



Europäische Union

Grundlagen - Freizügigkeit der Unionsbürger/innen - Zugang zu Transferleistungen

Die Europäische Union hat für die Menschen in der EU Freizügigkeit und offene Grenzen gebracht und bestimmt in zunehmenden Maß in Fragen der Arbeitsmarkt-, der Sozial-, der Migrations- und der Integrationspolitik zumindest mit. Damit einher geht, dass die rechtliche Situation von EU-Bürger/innen weitgehend von Europarecht bestimmt und nationalen Gestaltungsspielräumen weitgehend entzogen ist.

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

1	Abkürzungsverzeichnis	4
2	Europäische Gemeinschaft und Europäische Union	6
2.1	<i>Die römischen Verträge</i>	6
2.2	<i>Der EG-Vertrag</i>	6
2.3	<i>Die EU</i>	6
2.4	<i>EU-Verfassungsvertrag und Vertrag von Lissabon</i>	6
2.5	<i>Institutionen der EU</i>	7
2.5.1	Der Europäische Rat	7
2.5.2	Der Präsident des Europäischen Rates	7
2.5.3	Der Rat.....	7
2.5.4	Die Hohe Vertreterin der Union für Außen- und Sicherheitspolitik	7
2.5.5	Das Europäische Parlament	7
2.5.6	Die Kommission	8
2.5.7	Der EuGH	8
2.6	<i>Migrationsspezifische Politikfelder der EU</i>	9
2.6.1	EU-Bürger/innen und Charta der Grundrechte.....	9
2.6.2	Drittstaatler/innen.....	9
2.7	<i>Rechtsgrundlagen</i>	10
2.7.1	Primär- und Sekundärrecht.....	10
2.7.2	Anwendungsvorrang	10
3	Die Grundfreiheiten des AEUV	11
3.1	<i>Arbeitnehmerfreizügigkeit</i>	11
3.1.1	Arbeitsuchende	11
3.1.2	Arbeitnehmerstatus.....	11
3.2	<i>Dienstleistungsfreiheit</i>	12
3.3	<i>Niederlassungsfreiheit</i>	12
4	Die Unionsbürgerschaft	12
5	Das Freizügigkeitsrecht der EU-Bürger/innen	14
5.1	<i>Recht auf Einreise und Aufenthalt</i>	14
5.2	<i>Meldepflicht und deklaratorische Aufenthaltsbescheinigung</i>	14
5.3	<i>Arbeitslosigkeit oder Erwerbsminderung</i>	15
5.4	<i>Verbleibeberechtigte</i>	15
5.5	<i>Familienzusammenführung</i>	15
5.5.1	Das Recht auf Familienleben.....	15
5.5.2	Der europarechtliche Familienbegriff.....	16
5.5.3	Familienangehörige ohne Staatsangehörigkeit eines EU-Mitgliedstaates	16
5.5.4	Aufenthaltsbescheinigung und -karte	17
5.5.5	Aufenthaltsrecht bei Tod oder Trennung	17
5.5.6	Inländerdiskriminierung und Dänemarkehe.....	18
5.6	<i>Daueraufenthaltsrecht</i>	18
5.7	<i>Feststellung des Verlusts des Rechts auf Einreise und Aufenthalt</i>	19
5.8	<i>Ausweisungsschutz</i>	20
5.9	<i>Staatsangehörige von Bulgarien und Rumänien</i>	20
5.9.1	Arbeitsurlaubnis-EU	20
5.9.2	Arbeitsberechtigung-EU.....	21

5.9.3	Arbeitsmarktzugang für Familienangehörige von Arbeitnehmer/innen	21
5.9.4	Arbeitsmarktzugang für Familienangehörige von Selbständigen	21
5.9.5	Arbeitsmarktzugang als Angehörige von Deutschen oder von Ausländer/innen	21
	mit unbeschränkten Arbeitsmarktzugang	21
6	Zugang zu Sozialleistungen	21
6.1	<i>Diskriminierungsverbote nach AEUV, Unionsbürgerrichtlinie und VO 883/2004</i>	22
6.2	<i>Europäisches Fürsorgeabkommen (EFA).....</i>	22
6.2.1	SGB II	22
6.2.2	SGB XII	23
6.3	<i>Ansprüche von EU-Bürger/innen auf Grundsicherungsleistungen nach SGB II.....</i>	24
6.3.1	Allgemeine Anspruchsvoraussetzungen	24
6.3.1.1	Gewöhnlicher Aufenthalt.....	24
6.3.1.2	Rechtmäßigkeit des Aufenthaltes	24
6.3.1.3	Ausländerrechtliche Erwerbsfähigkeit.....	24
6.3.2	Erwerbstätige Unionsbürger/innen	24
6.3.2.1	Anspruch auf aufstockende Leistungen.....	25
6.3.2.2	Kein Ausschluss von SGB II-Leistungen in den ersten 3 Monaten.....	25
6.3.3	Arbeitsuchende	25
6.3.3.1	Anspruch bei Aufenthalt aus anderem Grund als der Arbeitssuche	25
6.3.3.2	Anspruch nach vorhergehender Erwerbstätigkeit: kein Verlust des Erwerbstätigenstatus	25
6.3.3.3	Anspruch wegen tatsächlicher Verbindung zum deutschen Arbeitsmarkt	26
6.3.4	Langaufhältige EU-Bürger/innen	27
6.3.5	Nicht erwerbstätige, (noch) nicht arbeitssuchende EU-Bürger/innen	27
6.3.6	Familienangehörige von erwerbstätigen EU-Bürger/innen.....	27
6.3.7	Familienangehörige von Deutschen	27
6.3.8	Sozialrechtliches Gleichbehandlungsgebot nach Art. 4 VO 883/2004	27
6.3.9	Anspruch auf Dolmetscher- und Übersetzungsdienste	28
6.4	<i>Krankenversicherungspflicht und Krankenversicherung im SGB II.....</i>	28
6.4.1	Krankenversicherung im Herkunftsland.....	28
6.4.2	Wirtschaftlich inaktive EU-Bürger/innen und VO 883/2004	29
6.4.3	Pflichtversicherung in der GKV und Versicherungspflicht in der PKV.....	29
6.4.4	Krankenversicherung im Rahmen des SGB II	30
6.5	<i>Sozialhilfe</i>	30
6.5.1	(Kein) Ausschluss wegen Erwerbsfähigkeit (§ 21 SGB XII)	31
6.5.2	Ausschluss nach § 23 Abs. 3 S. 1 1. Alt. SGB XII	31
6.5.3	Ausschluss nach § 23 Abs. 3 S. 1 2. Alt. SGB XII.....	31
6.5.4	Ausschluss nach § 23 Abs. 3 S. 2 SGB XII	31
6.5.5	Kein Ausschluss für Staatsangehörige der EFA-Staaten	32
6.5.6	Leistungen nach Ermessen trotz Ausschluss	32
6.5.7	Hinweis auf Rückführungs- und Weiterwanderungsprogramme (§ 23 Abs. 4 SGB XII)	32
6.6	<i>Spezifische Problemstellungen bei EU-Bürger/innen aus Bulgarien und Rumänien</i>	32
7	Familienleistungen	33
7.1	<i>Kindergeld</i>	33
7.2	<i>Elterngeld</i>	33
7.3	<i>Kinderzuschlag (§ 6a Bundeskindergeldgesetz).....</i>	33
8	Infos/Literatur.....	34

1 Abkürzungsverzeichnis

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

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

2 Europäische Gemeinschaft und Europäische Union

2.1 Die römischen Verträge

Als Vorläufer der EG wurde am 18.04.1951 die Montanunion bzw. die Europäischen Gemeinschaften für Kohle und Stahl (EGKS) gegründet. 1957 folgten die Römischen Verträge zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft (EWG) und die Europäische Atomgemeinschaft (EURATOM).

2.2 Der EG-Vertrag

Mit der Einheitlichen Europäischen Akte (EEA) von 1986 wurde aus EWG, EGKS und EURATOM die Europäische Gemeinschaft, kurz EG. Aus dem EWG-Vertrag von 1957 wurde der EG-Vertrag.

2.3 Die EU

1992 wurde mit dem Vertrag von Maastricht - dem EU-Vertrag – die Europäische Union, kurz EU, errichtet. Die EU hat die EG damals zwar umgangssprachlich, aber nicht rechtlich ersetzt. Nach der 3-Säulen-Theorie war die EG vielmehr einer der drei Säulen, auf der die EU beruhte. Die europarechtlichen, gesetzgeberischen Kompetenzen lagen weiter bei der EG.

Die Säulen 2 und 3 enthielten Bereiche, in denen die Zusammenarbeit der Mitgliedstaaten intensiviert werden sollte, ohne dass Souveränitätsrechte an die EG abgegeben werden. Regelungen oder Vereinbarungen aus diesen Bereichen unterlagen also nicht dem Rechtsetzungssystem des EG-Vertrags.

2.4 EU-Verfassungsvertrag und Vertrag von Lissabon

Durch den EU-Verfassungsvertrag sollte die EU grundsätzlich erneuert werden. Der Verfassungsentwurf wurde durch einen Konvent, der am 28. Februar 2002 seine Arbeit aufnahm, erarbeitet. Am 18. Juli 2003 legte der Präsident des Konvents, Valéry Giscard d'Estaing, den endgültigen Entwurf eines Vertrags über eine Verfassung für die Europäische Union vor. Dieser Entwurf wurde von mehreren Regierungskonferenzen überarbeitet und am 29. Oktober 2004 in Rom unterzeichnet. Der Verfassungsvertrag trat nie in Kraft, weil er bei Referenden in Frankreich und in den Niederlanden abgelehnt wurde und damit gescheitert war.

Im Jahr 2005 wurde nach den ablehnenden Referenden eine „Reflexionsphase“ zur Zukunft Europas eingelegt, um über das Schicksal des Verfassungstextes zu entscheiden. Beim Jubiläumsgipfel in Berlin anlässlich des 50. Jahrestages der Römischen Verträge haben sich die Staats- und Regierungschefs 2007 dann darauf geeinigt, „die Europäische Union bis zu den Wahlen zum Europäischen Parlament 2009 auf eine erneuerte gemeinsame Grundlage zu stellen“. Beim Gipfel vom 21. bis 23. Juni 2007 in Brüssel verständigten sich die Regierungschefs darauf, dass ein neuer EU-Vertrag die EU-Verfassung ersetzen soll. In der Regierungskonferenz vom 18. und 19. Oktober 2007 einigten sie sich auf den Text des Reformvertrags, der am 13.12.2007 in Lissabon unterzeichnet wurde.

Der Vertrag von Lissabon sollte ursprünglich zum 1.1.2009 in Kraft treten, musste aber vorher von allen Staaten ratifiziert werden. Nach einer ersten ablehnenden Volksabstimmung in Irland drohte auch dieser Vertrag zunächst zu scheitern. Im Laufe des Jahres 2009 kam es dann zu einer zweiten - diesmal positiven - Entscheidung in Irland und auch Polen und Tschechien, die letzten noch verbliebenen „Widerständler“, ratifizierten den Vertrag. Damit ist er zum 1.12.2009 in Kraft getreten.

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

2.5 Institutionen der EU

2.5.1 Der Europäische Rat

Der Europäische Rat (Art. 15 AEUV) setzt sich zusammen aus den Staats- und Regierungschefs der EU-Mitgliedstaaten, dem Präsidenten der Kommission und dem Präsidenten des Europäischen Rates, der den Vorsitz der Tagungen innehat. Die Hohe Vertreterin der Union für Außen- und Sicherheitspolitik nimmt ebenfalls an den Sitzungen teil.

Der Europäische Rat legt die allgemeinen politischen Zielvorstellungen und Prioritäten der EU fest und befasst sich mit komplexen oder sensiblen Themen, die auf einer niedrigeren Ebene der zwischenstaatlichen Zusammenarbeit nicht geklärt werden können.

Der Europäische Rat tagt in der Regel halbjährlich, die Entscheidungen werden im Konsens getroffen. Er ist nicht befugt, Rechtsvorschriften zu erlassen.

2.5.2 Der Präsident des Europäischen Rates

Es gibt einen ständigen Ratspräsidenten, der den Vorsitz der EU-Gipfel für zweieinhalb Jahre innehat anstelle der halbjährlichen Rotation wie vor dem Lissaboner Vertrag (Art. 15 Abs. 5 EU-Vertrag). Die Amtszeit beträgt jeweils 2 ½ Jahre. Derzeit ist Herman Van Rompuy Präsident des Europäischen Rates.

2.5.3 Der Rat

Neben dem Europäischen Rat gibt es den (Minister)Rat (Art. 16 EU-Vertrag). Der (Minister)Rat der EU ist das Entscheidungsgremium und traditionell zuständig für die EU-Gesetzgebung. Diese Gesetzgebungskompetenz muss sich der Rat mittlerweile mit dem Parlament teilen.

Sofern nicht Einstimmigkeit vorgesehen ist, entscheidet der Rat mit qualifizierter Mehrheit. Wie diese zu definieren ist, war politisch umstritten. Es wird nun die Regel der doppelten Mehrheit für Ratsentscheidungen eingeführt (Art. 16 Abs. 4 EU-Vertrag). 55% der Mitgliedstaaten und 65 % der EU-Bevölkerung müssen hinter einem EU-Gesetzgebungsvorschlag stehen, damit dieser mit qualifizierter Mehrheit angenommen wird.

Aufgrund starken Widerstands aus Polen wird das neue Abstimmungssystem erst ab 2014 in Kraft treten, mit einer zusätzlichen Übergangsperiode bis 2017, während der zusätzliche Bestimmungen gelten, mit denen eine Entscheidung einfacher zu blockieren ist (Ioannina-Klausel, Art. 16 Abs. 5 EU-Vertrag).

2.5.4 Die Hohe Vertreterin der Union für Außen- und Sicherheitspolitik

Für Äußere Angelegenheiten und Sicherheitspolitik ist der Hohe Vertreter der EU zuständig, der das Amt des Hohen Repräsentanten für Außenpolitik und den Kommissar für Außenbeziehungen ersetzt. Er ist gleichzeitig einer der Vizepräsidenten der Kommission. Er wird vom Rat mit Zustimmung des Kommissionspräsidenten ernannt (Art. 18 EU-Vertrag).

Derzeit ist Catherine Ashton Hohe Vertreterin der Europäischen Union für Außen- und Sicherheitspolitik.

2.5.5 Das Europäische Parlament

Im Juni 1979 wurde das Europäische Parlament (EP) erstmals in allgemeinen und direkten Wahlen gewählt. Insbesondere durch die Verträge von Maastricht und Amsterdam hat es sich schrittweise von einer nur beratenden Versammlung in ein Parlament mit Gesetzgebungsbefugnis verwandelt.

Die Zahl der Europaabgeordneten sinkt mit dem Vertrag von Lissabon auf ein Maximum von 750 (ein Minimum von sechs sowie ein Maximum von 96 pro Land, Art. 14 EU-Vertrag). Italien soll auf Grund von Nachverhandlungen wie das Vereinigte Königreich 73 Sitze erhalten, wodurch die Gesamtzahl auf „750 plus eins“ steigt. Dabei wird davon ausgegangen, dass der Parlamentspräsident nicht von seinem Wahlrecht Gebrauch machen wird, woran dieser sich aber nicht halten muss.

Mit dem Vertrag von Lissabon sollte die EU demokratischer werden: Das neue „ordentliche Verfahren“ unter Mitentscheidung des Parlaments und des Rats (Art. 289 AEUV) umfasst fast alle wesentlichen Politikbereiche, u. a. Asyl und Einwanderung (Art. 67 Abs. 1, Art. 77 ff AEUV). Ausnahmen zum ordentlichen Verfahren gibt es noch bei der Außen- und Sicherheitspolitik, bei der polizeilichen und justiziellen Zusammenarbeit und beim geistigen Eigentum.

2.5.6 Die Kommission

Die Kommission fördert die Interessen der Union und ist die Hüterin der Verträge, das heißt sie überwacht die Mitgliedstaaten bei der Umsetzung von EU-Recht (Art. 17 Abs. 1 EU-Vertrag). Weiter macht sie Vorschläge für Rechtsakte, sie erlässt sie aber nicht (Art. 17 Abs. 2 EU-Vertrag).

Die Amtszeit der Kommission beträgt jeweils 5 Jahre (Art. 17 Abs. 3 EU-Vertrag). Die Kommissionsmitglieder sind unabhängig von ihren nationalen Regierungsorganen. Der Kommissionspräsident wird vom Europäischen Rat ausgewählt und dem EP zur Wahl vorgeschlagen, das ihn mit einfacher Mehrheit wählen kann. Vorschläge für die weiteren Kommissionsmitglieder werden zwischen dem Europäischen Rat und dem Kommissionspräsident abgestimmt. Die Kommissionsmitglieder, der/die Präsident/in und der/die Hohe Vertreter/in stellen sich anschließend als Kollegium dem EP zur Wahl und werden anschließend durch den Europäischen Rat ernannt (Art. 17 Abs. 7 EU-Vertrag).

Die Zahl der Kommissare sollte eigentlich ab 2014 von 27 auf 16 plus Präsident/in und Vizepräsident/in (Hoher Vertreter) reduziert und die Kommissare/innen dann nach einem Rotationssystem ausgewählt werden (Art. 17 Abs. 5 EU-Vertrag). Dies stieß aber in den Mitgliedstaaten auf so viel Kritik, dass der Europäische Rat im Dezember 2008 beschloss, die Verkleinerung der Kommission nicht in Kraft treten zu lassen.

2.5.7 Der EuGH

Der zweite Hüter der Verträge ist der Europäische Gerichtshof (EuGH), der über die korrekte Anwendung und die Auslegung europäischer Rechtsnormen wacht (Art. 19 EU-Vertrag).

Der Gerichtshof verfügt über eine/n Richter/in je EU-Mitgliedstaat. Die Regierungen der EU-Mitgliedstaaten entscheiden gemeinsam über die jeweilige Ernennung (Art. 253 AEUV). Die acht Generalanwälte/innen haben die Aufgabe Stellungnahmen zu den jeweiligen Rechtssachen abzugeben, mit denen sich der Gerichtshof befasst (Art. 252 AEUV). Eine Amtsperiode der Richter/innen und Generalanwälte/innen dauert sechs Jahre und kann verlängert werden.

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

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

Vorabentscheidungsverfahren machen über die Hälfte der Verfahren des EuGH aus. Von den neu eingegangenen 631 Rechtssachen im Jahre 2010 waren es 385. Zur Erledigung eines Vorabentscheidungsersuchen benötigte der Gerichtshof im Durchschnitt gut 16 Monate¹

¹ http://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_7000/ => Jahresbericht 2010 => Rechtsprechungsstatistiken des Gerichtshofs

2.6 Migrationsspezifische Politikfelder der EU

2.6.1 *EU-Bürger/innen und Charta der Grundrechte*

Die Stellung der EU-Bürger/innen ist europarechtlich kein Migrationsthema, sondern ein eigener Abschnitt: „Nichtdiskriminierung und Unionsbürgerschaft“ (Zweiter Teil AEUV). Die Erwerbstätigenfreizügigkeit ist als Titel IV ein Teil der internen Politiken der Union (Dritter Teil AEUV).

Die Rechte der EU-Bürger/innen wurden durch den Vertrag von Lissabon inhaltlich nicht verändert. Allerdings wurde die Charta der Grundrechte, die die Rechte der EU-Bürger/innen festschreibt, in den EU-Vertrag einbezogen. Anders als im Verfassungsvertrag vorgesehen, wurde aber nicht der Volltext der Grundrechtecharta Teil des EU-Vertrags. Es wird vielmehr nur auf die Charta verwiesen. Die Union verpflichtet sich, die dort niedergelegten Rechte anzuerkennen. Weiter wird ausdrücklich festgestellt, dass die Charta die gleiche Rechtsverbindlichkeit hat wie der EU-Vertrag und der AEUV (Art. 6 Abs. 1 EU-Vertrag). Wie sich das im Einzelnen auswirken wird, lässt sich noch nicht absehen.

Polen und Großbritannien haben ein Opt-out von der Charta erklärt, das heißt sie ist dort nicht anwendbar.

2.6.2 *Drittstaatler/innen*

Eines der Ziele der EU ist, einen „Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts“ zu schaffen (Dritter Teil, Titel V AEUV). Der Bereich „Grenzkontrollen, Asyl und Einwanderung“ ist ein Arbeitsfeld in diesem Kontext – ist also ähnlich wie im deutschen Recht ein Teil des Sicherheitsrechts.

Die EU hat, wie schon vor dem Lissaboner Vertrag, die Zuständigkeit und Aufgabe ein gemeinsames Asylsystem zu entwickeln. Weiter ist sie zuständig für eine gemeinsame Einwanderungspolitik und die Kontrolle der Außengrenzen (Art. 67 Abs. 1 AEUV).

Im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren sollen Maßnahmen getroffen werden zu:

Visa und Grenzschutz (Art. 77 AEUV):

- Visapolitik und Kurzaufenthalte
- Grenzschutzsystem und Grenzkontrollen an den EU-Außengrenzen
- Voraussetzungen für kurzfristige EU-interne Bewegungsfreiheit
- Abschaffung von Grenzkontrollen innerhalb der EU

Asylpolitik (Art. 78 AEUV):

- Schaffung eines einheitlichen Asylstatus
- einheitlicher subsidiärer Schutz
- vorübergehender Schutz von Vertriebenen
- Asylverfahren und Zuständigkeit
- Aufnahmebedingungen
- Zusammenarbeit mit Drittstaaten zur Steuerung des Zustroms von Asylsuchenden

Einwanderungspolitik (Art. 79 AEUV):

- Einreise und Aufenthaltsvoraussetzungen
- Rechte der Drittstaatler/innen
- Abwehr illegaler Einreise und illegalen Aufenthalts
- Bekämpfung des Menschenhandels

Weiter kann die Union **Rückübernahmeübereinkommen** schließen (Art. 79 Abs. 3 AEUV). Der Umfang von **Arbeitsmigration** bleibt in der Zuständigkeit der Mitgliedstaaten (Art. 79 Abs. 5 AEUV).

Es gibt Opt-out-Bestimmungen für das Vereinigte Königreich und Irland in Bezug auf Grenzkontrollen, Asyl und Einwanderung. Dänemark beteiligt sich in diesem Bereich gar nicht.

Die EU hat mit dem Vertrag von Lissabon auch eine Zuständigkeit für die Förderung von **Integration** erhalten, allerdings ohne Harmonisierung von Rechtsvorschriften (Art. 79 Abs. 4 AEUV).

2.7 Rechtsgrundlagen

2.7.1 *Primär- und Sekundärrecht*

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

Der AUEV enthält u. a. Regelungen über das Gesetzgebungsverfahren und über die Verfahren vor dem EuGH. Er enthält aber auch subjektive Rechte wie das Diskriminierungsverbot (Art. 18 AEUV) und die so genannten Grundfreiheiten (s. u. S. 11 f.). Auf diese subjektiven Rechte können sich EU-Bürger/innen unmittelbar berufen, ohne dass es weiterer Rechtssetzungsakte auf nationaler Ebene bedarf.

Das Sekundärrecht ist abgeleitetes Recht wie Verordnungen oder Richtlinien, die die EU auf Grundlage des AEUV verabschiedet (Art. 288 AEUV). Hierzu gehört u. a. die so genannte Unionsbürgerrichtlinie² (UnionsRL) oder die Verordnung zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit (VO 883/2004).

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

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

2.7.2 *Anwendungsvorrang*

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

Mit Blick auf Unionsbürger/innen heißt das beispielsweise, dass die UnionsRL Vorrang hat vor dem Ausländerrecht und auch vor dem Freizügigkeitsgesetz/EU (FreizügG/EU), das ausweislich seines § 1 die Einreise und den Aufenthalt von Staatsbürgern anderer Mitgliedstaaten der Union regelt. Bei der Anwendung der UnionsRL ist weiter zu beachten, dass sie ihrerseits im Sinne der unmittelbar auf dem AEUV beruhenden Unionsbürgerrecht auf Einreise und Aufenthalt und der Grundfreiheiten (s. u. S. 11 f.) auszulegen ist.

Die Durchsetzung europäischen Rechts obliegt neben den nationalen Verwaltungen und Gerichten der Kommission und dem EuGH (s.o. Punkte 2.5.6 und 2.5.7).

² 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

3 Die Grundfreiheiten des AEUV

Die Freizügigkeit von Unionsbürger/innen und ihren Familienangehörigen war schon im EWG-Vertrag von 1957 angelegt. Seit 1.1.1970 genießen EU-Bürger/innen auf der Grundlage der so genannten Grundfreiheiten (Arbeitnehmerfreizügigkeit, Niederlassungsfreiheit und Dienstleistungsfreiheit) volle Freizügigkeit innerhalb der EU.

Auf Basis dieser im Folgenden dargestellten Grundfreiheiten und der Unionsbürgerschaft im Verein mit dem Diskriminierungsverbot in Art. 18 AEUV hat der EuGH in den vergangenen Jahrzehnten eine weitgehende Gleichstellung von zugewanderten mit einheimischen Unionsbürger/innen durchgesetzt.

3.1 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.

3.1.1 *Arbeitsuchende*

Alle EU-Bürger/innen haben das Recht sich auf angebotene Stellen zu bewerben und sich zum Zweck der Bewerbung im Hoheitsgebiet aller Mitgliedstaaten frei zu bewegen (Art. 45 Abs. 3 Nr. b AEUV). Das gilt auch für die Bürger/innen Bulgariens und Rumäniens. Ihre Arbeitnehmerfreizügigkeit ist zwar beschränkt. Diese Beschränkung bezieht sich aber „nur“ darauf, dass dieser Personenkreis eine Arbeitserlaubnis braucht, um eine Stelle antreten zu können. Diese wird in der Regel nur erteilt, wenn für die konkrete Stelle keine andere, vorrangige Arbeitskraft zu finden ist (s.u. S. 20 ff.). Das Recht eine Arbeit zu suchen, ist dadurch nicht eingeschränkt.

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

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

3.1.2 *Arbeitnehmerstatus*

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

Ob jemand den Status als Arbeitnehmer/in erworben hat, richtet sich hier nach EU-Recht und nicht nach deutschem Recht. Wesentliches Merkmal ist, dass jemand während einer bestimmten Zeit für einen anderen nach dessen Weisung Leistungen erbringt, für die er als Gegenleistung eine Vergütung erhält. Der Arbeitnehmerbegriff ist nach der Rechtsprechung des EuGH weit auszulegen. Arbeitnehmer ist demnach jeder, der eine tatsächliche und echte Tätigkeit ausübt. Lediglich Tätigkeiten, die einen so geringen Umfang haben, dass sie sich als völlig untergeordnet und unwesentlich darstellen, bleiben außer Betracht. Es genügt nach der Rechtsprechung des EuGH auch eine geringfügige Beschäftigung von 5,5 Stunden und einem Gehalt von 100 Euro, um den Arbeitnehmerstatus und die daraus abgeleiteten Rechte zu erwerben.³

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

³ Europa-Recht für Minijobber, neue Caritas 12/2010, S. 34; EuGH, Urteil v. 4.2.2010 Rs. C-14/09; BSG, Urteil v. 19.10.2010 - B 14 AS 23/10 R

3.2 Dienstleistungsfreiheit

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

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

Die Dienstleistungsfreiheit gilt auch für die Staatsangehörigen der Beitrittsstaaten. Es ist lediglich der Zugang zum Markt für Dienstleister im Bau-, Reinigungs- und Innenausstattungs-gewerbe dahingehend beschränkt, dass keine Beschäftigten eingesetzt werden dürfen. Die Erbringung der Leistung in eigener Person ist auch in diesen Branchen zulässig. Das hat insbesondere auf dem Bau dazu geführt, dass dort sehr viele (scheinselbstständige) 1-Mann-Betriebe tätig sind.

3.3 Niederlassungsfreiheit

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

Für selbständige Erwerbstätige gilt, dass sie unter den gleichen Umständen wie Deutsche ein Gewerbe anmelden können. Voraussetzung für den Status als Selbständiger ist „eine wirtschaftliche Tätigkeit auf unbestimmte Zeit mittels einer festen Einrichtung tatsächlich auszuüben, sodass alleine ein formaler Akt, wie die Registrierung eines Gewerbes, nicht ausreichend ist“⁴. Jede legal gegen Entgelt erbrachte Dienstleistung kann unter den Begriff der selbständigen Erwerbstätigkeiten fallen.⁵ Die selbständige Erwerbstätigkeit muss nicht existenzsichernd sein, um den Status zu begründen und die daraus ableiteten Rechte zu gewährleisten (s.u. Punkt 6.3.2).

Die Niederlassungsfreiheit ist für die Staatsangehörigen der Beitrittsstaaten nicht beschränkt.

4 Die Unionsbürgerschaft

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

Art. 21 AEUV enthält den Hinweis, dass das Freizügigkeitsrecht nur „vorbehaltlich der in den Verträgen und in den Durchführungsvorschriften vorgesehenen Beschränkungen und Bedingungen“ gilt. Der Vertrag selbst erlaubt nur Beschränkungen aus Gründen der Sicherheit und Ordnung. Darüber hinaus finden sich Bedingungen z. B. in der Unionsbürgerrichtlinie, die aber im Licht des AEUV auszulegen ist. Die Bedingungen müssen verhältnismäßig sein und dürfen nicht geeignet sein, das Freizügigkeitsrecht auszuhebeln.⁶ Die Vorgaben der Unionsbürgerrichtlinie und nationale Regelungen müssen jeweils an diesem Maßstab gemessen werden. Sofern die Unionsbürgerrichtlinie also Bedingungen formuliert, wie etwa ausreichende Existenzmittel bei wirtschaftlich inaktiven Unionsbürger/innen, sind diese Bedingungen anders als das Freizügigkeitsrecht des AEUV nicht

⁴ BSG (Fn. 3).

⁵ EuGH, Urteil v. 20.11.2001 - C-268/99; BVerwG, Beschluss v. 24.10.2002 - 1 C 31.02.

⁶ Geiger/Khan/Kotzur, EUV – AEUV – Kommentar, München 2010, Art. 20 Rn. 5

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

Die Unionsbürgerschaft ist mittlerweile als der „grundsätzliche Status der Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten“⁷ anerkannt. Die Unionsbürgerschaft enthält einen **Kernbereich** zu dem jedenfalls das Aufenthalts- und Freizügigkeitsrecht in der Union gehört.⁸ Dieser Kernbestand basiert auf Art. 20 AEUV und ist unabhängig von eventuellen Durchführungsvorschriften bzw. Umsetzungsschritten wie Richtlinien und Verordnungen. Die weitere Konkretisierung des Kernbereichs und der Rechtsfolgen ist in der Rechtsprechung des EuGH noch im Fluss.

Es können sich nach der aktuellen EuGH-Rechtsprechung auch EU-Bürger/innen, die nicht gewandert sind, auf den Kernbestand des Unionsbürgerrechts berufen.⁹ Der Unionsbürgerstatus als der grundlegende Status aller Angehörigen der Mitgliedstaaten erwachse direkt aus dem AEUV, sei also in seinem Kernbestand unabhängig von weiteren Umsetzungsschritten, die wie etwa die Richtlinie 2004/38 einen grenzüberschreitenden Bezug voraussetzen. Art. 20 AEUV steht demnach nationalen Maßnahmen entgegen, die bewirken, dass Unionsbürger/innen der tatsächliche Genuss des Kernbestands ihrer Unionsbürgerrechte verwehrt wird.

- Eine derartige unzulässige Auswirkung würde vorliegen, wenn ein minderjähriger Unionsbürger gezwungen wäre, den EU-Mitgliedstaat zu verlassen, dessen Staatsangehörigkeit er hat, weil seinen drittstaatsangehörigen, unterhaltspflichtigen Elternteilen, von denen er abhängig ist, der Aufenthalt und eine Arbeitserlaubnis verweigert wird.¹⁰

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

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

Von der Entscheidung profitieren Familien, in denen nur ein Elternteil Drittstaatsangehöriger ist, nur bedingt. Ist ein Elternteil deutscher Staatsangehöriger, wird das Aufenthaltsrecht des deutschen minderjährigen Kindes durch die Ausreise des drittstaatsangehörigen Elternteils nicht unmittelbar in Frage gestellt. Auch wenn das Kind mit seinem deutschen Elternteil im Bundesgebiet verbleiben kann, könnte die Trennung von dem anderen Elternteil aber als Eingriff in den Kernbereich der allgemeinen Freizügigkeit darstellen. Denn das Recht auf Umgang mit beiden Elternteilen wird über Art. 24 Abs. 3 der Grundrechtecharta speziell geschützt.¹¹

- Die Rechtsprechung zum Ehegattennachzug zeigt, dass die Rechte, die zum Kernbestand nicht gewanderter Unionsbürger/innen zählen, enger gefasst sind als die Rechte gewanderter Unionsbürger/innen. Hindernisse beim Ehegattennachzug¹² oder die nur vorübergehende Trennung von Ehegatten, etwa zur Durchführung eines Visumverfahrens, beeinträchtigt den Kernbereich des Unionsbürgerrechts demnach nicht.¹³ Der Kernbereich wäre nur dann tangiert, wenn sich der Unionsbürger de facto gezwungen sähe, „seinen“ Mitgliedstaat bzw. das

⁷ Unionsbürgerrichtlinie, Erwägungsgrund 3.

⁸ EuGH, Urteil v. 7.10.2010, Rs. C-162/09 <Lassal>; EuGH, Urteil v. 21.12.2011 C-424/10 und C-425/10 <Ziolkowski u.a.>

⁹ EuGH, Urteil v. 8.3.2011, Rs C 34/09 <Zambrano>.

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

¹¹ Dienelt: <http://www.migrationsrecht.net/nachrichten-rechtsprechung/1750-eugh-urteil-in-der-rs-c-3409-qzamboanoq-vom-08032011.html>

¹² EuGH Urteil v. 05.05.2011, Rs. C-434/09 <McCarthy>

¹³ EuGH Urteil v. 15.11.2011, Rs. C-256/11 <Dereci u.a.>

Gebiet der Union als Ganzes zu verlassen, wenn die Familienzusammenführung nicht zugelassen würde. Auch eine länger andauernde Trennung der Ehegatten infolge einer Ausweisung des Ehegatten führt nicht zu einer unzulässigen Beeinträchtigung des Kernbereichs des Unionsbürgerrechts nach Art. 20 AEUV. In derartigen Fällen beruhe die Trennung der Ehegatten auf einer autonomen Entscheidung des Unionsbürgers, dem es frei stehe, sich zwischen der Aufrechterhaltung der familiären Lebensgemeinschaft oder dem Gebrauch der Unionsbürgerrechte zu entscheiden.¹⁴

- Weiter entschied der EuGH¹⁵, dass EU-Bürger/innen mit zwei EU-Staatsangehörigkeiten sich in ihrem Geburtsland nicht auf die andere Staatsangehörigkeit berufen können. Werden sie im Geburtsland bei Ehegattennachzug im Vergleich zu gewanderten EU-Bürger/innen benachteiligt, müssen sie dies hinnehmen, sofern nicht der Kernbestand des Unionsbürgerstatus tangiert ist.

5 Das Freizügigkeitsrecht der EU-Bürger/innen

Die Freizügigkeit beruht auf den Grundfreiheiten im AUEV und der Unionsbürgerschaft. Sie wird durch Richtlinien und das nationale FreizügG/EU lediglich näher beschrieben. Bei Widersprüchlichkeiten ist der AEUV maßgeblich wie er nach der EuGH-Rechtsprechung ausgelegt wird.

Staatsangehörige von anderen EU-Mitgliedstaaten sind deshalb zwar Ausländer/innen, unterliegen aber in der Regel nicht dem AufenthG (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 (Rosinenprinzip) gilt nicht nur mit Blick auf das AufenthG. Bei freizügigkeitsberechtigten EU-Bürger/innen ist generell die für sie günstigere Regelung anzuwenden.

5.1 Recht auf Einreise und Aufenthalt

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

Das Freizügigkeitsrecht gehört zum Kernbestand der Unionsbürgerrechte und ist damit konstitutiv gegeben. Es ist deshalb grundsätzlich vom Bestehen des Freizügigkeitsrechts auszugehen (vgl. Rn. 5.3.1.1.1 AVwV FreizügG/EU), solange nicht durch einen Verwaltungsakt ausdrücklich festgestellt wird, dass kein Freizügigkeitsrecht (mehr) besteht oder der Aufenthalt aus Gründen der Sicherheit und Ordnung explizit untersagt ist (s.u. Punkt 5.5 und 5.8).

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

5.2 Meldepflicht und deklaratorische Aufenthaltsbescheinigung

Da das Aufenthaltsrecht der EU-Bürger/innen unmittelbar aus der Unionsbürgerschaft entspringt, benötigen sie keine Aufenthaltserlaubnis. Nach drei Monaten darf allerdings von ihnen verlangt werden, dass sie sich bei der zuständigen Behörde anmelden (Art. 5 Abs. 5, Art. 8 UnionsRL). In Deutschland besteht diese Meldepflicht für EU-Bürger/innen (§ 1 Abs. 5 S. 1 FreizügG/EU) und eine allgemeine Meldepflicht bei Bezug einer Wohnung (§ 13 Meldegesetz).

Freizügigkeitsberechtigten Unionsbürger/innen ist von Amts wegen eine Bescheinigung über das Aufenthaltsrecht (§ 5 FreizügG/EU) auszustellen, wobei die Formulierung in der UnionsRL es besser trifft: es handelt sich um eine Meldebescheinigung (vgl. Art. 8 Abs. 2 UnionsRL). Entsprechend müsste die Anmeldung eigentlich bei den Meldebehörden möglich sein, die die Unterlagen an die

¹⁴ EuGH Urteil v. 15.11.2011, Rs. C-256/11 <Dereci u.a.>

¹⁵ EuGH Urteil v. 05.05.2011, Rs. C-434/09 <McCarthy>

Ausländerbehörde weiterleitet. In vielen Kommunen sind EU-Bürger/innen aber auf die Ausländerbehörde verwiesen.

Es darf die Vorlage folgender Dokumente verlangt werden (§ 5a FreizügG/EU):

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

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

Es besteht sowohl nach dem Wortlaut der UnionsRL als auch nach dem FreizügG/EU ein Anspruch auf unverzügliche Ausstellung der Bescheinigung. Dass eine Anmeldung erst nach 3 Monaten gefordert werden darf, bedeutet nicht, dass sie umgekehrt in den ersten 3 Monaten des Aufenthalts nicht ausgestellt wird.

Die Bescheinigung ist kein Verwaltungsakt, der den Aufenthalt erst erlaubt. Das Aufenthaltsrecht besteht vielmehr unabhängig davon, ob der EU-Bürger im Besitz dieser Bescheinigung ist. Sie ist rein deklaratorischer Natur und dient dazu, den Nachweis des Freizügigkeitsrechts im täglichen Leben zu vereinfachen.

5.3 Arbeitslosigkeit oder Erwerbsminderung

Der Arbeitnehmerstatus und der Status als Selbständiger (Erwerbstätigeneigenschaft: Art. 7 Abs. 3 UnionsRL) gehen auch bei vorübergehender Erwerbsunfähigkeit wegen Krankheit oder Unfall nicht verloren (vgl. § 2 Abs. 3 Nr. 1 FreizügG/EU). Andere Gründe für vorübergehende Erwerbsunfähigkeit werden in diesem Kontext weder in den europarechtlichen Vorgaben noch in den Verwaltungsvorgaben genannt.

Das gleiche gilt nach mindestens einjähriger Tätigkeit bei Arbeitslosigkeit (vgl. § 2 Abs. 3 Nr. 2 FreizügG/EU). Bei unfreiwilliger Arbeitslosigkeit nach weniger als einem Jahr bleibt der Status für sechs Monate erhalten. Da Arbeitssuchende sich sowieso auf die Arbeitnehmerfreizügigkeit berufen können, ist diese Regelung aufenthaltsrechtlich kaum relevant. Wichtig ist sie mit Blick auf mögliche Ansprüche auf Sozialleistungen (dazu s.u. Punkt 6.3.3 und 6.3.5).

5.4 Verbleibeberechtigte

Bei altersbedingtem Ausscheiden aus dem Erwerbsleben gehen die Rechte aus dem Erwerbstatigenstatus nicht verloren. Dieser Personenkreis kann in dem Land der letzten Tätigkeit bleiben. Diese so genannten Verbleibeberechtigten müssen sich mindestens drei Jahre in Deutschland aufgehalten haben und mindestens während der letzten zwölf Monate dort erwerbstätig gewesen sein, bevor sie in den Ruhestand gegangen sind. Sie erhalten dann schon vor Ablauf der 5-Jahresfrist das Daueraufenthaltsrecht (vgl. § 4a Abs. 2 Nr. 1 FreizügG/EU, s.u. Punkt 5.6).

5.5 Familienzusammenführung

5.5.1 Das Recht auf Familienleben

Der europarechtliche Anspruch auf Familienzusammenführung ist ein abgeleitetes Recht. Der EG-Vertrag kennt kein originäres Recht auf Familienzusammenführung. Es dient vielmehr dazu, den stammberechtigten Unionsbürger/innen die Wahrnehmung ihres Freizügigkeitsrechts zu ermöglichen. Unionsbürger/innen sollen an der Wahrnehmung der Freizügigkeitsrechte nicht dadurch ge-

hindert werden, dass sie wegen Beeinträchtigung ihres Familienlebens davon Abstand nehmen, in einen anderen EU-Staat überzusiedeln oder dort wohnen zu bleiben. In der Unionsbürgerrichtlinie heißt es entsprechend, dass das Freizügigkeitsrecht den Familienangehörigen ungeachtet ihrer Staatsangehörigkeit gewährt wird, um Unionsbürger/innen die Wahrnehmung der Freizügigkeit in Freiheit und Würde zu ermöglichen.

Das Recht auf Familienzusammenführung haben alle Unionsbürger/innen, auch solche die nicht erwerbstätig sind (§ 3 und § 4 FreizügG/EU). Allerdings müssen für die Angehörigen dann ausreichende Existenzmittel sichergestellt sein. Das gilt auch für Unionsbürger/innen, die bereits das Daueraufenthaltsrecht (s.u. S. 18) besitzen. Gehen sie keiner Erwerbstätigkeit nach sind sie selbst zwar davon befreit, entsprechende Existenzmittel nachzuweisen, nicht aber neu zuziehende, wirtschaftlich inaktive Angehörige.

5.5.2 Der europarechtliche Familienbegriff

Das EU-Freizügigkeitsrecht gibt einen wesentlich weiter gefassten Anspruch auf Familienzusammenführung als das deutsche Ausländerrecht. Nachziehen dürfen die Ehegatten sowie die Verwandten in absteigender Linie (Kinder, Enkel) bis zur Vollendung des 21. Lebensjahrs.

Nachzugsberechtigt sind auch alle Verwandten in auf- und absteigender Linie, denen Unterhalt gewährt wird. Umfasst sind jeweils die Verwandten in auf- und absteigender Linie des Ehegatten (§ 3 Abs. 2 FreizügG/EU). Ist der EU-Bürger minderjährig knüpft das Nachzugsrecht daran an, dass die Verwandten in aufsteigender Linie (die Eltern) ihm Unterhalt leisten (Rn. 3.2.2.2 AVwV FreizügG/EU).¹⁶

Bei Student/innen ist das Recht auf Familienzusammenführung auf die Kernfamilie beschränkt (§ 4 S. 3 FreizügG/EU).

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

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

Obwohl der Zweck der Familienzusammenführung die Herstellung oder Aufrechterhaltung des Familienlebens ist, muss anders als im AufenthG keine dauernde familiäre Lebensgemeinschaft bestehen. Auch Getrenntleben hindert das Freizügigkeitsrecht nicht. Ein Wohnraumerfordernis besteht nicht.

5.5.3 Familienangehörige ohne Staatsangehörigkeit eines EU-Mitgliedstaates

An drittstaatsangehörige Familienangehörige dürfen keine über die europarechtlichen Vorgaben hinausgehenden Anforderungen gestellt werden.¹⁷ Die abgeleitete Freizügigkeit ist unabhängig davon, ob die jeweiligen Ehepartner/innen den/die Unionsbürger/in bei der Übersiedlung begleitet oder später nachzieht. Ort und Zeitpunkt der Eheschließung sind irrelevant. Ebenso spielt es keine Rolle unter welchen Umständen der/die Ehepartner/in eingewandert ist oder ob er/sie sich vor der Ehe legal oder illegal in einem EU-Staat aufgehalten hat. Es kommt allein auf das Bestehen der Ehe und des Freizügigkeitsrecht des Partners mit Unionsbürgerschaft an. Insoweit „heilt“ die Verheiratung mit einem/r EU-Bürger/in sogar einen illegalen Aufenthalt.

¹⁶ siehe auch oben S. 10 f.

¹⁷ Dazu: Rn. 2.4.2.1 ff. AVwV FreizügG/EU; EuGH v. 25.7.2008, Rs. C-127/08 <Metock u.a.>; EuGH v. 25.07.2002, Rs. C-459/99 <MRAX>

Von den drittstaatsangehörigen Ehegatten dürfen bei der Einreise keine Kenntnisse der deutschen Sprache verlangt werden.

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

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

Drittstaatsangehörige Familienmitglieder haben einen unbeschränkten Arbeitsmarktzugang.

5.5.4 Aufenthaltsbescheinigung und -karte

Wenn die erforderlichen Angaben gemacht worden sind (§ 5 Abs. 2 FreizügG/EU), erhalten auch die Angehörigen von Amts wegen unverzüglich eine Aufenthaltsbescheinigung, sofern sie selbst die Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaates haben.

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

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

Nicht erwerbstätige Kinder oder Ehegatten mit einer Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaates sind nicht als nicht erwerbstätige Unionsbürger/innen zu behandeln, sondern wie der Stammberechtigte. Sofern sie ihr Recht von einem erwerbstätigen Unionsbürger ableiten, 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.

Anders als Familienangehörige mit Unionsbürgerschaft erhalten Drittstaatler/innen keine Aufenthaltsbescheinigung, sondern eine Aufenthaltskarte, die innerhalb von 6 Monaten auszustellen ist. Trotz der anderen Bezeichnung hat diese Karte keine andere Rechtsnatur als die Bescheinigung; auch sie bestätigt „nur“ ein europarechtlich gegebenes Recht.

5.5.5 Aufenthaltsrecht bei Tod oder Trennung

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

- Beim Tod des Unionsbürgers behalten die Angehörigen das Aufenthaltsrecht sofern sie sich seit einem Jahr in Deutschland aufhalten und erwerbstätig sind oder der Lebensunterhalt aus eigener Kraft gesichert ist (§ 3 Abs. 3 FreizügG/EU). Sind sie Drittstaatler/innen gelten für sie

dann mit Blick auf die Familienzusammenführung und Abschiebungsschutz die europarechtlichen Privilegien nicht mehr (§ 3 Abs. 3 S. 2 FreizügG/EU).

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

5.5.6 Inländerdiskriminierung und Dänemarkehe

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

Ausländischen EU-Bürger/innen gleichgestellt sind nur Deutsche, die nach Deutschland zurückkehren, nachdem sie von ihrem Recht auf Freizügigkeit Gebrauch gemacht haben. Seit längerem umstritten ist, wann diese Besserstellung greift. Nach herrschender Meinung, ist zum einem daran anzuknüpfen, dass die familiäre Beziehung schon vor der Rückkehr bestand. Der Grund dafür ist, dass mit der Rückkehr kein Rechtsverlust verbunden sein darf. Wird die familiäre Beziehung erst nach der Rückkehr geknüpft, bestand zuvor kein Recht, das verschlechtert werden könnte. Das zweite Kriterium ist, dass die Inanspruchnahme des Freizügigkeitsrechts eine „gewisse Nachhaltigkeit“ vorweisen muss, um eine Rechtsstellung zu erlangen, die nach der Rückkehr weiter wirkt.¹⁸

Die sogenannte Dänemarkehe, bei der die Eheleute zum Zweck der Eheschließung nach Dänemark reisen und der/die deutsche EU-Bürger/in dort von seiner Dienstleistungsfreizügigkeit Gebrauch macht, wird mangels Nachhaltigkeit von deutschen Gerichten und Behörden nicht als ausreichend betrachtet, um als Rückkehrerfall zu gelten.¹⁹ Wo allerdings die genaue Grenze ist, um ausreichende Nachhaltigkeit anzunehmen, ist bislang nicht geklärt. Zu bejahen ist sie aber jedenfalls bei Deutschen, die im EU-Ausland einer Beschäftigung nachgegangen sind oder die regelmäßig selbst grenzüberschreitende Dienstleistungen erbringen.

5.6 Daueraufenthaltsrecht

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

Das Daueraufenthaltsrecht beruht nicht unmittelbar auf dem Freizügigkeitsrecht der Unionsbürger/innen, sondern wurde mit der Unionsbürgerrichtlinie eingeführt und soll das Gefühl der Unionsbürgerschaft stärken. Wurde es einmal erworben, ist es keinen weiteren Bedingungen mehr unterworfen. Entsprechend ist der Erwerb dieses Rechtes engeren Voraussetzungen unterworfen als das Aufenthaltsrecht als solches. Erforderlich ist, dass der Aufenthalt während des 5-jährigen Aufenthalts im Einklang mit der Richtlinie gestanden haben muss. Es genügt nicht, wenn das Auf-

¹⁸ Renner/Dienelt/Röseler, Kommentar zum Ausländerrecht, München 2011, § 1 FreizügG/EU, Rn. 16 ff.

¹⁹ BVerwG, Urteil v. 16.11.2010 – 1 C 17.09

enthaltsrecht allein nach nationalem Recht rechtmäßig war. Mit Blick auf die zuletzt beigetretenen Staaten zählen auch Zeiten vor dem Beitritt, sofern der heutige EU-Bürger während des Aufenthalts die Freizügigkeitsvoraussetzungen erfüllt hätte.²⁰

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

- Bei Verbleibeberechtigten, d. h. Personen, die altersbedingt aus dem Erwerbsleben ausscheiden, wenn sie sich mindestens drei Jahre im Bundesgebiet aufgehalten haben und dort mindestens die letzten zwölf Monate erwerbstätig waren (§ 4a Abs. 2 Nr. 1 FreizügG/EU).
- Erwerbsgeminderte erhalten das Recht sofort, wenn sie einen Rentenanspruch gegen einen Leistungsträger in Deutschland haben oder nach mindestens zwei Jahren Aufenthalt (§ 4a Abs. 2 Nr. 2 FreizügG/EU).
- Wer seit mindestens drei Jahren in Deutschland erwerbstätig war, anschließend in einem anderen EU-Staat erwerbstätig ist und seinen Wohnsitz in Deutschland beibehält, hat ebenfalls das Daueraufenthaltsrecht (§ 4a Abs. 2 Nr. 3 FreizügG/EU).

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

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

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

5.7 Feststellung des Verlusts des Rechts auf Einreise und Aufenthalt

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

Das Recht auf Einreise und Aufenthalt ist nur unter Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit zulässig. Liegt also eine der Voraussetzungen des Freizügigkeitsrechts, die in der Unionsbürgerrichtlinie oder im FreizügG/EU genannt werden, nicht (mehr) vor, führt dies nicht automatisch zum Verlust des Aufenthaltsrechtes. Es muss vielmehr geprüft werden, ob eine Beschränkung des Freizügigkeitsrechts im konkreten Einzelfall im Einklang mit den Grundsätzen des EU-Rechts steht und verhältnismäßig ist.

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

Die Feststellung über den Verlust des Aufenthaltsrechtes ist ein Verwaltungsakt, der mit Widerspruch und Klage angefochten werden kann.

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

Wurde durch Verwaltungsakt festgestellt, dass ein Freizügigkeitsrecht nicht besteht, gilt dies nur solange sich die Situation nicht ändert. Reisen Betroffene beispielsweise freiwillig aus, können sie

²⁰ EuGH Urteil v. 21.12.2011 C-424/10 und C-425/10 <Ziolkowski u.a.>

sich nach einer erneuten Einreise wieder auf das allgemeine und die besonderen Freizügigkeitsrechte berufen.

5.8 Ausweisungsschutz

Der Aufenthalt eines Freizügigkeitsberechtigten kann neben dem Verlust der Freizügigkeitsberechtigung in den ersten 5 Jahren des Aufenthalts nur aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit beendet werden (§ 6 Abs. 1 FreizügG/EU).

Es ist dabei darauf abzustellen, ob das persönliche Verhalten erkennen lässt, dass von dem Freizügigkeitsberechtigten eine tatsächliche und hinreichend schwere Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung ausgeht (§ 6 Abs. 2 FreizügG/EU). Die Inanspruchnahme von sozialen Leistungen genügt als Ausweisungsgrund nicht.

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

Nach 10 Jahren und bei Minderjährigen kann eine Ausweisung nur noch aus zwingenden Gründen der öffentlichen Sicherheit erfolgen.

5.9 Staatsangehörige von Bulgarien und Rumänien

Die Länder Estland, Lettland, Litauen, Malta, Polen, Slowenien, die Slowakische und die Tschechische Republik, Ungarn sowie Zypern wurden mit ihrem Beitritt zum 1. Mai 2004, Rumänien und Bulgarien zum 1.1.2007 Mitgliedstaaten der EU. Die neuen Mitgliedstaaten waren von Anfang an vollwertige Mitglieder der Union. Es gibt aber Übergangsvorschriften, die für Rumänien und Bulgarien noch bis 2014 die Arbeitnehmerfreizügigkeit beschränken.²¹

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

Für den Arbeitsmarktzugang gelten folgende Regelungen:

5.9.1 Arbeitserlaubnis-EU

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

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

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

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

²¹ Vertrag über den Beitritt der Tschechischen Republik, Estlands, Zyperns, Lettlands, Litauens, Ungarns, Maltas, Polens, Sloweniens, der Slowakischen Republik zur Europäischen Union, Abl.-EU L 236 v. 23.9.2003; Vertrag über den Beitritt der Republik Bulgarien und Rumäniens zur Europäischen Union, BGBl. II Nr. 30 v. 7.12.2006, S. 1146 ff..

Wenn die Erteilung der Arbeitserlaubnis nicht durch die BeschV zugelassen ist, kann sie also nach einer Vorrangprüfung unter Beachtung der Gemeinschaftspräferenz erfolgen.

5.9.2 Arbeitsberechtigung-EU

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

Neu-EU-Bürger/innen, die bereits ein Daueraufenthaltsrecht haben (s.u. S. 18), haben damit automatisch einen unbeschränkten Arbeitsmarktzugang. Es ist ihnen aber auf Antrag auch eine deklaratorische Arbeitsberechtigung-EU auszustellen.

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

5.9.3 Arbeitsmarktzugang für Familienangehörige von Arbeitnehmer/innen

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

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

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

5.9.4 Arbeitsmarktzugang für Familienangehörige von Selbständigen

Die Familienangehörigen einer/s selbständig Tätigen sind von den Übergangsregeln der Beitrittsverträge nicht erfasst. Die Durchführungsanweisungen der BA sahen ursprünglich trotzdem vor, dass diese Personen nur einen Arbeitsmarktzugang nach § 39 AufenthG haben sollten. Mittlerweile enthalten die Durchführungsanweisungen keine Hinweise mehr zu diesem Personenkreis.

Da die Niederlassungsfreiheit nicht beschränkt ist, muss auch für die Angehörigen gelten, dass das EU-Recht unbeschränkt anzuwenden ist. Demnach kommt dieser Personenkreis in den Genuss eines sofortigen unbeschränkten Arbeitsmarktzugangs.

5.9.5 Arbeitsmarktzugang als Angehörige von Deutschen oder von Ausländer/innen mit unbeschränktem Arbeitsmarktzugang

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

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

6 Zugang zu Sozialleistungen

Der Zugang zu Leistungsansprüchen kann bei EU-Bürger/innen unterschiedlich sein, je nachdem auf welches Freizügigkeitsrecht sie sich berufen. Anders als bei Ausländer/innen hat die Inan-

spruchnahme sozialer Leistungen abgesehen von wenigen Ausnahmen, keinen Einfluss auf das Bestehen des Aufenthaltsrechts (s.o. Punkt 5.7).

Der Zugang zu sozialen Leistungen ist am Maßstab der Diskriminierungsverbote des AEUV, der UnionsRL und der VO 883/2004 zu messen und ist für erwerbstätige und wirtschaftlich inaktive EU-Bürger/innen unterschiedlich ausgeprägt.

6.1 Diskriminierungsverbote nach AEUV, Unionsbürgerrichtlinie und VO 883/2004

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

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

Seit 1.5.2010 ist die VO 883/2004²² in Kraft. Sie hat die sogenannte Wanderarbeitnehmer-Verordnung 1408/71/EWG abgelöst und gilt für alle Staatsangehörigen eines EU-Mitgliedstaates und damit auch für wirtschaftlich Inaktive (Art. 2 VO 883/2004). Die VO verlangt, dass EU-Bürger/innen mit Blick auf die Systeme der sozialen Sicherheit die gleichen Rechte und Pflichten haben wie Einheimische (Art. 4 VO 883/2004). Sie umfasst auf Beiträgen beruhende und beitragsfreie Systeme der sozialen Sicherheit sowie besondere beitragsunabhängige Geldleistungen (Art. 3 Abs. 2 und 3 VO 883/2004, dazu s.u. Punkte 6.3.8 und 6.3.9). Sie gilt gem. Art. 3 Abs. 5 nicht für soziale und medizinische Fürsorgeleistungen (s.u. Punkt 6.5).

6.2 Europäisches Fürsorgeabkommen (EFA)

Die Bundesrepublik Deutschland ist einer der Unterzeichnerstaaten des Europäischen Fürsorgeabkommens (EFA)²³, das für Deutschland zum 1.8.1956 in Kraft trat. Das Fürsorgeabkommen gilt für die Angehörigen folgender EU-Staaten: Belgien, Dänemark, Deutschland, Estland, Frankreich, Griechenland, Großbritannien, Irland, Island, Italien, Luxemburg, Malta, Niederlande, Portugal, Schweden, Spanien. Weiter haben die Drittstaaten Norwegen, Island und die Türkei unterzeichnet.

6.2.1 SGB II

Nachdem lange strittig war, ob das EFA den Staatsangehörigen der anderen Unterzeichnerstaaten gleichberechtigten Zugang zu Leistungen nach dem SGB II gewährleistet, hat das Bundessozialgericht mit Urteil vom 19.10.2010²⁴ festgestellt, dass das EFA gegenüber den Ausschlussgründen in § 7 Abs. 1 S. 2 SGB II Vorrang genießt.

Um § 7 Abs. 1 S. 2 SGB II wieder Geltung zu verschaffen hat die Bundesregierung mit Schreiben vom 15.12.2011 beim Europarat drei Noten hinterlegt, die am 19.12.2011 in Kraft getreten sind. Damit wurden das SGB II und das SGB XII in die Liste der Rechtsvorschriften aufgenommen, auf die das EFA Anwendung findet.²⁵ Gleichzeitig wurde von der Möglichkeit Gebrauch gemacht gem.

²² 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, Sozialleistungen für Unionsbürger/innen nach der VO 883/2004 (März 2012), download: http://www.fluechtlingsinfo-berlin.de/fr/pdf/Frings_Sozialleistungen_883-2004.pdf

²³ Europäisches Fürsorgeabkommen v. 11.12.1953, Zustimmungsgesetz v. 15.5.1956, BGBl. II, 1956, S. 563.

²⁴ BSG, Urteil v. 19.10.2010 - B 14 AS 23/10 R.

²⁵ <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/014-I.htm>

Art. 16 b des Abkommens einen Vorbehalt zur Anwendung dieser neuen Vorschriften zu erklären. Deutschland „übernimmt keine Verpflichtung, die im Zweiten Buch Sozialgesetzbuch – Grundsicherung für Arbeitsuchende – in der jeweils geltenden Fassung vorgesehenen Leistungen an Staatsangehörige der übrigen Vertragsstaaten in gleicher Weise und unter den gleichen Bedingungen wie den eigenen Staatsangehörigen zuzuwenden.“²⁶ Die BA hat daraufhin im Februar 2012 eine entsprechende Geschäftsanweisung (GA) erlassen. Demnach müssen die Jobcenter bei Angehörigen der EFA-Staaten die Bewilligungsentscheidungen überprüfen. „Sind die betroffenen Personen von Leistungen nach dem SGB II nunmehr gem. § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 SGB II bzw. § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II ausgeschlossen, ist die Bewilligung gem. § 40 Abs. 1 S. 1 SGB II i. V. m. § 48 Abs. 1 S. 1 SGB X mit Wirkung für die Zukunft aufzuheben.“²⁷

Die Vorbehalte könnten völkerrechtswidrig sein. Zum einen, weil praktisch kein Anwendungsbereich für das EFA mehr bleibt und sie damit dem Sinn und Zweck des EFA zuwider laufen. Zum zweiten wird geltend gemacht, dass das SGB II nicht „neu“ im Sinne des Art. 16 b des Abkommens sei.²⁸ Mit der Völkerrechtswidrigkeit des Vorbehalts lässt sich in einem Widerspruch gegen einen Aufhebungsbescheid oder gegen eine Nichtbewilligung und einem anschließenden Gerichtsverfahren argumentieren. Das LSG Berlin-Brandenburg hat auf dieser Basis bereits festgestellt, dass der Vorbehalt unwirksam sei und Leistungen nach SGB II zugesprochen.²⁹

Gegen den Vorbehalt ließe sich weiter anführen, dass der Vorbehalt nicht durch ein entsprechendes Gesetz in innerstaatliches Recht transformiert worden ist und deshalb keine Anwendung findet.³⁰

Nicht zulässig ist die Praxis mancher Jobcenter nun bei allen Staatsangehörigen von EFA-Staaten ohne Prüfung im Einzelfall die Bewilligungen zurückzunehmen. Bei der Beratung sollte mehrgleisig verfahren werden:

- Zunächst ist zu prüfen, ob die Ausschlussgründe nach § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 und Nr. 2 SGB II überhaupt greifen. Schon eine geringfügige Erwerbstätigkeit bzw. ein Bezug zum deutschen Arbeitsmarkt führt dazu, dass dies nicht der Fall ist. Auch Angehörige von Arbeitnehmer/innen oder Selbständigen fallen nicht unter die Ausschlussklauseln (s.u. Punkt 6.3.2 und 6.3.3).
- Im Übrigen kommt es bei EU-Bürger/innen auf die Wirksamkeit des Vorbehalts zum EFA nicht an, da sie sich auf die vorrangig anzuwendende VO 883/2004 berufen können (s.o. Punkt 6.1). Die neuere Rechtsprechung hält wegen des Gleichbehandlungsgebots der VO 883/2004 den Leistungsausschluss nach § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 und Nr. 2 SGB II für europarechtswidrig oder zieht die Europarechtskonformität zumindest in Zweifel (s.u. Punkt 6.3.8).

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

6.2.2 SGB XII

Auch zum SGB XII hat die Bundesregierung einen Vorbehalt erklärt. Dieser bezieht sich aber (wie schon der vorangegangene Vorbehalt zum Bundessozialhilfegesetz) nur auf die Hilfen nach §§ 67 ff. SGB XII.³¹ Im Übrigen haben die Angehörigen von EFA-Staaten Ansprüche nach SGB XII

²⁶ Geschäftsanweisung SGB II Nr. 8 v. 23.02.2012 - Vorbehalt gegen das Europäische Fürsorgeabkommen (EFA), http://www.arbeitsagentur.de/nn_166486/zentraler-Content/HEGA-Internet/A07-Geldleistung/Dokument/GA-SGB-2-NR-08-2012-02-23.html;
<http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ListeDeclarations.asp?NT=014&CM=8&DF=9/17/2006&CL=GER&VL=1>

²⁷ Geschäftsanweisung SGB II Nr. 8 v. 23.2.2012 (Fn. 26)

²⁸ Gutachten des Wissenschaftlichen Dienst des Bundetags, wd 2 - 3000 035/12, http://www.harald-thome.de/media/files/EFA_BT-WD-2-3000-035-12.pdf

²⁹ LSG Berlin-Brandenburg, Beschluss v. 9.5.2012, Az.: L 19 AS 794/12 B ER und Az.: L 19 AS 795/12 B PKH

³⁰ Sozialgericht Berlin, Beschluss v. 25.04.2012, Az.: S 55 AS 9238/12

³¹ <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ListeDeclarations.asp?NT=014&CM=8&DF=9/17/2006&CL=GER&VL=1>

unter den gleichen Voraussetzungen wie Deutsche auch. Allerdings erwartet die Bundesregierung, dass die Rechtsprechung erwerbsfähigen EFA-Staatler/innen, die dem Grunde nach in den Rechtskreis des SGB II fallen und damit eigentlich vom SGB XII-Bezug ausgeschlossen sind, wegen des Leistungsausschluss im SGB II wohl Leistungen nach SGB XII zusprechen wird (s.u. Punkt 6.5.1).³²

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

6.3.1 Allgemeine Anspruchsvoraussetzungen

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

6.3.1.1 Gewöhnlicher Aufenthalt

Nach § 30 Abs. 3 S. 2 SGB I ist der gewöhnliche Aufenthalt dort, wo sich eine Person unter Umständen aufhält, die erkennen lassen, dass sie dort nicht nur vorübergehend verweilt. Es wird regelmäßig vermutet, dass am angemeldeten Wohnsitz auch der gewöhnliche Aufenthalt ist. Das ist aber nicht zwingend. Bei Personen, die nicht gemeldet sind, kommt es auf den tatsächlich feststellbaren Lebensmittelpunkt an.³³

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.

6.3.1.2 Rechtmäßigkeit des Aufenthaltes

Bei Ausländer/innen kommt es neben dem gewöhnlichen Aufenthalt nach herrschender Meinung zusätzlich auf die Rechtmäßigkeit des Aufenthaltes an.³⁴ Die Rechtmäßigkeit kann durch Vorlage der Freizügigkeitsbescheinigung nachgewiesen werden.

6.3.1.3 Ausländerrechtliche Erwerbsfähigkeit

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

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

6.3.2 Erwerbstätige Unionsbürger/innen

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

³² Unterrichtung durch das Bundesministerium für Arbeit und Soziales - Schriftlicher Bericht zur Erklärung eines Vorbehalts gegen die Anwendung des Europäischen Fürsorgeabkommens (EFA) auf die Grundsicherung für Arbeitsuchende, Ausschuss für Arbeit und Soziales, Drs. 17(11)881

³³ Bundesagentur für Arbeit, Fachliche Hinweise zu § 7 SGB II (Stand 20.1.2010), Rn. 7.2 Abs. 2.

³⁴ Bundesagentur für Arbeit, Fachliche Hinweise zu § 7 SGB II (Stand 20.1.2010), Rn. 7.2 Abs. 5. Anders: LSG Hessen v. 14.10.2009 - L 7 AS 166/09 B ER: Die aufenthaltsrechtlichen Voraussetzungen für eine Leistungsberechtigung sind abschließend in § 7 Abs. 1 S. 2 SGB II geregelt.

6.3.2.1 Anspruch auf aufstockende Leistungen

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

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

Sichert die Erwerbstätigkeit den Lebensunterhalt nicht, erhalten EU-Bürger/innen aufstockende Leistungen. Leistungen erhalten auch die Familienangehörigen – unabhängig von der Staatsangehörigkeit, da sie von der Freizügigkeit und den daraus abgeleiteten Rechten erfasst sind.

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

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

6.3.3 Arbeitssuchende

§ 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II schließt Ausländer/innen, deren Aufenthaltsrecht sich allein aus der Arbeitssuche ergibt, von Leistungen nach SGB II aus. Als diese Regelung eingeführt wurde, zielte sie vor allem darauf zu verhindern, dass EU-Ausländer/innen einreisen und dann mit der Begründung der Arbeitssuche Leistungen beziehen, obwohl sie im Übrigen keinen Bezug zu Deutschland haben. Dem gleichen Ziel dienen die neuen Vorbehalte zum EFA (s.o. Punkt 6.2)

Nach der UnionsRL dürfen EU-Bürger/innen, die zum Zweck der Arbeitssuche eingereist sind, von Sozialhilfe ausgeschlossen werden. In Literatur und Rechtsprechung ist aber umstritten, ob damit auch der Ausschluss nach § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II zulässig ist (s.u. Punkt 6.3.3.3 und 6.3.8). Die Ausschlussklausel ist aber schon aus anderen Gründen auf eine Vielzahl arbeitssuchender EU-Bürger/innen nicht anzuwenden:

6.3.3.1 Anspruch bei Aufenthalt aus anderem Grund als der Arbeitssuche

EU-Bürger/innen, die sich auf einen anderen Aufenthaltsgrund als die Arbeitssuche berufen können, wie etwa die Familienangehörigen von Arbeitnehmer/innen und Selbständigen, haben einen Leistungsanspruch.³⁵

Art. 24 Abs. 4 Nr. b UnionsRL lässt einen Ausschluss von Sozialleistungen nur zu bei EU-Bürger/innen, die zum Zweck der Arbeitssuche eingereist sind. Erfolgte die Einreise also aus anderem Grund und tritt der Aufenthaltswitz Arbeitssuche erst danach hinzu, ist § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II nicht anzuwenden.³⁶

6.3.3.2 Anspruch nach vorhergehender Erwerbstätigkeit: kein Verlust des Erwerbstätigenstatus

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

- vorübergehender Erwerbsminderung wegen Unfall oder Krankheit (§ 2 Abs. 2 Nr. 1 FreizügG/EU).

³⁵ Bundesagentur für Arbeit, Fachliche Hinweise zu § 7 SGB II (Stand 20.1.2010), Rn. 7.8.

³⁶ So u.a.: SG Berlin v. 24.5.2011, Az: S 149 Aufenthaltsstatus 17644/09

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

Entsprechend stellen die Anwendungshinweise der Bundesagentur für Arbeit klar, dass diese EU-Bürger/innen trotz faktischer Arbeitslosigkeit und –suche in diesen Fällen den Erwerbstätigenstatus nicht verloren haben und folglich nicht vom Leistungsbezug ausgeschlossen sind.³⁷

6.3.3.3 Anspruch wegen tatsächlicher Verbindung zum deutschen Arbeitsmarkt

Nach der Rechtsprechung des EuGH genießen EU-Bürger/innen, die zum Zweck der Arbeitssuche zuwandern, Gleichbehandlung „nur“ beim Zugang zu Beschäftigung. Diejenigen, die bereits Zugang zum Arbeitsmarkt gefunden haben, haben hingegen Anspruch auf die gleichen sozialen und steuerlichen Vergünstigungen wie die inländischen Arbeitnehmer/innen.³⁸ Mit Blick auf Leistungen, die gerade den Zugang zum Arbeitsmarkt fördern, besteht das Gleichbehandlungsgebot dann, wenn es eine tatsächliche Verbindung zwischen demjenigen, der Leistungen beantragt, und dem betroffenen räumlichen Arbeitsmarkt gibt. Dazu genügt es, während eines angemessenen Zeitraums tatsächlich eine Beschäftigung in dem betreffenden Mitgliedstaat zu suchen.³⁹

In der Entscheidung vom 4.6.2009⁴⁰ hat der EuGH seine Rechtsprechung mit Blick auf das SGB II bestätigt, aber offen gelassen, ob das SGB II als Sozialhilfe zu klassifizieren ist oder eine Leistung ist, die den Zugang zum Arbeitsmarkt erleichtern soll. Im zweiten Fall dürfen EU-Bürger/innen nicht gänzlich ausgeschlossen werden. Es ist aber legitim, die Leistung erst dann zu gewähren, nachdem das Bestehen einer tatsächlichen Verbindung des Arbeitssuchenden mit dem Arbeitsmarkt dieses Staates festgestellt wurde.⁴¹

Der Gesetzgeber hat seit 2009 nichts zur Klarstellung beigetragen. Die Entscheidungen der nationalen Gerichte sind nicht einheitlich,⁴² allerdings gewähren die Landessozialgerichte mittlerweile mehrheitlich im Eilverfahren vorläufige Leistungen.⁴³ Das LSG NRW differenziert allerdings nach der Staatsangehörigkeit und hält den Leistungsausschluss für Rumänen/innen und Bulgaren/innen wegen des beschränkten Arbeitsmarktzugangs für europarechtskonform.⁴⁴

Sofern man der Auffassung folgt, dass Leistungen nach dem SGB II solche zur Arbeitsmarktintegration sind, muss § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II europarechtskonform dahingehend ausgelegt werden, dass Leistungen zu gewähren sind, wenn Arbeitssuchende eine tatsächliche Verbindung zum deutschen Arbeitsmarkt haben. Diese Verbindung muss noch nicht so intensiv sein, dass die Arbeitnehmereigenschaft erworben wurde. Es genügt, dass der Betroffene während eines angemessenen Zeitraums tatsächlich eine Beschäftigung in dem betreffenden Mitgliedstaat gesucht

³⁷ Bundesagentur für Arbeit, Fachliche Hinweise zu § 7 SGB II (Stand 20.1.2010), Rn. 7.5b und 7.5c, 7.8.

³⁸ EuGH v. 23.3.2004, Rs. C-138/02 <Collins>

³⁹ EuGH (Fn. 38)

⁴⁰ EuGH v. 4.6.2009, Rs. C-22/08 und C-23/08 <Vatsouras/Koupatantze>

⁴¹ EuGH (Fn. 38); EuGH (Fn. 40).

⁴² Ausschluss ist europarechtswidrig: Landessozialgericht Baden-Württemberg v. 25.8.2010 – L 7 AS 3769/10 ER-B. Anspruchsausschluss zumindest bei wirtschaftlich inaktiven EU-Bürger/innen: LSG Hessen v. 14.10.2009 - L 7 AS 166/09 B ER. SGB II ist Sozialhilfe und die Regelung damit als europarechtskonform: LSG Niedersachsen-Bremen v. 26.02.2010 - L 15 AS 30/10 B ER.

⁴³ LSG NRW v. 17.02.2010 - L 19 B 392/09 AS ER; v. 25.03.2010 - L 7 AS 327/10 B ER; v. 10.5.2010 - L 7 AS 134/10 B ER; v. 4.10.2010 L 19 AS 942/10 B. LSG Baden-Württemberg v. 25. 8.2010 - L 7 AS 3769/10 ER-B. Bayer. LSG v. 22.12.2010 - L 16 AS 767/10 B-ER. LSG Niedersachsen-Bremen v. 11. 3.2011 - L 13 AS 51/11 B ER. LSG Berlin-Brandenburg v. 30. 6.2011 - L 25 AS 535/11 B ER; v. 30.09.2011 - L 14 AS 1148/11 B ER, L 14 AS 1152/11 B PKH. LSG Schleswig-Holstein v. 14. 9.2011 - L 3 AS 155/11 B ER.

⁴⁴ LSG NRW v. 30.5.2011 – L 19 AS 388/11 B ER.

hat.⁴⁵ Eine abschließende Klarstellung wird wohl nur durch eine erneute Entscheidung des EuGH erreicht werden können.

6.3.4 Langaufhältige EU-Bürger/innen

Das Daueraufenthaltsrecht (§ 4a FreizügG/EU, s.o. Punkt 5.6) gewährleistet einen Anspruch auf soziale Leistungen einschließlich SGB II auch für Personen, die vorher keinen Bezug zum Arbeitsmarkt in Deutschland hatten.

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

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

Das voraussetzungslose Freizügigkeitsrecht der Unionsbürger/innen nach Art. 21 AEUV sieht keine zeitliche Beschränkung vor. Halten sich EU-Bürger/innen ohne Erwerbsbezug länger als 3 Monate in Deutschland auf, werden aber nach Art. 7 UnionRL und § 4 FreizügG/EU ausreichende eigene Existenzmittel vorausgesetzt. Nach der bisherigen Rechtsprechung des EuGH ist dies aber nicht konstitutiv für das Aufenthaltsrecht.

Auch nicht erwerbstätige EU-Bürger/innen können sich beim Zugang zu Sozialleistungen auf die Diskriminierungsverbote in Art. 18 AEUV und Art. 24 UnionsRL berufen. Sofern Sozialleistungen an nicht diskriminierende Voraussetzungen anknüpfen wie etwa eine nachweisliche Bindung an Deutschland, dürfen sie ihnen verwehrt werden, wenn sie diese Voraussetzungen nicht erfüllen. Es sind beim Zugang zu sozialen Leistungen also Beschränkungen erlaubt. Erfüllen bislang wirtschaftlich nicht aktive EU-Bürger/innen allerdings die Voraussetzung eines Leistungsanspruchs, ist er ihnen zu gewähren. Das gilt auch, wenn sie ursprünglich nachweisen mussten, dass der Lebensunterhalt aus eigenen Mitteln gesichert ist.⁴⁶

Werden Sozialleistungen beantragt und bezogen, ist dies allein noch kein zulässiger Grund, den Verlust des Aufenthaltsrechts festzustellen (Art. 14 Abs. 2 UnionsRL). Es muss dann im Einzelfall abgewogen werden, ob die Inanspruchnahme des Sozialsystems unangemessen ist.

6.3.6 Familienangehörige von erwerbstätigen EU-Bürger/innen

Nicht erwerbstätige oder arbeitssuchende Angehörige von wirtschaftlich aktiven EU-Bürger/innen sind wie diese freizügigkeits- und leistungsberechtigt. Dieses abgeleitete Recht ist unabhängig von der eigenen Staatsangehörigkeit.⁴⁷

6.3.7 Familienangehörige von Deutschen

EU-Bürger/innen, die als Familienangehörige von Deutschen nach Deutschland kommen, sind eigentlich vom Leistungsausschluss in den ersten 3 Monaten nach § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 SGB II erfasst. Allerdings erhalten sie zumindest Sozialhilfe und können sich gegebenenfalls auf einen Leistungsanspruch als nicht erwerbstätige EU-Bürger/innen oder auf die VO 883/2004 berufen.

6.3.8 Sozialrechtliches Gleichbehandlungsgebot nach Art. 4 VO 883/2004

Die in der VO benannten Leistungen sind nach Art. 4 VO 883/2004 ausländischen EU-Bürger/innen mit Wohnsitz⁴⁸ in Deutschland unter den gleichen Voraussetzungen wie für Deutsche zu gewähren. Gegen die Anwendung dieses Gleichbehandlungsgebots auf die Ausnahmeregelungen des SGB II ließe sich anführen, dass Art. 24 Abs. 2 UnionsRL erlaubt, bestimmte Unionsbürger/innen vom Bezug der Sozialhilfe auszunehmen. Aber unabhängig von der Frage, ob das

⁴⁵ EuGH (Fn. 38); EuGH (Fn. 40).

⁴⁶ EuGH, Urteil v. 20.9.2001, Rs. C-184/99 <Grzelczyk>

⁴⁷ Bundesagentur für Arbeit, Fachliche Hinweise zu § 7 SGB II (Stand 20.1.2010), Rn. 7.8.

⁴⁸ Zum Problem, ob der Wohnsitz im Rahmen der VO 883/2004 einen rechtmäßigen Aufenthalt nach der UnionsRL voraussetzt: Frings (Fn. 22)

SGB II als Sozialhilfe bewertet werden kann (s.o. Punkt 6.3.3) und damit überhaupt von Art. 24 Abs. 2 UnionsRL erfasst wäre, ist das SGB II ausdrücklich in den Anwendungsbereich der VO 883/2004 einbezogen. Es zählt zu den besonderen beitragsunabhängigen Leistungen (Art. 70 und Anhang X VO 883/2004). Die Wissenschaft und neuere Rechtsprechung hält deswegen den Leistungsausschluss nach § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 und Nr. 2 SGB II für europarechtswidrig⁴⁹ oder zieht die Europarechtskonformität zumindest in Zweifel.⁵⁰

Sofern nicht schon einer der in den vorangegangenen Punkten dargestellten Gründe dazu führt, dass der Leistungsausschluss nicht greift, kann daher auf die VO 883/2004 verwiesen werden. Ob das sozialrechtliche Gleichbehandlungsgebot der Verordnung tatsächlich keinerlei Leistungsausschlüsse in einem gewissen Rahmen zulässt und zu einem gänzlich von einem vorhergehenden Bezug zum Arbeitsmarkt entkoppelten Anspruch auf SGB II-Leistungen für EU-Bürger/innen führt, muss aber erst durch eine höchstrichterliche Entscheidung geklärt werden.⁵¹

6.3.9 Anspruch auf Dolmetscher- und Übersetzungsdienste

Die Amtssprache in Deutschland ist zwar grundsätzlich Deutsch. Freizügigkeitsberechtigten EU-Bürger/innen darf der Zugang zum Arbeitsmarkt aber nicht durch sprachliche Hürden beim Zugang zu den Angeboten der BA erschwert werden. Lässt sich die sprachliche Verständigung nicht durch Beschäftigte der Arbeitsagenturen oder mit Hilfe von Sozialverbänden oder Ehrenamtlichen sicherstellen, besteht die Pflicht Übersetzungen vornehmen zu lassen und Dolmetscherdienste einzusetzen. Die Kosten sind von Amts wegen zu übernehmen.⁵²

6.4 Krankenversicherungspflicht und Krankenversicherung im SGB II⁵³

Seit der Gesundheitsreform von 2007 sollte in Deutschland niemand mehr ohne Krankenversicherungsschutz leben. Wie schon vorher erfasst die Versicherungspflicht sozialversicherungspflichtig Erwerbstätige, Rentner/innen sowie Bezieher/innen von Lohnersatzleistungen und Leistungen nach SGB II. Darüber hinaus sind seit 2007 gem. § 5 Abs. 1 Nr. 13 SGB V fast alle Menschen versicherungspflichtig, die in Deutschland ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben und nicht auf anderer Grundlage krankenversichert sind.

Es muss also immer zunächst geprüft werden, ob eine Krankenversicherung vorliegt und/oder ob es einen Anspruch nach SGB II gibt. Ist dies nicht der Fall, kann geprüft werden, ob eine Kostenübernahme nach SGB XII in Frage kommt (siehe Punkt 6.5).

6.4.1 Krankenversicherung im Herkunftsland

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

Bei EU-Bürger/innen mit Versicherung in einem anderen EU-Mitgliedsstaat sind gem. Art. 19 VO 883/2004 Sachleistungen zu erbringen. Das umfasst medizinische Leistungen von Ärzten und Krankenhäusern sowie Medikamente, soweit die Leistungen im Hinblick auf die voraussichtliche Aufenthaltsdauer erforderlich sind (Art. 25 Abs. 3 VO 987/2009)⁵⁴. Die Patient/innen müssen eine deutsche Gesetzliche Krankenversicherung (GKV) benennen, mit der der Leistungserbringer ab-

⁴⁹ Hessisches LSG v. 14. Juli 2011 – L 7 AS 107/11 B ER; SG Berlin v. 26.3.2012, Az.: S AS 6145/12 ER.

⁵⁰ LSG Niedersachsen-Bremen v. 11. August 2011 – L 15 AS 188/11 B ER; LSG Baden-Württemberg v. 24. Oktober 2011 – L 12 AS 3938/11; SG Dresden v. 5.8.2011 - S 36 AS 3461/11 ER; SG Berlin v. 24.5.2011 - S 149 AS 17644/09.

⁵¹ Ausführlich zur VO 883/2004: Frings (Fn. 22).

⁵² HEGA 05/11 – 08 - Inanspruchnahme von Dolmetscher- und Übersetzungsdiensten, <http://www.arbeitsagentur.de> > Veröffentlichungen > Weisungen > Internes

⁵³ Ausführlich: Frings (Fn. 22).

⁵⁴ 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

rechnet. Die GKV ihrerseits wendet sich an die Kassenärztliche Vereinigung, die über die Deutsche Verbindungsstelle Krankenversicherung⁵⁵ mit dem Träger im Herkunftsland die Abrechnung abwickelt. Das geschieht mittels der Europäischen Krankenversicherungskarte (EHIC). Allerdings wird die EHIC von Ärzten und Krankenhäusern nicht immer akzeptiert. Das ist zwar rechtswidrig, stellt die Betroffenen aber vor Probleme bei der Rechtsdurchsetzung.

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

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

Ausnahmen von der Versicherungspflicht gelten für drei Ausländergruppen (§ 5 Abs. 11 SGB V). Hier interessant sind nur wirtschaftlich nicht aktive EU-Bürger/innen (für EWR-Staatsangehörige und Schweizer Staatsbürger/innen gilt das gleiche), bei denen gem. § 4 FreizügG/EU der Besitz einer Krankenversicherung vorausgesetzt wird (§ 5 Abs. 11 S. 2 SGB V).

Die Krankenversicherung gehört zu den Systemen sozialer Sicherheit, bei den EU-Bürger/innen mit Blick auf die Rechte und Pflichten deutschen Staatsangehörigen gleichgestellt sind (Art. 4 VO 883/2004). Da von der Versicherungspflicht seit 2007 auch wirtschaftlich inaktive Deutsche erfasst sind, muss dies auch für wirtschaftlich inaktive EU-Bürger/innen mit Wohnsitz⁵⁶ in Deutschland gelten, sofern sie nicht mehr im Herkunftsland abgesichert sind (Art. 11 Abs. 3 Nr. c und Art. 17 VO 883/2004). § 4 FreizügG/EU setzt den Nachweis einer Krankenversicherung voraus, so dass ihr Fehlen möglicherweise Folgen für das Aufenthaltsrecht hat (s.o. Punkt 5.7). Für die Versicherungspflicht kann dies aber nicht die bestimmende Frage sein. Hier muss wie beim Zugang zu sozialen Leistungen auf die tatsächliche Situation abgestellt werden (s.o. Punkt 6.3.5).

Da sich wirtschaftlich nichtaktive Unionsbürger/innen ohne anderweitigen Krankenversicherungsschutz in der gleichen Situation befinden wie von der so genannten Bürgerversicherung gem. § 5 Abs. 1 Nr. 13 SGB V erfasste Deutsche, ist ihr Ausschluss ein Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot.⁵⁷ § 5 Abs. 11 S. 2 SGB II muss europarechtskonform dahingehend ausgelegt werden, dass wirtschaftlich inaktive EU-Bürger/innen, die nicht tatsächlich anderweitig krankenversichert sind, unter die Bürgerversicherung fallen.

Bei wirtschaftlich inaktiven EU-Bürger/innen ohne Krankenversicherung im Herkunftsland ist also entweder von einer Pflichtversicherung in Deutschland nach § 5 Abs. 1 Nr. 13 SGB V auszugehen, die auch wenn Beiträge nicht geleistet wurden zumindest eine Notversorgung sicherstellt (s.u. Punkt 6.4.3).

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

6.4.3 Pflichtversicherung in der GKV und Versicherungspflicht in der PKV

Diejenigen der der Pflichtversicherung nach § 5 SGB V unterliegen, sind kraft Gesetz in der gesetzlichen Krankenversicherung versichert. Abgesehen von geringfügig Beschäftigten sind EU-Bürger/innen (wie Deutsche auch) immer dann in der GKV pflichtversichert, wenn sie in Deutschland einer Beschäftigung nachgehen. Das gilt auch für Schwarzarbeit (§ 5 Abs. 1 Nr. 1 SGB V).

⁵⁵ <http://www.dvka.de>

⁵⁶ Zum Problem, ob der Wohnsitz im Rahmen der VO 883/2004 einen rechtmäßigen Aufenthalt nach der UnionsRL voraussetzt: Frings (Fn. 22).

⁵⁷ Zum Gleichbehandlungsgebot siehe Punkt 6.1 und 6.3.8

Allerdings stellt das in der Praxis vor das Problem, eine Versicherung auszuwählen, die ihrer Pflicht zu Aufnahme des Versicherten auch nachkommt. Weiter muss die Schwarzarbeit aufgedeckt werden.

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

Bei einem Verstoß gegen die Versicherungspflicht laufen trotz „Nichtversicherung“ Beitragsschulden auf. Bei Versicherten in der Gesetzlichen Krankenversicherung gilt das seit Inkrafttreten der Reform zum 1.4.2007, weil die Frist seit In-Kraft-Treten des Gesetzes läuft - bzw. bei Ausländer/innen seit der Einreise. Für ausstehende Beiträge entstehen Säumniszuschläge nach § 24 Abs. 1a SGB IV.

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

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

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

6.4.4 Krankenversicherung im Rahmen des SGB II

Wer leistungsberechtigt nach SGB II ist, ist in der gesetzlichen Krankenversicherung versichert (§ 5 Abs. 2a SGB V). Allerdings gelten hier Einschränkungen für Personen, die unmittelbar vor der Arbeitslosigkeit privat oder gar nicht krankenversichert waren. Sie gehören zu dem Personenkreis, der der Privaten Krankenversicherung zugeordnet ist (§ 5 Abs. 5a SGB V). Auch die Kosten der Privaten Krankenversicherung werden nach einer Entscheidung des Bundessozialgerichts vom 18. Januar 2011⁵⁸ in voller Höhe übernommen.

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

6.5 Sozialhilfe

Die Leistungen des SGB XII umfassen:

- Leistungen zum Lebensunterhalt,
- Grundsicherung im Alter und bei Erwerbsminderung
- Hilfe bei Krankheit einschließlich Hilfe bei Schwangerschaft und Mutterschaft

⁵⁸ BSG, Urteil v. 18.1.2011 - B 4 AS 108/10 R.

- Eingliederungshilfe für behinderte Menschen
- Hilfe zur Pflege
- Hilfe in besonderen Lebenslagen

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

Bei anderen EU-Bürger/innen erlaubt Art. 24 Abs. 2 UnionsRL sie vom Leistungsbezug auszuschließen. Sofern allerdings Einheimische in einer vergleichbaren Situation Sozialhilfe bekämen, muss auch arbeitssuchenden oder aus anderem Grund nicht erwerbstätigen Unionsbürger/innen Sozialhilfe gewährt werden.⁵⁹ Allerdings kann bei Bezug von Sozialhilfe dann der Verlust des Freizügigkeitsrechts festgestellt werden, wenn die Leistungen einen unangemessenen Umfang erreichen (Art. 14 Abs. 1 UnionsRL). Wann das gegeben ist, hängt vom Einzelfall ab.

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

Gem. § 21 SGB XII sind Personen, die grundsätzlich nach SGB II anspruchsberechtigt sind, vom Anspruch auf Leistungen zum Lebensunterhalt nach SGB XII ausgeschlossen. Andere Leistungen wie die Hilfen zur Gesundheit nach §§ 47 ff. SGB XII sind vom Leistungsausschluss nicht erfasst.⁶⁰ Bei den Leistungen zum Lebensunterhalt gilt für EU-Bürger/innen, dass der Leistungsausschluss nach § 7 Abs. 1 S. 2 SGB II immer dann, wenn man ihn bejaht, nach Auffassung vieler Gerichte dazu führt, dass der Leistungsausschluss nach § 21 SGB XII nicht greift: Der Gleichbehandlungsanspruch nach Art. 18 AEUV macht es demnach erforderlich, § 21 S. 1 SGB XII europarechtskonform dahingehend auszulegen, dass diese Personen als nicht leistungsberechtigt nach dem SGB II anzusehen sind⁶¹ und damit nicht nach § 21 SGB XII von der Sozialhilfe ausgeschlossen sind.

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

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

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

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

Ein genereller Ausschluss von arbeitssuchenden EU-Bürger/innen aus dem SGB XII widerspricht dem Gleichbehandlungsgebot nach Art. 18 und Art. 45 AEUV. Sofern Einheimische in der gleichen Situation Leistungen bekämen, müssen sie auch EU-Bürger/innen zugesprochen werden. Zu beachten ist hier allerdings, dass der EuGH regelmäßig Fälle zu entscheiden hatte, in denen die Kläger/innen bereits einen engeren Bezug zum Wohnortsmitgliedstaat entwickelt hatten.⁶²

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

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

⁵⁹ EuGH v. 7.9.2004 (Trojani) Rs. C-456/02

⁶⁰ BSG, Urteil v. 19.5.2009 – B 8 SO 4/08 R

⁶¹ LSG NRW, Beschluss v. 27.6.2007 - L 9 B 80/07 AS ER

⁶² EuGH (Fn. 59); weitere Fundstellen s.o. Punkte 5.1, 5.3.3.3 und 5.3.5

6.5.5 Kein Anspruchsausschluss für Staatsangehörige der EFA-Staaten

Auch das SGB XII gehört zu den Leistungsgesetzen, die vom EFA erfasst sind (zum EFA siehe s.o. Punkt 6.2). Die Bundesregierung hat hier einen leistungsbeschränkenden Vorbehalt abgegeben, allerdings betrifft dieser Vorbehalt nur die Hilfen nach § 67 ff. SGB XII.⁶³ Im Übrigen haben die Staatsangehörigen der EFA-Staaten Ansprüche nach SGB XII wie Deutsche auch.⁶⁴

Strittig ist, ob auch die Angehörigen der EU-Staaten, die das EFA nicht unterzeichnet haben, indirekt Ansprüche ableiten können. Die Rechtsprechung des EuGH besagt, dass die Vorteile, die sich aus einem Abkommen zwischen einem Mitgliedstaat und einem Drittstaat ergeben, grundsätzlich allen Staatsangehörigen von EU-Mitgliedstaaten gewährt werden müssen.⁶⁵ 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.

6.5.6 Leistungen nach Ermessen trotz Ausschluss

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

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

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

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

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

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

Strittig ist insbesondere die Frage, ob ein Anspruch auf Leistungen nach SGB II für Rumänen/innen und Bulgaren/innen besteht, die eigens zum Zweck der Arbeitssuche eingereist sind. Hier sind sie wie andere EU-Bürger/innen zu behandeln (s.o. Punkte 6.3.3.3 und 6.3.8).

Machen die Betroffenen ohne Erwerbstätigkeit vom allgemeinen Freizügigkeitsrecht Gebrauch, ist ihr Zugang zu sozialen Leistungen wie bei anderen nicht erwerbstätigen EU-Bürger/innen beschränkbar (s.o. Punkte 6.3.5, 6.3.8 und 6.5): Bei Leistungen, die an den gewöhnlichen Wohnsitz anknüpfen, muss dieser nachgewiesen werden. Dazu dient in der Regel die Anmeldung, die ohne Nachweis einer Erwerbstätigkeit oder eines gesicherten Einkommens in der Praxis oft bewusst erschwert wird.

⁶³ <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ListeDeclarations.asp?NT=014&CM=8&DF=9/17/2006&CL=GER&VL=1>

⁶⁴ vgl.: Rundschreiben der Berliner Senatsverwaltung für Gesundheit und Soziales v. 24.2.2012, http://www.fluechtlingsinfo-berlin.de/fr/pdf/SenGesSoz_EFA_SGBXII_240212.pdf; BSG (Fn. 3)

⁶⁵ EuGH, Urteil v. 15. 1. 2002 (Gottardo), Rs. C-55/00

7 Familienleistungen

7.1 Kindergeld

Das Bundeskindergeldgesetz und das Einkommensteuergesetz wurden Ende 2006 geändert, weil das BVerfG den Ausschluss von Ausländer/innen mit einer Aufenthaltsbefugnis für verfassungswidrig erklärt hatte.⁶⁶ EU-Bürger/innen erhalten Kindergeld gem. § 1 Abs. 3 BKGG und § 62 Abs. 2 EStG, wenn sie einen verfestigten Aufenthaltsstatus bzw. Perspektive für einen Daueraufenthalt haben.⁶⁷ Demnach haben EU-Bürger/innen einen Anspruch.

In der Regel müssen die Kinder ihren Wohnsitz in Deutschland haben (§ 2 Abs. 5 BKGG; § 63 Abs. 1 EStG). Darüber hinaus werden Kinder berücksichtigt, wenn ein Elternteil in Deutschland uneingeschränkt einkommenssteuerpflichtig ist und das Kind im EU-Ausland oder einem EWR-Staat lebt. Die Kinder von Grenzgängern, die in Deutschland arbeiten und hier einkommenssteuerpflichtig sind, werden auch dann berücksichtigt, wenn sie gemeinsam mit dem Grenzgänger in einem beliebigen Staat leben (§ 63 Abs. 1 S. 3 EStG).⁶⁸

Leben die Eltern in verschiedenen Mitgliedstaaten, muss geprüft werden, welcher Mitgliedstaat zuständig ist bzw. werden die Ansprüche aus den verschiedenen Mitgliedstaaten verrechnet.⁶⁹

7.2 Elterngeld

Für das Elterngeld gilt das gleiche wie für das Kindergeld.

7.3 Kinderzuschlag (§ 6a Bundeskindergeldgesetz)

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

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

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

- Ein Anspruch auf Kindergeld (s.o. Punkt 7.1)
- Die Mindesteinkommensgrenze von 900 Euro monatlichem Bruttoeinkommen (Alleinerziehende: 600 Euro) wird ohne Wohngeld und Kindergeld erreicht.
- Das zu berücksichtigende Einkommen darf die Höchsteinkommensgrenze nicht übersteigen. Die Höchsteinkommensgrenze setzt sich zusammen aus der Höhe von pauschalierten Leistungen nach SGB II und den Anteil an den Kosten für Unterkunft und Heizung für die Eltern sowie der Höchstsatz für den Kinderzuschlag.⁷⁰
- 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

⁶⁶ Gesetz zur Anspruchsberechtigung von Ausländern wegen Kinder- und Erziehungsgeld sowie Unterhaltsvorschuss v. 13.12.2006, BGBl. I Nr. 60, S. 2915

⁶⁷ Ausführlich: Bundeszentralamt für Steuern (Hg.), Dienstanweisung zur Durchführung des Familienleistungsausgleichs nach dem X. Abschnitt des Einkommensteuergesetzes (DA-FamEStG) - Stand 2011, S. 17 ff.

⁶⁸ DA-FamEStG (Fn. 67), S. 67. Zu Familienleistungen von EU-Bürger/innen und anerkannten Flüchtlingen: Familienkasse Direktion (Hg.). Durchführungsanweisung zum über- und zwischenstaatlichen Recht (RV 1 – 7543) - Stand: Januar 2010

⁶⁹ Ausführlich: Frings (Fn. 22)

⁷⁰ Berechnungsbeispiele: Merkblatt Kinderzuschlag 2010, download: <http://www.arbeitsagentur.de> > Bürgerinnen & Bürger > Familie und Kinder > Kindergeld, Kinderzuschlag.

Wohngeld - durch die Zahlung von Kinderzuschlag soweit gedeckt, dass ein Anspruch auf Leistungen nach SGB II nicht entsteht.

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

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

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

8 Infos/Literatur

Aktuelle Gesetze

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

SGB II und SGB XII

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

Rechtsprechung:

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

Ausländerrecht

- Allgemeine Verwaltungsvorschrift zum Aufenthaltsgesetz: http://www.verwaltungsvorschriften-im-internet.de/bsvwbund_26102009_MI31284060.htm
- Allgemeine Verwaltungsvorschrift zum Freizügigkeitsgesetz/EU: http://www.verwaltungsvorschriften-im-internet.de/bsvwbund_26102009_MI19371156524.htm
- <http://auslaender-asyl.dav.de/>
- <http://www.asyl.net/>
- <http://www.fluechtlingsrat-berlin.de/>
- <http://www.migrationsrecht.net/>

Europäische Union

- <http://www.aeuv.de/>