältnismäßig ist (AVV FreizügG Rn. 5.4.1.5). Der Verlust des Freizügigkeitsrechts wegen fehlender Existenzmittel führt nicht automatisch zur Ausreisepflicht (siehe Punkt 2.9).

2.4 Meldepflicht

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 3 Monate in einem Beherbergungsbetrieb wohnt (§ 29 BMG). 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). Der Wohnungsgeber ist verpflichtet diese Bestätigung auszustellen.

Die Anmeldung muss unabhängig vom Bestehen eines Aufenthaltsrechts durch die Meldebehörde entgegen genommen werden,²⁶ daher hat sie zum Freizügigkeitsrecht keine Prüfbefugnis. Besteht z.B. mangels Wohnung keine Meldepflicht, ist theoretisch auch eine freiwillige Anmeldung möglich.²⁷ In der Praxis ist dies aber oft nicht möglich.

2.5 Nachweis des Aufenthaltsrechts

Bis 29.1.2013 wurde freizügigkeitsberechtigten Unionsbürger/innen, die sich angemeldet haben, von Amts wegen eine Bescheinigung über das Aufenthaltsrecht ausgestellt. Diese Bescheinigung wurde durch das Gesetz zur Änderung des Freizügigkeitsgesetzes/EU und weiterer aufenthaltsrechtlicher Vorschriften²⁸ 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 förmliche Feststellung, dass die Voraussetzungen des Freizügigkeitsrechts nicht (mehr) vorliegen, ist aber allein die Ausländerbehörde zuständig (AVV FreizügG/EU Rn. 5.3.2; unten Punkt 2.9).

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 ge-

²⁴ Hofmann, Rainer M. (Hg), Kommentar zum Ausländerrecht, 2. Auflage, Baden-Baden 2016, § 4 FreizügG/EU Rn. 7

²⁵ EuGH, Urteil v. 11.11.2014, C-333/13 <Dano>

²⁶ Allgemeine Verwaltungsvorschrift zur Durchführung des Bundesmeldegesetzes (BMGVwV), Punkt 17.1.2

²⁷ Allgemeine Verwaltungsvorschrift zur Durchführung des Bundesmeldegesetzes (BMGVwV), Punkt 17.1.3

²⁸ BGBl. I v. 28.1.2013, 86

stattet. Ein berechtigter 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 Unionsbürgerrichtlinie 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 2.11.3). Zum Nachweis des Daueraufenthaltsrechts kann eine Bescheinigung darüber beantragt werden (siehe unten Punkt 2.8).

2.6 Status bei Arbeitslosigkeit oder Erwerbsminderung – fortwirkender bzw. nachgehender Erwerbstätigenstatus

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.²⁹

Der Erwerbstätigenstatus bleibt nach mindestens einjähriger Tätigkeit bei unfreiwilliger, der Arbeitsverwaltung gemeldeter Arbeitslosigkeit dauerhaft erhalten (vgl. § 2 Abs. 3 Nr. 2 FreizügG/EU).³⁰ Bei unfreiwilliger Arbeitslosigkeit nach weniger als einem Jahr Beschäftigungszeit bleibt der Status für sechs Monate erhalten.

Wichtig ist die Fortwirkung des Erwerbstätigenstatus vor allem mit Blick auf mögliche Ansprüche auf Sozialleistungen, da mit diesem Status der Anspruch auf Gleichbehandlung verbunden ist, auch wenn tatsächlich keine Tätigkeit ausgeübt wird. Deshalb ist dieser Status auch regelmäßig beim Zugang zu Leistungen nach SGB II strittig.

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. Teilweise wird

²⁹ EuGH, Urteil v. 19.06.2014, C-507/12

³⁰ Das gilt nach der Rspr. des EuGH auch für Selbständige (Urteil v. 20.12.2017 - Az.: C-442/16). In einigen Sprachfassungen der Richtlinie wurde das nicht deutlich. In der deutschen Fassung werden Arbeitnehmer und Selbständige genannt.

argumentiert, dass es reichen müsse, wenn die Voraussetzungen für den Bezug von Arbeitslosengeld nach SGB III erfüllt seien.³¹ Das BSG hat im Juli 2017 entschieden, dass es möglich sei, das den Arbeitnehmerstatus zu erhalten, wenn zwei Tätigkeiten mit einer kurzen Unterbrechung zu einem Beschäftigungszeitraum von über 12 Monaten führen.³² Die Anwendungshinweise der BA lassen anknüpfend an diese Rspr. mittlerweile kurze Unterbrechungen zu (5 % im Verhältnis zur Arbeitszeit, Rn. 7.17).³³

Im Einzelfall kann bei einem ablehnenden Bescheid der Klageweg sinnvoll sein. Es muss aber berücksichtigt werden, dass die Entscheidung des BSG für eine 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.

Für die Arbeitslosmeldung und die Bestätigung ist die Arbeitsagentur zuständig. Die Bestätigung der unfreiwilligen Arbeitslosigkeit erfolgt nicht durch die Jobcenter. Der/die EU-Bürger(in) muss den Vermittlungsbemühungen der BA zur Verfügung stehen und darf die Aufnahme einer zumutbaren Arbeit nicht verweigern (AVV FreizügG/EU Rn. 2.3.1.2.).

Es kann im Einzelfall strittig sein, ob unfreiwillige Arbeitslosigkeit vorliegt. Freiwillig arbeitslos ist, wer selbst kündigt, eine Kündigung will und deshalb provoziert oder einem Aufhebungsvertrag zustimmt. Die Arbeitsverwaltung und auch die Anwendungshinweise zum FreizügG/EU setzen unfreiwillig mit unverschuldet gleich (AVV FreizügG/EU Rn. 2.3.1.2.). Es kann aber durchaus vorkommen, dass eine Person sich vertragswidrig verhält, also schuldhaft handelt, aber nicht damit rechnet deswegen die Arbeit zu verlieren. Zu dieser Abgrenzung gibt es bislang keine Urteile.

Es kann jedenfalls immer von unfreiwilliger durch die zuständige Agentur für Arbeit bestätigter Arbeitslosigkeit ausgegangen werden, wenn nach dem Ende eines Beschäftigungsverhältnisses Arbeitslosengeld nach SGB III ohne Sperrzeit gewährt wurde. Für das Ende einer selbständigen Tätigkeit gilt das nicht, da es hier generell nicht zu einer Sperrzeit kommt.³⁴

Das Auslaufen eines befristeten Vertrags kann nicht zum Nachteil des EU-Bürgers als freiwillige bzw. selbst verschuldete Beendigung der Arbeit gewertet werden. Der EuGH hat bereits 2003 festgestellt, dass aus einem befristeten Arbeitsvertrag allein nicht geschlossen werden darf, dass die Arbeitslosigkeit nach dem Ende des Vertrags freiwillig ist (EuGH vom 6. November 2003, C-413/01 – Ninni-Orasche). Entsprechend wird in Art. 7 Abs. 3 Bst. c UnionsRL das Ende eines befristeten Vertrags als Anknüpfungspunkt für eine unfreiwillige Arbeitslosigkeit genannt.

Strittig ist auch, ob die BA nur die Arbeitslosigkeit und die Meldung als Arbeitsloser bestätigen muss oder auch die Unfreiwilligkeit. Der Wortlaut von Art. 7 Abs. 3 Bst. c UnionsRL legt letzteres nahe.

Das Freizügigkeitsrecht bleibt für die Zeit bis zur Bestätigung durch die Arbeitsagentur bestehen (AVV FreizügG/EU, Rn 2.3.1.2).

Liegt der Erwerbstätigenstatus trotz faktischer Arbeitslosigkeit bei Aufnahme einer neuen Beschäftigung vor und tritt vor Ablauf der zwölf Monate unverschuldet erneut Arbeitslosigkeit ein, lebt der alte, unbefristete Status wieder auf. Die Betroffenen sollen laut BA nicht schlechter gestellt sein, als wenn sie durchgehend arbeitslos gewesen wären.³⁵

³¹ SG Chemnitz, Beschluss v. 14.03.2017 - Az.: S 26 AS 405/17

³² BSG v. 13.07.2017 – B 4 AS 8/16 R

³³ BA, SGB II Fachliche Weisungen § 7 SGB II Leistungsberechtigte (Stand 4.4.2018), Randziffer 7.17

³⁴ BA, Durchführungsanweisung zu § 159 SGB III (Stand 20.4.2018), 159.1.1.1

³⁵ BA, Fachliche Hinweise zu § 7 SGB II (Stand 4.4.2018), Rn. 7.20

2.7 Freizügigkeitsrecht bei altersbedingtem 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 Daueraufenthaltsrecht s.u. Punkt 2.8).

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

2.8 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 § 4a 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.³⁶

Unterbrechungen des Aufenthalts von 6 Monaten innerhalb eines Jahres oder für bis zu 12 Monaten aus wichtigem Grund hindern der Erwerb des Daueraufenthalts nicht (Art. 16 Abs. 3 UnionsRL; § 4a Abs. 6 FreizügG/EU).

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

- Verbleibeberechtigte: s.o. Punkt 2.7.
- 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).

Der freizügigkeitsberechtigte Aufenthalt und der Erwerb des Daueraufenthalts kann auch in der Vergangenheit stattgefunden haben. Sind danach andere Freizügigkeitsvoraussetzungen entfallen (z.B. der Arbeitnehmerstatus, der Aufenthalt als Kind eines Arbeitnehmers) hat das keine Auswirkung auf das Fortbestehen des einmal erworbenen Daueraufenthalts.

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

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, Schulzeugnisse etc.) nachgewiesen werden. Die generelle Freizügigkeitsvermutung reicht hier nicht.

³⁶ EuGH, Urteil v. 21.12.2011, C-424/10 und C-425/10 <Ziolkowski u.a.>

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

Nach der EuGH Rechtsprechung fehlt das Freizügigkeitsrecht schon dann,³⁷ wenn die Voraussetzungen nicht vorliegen. 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“³⁸

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.

Wurde der Verlust des Freizügigkeitsrechts förmlich festgestellt, kann dies im AZR eingetragen werden (§ 2 Abs. 3 AZRG). Liegt das Freizügigkeitsrecht erneut vor, wird der Eintrag nicht automatisch gelöscht. Es sollte ein Antrag beim AZR gestellt werden auf Auskunft,³⁹ ob eine Verlustfeststellung eingetragen ist, und ggf. ein Antrag auf Löschung gestellt werden.

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.

³⁷ EuGH, Urteil v. 11.11.2014, C-333/13 <Dano>, Rn. 80 f.

³⁸ Schreiber, Frank, Die Bedeutung des Aufenthaltsrechts für die sozialrechtliche Gleichbehandlung von Unionsbürgerinnen und Unionsbürgern, ZAR 2/2015, S. 49

³⁹ Anträge auf Auskunft:

http://www.bva.bund.de/DE/Organisation/Abteilungen/Abteilung_S/AZR/Antraege/antraege-node.html

2.10 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 darf auch bei nicht erwerbstätigen EU-Bürger/innen nicht automatisch zur Ausweisung führen (Art. 14 Abs. 3 UnionsRL).

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).

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.⁴⁰

Die Ausweisung führt zu einer Wiedereinreiseperrre (§ 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).

2.11 Familienzusammenführung zu ausländischen EU-Bürger/innen

Der europarechtliche Anspruch auf Familienzusammenführung ist ein aus der Freizügigkeit abgeleitetes Recht. Der AEUV kennt kein originäres Recht auf Familienzusammenführung. In der Unionsbürgerrichtlinie heißt es dazu, dass das Freizügigkeitsrecht den Familienangehörigen ungeachtet ihrer Staatsangehörigkeit gewährt wird, um Unionsbürger/innen die Wahrnehmung der Freizügigkeit in Freiheit und Würde zu ermöglichen.

Der Zweck der Familienzusammenführung ist die Herstellung oder Aufrechterhaltung des Familienlebens. Im Grundsatz ist dabei 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.⁴¹ Getrennt leben oder eine geplante Scheidung führen nicht zum Verlust des abgeleiteten Aufenthaltsrechts.⁴²

Die abgeleitete Freizügigkeit ist unabhängig davon, ob die jeweiligen Ehepartner/innen den/die Unionsbürger/in bei der Übersiedlung begleitet oder später nachzieht. Auch Ort und Zeitpunkt einer Eheschließung sind irrelevant. So können sich beispielsweise Ehegatt(inn)en, die sich aus anderem Grund bereits im Land befunden haben, ab der Eheschließung auf das „Nachzug“recht berufen.

2.11.1 Nachzugsberechtigte Familienangehörige

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

⁴⁰ EuGH, Urteil v. 22. 5. 2012, C-348/09

⁴¹ EuGH Urteil v. 13.2.1985, C 267/83 <Diatta>, Rn. 21

⁴² EuGH, Urteil v. 8.11.2012, C-40/11 <lida>; Rn. 58 f.

- Nachziehen dürfen die Ehegatt(inn)en und Lebenspartner/innen⁴³ 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).⁴⁴

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.⁴⁵ 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 (siehe Punkt 2.12.5). Keine Lebensunterhaltssicherungspflicht besteht auch bei Minderjährigen und ihren Eltern, die das Aufenthaltsrecht aus Art. 10 VO 492/2011 ableiten (siehe Punkt 2.11.4). Im Übrigen ist es nach der EuGH-Rspr. grundsätzlich zulässig, beim Nachzug zu Minderjährigen die Lebensunterhaltssicherung zu verlangen.⁴⁶
- 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).

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 bei ihnen ausreichende Existenzmittel für die Angehörigen sichergestellt sein. Das gilt auch für Unionsbürger/innen, die bereits das Daueraufenthaltsrecht (s.o. S. 12) besitzen: Gehen sie keiner Erwerbstätigkeit nach, sind sie selbst zwar von der Lebensunterhaltssicherungspflicht befreit nicht aber ihre wirtschaftlich inaktiven Angehörigen, die ihrerseits noch nicht das Daueraufenthaltsrecht haben.

2.11.2 Familienangehörige ohne Staatsangehörigkeit eines EU-Mitgliedstaates

Das Recht der Familienangehörigen ohne Staatsangehörigkeit eines EU-Mitgliedstaates ist streng akzessorisch. Das heißt, der Familiennachzug verleiht kein eigenständiges Aufenthalts- oder Freizügigkeitsrecht. Die Angehörigen haben das Recht, mit dem stammberechtigten EU-Staatsangehörigen in einem Mitgliedstaat zu leben, nicht aber ohne diesen in einen anderen Mitgliedstaat zu reisen oder im Mitgliedstaat zu bleiben, wenn der stammberechtigte EU-Staatsangehörige weg zieht.⁴⁷ Für die Kinder und den sorgeberechtigten Elternteil sowie für Ehegatt(inn)en gibt es allerdings Regelungen, die nach Scheidung, Wegzug oder Tod des Stamme-

⁴³ Das gilt auch dann, wenn das Zielland gleichgeschlechtliche Partnerschaften/Ehen ablehnt, vgl. EuGH, v. 5.6.2018 - C-673/16

⁴⁴ EuGH, Urteil v. 16.1.2014, C-423/12 <Reyes>

⁴⁵ LSG NRW, Beschluss v. 28.5.2015, L 7 AS 372/15 B ER und L 7 AS 373/15 B

⁴⁶ EuGH, Urteil v. 19. Oktober 2004, C-200/02 <Zhu und Chen>

⁴⁷ EuGH, Urteil v. 8.11.2012, C-40/11 <lida>; Rn. 61 ff., 66 ff.

rechtigten weiter ein Aufenthaltsrecht vermitteln können (§ 3 Abs. 3 ff. FreizügG, siehe Punkte 2.11.5 und 2.11.4).

An drittstaatsangehörige Familienangehörige von EU-Bürger/innen dürfen für die Einreise und den Aufenthalt keine über die europarechtlichen Vorgaben hinausgehenden Anforderungen gestellt werden.⁴⁸ So dürfen beispielsweise bei der Einreise keine Kenntnisse der deutschen Sprache verlangt werden.

Für den Ehegatten“nachzug“ 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 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. Diese Regelung bezieht sich auf Scheinehen (siehe oben 2.9). Vom Wortlaut her ist § 2 Abs. 7 FreizügG aber letztlich „nur“ eine Klarstellung: Zweck der Familienzusammenführung ist die Herstellung oder Aufrechterhaltung des Familienlebens. Ist dies nicht gegeben, gibt es auch kein Aufenthaltsrecht zum Zweck der Familienzusammenführung. Bei Drittstaatler(inne)n bedeutet das, dass sie ausreisepflichtig sind, wenn sie kein anderes Aufenthaltsrecht haben (§ 50 AufenthG)

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 2.11.3) 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 wären etwa Geldbußen, sofern sie verhältnismäßig sind.

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

2.11.3 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.⁴⁹

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.

Wird die Karte nicht innen der 6-Monatsfrist ausgestellt, bedeutet das nicht, dass sie nun ohne Prüfung der Voraussetzungen ausgestellt werden muss.⁵⁰ Was geschehen soll, wenn die Verwal-

⁴⁸ 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>

⁴⁹ s.o. Fn. 28

tung der Pflicht eine positive oder negative Entscheidung bekannt zu geben, nicht nachkommt, lässt der EuGH offen. Es muss dann ggf. Untätigkeitsklage erhoben werden.

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 Angehörigen von nicht erwerbstätigen Unionsbürger/innen der Nachweis über ausreichenden Krankenversicherungsschutz und ausreichende Existenzmittel (§ 4 FreizügG/EU).

2.11.4 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 492/2011⁵¹ 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.⁵²

Für das Recht der Kinder auf Schulbesuch bzw. Ausbildung ist es nicht notwendig, dass ein zeitlicher Zusammenhang besteht zwischen dem familiären Zusammenleben mit einer/m Arbeitnehmer/in 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.⁵³

Aus dem Aufenthaltsrecht des minderjährigen Kindes leitet sich ein Aufenthaltsrecht für den/die sorgeberechtigten Elternteil/e ab. Das abgeleitete Aufenthaltsrecht der Eltern ist ebenfalls unabhängig von der Lebensunterhaltssicherung. Es endet allerdings mit der Volljährigkeit des Kindes, sofern es nicht weiter der elterlichen Fürsorge bedarf.⁵⁴

2.11.5 Aufenthaltsrecht bei Tod oder Trennung

Das Aufenthaltsrecht der Familienangehörigen hängt vom Stambberechtigten ab, geht also bei dessen Tod, seinem Wegzug aus Deutschland oder Scheidung verloren. Für die Angehörigen, die in Deutschland belieben wollen, muss differenziert werden anhand ihrer Nationalität, dem Grund der Beendigung der familiären Gemeinschaft und ihrem familiärem Verhältnis zum Stambberechtigten.

Die Angehörigen eines Unionsbürgers, die selbst Unionsbürger/innen sind, erfüllen oft die Voraussetzungen für einen weiteren Aufenthalt schon aus eigenem Recht. Sind sie nicht erwerbstätig, gelten sie ggf. als wirtschaftlich nicht aktive EU-Bürger/innen und müssen ihren Lebensunterhaltssicherung aus eigenen Mitteln sichern. Es sollte immer geprüft werden, ob bereits die Voraussetzungen für das Daueraufenthaltsrecht vorliegen. Ggf. kann sich auch aus dem AufenthG eine bessere Rechtstellung ergeben (§ 11 Abs. 1 S. 11 FreizügG).

Im Übrigen gilt für die Kinder folgendes:

⁵⁰ EuGH, Urteil v. 20.6.2018, C-246/17 - Diallo

⁵¹ 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.

⁵² 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.

⁵³ EuGH, Urteil v. 30.06.2016, C-115/15

⁵⁴ Siehe Fn. 52

- Kinder von (ehemaligen) Arbeitnehmer/innen und der/die sorgeberechtigte Elternteil haben nach Art. 10 VO 492/2011 unabhängig vom Verbleib des Stambberechtigten ein eigenständiges Aufenthaltsrecht, wenn sie zur Schule gehen oder eine Ausbildung machen (siehe Punkt 2.11.4) – also auch bei dessen Tod, Wegzug oder Scheidung.
- Minderjährige Kinder und der sorgeberechtigte Elternteil behalten bei *Tod* oder *Wegzug* des Stambberechtigten auch nach Art. 12 Abs. 3 UnionsRL ein eigenständiges Aufenthaltsrecht, sobald und solange das Kind eine Schule besucht oder eine Ausbildung macht (vgl. § 3 Abs. 4 FreizügG).
- Beim *Tod* des Stambberechtigten behalten Kinder, die keine EU-Staatsangehörigkeit haben, im Übrigen ein 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).
- Beim *Wegzug* des Stambberechtigten verlieren Kinder, die keine EU-Staatsangehörigkeit haben und sich nicht auf Art. 10 VO 492/2011 oder Art. 12 Abs. 3 UnionsRL berufen können, das Aufenthaltsrecht.

Für die Ehegatt(inn)en gilt:

- Sofern ein Kind ein eigenständiges Aufenthaltsrecht nach Art. 10 VO 492/2011 oder nach Art. 12 Abs. 3 UnionsRL geltend machen kann, hat auch der sorgeberechtigte Elternteil ein Aufenthaltsrecht (s.o.).
- Beim *Tod* des Stambberechtigten behalten Ehegatt(inn)en, 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 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 war.Erfolgt die Einleitung des gerichtlichen Scheidungsverfahrens nach der Ausreise des Stambberechtigten, greift diese Regelung nicht.⁵⁵
- Bei *Wegzug* des/der Stambberechtigten verlieren Ehegatt(inn)en, die keine EU-Staatsangehörigkeit haben, das abgeleitete Aufenthaltsrecht.

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

2.12 Familiennachzug zu Deutschen

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.

⁵⁵ EuGH, Urteil v. 30.06.2016, C-115/15

2.12.1 Freizügigkeitsrecht trotz Wohnsitz in Deutschland

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

Für Deutsche, die regelmäßig Dienstleistungen grenzüberschreitend erbringen, gilt bei der Familienzusammenführung EU-Recht.⁵⁶

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) im Einzelfall geprüft werden, ob sie ohne den Familiennachzug abgeschreckt würden, die Arbeitnehmerfreizügigkeit zu nutzen.⁵⁷

2.12.2 „Dänemarkehe“ und Rückkehrfälle

Nach der Rspr. des EuGH sollen EU-Bürger/in 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 demnach kein Rechtsverlust einhergehen.⁵⁸ Zwar regelt die UnionsRL den Fall der Rückkehr nicht, sie ist aber entsprechend anzuwenden. In einem Rückkehrfall sollen EU-Bürger/innen nicht schlechter gestellt werden als sie es nach der UnionsRL bei einer Übersiedlung in einen anderen Mitgliedstaat wären.⁵⁹

Um das Familienleben nach einer Rückkehr fortsetzen zu können, muss die familiäre Beziehung als Voraussetzung für einen Rückkehrfall schon im Aufnahmestaat bestanden haben.⁶⁰

Deutsche, die nach Deutschland zurückkehren, nachdem sie in einem anderen EU-Staat als Erwerbstätige zusammen mit ihrer Familie gewohnt haben, können demnach ihre Angehörigen mitnehmen. Es ist auch eine spätere Übersiedlung der Angehörigen zulässig, wenn dies etwa aus Gründen der persönlichen Situation, des Berufs oder der Ausbildung nötig ist.

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 berufen. Bei der sogenannten Dänemarkehe reisen beispielsweise EU-Bürger/innen zum Zweck der Eheschließung in einen anderen Mitgliedstaat – 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 veranlassen haben.⁶¹ Der EuGH hat 2014 entschieden, dass die Rspr. zu Rückkehrfällen grundsätzlich auch auf das allgemeine Freizügigkeitsrecht anzuwenden ist. Voraussetzung für die „Mitnahme“ der Angehörigen 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.“⁶² Für einen Rückkehrfall

⁵⁶ EuGH, Urteil v. 11.7.2002, C 60/00 <Carpenter>

⁵⁷ EuGH, Urteil v. 12.3.2014, C-457/12

⁵⁸ EuGH v. 7.07.1992, C-370/90 <Singh>; EuGH, Urteil v. 11.12.2007, C-291/05 <Eind>

⁵⁹ EuGH, Urteil v. 10.5.2017, C-133/15, Rn. 53 ff.; EuGH, Urteil v. 27.6.2018 - C-230/17, Rn. 27 ff.

⁶⁰ EuGH, Urteil v. 12.3.2014, C-456/12; EuGH, Urteil v. 27.6.2018 - C-230/17

⁶¹ EuGH, Urteil v. 23.09.2003, C-109/01 <Alkrich>

⁶² EuGH, Urteil v. 12.3.2014, C-456/12, Rn. 53

dürfen folglich zumindest die Wohnsitznahme und ggf. Anmeldung sowie ein Aufenthalt von mindestens 3 Monaten vorausgesetzt werden.

2.12.3 Zwei EU-Staatsangehörigkeiten durch Abstammung

Mit Blick auf EU-Bürger/innen mit zwei EU-Staatsangehörigkeiten hat der EuGH mehrfach entschieden⁶³, dass sie sich in ihrem Geburtsland nicht auf die andere Staatsangehörigkeit berufen können. Werden sie im Geburtsland im Vergleich zu gewanderten EU-Bürger/innen benachteiligt, müssen sie dies hinnehmen, sofern nicht der Kernbestand des Unionsbürgerstatus tangiert ist (Dazu unten Punkt 2.12.52.12.5).

2.12.4 Zwei EU-Staatsangehörigkeiten nach einer Einbürgerung

Es war lange strittig, inwieweit bei Unionsbürger/innen, die zunächst als EU-Ausländer/innen in einem anderen Mitgliedstaat lebten und sich dann einbürgern ließen, für den Familiennachzug weiter Freizügigkeitsrecht gilt. Der EuGH hat dazu im November 2017 entschieden, dass zwar für solche Fälle die UnionsRL nicht gilt. Hat ein EU-Bürger/innen von seinem Freizügigkeitsrecht Gebrauch gemacht, darf eine Einbürgerung unter Beibehaltung der ersten Staatsangehörigkeit aber nicht dazu führen, dass Rechte verloren gehen, da damit die praktische Wirksamkeit von Art. 21 Abs. 1 AEUV verfehlt würde. Demnach gibt Art. 21 Abs. 1 AEUV ein Aufenthaltsrecht für die Angehörigen, wobei die Voraussetzungen im Einzelnen nicht strenger sein dürfen als diejenigen, die die UnionsRL für die Familienzusammenführung vorsieht.⁶⁴

2.12.5 Familiennachzug und passives Freizügigkeitsrecht

Zur Freizügigkeit gehört auch das Recht in dem Land zu leben, dessen Staatsangehörigkeit ein EU-Bürger/innen hat (Passives Freizügigkeitsrecht).

2.12.5.1 *Familiennachzug zu minderjährigen Deutschen*

Es würde den Kernbestand der Unionsbürgerschaft unzulässig berühren, wenn minderjährige Unionsbürger/innen gezwungen wären, den EU-Mitgliedstaat zu verlassen, dessen Staatsangehörigkeit sie besitzen, weil den drittstaatsangehörigen, den Eltern der Aufenthalt und eine Arbeitserlaubnis verweigert wird.⁶⁵ Für die deutsche Rechtslage hat das insbesondere Auswirkungen bei Kindern, die nach § 4 StAG kraft Gesetz deutsche Staatsangehörige geworden sind, oder durch Abstammung von deutschen und ausländischen Elternteilen.

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 sie ihr Aufenthaltsrecht unmittelbar aus EU-Recht ableiten.⁶⁶

Hat nur ein Elternteil einen unsicheren Status und ist der andere Elternteil deutscher Staatsangehörigkeit oder Ausländer/in mit einem Aufenthaltsrecht, würde der weitere Aufenthalt des deutschen minderjährigen Kindes durch die Ausreise des erstgenannten Elternteils nicht unbedingt in Frage gestellt. Nach der Entscheidung des EuGH 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 davon abhängig ist. Ist der andere Elternteil zur Wahrnehmung der Sorge nicht willens oder in der Lage, besteht ein 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

⁶³ EuGH, Urteil v. 05.05.2011, C-434/09 <McCarthy>

⁶⁴ EuGH, Urteil v. 14.11.2017, C-165/16

⁶⁵ EuGH, Urteil v. 8.3.2011, C 34/09 <Zambrano>

⁶⁶ EuGH, Urteil v. 8.3.2011, C 34/09 <Zambrano>

muss dies aber nicht beweisen. Die erforderlichen Ermittlungen müssen vielmehr durch die Behörde durchgeführt werden.⁶⁷

Wenn auch der Elternteil mit sicherem Aufenthaltsrecht willens und in der Lage ist, die tatsächliche Sorge wahrzunehmen, ist dies zwar ein relevanter aber nicht der entscheidende Faktor, ob dem drittstaatsangehörigen anderen 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 drittstaatsangehörigen Elternteil ein Risiko für das „innere Gleichgewicht“ des Kindes ist von einem Aufenthaltsrecht des Elternteils auszugehen.⁶⁸

Auch das Vorliegen von Ausweisungsgründen führt nicht unbedingt dazu, dass dem drittstaatsangehörigen Elternteil das Aufenthaltsrecht verwehrt werden darf. Bei einer Ausweisung müsste der erhöhte Ausweisungsschutz für Angehörige von Unionsbürger/innen berücksichtigt werden. Es ist folglich nicht zulässig ein Aufenthaltsrecht allein wegen Vorliegen von Vorstrafen zu verweigern.⁶⁹ Handelt es sich um einen alleinerziehenden Elternteil von einem Kleinkind darf nur unter außergewöhnlichen Umständen ausgewiesen und/oder ein Aufenthaltsrecht verweigert werden. Es muss vom fraglichen Elternteil auf Grund des persönlichen Verhaltens eine tatsächliche, gegenwärtige und erhebliche Gefahr ausgehen, die ein Grundinteresse der Gesellschaft des Mitgliedsstaats berührt. Auch dann müssen aber die verschiedenen einander gegenüberstehenden Interessen berücksichtigt werden.⁷⁰

2.12.5.2 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 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 Unionsbürgerrechte zu entscheiden.⁷¹ Hindernisse beim Ehegattennachzug⁷² oder die nur vorübergehende Trennung von Ehegatt(inn)en, etwa zur Durchführung eines Visumverfahrens, beeinträchtigt den Kernbereich des Unionsbürgerrechts demnach nicht.⁷³

2.12.5.3 Bei Bestehen eines Einreiseverbots

Der Kernbestand kann auch tangiert werden, indem Angehörigen die Einreise oder die Ausstellung einer Aufenthaltskarte allein wegen des Bestehens eines Einreiseverbots verwehrt wird. Es muss in solchen Fällen immer - auch wenn der Angehörige illegal wieder eingereist ist - geprüft werden, ob ein Abhängigkeitsverhältnis zwischen dem/der Stammberechtigten und dem Drittstaatsangehörigen besteht, das den Unionsbürger de facto zwingen würde, das Unionsgebiet zu verlassen, wenn dem/der Angehörigen kein Aufenthalt gewährt wird. Bei minderjährigen EU-Bürger/innen ist insbesondere das Kindeswohl zu berücksichtigen. Im Übrigen darf ein abgeleitetes Aufenthaltsrecht nur verweigert werden, wenn sich aus einer konkreten Beurteilung aller Umstände des Einzelfalls ergibt, dass der Betroffene eine tatsächliche, gegenwärtige und erhebliche Gefahr für die öffentli-

⁶⁷ EuGH, Urteil v. 10.5.2017, C-133/15, Rn. 73 ff.

⁶⁸ EuGH, Urteil v. 10.5.2017, C-133/15, Rn. 71

⁶⁹ EuGH, Urteil v. 13.9.2016, C-165/14

⁷⁰ EuGH, Urteil v. 13.9.2016, C-304/14

⁷¹ EuGH, Urteil v. 15.11.2011, C-256/11 <Dereci u.a.>

⁷² EuGH, Urteil v. 05.05.2011, C-434/09 <McCarthy>

⁷³ EuGH, Urteil v. 15.11.2011, C-256/11 <Dereci u.a.>

che Ordnung darstellt. Verstöße gegen Rückkehraufforderungen (und eine Wiedereinreisssperre auf Grund einer Abschiebung) reichen dafür regelmäßig nicht⁷⁴

3 Zugang zu Sozialleistungen und Diskriminierungsverbote

Der Zugang zu Sozialleistungen ist bei EU-Bürger/innen unterschiedlich, 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 2.3).

Die Arbeitnehmerfreizügigkeit enthält ein Gleichbehandlungsgebot und die Niederlassungsfreiheit ein Diskriminierungsverbot, die jeweils zur vollen sozialrechtlichen Gleichstellung dieser Gruppen führen. Gleichberechtigt sind auch EU-Bürger/innen mit Daueraufenthaltsrecht.

Der Zugang zu Sozialhilfe darf 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).

Die VO 883/2004⁷⁵, 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).

Wirtschaftlich nicht aktive EU-Bürger/innen, die das materielle Freizügigkeitsrecht verloren haben, weil sie nicht über ausreichende Existenzmittel verfügen (vgl. Punkt 2.3) können sich nach der Rspr. des EuGH nicht auf die Gleichstellungsgebote der UnionsRL oder der VO 883/2004 berufen.⁷⁶

Ein sozialrechtlicher Gleichbehandlungsanspruch wird in der Literatur zunehmend auch mit der GRC begründet.⁷⁷ 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 von nationalen, sozialrechtlichen Ansprüchen sowie deren Umfang fallen nach der Rspr. der EuGH nicht darunter.⁷⁸

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 Ansprüche beim Zugang zu staatlichen Leistungen.

⁷⁴ EuGH, Urteil v.8.5.2018, C-82/16

⁷⁵ 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.

⁷⁶ EuGH, Urteil v. 11.11.2014, C 333/13 <Dano>, Antwort auf die zweite und dritte Frage

⁷⁷ Frings (Fn. 75), S. 324 f.; Hessisches LSG v. 29.10.2012 – L9 AS 615/12 B ER

⁷⁸ EuGH (Fn. 76), Antwort auf die vierte Frage

4 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.⁷⁹

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.⁸⁰

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.⁸¹

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.

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.⁸²

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, wurde Ende 2016 das „Gesetz zur Regelung von Ansprüchen ausländischer Personen in der Grundsicherung für Arbeitssuchende nach dem SGB II und der Sozialhilfe nach dem SGB

⁷⁹ BA, Fachliche Hinweise zu § 7 SGB II (Stand 4.4.2018), Rn. (7.2)

⁸⁰ BSG v. 28.10.2014 – B 14 AS 65/13 R

⁸¹ BA, Fachliche Hinweise zu § 7 SGB II (Stand 4.4.2018), Rn. (7.6); BSG v. 30.1.2013 - B 4 AS 54/12 R, Abs. 19

⁸² EuGH, Urteil v. 11.11.2014, C-333/13 <Dano>; EuGH, Urteil v. 15.9.2015, C-67/14 <Alimanovic>

XII“ verabschiedet.⁸³ Die Neuregelung ist verfassungs- und europarechtlich umstritten. Auch fast 2 Jahre nach dem In-Kraft-Treten ist die Rechtsprechung uneinheitlich und sind viele Einzelfragen ungeklärt. 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 Ausschlusskriterien 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.⁸⁴ Es sollte daher immer erst geprüft werden, ob ein 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 den Erwerbstätigenstatus haben, haben Anspruch auf alle sozialen Rechte. Deshalb ist die Feststellung des Status als Arbeitnehmer/in oder als Selbständige oder des fortwirkenden Erwerbstätigenstatus in der Praxis oft umstritten. Wegen der Folgerechte muss hier sehr sorgfältig geprüft und ggf. auf die einschlägige Rechtsprechung sowie der Fachlichen Hinweise der BA verwiesen werden (s.o. Punkte 2.1.1.2, 2.1.2.2 und 2.6).

EU-Bürger/innen mit Erwerbstätigenstatus sind schon nach dem Wortlaut des § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 SGB II in den ersten 3 Monaten nicht von Leistungen ausgeschlossen. Weiter stellen die Anwendungshinweise der Bundesagentur für Arbeit klar, dass diese EU-Bürger/innen auch bei faktischer Arbeitssuche leistungsberechtigt sind.⁸⁵

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).

4.2.1.2 EU-Bürger/innen mit Daueraufenthaltsrecht

Das Daueraufenthaltsrecht (§ 4a FreizügG/EU, s.o. Punkt 2.8) gewährleistet einen Anspruch auf soziale Leistungen einschließlich SGB II auch für Personen, die vorher keinen Bezug zum Arbeitsmarkt in Deutschland hatten.

4.2.1.3 Familienangehörige von leistungsberechtigten 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 und begründet einen Leistungsanspruch.⁸⁶

4.2.1.4 Familienangehörige von Deutschen

EU-Bürger/innen, die als Familienangehörige von Deutschen nach Deutschland kommen bzw. leben, 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 2013 entschieden, dass der Leistungs-

⁸³ BGBl. I vom 28.12.2016 Nr. 65, S. 3155 ff.

⁸⁴ BA, Fachliche Hinweise zu § 7 SGB II (Stand 4.4.2018), Rn. (7.36)

⁸⁵ BA, Fachliche Hinweise zu § 7 SGB II (Stand 4.4.2018), Rn. (7.10).

⁸⁶ BA, Fachliche Hinweise zu § 7 SGB II (Stand 4.4.2018), Rn. (7.10) und (7.36); BSG, Urteil v. 25.1.2012 – B 14 AS 138/11 R

sausschluss nach § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 SGB II nach Systematik und Zweck der Regelung ausländische Angehörige von Deutschen nicht erfasst.⁸⁷

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.⁸⁸

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.⁸⁹ Durch die Gesetzesänderung vom Dezember 2016 sind derart Freizügigkeitsberechtigte aber ausdrücklich vom Anspruchsausschluss erfasst (unten Punkt 4.2.2.4)

Einen anderen, familiär bedingten Aufenthaltsgrund und damit einen Leistungsanspruch haben nach der Rspr. des BSG 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.⁹⁰ Das gleiche muss dann auch gelten, wenn das Kind geboren ist, und der Aufenthalt des Kindes darauf zielt mit dem Vater in familiärer Gemeinschaft zu leben bzw. um dem Vater die Ausübung des Umgangsrechts zu ermöglichen.

Anspruchsberechtigt sind auch EU-Bürger/innen, die ein Aufenthaltsrecht nach dem AufenthG haben (bzw. haben könnten) wie z.B. die Opfer von Menschenhandel.⁹¹

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 soll den Aufenthalt mit voraussetzungslosem Freizügigkeitsrechts abdecken und ist europarechtskonform.⁹²

4.2.2.2 Aufenthaltsrecht allein auf Grund der Arbeitssuche

Arbeitssuchende ohne anderes Aufenthaltsrecht 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 auch die jeweiligen Familienangehörigen.

Nach der Rechtsprechung des EuGH ist dieser Anspruchsausschluss zulässig.⁹³ Auch das BSG hat ihn nicht grundsätzlich beanstandet.⁹⁴ Es muss aber für den Anspruchsausschluss positiv festgestellt sein, dass der/die Anspruchsteller/in ausschließlich das Aufenthaltsrecht zur Arbeitssuche hat.⁹⁵ Gibt es andere Gründe für die Einreise oder den Aufenthalt und tritt die Arbeitssuche nur

⁸⁷ BSG v. 30.1.2013 – B 4 AS 37/12 R

⁸⁸ BA, Fachliche Hinweise zu § 7 SGB II (Stand 4.4.2018), Rn. (7.10) und (7.36)

⁸⁹ BSG v. 3.12.2015 - B 4 AS 43/15 R (Alimanovic)

⁹⁰ BSG v. 30.1.2013 - B 4 AS 54/12 R

⁹¹ BA, Fachliche Hinweise zu § 7 SGB II (Stand 10.08.2016), Rn. (7.37)

⁹² EuGH, Urteil v. 25.2.2016, C-299/14 <Garcia-Nieto>

⁹³ EuGH, Urteil v. 15.9.2015, C-67/14 <Alimanovic>

⁹⁴ BSG v. 3.12.2015 - B 4 AS 59/13 R; BSG v. 3.12.2015 - B 4 AS 43/15 R

⁹⁵ zuletzt BSG v. 3.12.2015 - B 4 AS 59/13 R

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. Diesem Ausschluss steht EU-Recht nicht entgegen.⁹⁶

Nach § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 Bst. a) SGB II sind Ausländer/innen, die kein Aufenthaltsrecht haben, von Leistungen nach SGB II ausgeschlossen. Diese Regelung zielt auf wirtschaftlich nicht aktive EU-Bürger/innen, bei denen das materielle Freizügigkeitsrecht mangels Existenzsicherung verloren gegangen ist.

Wird das Fehlen des Freizügigkeitsrechts formal durch die Ausländerbehörde festgestellt, führt dies zur Ausreisepflicht (s.o. Punkt 2.9) und damit dazu, dass die Betroffenen einen Leistungsanspruch nach AsylbLG erhalten (§ 1 Abs. 1 Nr. 5 AsylbLG) Sie sind damit gleichzeitig gem. § 7 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 SGB II von Leistungen des SGB II ausgeschlossen.

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 Arbeitsuchenden in Anspruch nehmen. Dann greift allerdings der Anspruchsausschluss 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 6).

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 ausgeschlossen.

Die Neuregelung ist europarechtlich sehr umstritten. Betroffene sollten ggf. über Widerspruch und Klage nachdenken. Im vorläufigen Rechtsschutz wurden bereits mehrfach Leistungen gewährt.⁹⁷

Ein Leistungsausschluss wäre nach der Rspr. des EuGH bei EU-Bürger/innen mit Freizügigkeitsrecht im Rahmen der RL 2004/38/EG zulässig. Allerdings handelt es sich bei dem fraglichen Freizügigkeitsrecht nicht um ein Aufenthaltsrecht nach dieser Richtlinie. Art. 12 VO 1612/68 - also die Vorläuferregelung von Art. 10 VO 492/2011 - wurde 2004 nicht in die Richtlinie integriert, als das bis dato geltende Recht und die Rspr. des EuGH in der Richtlinie 2004/38/EG zusammenfasst wurden. Der EuGH hat dieses Freizügigkeitsrecht entsprechend seither mehrfach als eigenständiges, von der Richtlinie unabhängiges Recht bestätigt.⁹⁸ 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 anwendbar sein.

⁹⁶ EuGH, Urteil v. 11.11.2014, C-333/13 <Dano>

⁹⁷ vgl. http://ggua.de/fileadmin/downloads/unionsbuergerInnen/rechtsprechung_Unionsbuerger.pdf; http://sozialrecht-justament.de/data/documents/2_2017_Sozialrecht-Justament.pdf, S. 4

⁹⁸ zuletzt: EuGH v. 30.06.2016, C-1 15/15; vgl. Devetzi/Janda, Grundsicherung für Arbeitssuchende, Zesar 5./6.17, S. 204 ff.

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.⁹⁹ 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.¹⁰⁰

Es gibt Gerichte, die gem. § 41a Abs. 7 SGB II mit Verweis auf die strittige Rechtslage und die Vorlage des SG Mainz im vorläufigen Rechtsschutz Leistungen zusprechen. 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, nach 5 Jahren Aufenthalt ohne wesentliche Unterbrechung einen Leistungsanspruch.

Dieser Leistungsanspruch nach 5 Jahren wird in der Praxis manchmal mit dem Leistungsanspruch für EU-Bürger/innen mit Daueraufenthaltsrecht verwechselt, das ebenfalls an 5 Jahre Aufenthalt anknüpft. Allerdings sind die Voraussetzungen für den Erwerb des Daueraufenthaltsrecht strenger, da es sich hier um 5 Jahre freizügigkeitsberechtigten Aufenthalt handelt (siehe oben Punkt 2.8¹⁰¹).

Für die 5-Jahres-Frist nach § 7 Abs. 1 S. 4 SGB II genügt der gewöhnliche Aufenthalt. Es zählen mithin auch Zeiten mit einem Aufenthaltsrecht nach AufenthG z.B. als Opfer von Menschenhandel. Solange kein Feststellung des Verlust des Freizügigkeitsrechts erfolgt ist, zählen auch Zeiten ohne materielles Freizügigkeitsrecht.¹⁰²

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.¹⁰³ 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. Der Aufenthalt in Deutschland muss nicht lückenlos sein.¹⁰⁴

Die 5-Jahres-Frist beginnt mit der Anmeldung bei der Meldebehörde (§ 7 Abs. 1 S. 5 SGB II). Das ist bei Personen problematisch, die sich nicht angemeldet haben. Da die Regelung auf einen 5-jährigen gewöhnlichen Aufenthalt abstellt, darf es im Ergebnis aber 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 beispielsweise ein Miet- oder ein Arbeitsvertrag.

4.2.4 Europäisches Fürsorgeabkommen (EFA)

Die Bundesrepublik Deutschland ist einer der Unterzeichnerstaaten des Europäischen Fürsorgeabkommens (EFA)¹⁰⁵, das für Deutschland zum 1.8.1956 in Kraft trat. Das Fürsorgeabkommen gilt für die Angehörigen folgender EU-Staaten: Belgien, Dänemark, Deutschland, Estland, Frankreich,

⁹⁹ SG Mainz, Beschluss vom 12.9.2015 - S 3 AS 599/15 ER

¹⁰⁰ BSG v. 3.12.2015 – B 4 AS 44/15

¹⁰¹ Der Daueraufenthalt kann unter Umständen auch schon nach kürzerer Frist erworben werden, vgl. § 4a FreizügG

¹⁰² vgl. Drs.18/10211, S. 14

¹⁰³ Drs.18/10211, S. 12

¹⁰⁴ LSG NRW, 15.2.17, L 19 AS 32/17 B ER: 4 Monate zur Pflege der kranken Mutter sind unschädlich

¹⁰⁵ Europäisches Fürsorgeabkommen v. 11.12.1953, Zustimmungsgesetz v. 15.5.1956, BGBl. II,1956, 563.

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 19.10.2010¹⁰⁶ 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.¹⁰⁷

4.2.5 Deutsch-Österreichisches Fürsorgeabkommen (DÖFA)

Zum Deutsch-Österreichisches Fürsorgeabkommen (DÖFA)¹⁰⁸ gibt es keinen Vorbehalt zum SGB II. Gem. Art. 2 Abs. 1 DÖFA gilt daher der Anspruchsausschluss für Österreicher/innen nicht.

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.¹⁰⁹

Jobcenter und Optionskommunen machen teilweise geltend, die einschlägige Anweisung der BA¹¹⁰ 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 Sozialhilfe (SGB XII)

EU-Bürger/innen mit Erwerbstätigenstatus, EU-Bürger/innen mit einem Daueraufenthaltsrecht und die jeweiligen 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 6).

¹⁰⁶ BSG, Urteil v. 19.10.2010 - B 14 AS 23/10 R.

¹⁰⁷ BSG v. 3.12.2015 - Az. B 4 AS 59/13

¹⁰⁸ Wortlaut:

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

¹⁰⁹ BA, HEGA 05/11 – 08 - Inanspruchnahme von Dolmetscher- und Übersetzungsdiensten, <http://www.arbeitsagentur.de> > Veröffentlichungen > Weisungen > Internes

¹¹⁰ Siehe Fn. 109

5.1 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).¹¹¹

Fehlt ein rechtmäßiger Aufenthalt, weil das Freizügigkeitsrecht verloren gegangen ist, greift ggf. einer der Ausschlussausschlüsse nach § 23 Abs. 2 oder Abs. 3 SGB XII (Dazu unten Punkt 5.3 ff.).

5.2 (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 XII ausgeschlossen. Andere Leistungen wie die Hilfen zur Gesundheit nach §§ 47 ff. SGB XII sind vom Leistungsausschluss nicht erfasst.¹¹²

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.¹¹³ 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 Dezember 2016 diese Rspr. des BSG nicht in Frage gestellt oder revidiert, sondern im Gegenteil festgestellt, dass die in „§ 7 Absatz 1 Satz 2 Nummer 2 genannten erwerbsfähigen Ausländerinnen und Ausländer und ihre Familienangehörigen dem Leistungssystem des SGB XII zugewiesen“¹¹⁴ sind. Entsprechend hat der Gesetzgeber mit den neuen Überbrückungsleistungen nach § 23 Abs. 3 S. 3 SGB XII (unten Punkt 5.6) 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.

5.3 Ausschlussausschlüsse

Die Ausschlüsse beziehen sich immer auf Leistungen nach § 23 Abs. 1 SGB XII und damit auf die gesamte Leistungspalette und auf Anspruch- sowie Ermessensleistungen.

Die Ausschlüsse gelten – wie im SGB II - nicht für Personen und Familienangehörige, die ein anderes Aufenthaltsrecht haben (vgl. oben Punkt 4.2.1).

5.3.1 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.

¹¹¹ 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. 81)

¹¹² BSG v. 19.5.2009 – B 8 SO 4/08 R

¹¹³ BSG v. 3.12.2015 – B 4 AS 44/15 R

¹¹⁴ Drs. 18/10211, S. 14

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

Ausländer/innen und ihre Familienangehörigen sind in den ersten 3 Monaten gem. § 23 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 SGB XII von Leistungen des SGB XII ausgeschlossen. Ausdrücklich davon 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. 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) und sie sind in der Regel anspruchsberechtigt.

5.3.3 § 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 von Leistungen ausgeschlossen.

Parallel zum SGB II erhalten EU-Bürger/innen ohne materielles Aufenthaltsrecht keine Leistungen nach dem SGB XII (vgl. oben Punkt 4.2.2.3).

5.3.4 § 23 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 SGB XII: Ausschluss für Ausländer/innen, deren Aufenthaltsrecht sich aus Art. 10 VO 492/2011 ergibt

Ausländer/innen, deren Aufenthaltsrecht sich aus Art. 10 VO 492/2011 ergibt, sind von Leistungen ausgeschlossen. Zur europarechtlichen Problematik dieser Regelung und möglichen Schritten siehe oben Punkt 4.2.2.4.

5.3.5 § 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 vom Sozialhilfebezug ausgeschlossen. Diese Klausel ist europarechtskonform.¹¹⁵ Erfasst sind nur Fälle, in denen der erstrebte Sozialhilfebezug der prägende Grund für die Einreise war.

5.4 (Kein) Anspruchsausschluss für Staatsangehörige der EFA-Staaten¹¹⁶

Das SGB XII gehört zu den Leistungsgesetzen, die vom EFA erfasst sind (zum EFA siehe s.o. Punkt 4.2.4). Die Bundesregierung hat hier einen leistungsbeschränkenden Vorbehalt abgegeben, der nur die Hilfen nach § 67 ff. SGB XII betrifft.¹¹⁷ Im Übrigen haben die Staatsangehörigen der EFA-Staaten Ansprüche nach SGB XII wie Deutsche auch.¹¹⁸

Es wird diskutiert, 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.¹¹⁹ 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.

¹¹⁵ Urteil v. 11.11.2014, C-333/13 <Dano>

¹¹⁶ Belgien, Dänemark, Deutschland, Estland, Frankreich, Griechenland, Irlands, Island, Italien, Luxemburg, Malta, Niederland, Norwegen, Portugal, Schweden, Spanien, Großbritannien, Türkei

¹¹⁷ <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ListeDeclarations.asp?NT=014&CM=8&DF=9/17/2006&CL=GER&VL=1>

¹¹⁸ BSG v. 3.12.2015 - B 4 AS 44/15 R mit Verweis auf BSG v. 3.12.2015 - B 4 AS 59/13

¹¹⁹ EuGH, Urteil v. 15. 1. 2002, C-55/00 <Gottardo>

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 materielle Freizügigkeitsrecht fehlt, ist die Anwendung des EFA umstritten. Zur Begründung, es sei trotz Fehlen des materiellen Freizügigkeitsrecht anzuwenden, wird auf ältere 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.¹²⁰ 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.¹²¹ 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 durch die Ausländerbehörde festgestellt, greift das EFA nicht.

5.5 § 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 2.8 und 3).

Davon zu unterscheiden ist die Regelung, wonach EU-Bürger/innen, die im Grundsatz von Leistungen ausgeschlossen sind, gem. § 23 Abs. 3 S. 7 SGB XII nach 5 Jahren Aufenthalt ohne wesentliche Unterbrechung einen Leistungsanspruch erhalten (Zu den Voraussetzungen und Problemen bei der Fristfeststellung siehe oben Punkt 4.2.3).

5.6 § 23 Abs. 3 S. 3 SGB XII: Überbrückungsleistungen

EU-Bürger/innen, die einem der Ausschlussgründe nach § 23 Abs. 3 S. 1 SGB XII unterfallen,¹²² 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).

Es ist strittig, ob ein bekundeter Ausreisewille Voraussetzung für diese Leistungen sind.¹²³ Dagegen spricht der Wortlaut der Norm, die dies nicht fordert. Das sieht teilweise auch die Rspr. so.¹²⁴ Das BMAS und die Bundesregierung gehen ebenfalls davon aus, dass der Ausreisewille keine

¹²⁰ BSG v. 19.10.2010 - B 14 AS 23/10 R

¹²¹ BSG v. 3.12.2015 – B 4 AS 59/13 R

¹²² Berechtigte nach AsylbLG unterfallen dem § 23 Abs. 2 SGB XII und profitieren somit nicht von dieser Regelung.

¹²³ so z.B. Arbeitshilfe Hamburg zu § 23 SGB XII (Gz. SI 221/ 112.20-4-1), Stand 01.04.2018; Fachliche Weisungen Bremerhaven v. 1.1.2018 (50-10-20); Verwaltungsanweisung Bremen zu § 23 SGB XII v. 14.09.2017

¹²⁴ so u.a LSG Hessen, Beschluss v. 20.06.2017 - L 4 SO 70/17 B ER

ungeschriebene Anspruchsvoraussetzung sei, haben dies aber öffentlich bisher nur indirekt geäußert.¹²⁵

Die Leistungen werden, auch bei Ausreise und Wiedereinreise, innerhalb von 2 Jahren nur einmal erbracht. Die Frist beginnt mit dem Erhalt der Leistungen.

Die Leistungen enden mit dem Tag der Ausreise. Es gibt keine Regelung dazu, dass die Leistungen zurückzuzahlen sind, wenn keine Ausreise erfolgt.

5.7 § 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.

5.8 Leistungen nach Ermessen

Bis zur Neuregelung der Ausschlüsse von Ausländer/innen aus dem SGB XII zum 29.12.2016 galt, dass Leistungen nach Ermessen immer dann erbracht werden konnten oder mussten, wenn dies im Einzelfall gerechtfertigt war (§ 23 Abs. 1 S. 3 SGB XII alte Fassung). Nun sind gem. § 23 Abs. 3 die Betroffenen von allen Leistungen nach § 23 Abs. 1 – und damit auch von den Ermessensleistungen - ausgeschlossen. Damit sind Leistungen im Einzelfall auch dann ausgeschlossen, wenn sie unabweisbar geboten wären beispielsweise um eine lebensbedrohliche Situation abzuwenden.

In Folge des Fehlens einer Rechtsgrundlage für Ermessensleistungen in Notfällen kann auch eine Notfallbehandlung z.B. im Krankheitsfall nicht mehr nachträglich gem. § 25 SGB XII abgerechnet werden.

Es gibt erste Gerichte, die trotzdem Leistungen zusprechen, da sie die Regelung insgesamt für verfassungswidrig halten. Es gab aber auch schon vor der Gesetzesänderung im Dezember 2016 Gerichte, die entgegen der Rspr. des BSG die Gewährung von Leistungen abgelehnt haben, weil sie Leistungsausschlüsse für EU-Bürger/innen für verfassungskonform halten. Handelt es sich um einen Härte- oder Notfall dürfte die Verweigerung jedweder Leistung aber 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.

6 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.

Die Ausländerbehörde kann nun prüfen, ob ein Freizügigkeitsrecht besteht und gegebenenfalls das Fehlen feststellen. Kommt es zu dieser Feststellung entfällt auch der Leistungsanspruch.

¹²⁵ In der Antwort der Bundesregierung zur kleinen Anfrage der Linken zum Ausschluss von EU-Bürgerinnen und EU-Bürgern aus der Gesundheitsversorgung in Deutschland (Drs. 18/13576) wird der Ausreisewille nicht als Anspruchsvoraussetzung genannt.

Von dem Leistungsanspruch nach 5 Jahren gewöhnlichem Aufenthalt im SGB II und im SGB XII können daher vor allem Personen profitieren, 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.

7 Ordnungsrechtliche Unterbringung¹²⁶

Um Gefahren für Leib und Leben von Personen ohne Obdach abzuwehren, gibt es eine ordnungsrechtliche Pflicht sie unterzubringen. Die Unterbringung dient dazu die subjektiven Rechte von Obdachlosen und deren Menschenwürde zu schützen. Unfreiwillige Obdachlosigkeit stellt demnach 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.

Es ist strittig, ob die Möglichkeit zur Rückkehr ins Herkunftsland ein einzuforderndes Mittel der Selbsthilfe ist.¹²⁷ Teilweise wird dies generell verneint,¹²⁸ teilweise wird gefordert, dass der Verweis auf eine Rückkehroption voraussetzt, dass im Heimatland auch tatsächlich zumindest eine vorübergehende Unterkunftsmöglichkeit besteht.¹²⁹

8 Krankenversicherung

Es muss immer zuerst geprüft werden, ob eine Krankenversicherung im Herkunftsland oder in Deutschland gegeben ist. Nur wenn dies nicht der Fall ist, kann geprüft werden, ob eine Kostenübernahme nach SGB XII in Frage kommt.

¹²⁶ Ausführlich: Ruder, Karl-Heinz, 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>

¹²⁷ VG München, Beschluss v. 18.04.2016 – M 22 E 16.1517

¹²⁸ Kanalan, Ibrahim/Kößler, Melanie, Obdachlosigkeit von Unionsbürger/innen – eine Herausforderung für Kommunen, NDV Juni 2018, S. 306, m.w.N.; OVG Bremen, B. v. 7.2.2013 – 1 B 1/13; VG Oldenburg, Beschl. v. 05.07.2013 - 7 B 5845/1311 ME.

¹²⁹ VG München, Beschluss v. 9.8.2017 – Az. M 22 E 17.3587; VG München, Beschluss v. 09.08.2017 – M 22 E 17.3587; OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 11.4.2016 – OVG 1 S 1.16

Nach den Regeln zur Koordinierung des Zugangs zu den Sozialversicherungssystemen der EU ist für die Sozialversicherung und damit auch für die Krankenversicherung vorrangig das Land der Erwerbstätigkeit und nachrangig das Wohnsitzland zuständig (Art. 11 VO 883/2004).

8.1 Krankenversicherung in einem anderen EU-Mitgliedstaat

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.¹³⁰

Bei EU-Bürger/innen mit Versicherung in einem anderen EU-Mitgliedsstaat sind gem. Art. 19 VO 883/2004 in Deutschland 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)¹³¹. 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 A1 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. Dieses Formular ist z.B. für Renter/innen, die einen Teil des Jahres nicht im Versicherungsland leben oder den Wohnsitz verlegen. Für sie ist weiter die Krankenversicherung des Landes zuständig, das auch für die Rente zuständig ist.

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 Krankenversicherung¹³² 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 beschaffen.

8.2 Pflichtversicherung in der GKV und Versicherungspflicht in der PKV

Mit der Aufnahme einer Erwerbstätigkeit und/oder der Wohnsitznahme in Deutschland endet in der Regel die Versicherung im Herkunftsland. Deutschland wird der zuständige Staat und ausländische EU-Bürger/innen unterliegen – mit einer Ausnahme für wirtschaftlich nicht aktive EU-Bürger/innen - der Pflichtversicherung in der GKV oder der Versicherungspflicht in der PKV

¹³⁰ 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>

¹³¹ 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

¹³² <http://www.dvka.de>

8.2.1 Pflichtversicherung in der GKV

Die Versicherungspflicht in der GKV erfasst insbesondere sozialversicherungspflichtig Erwerbstätige (§ 5 Abs. 1 Nr. 1 SGB V). Diese Pflichtversicherung greift auch bei Schwarzarbeit. Allerdings stellt das Betroffene in der Praxis vor das Problem, eine Versicherung auszuwählen, die ihrer Pflicht zu Aufnahme des Versicherten auch nachkommt. Weiter muss die Schwarzarbeit aufgedeckelt werden.

Auch Bezieher/innen von Arbeitslosengeld nach SGB III (§ 5 Abs. 1 Nr. 2 SGB V) und von Leistungen nach SGB II (§ 5 Abs. 2a SGB V, unten Punkt 8.4) sind i.d.R. pflichtversichert. Der Bezug von Sozialhilfe nach dem SGB XII führt nicht zur Versicherungspflicht. Sozialhilfeempfänger/innen, die zuvor gesetzlich krankenversichert waren, können diese Versicherung als freiwillige Mitgliedschaft fortführen (§ 9 SGB V).

Pflichtversichert sind u.a. auch Student/innen (§ 5 Abs. 1 Nr. 9 SGB V) und Personen mit „deutscher“ Rente (§ 5 Abs. 1 Nr. 11 SGB V). Student/innen, die den Wohnsitz im Heimatland beibehalten, und Rentner/innen mit „ausländischer“ Rente sind i.d.R. noch über das Heimatland versichert (oben Punkt 8.1 und unten 8.3)

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/innen 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.
- Wirtschaftlich nicht aktive EU-Bürger/innen sind gem. § 5 Abs. 11 S. 2 SGB V von der Auffangversicherung nicht erfasst. Das wird von den GKVn dahingehend ausgelegt, dass ihnen der Zugang zur GKV generell verwehrt sei.

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 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 Rentner/innen werden die Beiträge anteilig von der Rentenversicherung und den Rentner/innen getragen. Bei Bezieher/innen von Leistungen nach SGB II oder III werden die Beiträge vom Leistungsträger übernommen.

Im Übrigen sind die Beiträge von den 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 8.4) 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).

8.2.2 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, der 2018 bei 646,06 Euro/Monat liegt. Bei Leistungsbezug nach SGB II oder SGB XII reduziert sich gemäß § 12 Abs. 1c VAG der Beitrag zum Basistarif um die Hälfte.

Für freiwillig in der GKV versicherte Selbständige soll der Mindestbeitrag für die Krankenversicherung ab 1.1.2019 auf rund 160 Euro im Monat abgesenkt werden.¹³³ Eine entsprechende Absenkung des Basistarifs in der PKV scheint nicht geplant.

8.2.3 Beitragsschulden, Notversorgung und Notlagentarif

Auch wenn GKV-Pflichtversicherte nichts von der Pflichtversicherung wissen, können Beitragsschulden auflaufen. Neben den geschuldeten Monatsbeiträgen sind Säumniszuschläge zu zahlen (§ 24 Abs. 1 SGB IV).

Seit August 2013 gibt es Regelungen, die eine finanzielle Überlastung durch Beitragsschulden verhindern sollen.¹³⁴ 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 2018 lag er damit bei ca. 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 akuten Erkrankungen und Schmerzzuständen sowie bei Schwangerschaft und Mutterschaft er-

¹³³ <https://www.bundesgesundheitsministerium.de/versichertenentlastungsgesetz.html#c13239>

¹³⁴ Ausführlich: https://www.gkv-spitzenverband.de/service/versicherten_service/beitragsschulden/beitragsschuldengesetz_1.jsp

bracht. 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.¹³⁵

8.3 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.¹³⁶ 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 Versicherungspflicht in der Auffangversicherung 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.¹³⁷

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 einzuklagen zu wollen.

¹³⁵ Mitteilung der Bundesregierung an den Spitzenverband Bund der Krankenversicherungen v. 23.1.2009, Soziale Sicherheit, Soziplus 5/2009, S. 5

¹³⁶ Knappschaft-Bahn-See, Krankenversicherung für Rentner mit Wohnsitz im Ausland, Bochum 2010, www.knappschaft.de

¹³⁷ BGH v. 16.07.2014 – IV ZR 55/14

8.4 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 2011¹³⁸ 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.

9 Familienleistungen

Für 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).

Arbeitet ein Elternteil in Deutschland, ist Deutschland zuständig und die deutschen Regelungen zu den Familienleistungen müssen angewendet werden. Nach Art. 67 VO 883/2004 sind dann auch die Kinder, die im Ausland leben, so zu behandeln, als lebten sie in Deutschland. Haben die Eltern in Deutschland keinen Erwerbstätigenstatus, gilt der Vorrang des Wohnstaates des Kindes (Art. 68 Abs. 2 VO 883/2004) und das deutsche Recht ist insoweit nicht anzuwenden.

9.1 Kindergeld

Wurde festgestellt, dass Deutschland zuständig ist, besteht ein Kindergeldanspruch nach EStG, wenn ein Elternteil in Deutschland lebt oder uneingeschränkt einkommenssteuerpflichtig ist (§ 62 Abs. 1 S. 1 EStG). Besteht keine uneingeschränkte Steuerpflicht kann ein Anspruch nach BKGG bestehen.

In der Regel müssen für den Kindergeldanspruch auch die Kinder ihren Wohnsitz in Deutschland haben (§ 2 Abs. 5 BKGG; § 63 Abs. 1 EStG). Lebt das Kind im EU-Ausland und ist mindestens ein Elternteil in Deutschland erwerbstätig, wird seine Anwesenheit in Deutschland fingiert.

Die Kinder müssen eine Steueridentifikationsnummer haben oder, wenn sie im Ausland leben, einen vergleichbaren amtlichen Nachweis ihrer Identität erbringen (z.B. Geburtsurkunde).

Die Kinder von Grenzgänger/innen, die in Deutschland arbeiten und hier einkommenssteuerpflichtig sind, werden auch dann berücksichtigt, wenn sie gemeinsam mit dem Grenzgänger in einem Staat außerhalb der EU leben (§ 63 Abs. 1 S. 6 EStG). Auch 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.¹³⁹

Leben die Eltern in verschiedenen Mitgliedstaaten, muss geprüft werden, welcher Mitgliedstaat zuständig ist. Gibt es mehrere Zuständigkeiten werden die Ansprüche aus den verschiedenen Mitgliedstaaten verrechnet (Art. 68 VO 883/2004).¹⁴⁰

Leben die Kinder mit nur einem Elternteil in Deutschland, müssen Leistungen nur so weit erbracht werden, soweit nicht bereits Leistungen an den anderen Elternteil im Ausland erbracht werden (§ 65 Abs. 1 Nr. 2 EStG). Dabei werden nach der Rechtsprechung des EuGH nur Leistungen berücksichtigt, die tatsächlich erbracht werden. Stellt der im Ausland lebende Elternteil keinen ent-

¹³⁸ BSG v. 18.1.2011 - B 4 AS 108/10 R.

¹³⁹ EuGH v. 23.4.2015, C-382/13

¹⁴⁰ Ausführlich: Frings (Fn. 75); <http://ec.europa.eu/social/main.jsp?langId=de&catId=863>

sprechenden Antrag, müssen die Leistungen in Deutschland voll erbracht werden (EuGH v. 14.10.2010, C-16/09).

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

Sind die Eltern geschieden/Leben die Eltern getrennt, wird nach § 64 Abs. 2 S. 1 EStG das Kindergeld an denjenigen ausgezahlt, bei dem das Kind wohnt. Das gilt auch dann, wenn das Kind mit einem Elternteil im Ausland lebt. Kindergeldberechtigt ist dann der Elternteil im Ausland. Stellt er/sie keinen entsprechenden Antrag, geht der Anspruch nicht auf den in Deutschland lebenden Elternteil über, sondern dessen Antrag wird dem Berechtigten zugerechnet. Lebt das Kind bei den Großeltern im Ausland gilt das gleiche (BFH v. 4.2.2016, Az. III R 17/13; BFH v. 10.3.2016, Az. III R 62/12).

Problematisch ist, dass die Familienkassen laut Dienstanweisung bei Zweifeln am Freizügigkeitsrecht an die Ausländerbehörden wenden sollen.¹⁴¹ Diese prüfen zwar ggf. aus gebotenen Anlass das Vorliegen des Freizügigkeitsrechts. Ein Antrag auf Kindergeld ist aber kein solcher Anlass. Ausländerbehörden verweisen entsprechend regelmäßig darauf, dass sie derartige Prüfungen für andere Behörden nicht vornehmen. Nach der Rspr. des Bundesfinanzhofs haben die Familienkassen bei der Gewährung von Kindergeld die hierfür erforderliche Freizügigkeit ausländischer Unionsbürger zu unterstellen.¹⁴² Demnach haben sie die Freizügigkeit nicht zu prüfen.

Nach der Dienstanweisung wird das Kindergeld bei ausländischen EU-Bürger/innen für sechs Monate befristet festgesetzt.¹⁴³ 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.

9.2 Elterngeld

Für das Elterngeld gilt im Grundsatz das gleiche wie für das Kindergeld. Im Fall der Leistungsbeurteilung soll darauf hingewiesen werden, dass eine Verlustfeststellung nach § 60 SGB I unverzüglich mitzuteilen ist.¹⁴⁴

9.3 Kinderzuschlag (§ 6a Bundeskindergeldgesetz)

Das Einkommen plus der Kinderzuschlag und das Wohngeld sollen sicherstellen, dass bei den entsprechend 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

¹⁴¹ Bundeszentralamt für Steuern (Hg.), Dienstanweisung zum Kindergeld nach dem Einkommensteuergesetz (DA-KG), Stand 2018, S. 31

¹⁴² Bundesfinanzhof, Beschluss v. 27.4.2015, III B 127/14; Bundesfinanzhof, Urteil vom 15.03.2017 - III R 32/15

¹⁴³ DA-KG (Fn. 141), S. 31.

¹⁴⁴ BMFSFJ (Hg.), Richtlinien zum BEEG 09/2018, S. 31,

<https://www.bmfsfj.de/blob/119692/9711fd0fde0d9a2d1f2ba8b82de6a25a/richtlinien-elterngeld-plus-data.pdf>

- 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 pauschalisierten 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.

9.4 Unterhaltsvorschuss

Gem. § 1 Unterhaltsvorschussgesetz erhalten diesen Vorschuss nur Personen, die in Deutschland leben. Die VO 883/2004 gilt nicht für den Unterhaltsvorschuss und führt insoweit nicht zu einem anderen Ergebnis. Das BVerwG hat aber 2018 entschieden, dass das Wohnsitzerfordernis dann nicht anzuwenden ist, wenn der alleinerziehende Elternteil in Deutschland einer nicht nur geringfügigen Beschäftigung nachgeht und mit dem Kind in einem anderen Mitgliedstaat lebt. Dann gebietet das Gleichbehandlungsgebot der Arbeitnehmerfreizügigkeit, dass der Unterhaltsvorschuss erbracht wird sofern die übrigen Voraussetzungen vorliegen. Die Höhe des Vorschusses kann an die Lebenshaltungskosten im anderen Mitgliedstaat angepasst werden. Werden nach dem Recht des anderen Mitgliedstaats ebenfalls Unterhaltsvorschussleistungen erbracht, muss dies angerechnet werden¹⁴⁵.

¹⁴⁵ BVerwG, Urt. v. 18.12.2017 - 5 C 36.16

10 Infos/Gesetze/Weisungen

Aktuelle Gesetzestexte: <http://bundesrecht.juris.de/index.html>

Weisungen u.a. zum SGB II: Bundesagentur für Arbeit:
<https://www.arbeitsagentur.de/veroeffentlichungen/gesetze-und-weisungen>

Rechtsprechung:

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

Ausländerrecht/Sozialrecht

- Allgemeine Verwaltungsvorschrift zum Aufenthaltsgesetz: http://www.verwaltungsvorschriften-im-internet.de/bsvwbund_26102009_MI31284060.htm
- Allgemeine Verwaltungsvorschrift zum Freizügigkeitsgesetz/EU:
http://www.verwaltungsvorschriften-im-internet.de/bsvwbund_03022016_MI12100972.htm
- <http://www.migrationsrecht.net/>

Recht der Europäische Union

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

Infos zur EHIC:

- <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/>

Übersicht über die (alten) E-Formulare: <https://www.krankenkassen.de/ausland/E-Formulare-uebersicht/>

Übersicht über die neuen Formulare: <https://www.krankenkassen.de/ausland/portable/>

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 |
| AZR | Ausländerzentralregister |
| 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 |
| InfAuslR | Informationsbrief Ausländerrecht (Zeitschrift) |
| i.V.m. | in Verbindung mit |
| KV | Krankenversicherung |
| LSG | Landessozialgericht |
| m.w.N. | mit weiteren Nachweisen |
| 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 |