



# Rechtliche Aspekte der Zuwanderung aus Südosteuropa

Seminar für den Internationalen Bund

**Andreas Hofmann**  
- Richter am Sozialgericht -

Frankfurt, 6. Juni 2013

# Themenübersicht:

## **A. Verknüpfung des Sozialrechts mit dem Ausländerrecht**

## **B. Crashkurs Freizügigkeitsgesetz/EU**

I. Allgemeines

II. Zur Erinnerung: Rechtmäßiger Aufenthalt von Drittstaatsangehörigen

III. Rechtmäßiger Aufenthalts von Unionsbürgern

## **C. Leistungsansprüche von Ausländern am Beispiel des SGB II**

I. Leistungsausschluss wegen Leistungsanspruch nach dem AsylbLG

II. Erwerbsfähigkeit von Ausländern – Möglichkeiten der Erwerbstätigkeit

III. Gewöhnlicher Aufenthalt von Ausländern

IV. Leistungsausschluss in den ersten drei Monaten nach der Einreise

V. Leistungsausschluss bei Aufenthalten allein zum Zwecke der Arbeitsuche

VI. Europarechtskonformität des Leistungsausschlusses bei Aufenthalten allein zur Arbeitsuche

## 1. Sozialrechtliche Vorschriften mit ausländerrechtlichen Bezug sind beispielsweise:

- a) § 7 Abs. 1 SGB II: Leistungsvoraussetzungen und -ausschluss im SGB II
- b) § 23 SGB XII: Sozialhilfe für Ausländer
- c) § 1 AsylbLG: Personeller Anwendungsbereich des Gesetzes
- d) § 5 Abs. 11 SGB V: Gesetzliche Krankenversicherung bei Ausländern
- e) § 6 SGB VIII: Kinder- und Jugendhilfeleistungen bei Ausländern
- f) § 62 EStG: Kindergeld für Ausländer
- g) § 1 BKGG: Kindergeld für Ausländer
- h) § 1 BEEG: Elterngeld für Ausländer
- i) § 59 SGB III: Berufsausbildungsbeihilfe für Ausländer

## 2. Das Bestehen sozialrechtlicher Ansprüche ist bei Ausländern abhängig vom

- dem ganz konkreten Aufenthaltsstatus
- bei Unionsbürgern vom Bestehen bzw. Nichtbestehen der Freizügigkeit
- teilweise von Ergehen bzw. Nichtergehen ausländerrechtlicher Entscheidungen durch die Ausländerbehörde

## 3. Die im Bereich des Sozialrechts tätigen Behörden

- dürfen keine ausländerrechtlichen Entscheidungen treffen
- Sind an die Entscheidungen der Ausländerbehörden gebunden
- müssen jedoch gesetzlich eintretende Folgen des Ausländerrechts bei ihren Entscheidungen berücksichtigen

## I. Allgemeines

### 1. Definition:

*Ausländer ist jeder, der nicht Deutscher im Sinne des Artikels 116 Abs. 1 GG ist.*  
(§ 2 Abs. 1 AufenthG)

### 2. Das Ausländerrecht unterscheidet:

- **Unionsbürger und deren Familienangehörige aus Drittstaaten**

- = Staatsangehörige anderer Mitgliedsstaates der Europäischen Union (vgl. § 1 FreizügG/EU)
- = Deren Familienangehörige im Sinne des § 3 Abs. 2 FreizügG/EU

Europarechtliche  
Regelungen  
+  
FreizügG/EU

- **Staatsangehörige von Staaten, mit denen es europäische Verträge o.ä. gibt**

- = Türkische Staatsangehörige mit entsprechenden Rechten nach ARB 1/80
- = EWR – Staater (Island, Liechtenstein, Norwegen)
- = Ggf. Personen, die unter das Europa - Mittelmeerabkommen fallen

AufenthG

- **Drittstaatsangehörige**

- = Staatsangehörige eines anderen Staates als der BRD oder anderen Mitgliedsstaates der EU (vgl. Art. 2 lit. b) EG-AsylZustVO)

- **Positivstaater**

- = Drittstaatsangehöriger, der ohne Visum in die BRD einreisen und sich dort kurzzeitig aufhalten darf (vgl. § 15 AufenthV)

### I. Allgemeines

#### 3. Je nach „Angehörigkeit“ zu einer der zuvor genannten Gruppen ändern sich

- die Rechtsgrundlagen bzw. das anzuwendende Gesetz
- die Voraussetzungen innerhalb eines Gesetzes für die Begründung eines rechtmäßigen Aufenthaltes
- die administrativen Anforderungen an den Ausländer zur Erlangung eines Aufenthaltsrechts (Ist ein Verwaltungsverfahren erforderlich oder nicht?)
- die Bestimmungen über die Zulässigkeit einer Arbeitsaufnahme in der BRD
- die Regelungen über die Beendigung eines rechtmäßig begründeten Aufenthalts

### II. Zur Erinnerung: Rechtmäßiger Aufenthalt von Drittstaatsangehörigen

- Grundsätzliches Regelwerk: Aufenthaltsgesetz
- Ein rechtmäßiger Aufenthalt entsteht hier erst mit der Erteilung des Aufenthaltstitels (vgl. § 4 Abs. 1 AufenthG); Ein Anspruch auf einen Aufenthaltstitel genügt nicht.
- Dem Aufenthaltstitel ist auch der Grund für seine Erteilung zu entnehmen, in der Regel durch Benennung der Vorschrift, die der Erteilung zugrunde lag
- Der Aufenthaltstitel regelt auch die Frage der rechtmäßigen Aufnahme einer Erwerbstätigkeit
- Ob ein Ausländer einer Erwerbstätigkeit nachgehen darf, ergibt sich entweder aus dem AufenthG oder unmittelbar aus dem ihm erteilten Aufenthaltstitel (§ 4 Abs. 2 und 3 AufenthG)
- Die in einem Aufenthaltstitel enthaltenen arbeitsgenehmigungsrechtlichen „Nebenbestimmungen“ sind genau zu prüfen.  
Bspw. sind die Nebenbestimmungen:  
„*Aufnahme einer Erwerbstätigkeit nicht gestattet*“ und  
„*Aufnahme einer Erwerbstätigkeit nur nach vorheriger Erlaubnis gestattet*“  
inhaltlich nicht identisch, da nur im ersten Fall explizit ein Verbot enthalten ist

### II. Zur Erinnerung: Rechtmäßiger Aufenthalt von Drittstaatsangehörigen

- § 51 AufenthG zählt vollumfänglich die Möglichkeiten auf, wie ein Aufenthaltstitel zum Erlöschen gebracht und damit der rechtmäßigen Aufenthalt beendet werden kann. Die relevantesten Möglichkeiten sind:
  - Ablauf der Geltungsdauer
  - Rücknahme und Widerruf des Aufenthaltstitels
  - Ausweisung des Ausländers
  - Verlassen des Bundesgebietes aus einem seiner Natur nach nicht vorübergehenden Grund
  - Verlassen des Bundesgebietes für mehr als sechs Monate oder einer von der Ausländerbehörde bestimmten längeren Frist
- § 50 AufenthG:  
Der Ausländer ist kraft Gesetzes zur Ausreise verpflichtet und hat das Bundesgebiet unverzüglich oder, wenn eine Ausreisefrist gesetzt ist, bis zum Ablauf der Frist zu verlassen.
- Reist ein Ausländer nicht freiwillig aus, ist dieser abzuschieben. Dies setzt nach § 58 AufenthG voraus:
  - Die Ausreisepflicht
  - Vollziehbarkeit der Ausreisepflicht
  - Abschiebungsandrohung (als spezielle Zwangsmittelandrohung)
  - Ablauf der Ausreisefrist

### III. Rechtmäßiger Aufenthalts von Unionsbürgern

- Regelungswerke:
  - auf supranationaler Ebene: primäres/sekundäres Unionsrecht, (Insbes. AEUV und UnionsRL)
  - auf nationaler Ebene: Freizügigkeitsgesetz/EU + AufenthG (teilweise)
  - bei fehlender Freizügigkeit: AufenthG, wenn bzw. sobald Freizügigkeit nicht (mehr) fingiert wird
- Unionsbürger genießen unmittelbar Kraft Unionsrecht Freizügigkeit in den anderen Mitgliedsstaaten der Europäischen Union, dürfen also, unter den geltenden Bedingungen und Beschränkungen, in diese Staaten einreisen und sich dort aufhalten (Art. 20, 21 AEUV)
- Das FreizügG/EU regelt auf nationaler Ebene dieses Recht von Unionsbürgern und ihren (ggf. auch aus einem Drittstaat stammenden) Familienangehörigen. Es setzt zugleich die Vorgaben der Unionsbürgerrichtlinie (RL 2004/38/EG) um
- Da das Freizügigkeitsrecht unmittelbar aus den Gesetzen heraus entsteht, kann der Zweck des Aufenthaltes - falls erforderlich - während des Aufenthaltes ausgetauscht werden, die Freizügigkeit bleibt jedoch unverändert bestehen

### III. Rechtmäßiger Aufenthalts von Unionsbürgern

- Der Erteilung eines Aufenthaltstitels bedarf es für die Entstehung eines Aufenthaltsrechtes nicht. Jegliche Art von Bescheinigung über das Aufenthaltsrecht hat allein deklaratorischen Charakter

- BSG – B 14 AS 23/10 R-:

*„Dass der Kläger sich rechtmäßig in der Bundesrepublik aufhält, ergibt sich bereits daraus, dass er über eine Freizügigkeitsbescheinigung nach § 5 FreizügG/EU verfügt.*

*Gegen eine Rechtmäßigkeit des Aufenthalts spricht auch nicht, dass dieser Bescheinigung nach dem Wortlaut der Vorschrift („... über das Aufenthaltsrecht ausgestellt“) nur deklaratorischer Charakter im Hinblick auf das sich unmittelbar aus dem Gemeinschaftsrecht ergebende Freizügigkeitsrecht zukommt und es sich um keinen Aufenthaltstitel handelt.*

*Denn es entspricht der gesetzlichen Konzeption des Freizügigkeitsrechts, von der Rechtmäßigkeit des Aufenthalts auszugehen, solange die Ausländerbehörde nicht von ihrer Möglichkeit Gebrauch gemacht hat, den Verlust oder das Nichtbestehen des Aufenthaltsrechts nach § 5 Abs 5 FreizügG/EU festzustellen und die Bescheinigung über das gemeinschaftsrechtliche Aufenthaltsrecht einzuziehen.“*

➤ *Anmerkungen:*

- 1. Das BSG verkennt, dass die Vermutung der Freizügigkeit aus dem FreizügG/EU entstammt und daher nicht auf die Bescheinigung bezogen werden darf.*
- 2. Die Freizügigkeitsbescheinigung ist im Januar 2013 abgeschafft worden*

### III. Rechtmäßiger Aufenthalts von Unionsbürgern

#### Wesentliche Regelungen des FreizügG/EU:

- Einräumung des Recht auf zweckfreien Aufenthalt für die Dauer von bis zu drei Monate
- Die Bedingungen, unter denen Unionsbürger zur Ausübung des Rechts auf Freizügigkeit in die BRD einreisen und sich hier dauerhaft aufhalten dürfen, insbesondere zu folgenden Zwecken:
  - Arbeitnehmer, Arbeitssuche, Berufsausbildung
  - Selbständige Erwerbstätigkeit  
(Niedergelassen bzw. als Erbringung von Dienstleistungen)
  - Dienstleistungserbringung durch Selbständige ohne Niederlassung
  - Empfänger von Dienstleistungen
  - Nicht erwerbstätige Unionsbürger
  - Familienangehörige
- Voraussetzungen für die Erlangung eines zweckfreien Daueraufenthaltsrecht
- Konsequenzen, wenn kein Aufenthaltzweck mehr besteht, insbesondere die Feststellung, dass Freizügigkeit nicht besteht bzw. weggefallen ist

### III. Rechtmäßiger Aufenthalts von Unionsbürgern

#### 1. Vermutung der Freizügigkeit

- BT-Drs 15/420, S. 106 zu § 11 FreizügG/EU:  
*„Auf Unionsbürger und ihre Familienangehörigen, die nicht oder nicht mehr nach Gemeinschaftsrecht freizügigkeitsberechtigt sind und auch kein Aufenthaltsrecht nach § 2 Abs. 5 genießen, findet dieses Gesetz keine Anwendung, sondern die Betroffenen unterliegen dem allgemeinen Ausländerrecht. Entsprechend dem Grundsatz, dass Unionsbürger und ihre Angehörigen weitestgehend aus dem Geltungsbereich des allgemeinen Ausländerrechts herausgenommen werden, setzt dies einen - nicht notwendigerweise unanfechtbaren - Feststellungsakt der zuständigen Behörde voraus.  
Damit gilt für den in § 1 beschriebenen Personenkreis zunächst eine Vermutung der Freizügigkeit.“*
- BVerwG zu § 2 Abs. 1 FreizügG/EU (Urt. v. 16.11.2010 -1 C 17/09 -):  
*„...Denn diese Regelung beruht auf der Vermutung eines Freizügigkeitsrechts zugunsten der in § 1 FreizügG/EU genannten Personen, ...“*
- Bei Unionsbürgern wird nach dem Willen des nationalen Gesetzgebers (str.) die Freizügigkeit vermutet, bis die Ausländerbehörde deren Wegfall oder Verlust feststellt. (OVG Bremen, Beschl. v. 21.01.2011 -1 B 242/10-; VG Darmstadt, Urt. v. 03.03.2011 -5 K 11/10.DA-; SG Darmstadt, Beschl. v. 04.05.2012 – S 16 AS 282/12 ER -)
- Streitig: Beendet die Verlustfeststellung die Vermutung unmittelbar oder erst mit Ihrer Vollziehbarkeit?

### III. Rechtmäßiger Aufenthalts von Unionsbürgern

#### 2. Die einzelnen Aufenthaltszwecke

##### a) Arbeitnehmer und Auszubildende:

➤ Vgl. Zif. 2.2.1.1 der AVV zu FreizügG/EU:

*„Nach Gemeinschaftsrecht gilt als "Arbeitnehmer", wer im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses während einer bestimmten Zeit eine tatsächliche, echte und nicht nur völlig untergeordnete oder unwesentliche Tätigkeit für einen anderen nach dessen Weisung ausübt, für die er als Gegenleistung eine Vergütung erhält. Dabei ist nur auf objektive Kriterien abzustellen.“*

➤ Vgl. Zif. 2.2.1.1 der AVV zu FreizügG/EU:

*„Als Arbeitnehmer gilt auch, wer eine Berufsausbildung im dualen System absolviert.“*

➤ Beispiele aus der Rsp des EuGH

(Rs. 139/85 - Kempf, Rs. C-456/02 - Trojani, Rs. C-413/01 - Ninni-Orasche):

- Tätigkeiten mit einer Wochenarbeitszeit von 10 bis 12 Wochenstunden begründen den Arbeitnehmerstatus
- Es gibt in der Rsp. bisher keinen Mindestbetrag für eine Vergütung, der erreicht werden muss, um den Arbeitnehmerstatus zu erlangen
- In der Regel begründet damit schon eine geringfügige Beschäftigung oder Teilzeitbeschäftigung den Arbeitnehmerstatus
- Auch eine Beschäftigung von kurzer Dauer begründet den Arbeitnehmerstatus, der dann wegen § 2 Abs. 3 S. 2 FreizügG/EU ggf. noch 6 Monate erhalten bleibt

### III. Rechtmäßiger Aufenthalts von Unionsbürgern

#### 2. Die einzelnen Aufenthaltszwecke

##### a) Arbeitnehmer:

###### ➤ Grenzen des Freizügigkeitsrechts:

- EuGH, Urt. v. 26.02.1992 - Rs C - 357/89:

*„Die Dauer der von dem Betroffenen verrichteten Tätigkeiten ist ein Gesichtspunkt, den das innerstaatliche Gericht bei der Beurteilung der Frage berücksichtigen kann, ob es sich hierbei um tatsächliche und echte Tätigkeiten handelt oder ob sie vielmehr einen so geringen Umfang haben, daß sie nur unwesentlich und untergeordnet sind.“*

- EuGH, Urt. v. 21.06.1988 – Rs Lair C - 39/86:

„Soweit das Vorbringen der drei genannten Mitgliedstaaten von der Sorge bestimmt ist, gewissen Mißbräuchen vorzubeugen, von denen etwa dann die Rede sein könnte, wenn sich an-hand objektiver Merkmale nachweisen ließe, daß sich ein Arbeitnehmer nur in der Absicht in einen Mitgliedstaat begibt, dort nach einer sehr kurzen Berufstätigkeit eine Förderung für Studenten in Anspruch zu nehmen, ist festzustellen, daß solche Mißbräuche durch die in Rede stehenden gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen nicht gedeckt sind.“

- EuGH, Urt. v. 02.05.1996 – Rs Paletta II C - 206/94:

*„... Die mißbräuchliche oder betrügerische Geltendmachung von Gemeinschaftsrecht ist nämlich nicht gestattet.“*

### III. Rechtmäßiger Aufenthalts von Unionsbürgern

#### 2. Die einzelnen Aufenthaltzwecke

##### b) Arbeitssuche

- Vgl. Zif. 2.2.1.3 der AVV zu FreizügG/EU:

*„Nach den ersten drei Monaten, in denen das Aufenthaltsrecht ohnehin keinen zweckgebundenen Voraussetzungen unterliegt, bleibt das Aufenthaltsrecht bestehen, wenn begründete Aussicht besteht, einen Arbeitsplatz zu finden. Begründete Aussicht, einen Arbeitsplatz zu finden, kann angenommen werden, wenn der Arbeitssuchende aufgrund seiner Qualifikation und des aktuellen Bedarfs am Arbeitsmarkt voraussichtlich mit seinen Bewerbungen erfolgreich sein wird. Dies ist zu verneinen, wenn er keinerlei ernsthafte Absichten verfolgt, eine Beschäftigung aufzunehmen.“*

- Art. 14 Abs. 4 lit. b) UnionsRL:

*„... darf gegen Unionsbürger und ihre Familienangehörigen auf keinen Fall eine Ausweisung verfügt werden, wenn die Unionsbürger in das Hoheitsgebiet des Aufnahmemitgliedstaats eingereist sind, um Arbeit zu suchen. In diesem Fall dürfen die Unionsbürger und ihre Familienangehörigen nicht ausgewiesen werden, solange die Unionsbürger nachweisen können, dass sie weiterhin Arbeit suchen und dass sie eine begründete Aussicht haben, eingestellt zu werden.“*

- Der Aufenthaltzweck zur Arbeitssuche ist kein Auffangtatbestand sondern verlangt eine aktive Suche auf dem Arbeitsmarkt. Erfolgt keine Arbeitssuche, ist Freizügigkeit aus diesem Zweck nicht gegeben.

### III. Rechtmäßiger Aufenthalts von Unionsbürgern

#### 2. Die einzelnen Aufenthaltzwecke

##### b) Arbeitssuche

- EuGH Rs. Vatsouras, Koupatantze, - C-22/08, C-23/08 -:  
„Es ist jedoch legitim, dass ein Mitgliedstaat eine solche Beihilfe erst gewährt, nachdem das Bestehen einer tatsächlichen Verbindung des Arbeitssuchenden mit dem Arbeitsmarkt dieses Staates festgestellt wurde.“

Aus den zuvor dargestellten Regelungen und Entscheidungen ergibt sich, dass

- allein die Behauptung von Einreise und Aufenthalt zur Arbeitssuche nicht genügt
- ein Nachweis für die aktive Arbeitssuche verlangt werden kann
- es überhaupt eine begründete Aussicht auf Erfolg der Arbeitssuche geben muss, was wiederum
  - vom Arbeitsmarkt
  - von der beruflichen und ggf. sprachlichen Qualifikation des Betroffenen abhängt.
- Achtung:  
Entfällt das Freizügigkeitsrecht, muss dies durch die Ausländerbehörde festgestellt werden (§ 5 Abs. 4 FreizügG/EU), bis dahin wird Freizügigkeit vermutet!

### III. Rechtmäßiger Aufenthalts von Unionsbürgern

#### 2. Die einzelnen Aufenthaltszwecke

##### c) Selbständige

- Vgl. Zif. 2.2.2 der AVV zu FreizügG/EU:  
*„Niedergelassene Erwerbstätige (Artikel 43 ff. EGV) (Anmerkung: = Selbständige) sind Personen, die eine nicht weisungsgebundene und nicht untergeordnete, auf Kontinuität angelegte selbständige Erwerbstätigkeit in einem Mitgliedstaat aufnehmen und ausüben.“*
- Erforderlich sind somit
  - Eine (gewerbliche) Niederlassung in der BRD, d.h. eine feste Einrichtung des Betriebs in der BRD (als Abgrenzung zur Dienstleistungserbringung)
  - Eine wirtschaftliche Betätigung, d.h. es muss zumindest auch ein Erwerbszweck verfolgt werden, was
    - eine entgeltliche Leistungserbringung und dadurch
    - eine Teilnahme am Wirtschaftsleben verlangt.

##### d) Erbringung von Dienstleistungen (aktive Dienstleistungsfreiheit)

- Vgl. Zif. 2.2.3 der AVV zu FreizügG/EU:  
*„Erbringer von Dienstleistungen behalten ihren Sitz im Herkunftsmitgliedstaat bei und erbringen ihre Leistungen grenzüberschreitend während eines begrenzten Zeitraums in einem anderen Mitgliedstaat.“*

### III. Rechtmäßiger Aufenthalts von Unionsbürgern

#### 2. Die einzelnen Aufenthaltszwecke

##### e) Empfänger von Dienstleistungen (passive Dienstleistungsfreiheit)

- Vgl. Zif. 2.2.4 der AVV zu FreizügG/EU:

*„Empfänger von Dienstleistungen begeben sich zur Inanspruchnahme von Dienstleistungen in einen anderen Mitgliedstaat. ...*

*Der Empfang von Dienstleistungen vermittelt kein auf Dauer angelegtes Aufenthaltsrecht. Die Dauer des Aufenthaltsrechts orientiert sich an der Dauer der Dienstleistung.“*

Beispiele: Touristen, medizinische Behandlung, Studien- und Geschäftsreisende

- Sobald ein Unionsbürger seinen Hauptaufenthalt in einen anderen Mitgliedstaat verlegt, empfängt er nicht mehr vorübergehend Dienstleistungen (EuGH, Rs. 196/87 – Steymann)

##### f) Nicht erwerbstätige Unionsbürger

- Vgl. § 4 FreizügG/EU, Art. 7 Abs. 1 lit. b) UnionRL:

Voraussetzung für dieses Freizügigkeitsrecht ist immer das Verfügen über ausreichende Existenzmittel, so dass während der Aufnahme keine Sozialhilfeleistungen in Anspruch genommen werden müssen

### III. Rechtmäßiger Aufenthalts von Unionsbürgern

#### 2. Die einzelnen Aufenthaltzwecke

##### g) Familienangehörige, § 3 FreizügG/EU

- § 3 FreizügG/EU geht mit der Definition des Familienangehörigen über die UnionsRL hinaus
- Umfasst sowohl Familienangehörige, die selbst Unionsbürger sind, als auch Familienangehörige aus Drittstaaten
- Die von § 3 FreizügG/EU umfassten Familienangehörigen sind zumindest
  - Ehepartner und Lebenspartner (vgl. § 3 Abs. 4 FreizügG/EU)
  - Kinder
  - Eltern
  - Geschwister
  - Onkel/Tante
- Erforderlich ist ein „begleiten oder nachziehen“, was regelmäßig - zumindest zunächst - die Herstellung einer familiären Lebensgemeinschaft voraussetzt
- Gilt nur für Familienangehörige von Unionsbürgern, nicht für solche deutscher Staatsangehörige, welche nicht von ihrer Freizügigkeit Gebrauch gemacht haben (BVerwG – 1 C 17/09, Bsp.: Eheschließung in Dänemark)

### III. Rechtmäßiger Aufenthalts von Unionsbürgern

#### 2. Die einzelnen Aufenthaltszwecke

##### g) Familienangehörige, § 3 FreizügG/EU

➤ BSG – B 14 AS 138/11 R -:

*„ Aus den Worten "begleiten" bzw "nachziehen" in § 3 Abs 1 bzw § 4 FreizügG/EU kann nicht der Schluss gezogen werden, dass das Aufenthaltsrecht als Familienangehöriger nur besteht, wenn der freizügigkeitsberechtigte Unionsbürger, hier die Eltern bzw. der Vater, und der begleitende Familienangehörige auf Dauer in einer gemeinsamen Wohnung wohnen. ...*

*Allein der Umstand, dass die Klägerin zu 1 vor Geburt des Klägers zu 2 aus ihrem Elternhaus ausgezogen ist und eine eigene Wohnung angemietet hat, lässt das abgeleitete Aufenthaltsrecht als Familienangehörige somit nicht entfallen. ...“*

Konsequenzen dieser Rechtsprechung:

- Maßgeblich ist allein, ob ein Ausländer mit einem freizügigkeitsberechtigten Unionsbürger in das Bundesgebiet eingereist ist bzw. zu diesem zugezogen ist
- Sogar eine sofortige Verselbständigung des begleitenden oder nachziehenden Ausländers lässt das Freizügigkeitsrecht als Familienangehöriger wohl nicht entfallen

### III. Rechtmäßiger Aufenthalts von Unionsbürgern

#### 2. Die einzelnen Aufenthaltszwecke

##### g) Familienangehörige, § 3 FreizügG/EU

- Dienelt in Renner, Aufenthaltsrecht, 9. Aufl. § 3 FreizügG/EU, Rdnr. 9 m.w.N.:  
*„Wie die Bezugnahme auf § 2 I verdeutlicht, unterscheidet sich das Freizügigkeitsrecht nicht von dem des Stambberechtigten. Die Freizügigkeit ist nicht auf bestimmte Vorgänge und Situationen wie gemeinsamen Zuzug oder Nachzug beschränkt, sondern besteht allgemein für das familiäre Zusammenleben, für die Herstellung und Beibehaltung der Familieneinheit.“*
- Erforderlich ist jedoch, dass der Stamberechtigte Freizügigkeit genießt (sog. akzessorisches Freizügigkeitsrecht)
  - Das eigentlich akzessorische Freizügigkeitsrecht kann sich unter bestimmten Voraussetzungen (Scheidung, Tod des Stambberechtigten, langjähriger Aufenthalt) kraft gesetzlicher Regelung verselbständigen (vgl. § 3 Abs. 3 – 5 FreizügG/EU)
  - Nur bei nicht erwerbstätigen Unionsbürgern (vgl. § 4 FreizügG/EU) müssen die Familienangehörigen überausreichende Existenzmittel und Krankenversicherungsschutz verfügen (str.)

### III. Rechtmäßiger Aufenthalts von Unionsbürgern

#### 2. Die einzelnen Aufenthaltszwecke

##### h) Daueraufenthaltsberechtigte, § 4a FreizügG/EU

###### I. Voraussetzungen

###### a) Grundsatz

- Personell: Unionsbürger, Familienangehörige und Lebenspartner
- Sachlich: Fünfjähriger, ständiger rechtmäßiger Aufenthalt im Bundesgebiet

###### b) Ausnahmen

- Kürzerer ständig rechtmäßiger Aufenthalt
- Ausscheiden aus dem Berufsleben wegen Ruhestand od. Erwerbsunfähigkeit

###### II. Rechtsfolge:

Dauerhaftes Aufenthaltsrecht ohne Bindung an einen bestimmten Zweck

###### III. Wegfall des Rechts auf Daueraufenthalt

- § 4a Abs. 7 FreizügG/EU i. V. m. § 5 Abs. 6, 4 FreizügG/EU:  
Bei Abwesenheit aus einem seiner Natur nach nicht nur vorübergehenden Grund von mehr als zwei aufeinander folgenden Jahren.
- § 6 Abs. 1 FreizügG/EU:  
Aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit.

### III. Rechtmäßiger Aufenthalts von Unionsbürgern

#### 2. Die einzelnen Aufenthaltzwecke

##### i) Erhalt der Erwerbstätigeneigenschaft, § 2 Abs. 3 FreizügG/EU

- Erhalten bleibt das Freizügigkeitsrecht für Arbeitnehmer und Selbständige, die
  - Unfall- oder krankheitsbedingt vorübergehend erwerbsunfähig sind
  - Unfreiwillig arbeitslos werden bzw. die Selbständigkeit aufgeben müssen und sich bei der BA bzw. dem SGB II - Leistungsträger arbeitslos melden, wenn die vorherige Tätigkeit länger als ein Jahr andauerte  
Bei Arbeitslosigkeit nach kürzerer Beschäftigung bleibt die Eigenschaft als Arbeitnehmer für sechs Monate erhalten
  - Eine Berufsausbildung nach vorheriger Beschäftigung aufnehmen, wobei ein Zusammenhang zwischen der vorheriger Tätigkeit und der Ausbildung bestehen muss, es sei denn, es lag zuvor unfreiwillige Arbeitslosigkeit vor
- Das unfreiwillige Eintreten von Arbeitslosigkeit liegt dann vor, wenn der Arbeitnehmer die Gründe, die zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses geführt haben, nicht zu vertreten hat.

### III. Rechtmäßiger Aufenthalts von Unionsbürgern

#### 2. Die einzelnen Aufenthaltszwecke

##### j) Aufenthalte für bis zu drei Monate

- Vgl. Zif. 2.5.1 der AVV zu FreizügG/EU:  
*„Absatz 5 führt ausdrücklich ein von materiellen Voraussetzungen unabhängiges Aufenthaltsrecht für Unionsbürger und ihre Familienangehörigen mit gültigem Ausweisdokument für die Dauer von drei Monaten ein. Von diesem voraussetzungslosen Aufenthaltsrecht kann auch zur Vorbereitung eines längerfristigen Aufenthalts Gebrauch gemacht werden.“*
- Gilt nicht nur für Unionsbürger, sondern auch für deren Familienangehörige aus Drittstaaten
- Da dieser Aufenthalt keine weiteren Voraussetzungen als einen gültigen Pass verlangt, kommt rein faktisch eine Feststellung des Verlustes dieses Rechtes nach § 5 Abs. 4 FreizügigG/EU nicht in Betracht.
- Möglich ist eine Feststellung des Verlustes der Freizügigkeit aufgrund § 6 FreizügigG/EU

### III. Rechtmäßiger Aufenthalts von Unionsbürgern

#### 2. Aufenthaltsbeendigung

- Freizügigkeit eines Unionsbürgers endet wegen der Vermutung der Freizügigkeit erst mit der Feststellung des Wegfalls der Freizügigkeit nach § 5 Abs. 4 FreizügigG/EU bzw. Feststellung des Verlustes des Freizügigkeitsrechts nach § 6 FreizügigG/EU
- Bei daueraufenthaltsberechtigten Unionsbürgern entfällt dieses Recht bei mehr als zweijähriger Abwesenheit aus dem Bundesgebiet, § 4a Abs. 7 FreizügG/EU und / oder Feststellung des Wegfalls bzw. Verlusts
- Nach § 7 FreizügigG/EU lösen diese Feststellungen die Ausreisepflicht aus
- Nach der Feststellung des Verlustes des Freizügigkeitsrechtes fallen die betreffenden Unionsbürger nach § 11 Abs. 2 FreizügigG/EU in den Regelungsbereich des Aufenthaltsgesetzes
- Gilt das Aufenthaltsgesetz für einen Unionsbürger, ist Folgendes zu beachten:
  - In der Regel besitzt der Unionsbürger dann keinen Aufenthaltstitel
  - Regelmäßig liegt auch ein Grund für die Erteilung eines Aufenthaltstitels nicht vor
  - Der Unionsbürger kann dann regelmäßig allenfalls geduldet werden oder ist (vollziehbar) ausreisepflichtigBeides schließt ihn aus dem Anwendungsbereich des SGB II aus, da eine Leistungsberechtigung nach dem AsylbLG gegeben ist

### Grundsatz

Ausländer erhalten Leistungen nach dem SGB II, wenn sie die allgemeinen Voraussetzungen des § 7 Abs. 1 S. 1 SGB II erfüllen, mithin

- erwerbsfähige Leistungsberechtigte sind oder
  - mit einer erwerbsfähigen, leistungsberechtigten Personen in BG leben
- 
- Erwerbsfähige Leistungsberechtigte sind Personen, die
    1. das 15. Lebensjahr vollendet und die Altersgrenze nach § 7a noch nicht erreicht haben,
    2. erwerbsfähig sind,
    3. hilfebedürftig sind und
    4. ihren gewöhnlichen Aufenthalt in der Bundesrepublik Deutschland haben,
  - Praktische Prüfungsreihenfolge:
    - Berechtigung nach dem AsylbLG?
    - Erwerbsfähigkeit?
    - Gewöhnlicher Aufenthalt im Bundesgebiet?
    - Die ersten drei Monate des Aufenthalts im Bundesgebiet?
    - Aufenthaltsrecht allein aus dem Zweck der Arbeitssuche?
  - Nach der Klarstellung in § 8 SGB II ist die Frage der Erwerbsfähigkeit von Unionsbürgern auch bei den neuen Mitgliedsstaaten geklärt:  
Auch diese Unionsbürger sind grundsätzlich als rechtlich erwerbsfähig einzustufen

### I. Leistungsausschluss wegen der Leistungsberechtigung nach dem AsylbLG, § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 SGB II i. V. m. § 1 Abs. 1 AsylbLG

- BSG -B 14 AS 41/07 R -:  
“*Verfassungsrechtliche Bedenken gegen den in § 7 Abs 1 S 2 SGB 2 normierten Ausschluss der Leistungsberechtigten nach dem AsylbLG von Leistungen der Grundsicherung für Arbeitsuchende bestehen nicht.*“
- Dieser Leistungsausschluss betrifft alle Ausländer, die in den personellen Anwendungsbereich des § 1 Abs. 1 AsylbLG fallen.
  - Nicht alle Aufenthaltstitel aus humanitären Gründen fallen unter § 1 AsylbLG, vgl. §§ 22, 25 Abs. 4 S. 2, 25a AufenthG
  - Nur Inhaber einer Duldung fallen unter § 1 Abs. 1 Nr. 4 AsylbLG
  - Nur vollziehbar ausreisepflichtige Ausländer fallen unter § 1 Abs. 1 Nr. 5 AsylbLG
- Nicht erwerbsfähige Leistungsberechtigte ausländischer Herkunft sind nach der Rsp. des BSG (B 14 AS 66/08 R) vom Leistungsausschluss nach § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 SGB II auch dann erfasst, wenn sie Mitglieder einer BG sind.

#### **Folge dieses Leistungsausschlusses:**

Im SGB II verbleiben nur diejenigen Ausländer, die über einen rechtmäßigen und der Verfestigung dienenden Aufenthalt im Bundesgebiet verfügen. Das Aufenthaltsrecht kann sich aus dem AufenthG oder dem FreizügG/EU ergeben.

## II. Erwerbsfähigkeit von Ausländern – Möglichkeiten der Erwerbstätigkeit

### 1. Beschäftigung ist erlaubt, § 8 Abs. 2 S. 1 1. Alt. SGB II

- a) aufgrund eines erteilten Aufenthaltstitels ([§ 4 Abs. 2 S. 1 AufenthG](#)):
- Generell bei der Niederlassungserlaubnis (vgl. § 9 Abs. 1 S. 2 AufenthG)
  - Durch die Art der Aufenthaltserlaubnis, (§§ 16 Abs.3, 18, 18a, 20, 21, 22, 23, 24, 25 Abs.1 u 2, 28, 29 AufenthG)
  - Durch eine mit dem Aufenthaltstitel erteilte Erlaubnis
- b) aufgrund einer Arbeitsberechtigung-EU bzw. Arbeitserlaubnis-EU (§ 12a ArGV bzw. § 284 SGB III)

### 2. Beschäftigung kann erlaubt werden, § 8 Abs. 2 S. 1 2. Alt. SGB II

➤ BT-Drs 17/3404, S. 152:

*„Satz 2 verdeutlicht für die Rechtsanwender, dass es darauf ankommt, dass zumindest rechtlich-theoretisch eine Zustimmung zur Aufnahme einer Beschäftigung durch die BA erfolgen könnte, auch wenn in Bezug auf den konkret angestrebten Arbeitsplatz ggf. eine Vorrangprüfung dies verhindern könnte oder verhindert hat. Ein sog. nachrangiger Arbeitsmarktzugang ist demnach ausreichend i. S. d. § 8 Abs.2.“*

➤ Vgl. § 39 ff AufenthG, BeschV und BeschVerfV bzw. § 284 SGB III und § 12 a ArGV

➤ Grundsätze aus § 39 AufenthG:

- Erlaubt eine AE die Beschäftigung, bedarf diese der Zustimmung der BA
- Im Übrigen kann die Beschäftigung durch die Ausländerbehörde nach Zustimmung durch die BA nach § 39 Abs. 2 AufenthG erlaubt werden

### III. Gewöhnlicher Aufenthalt von Ausländern,

#### § 7 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 SGB II i. V. m. § 30 Abs. 3 S. 2 SGB I

- BSG - B 14 AS 133/11 R-:  
*„Maßgebend für die Beurteilung eines gewöhnlichen Aufenthaltes sind ein zeitliches Element ("nicht nur vorübergehend"), der Wille der Person als subjektives Element und die objektiven Gegebenheiten ("unter Umständen") mit einer vorausschauenden Betrachtung künftiger Entwicklungen, die eine gewisse Stetigkeit und Regelmäßigkeit des Aufenthaltes erfordern, nicht jedoch eine Lückenlosigkeit.“*
- BSG - B 11b AS 37/06 R -:  
*„An diesem Rechtszustand, nämlich, dass Ausländer nur dann ihren gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland haben, wenn sie über einen Aufenthaltstitel verfügen, der den persönlichen Aufenthalt zulässt, hat auch der mit Wirkung ab 1. April 2006 neu gefasste Satz 2 des § 7 Abs 1 SGB II nichts geändert.“*
- BSG – B 4 AS 54/12 R – (Urt. v. 30.01.2013, im Volltext veröffentlicht am 04.06.2013):  
*„Jedenfalls für den Bereich des SGB II läuft es der Vereinheitlichung des Begriffs des gewöhnlichen Aufenthalts zuwider, wenn unter Berufung auf eine sog Einfärbungslehre vor allem des früheren 4. Senats des BSG dem Gesetzeswortlaut nicht zu entnehmende Tatbestandsmerkmale im Sinne von rechtlichen Erfordernissen zum Aufenthaltsstatus aufgestellt werden und damit einzelnen Personengruppen der Zugang zu existenzsichernden Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts versperrt wird. “*

### III. Gewöhnlicher Aufenthalt von Ausländern, § 7 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 SGB II i. V. m. § 30 Abs. 3 S. 2 SGB I

- LSG NRW - L 19 AS 317/11 B ER -:

*„Nach der Rechtsprechung des BSG ist der Begriff des gewöhnlichen Aufenthaltes stark bereichsspezifisch unter Berücksichtigung der jeweiligen Regelungen und Regelungszwecke der einzelnen Bücher des SGB interpretiert und damit um eine dem Gesetz zunächst nicht zu entnehmende rechtliche Komponente erweitert worden (Einfärbungslehre).*

*Danach können Entscheidungen und Begriffsbestimmungen zum gewöhnlichen Aufenthalt, die aus anderen Gesetzen stammen oder sich auf andersgeartete Materien beziehen, nur mit einer gewissen Zurückhaltung auf weitere Sachgebiete übertragen werden. So ist die Frage, wann ein Ausländer seinen gewöhnlichen Aufenthalt im Inland hat, vom BSG ungeachtet der vereinheitlichenden Definition des gewöhnlichen Aufenthaltes in § 30 Abs. 3 SGB I für den Bereich verschiedener Sozialgesetze unterschiedlich beantwortet worden.*

...

*Vor diesem Hintergrund liegt es aus Sicht des Senats nahe, den Begriff des gewöhnlichen Aufenthalts bei der Anwendung von § 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 SGB II bereichsspezifisch dahin auszulegen, dass ein prognostisch auf Dauer gesicherter Aufenthalt zu fordern ist, der ein Erreichen des Regelungszieles des SGB II - Beseitigung von Bedürftigkeit durch Aufnahme einer Tätigkeit mit existenzsicherndem Ertrag, vgl. § 1 Abs. 1 SGB II - ungefährdet erscheinen lässt.“*

### III. Gewöhnlicher Aufenthalt von Ausländern, § 7 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 SGB II i. V. m. § 30 Abs. 3 S. 2 SGB I

Zusammenhänge beim Thema „gewöhnlicher Aufenthalt“:

- Wegen des Leistungsausschlusses nach § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 SGB II i. V. m. § 1 Abs. 1 AsylbLG kann die Frage der Rechtmäßigkeit des Aufenthaltes in der Praxis i. d. R. nur bei folgenden Konstellationen eine entscheidende Rolle spielen:
  - Inhaber eines fiktiven Aufenthaltsrechtes nach § 81 AufenthG
  - Unionsbürger, deren Recht zum Aufenthalt sich allein aus der Vermutung der Freizügigkeit ergibt
- In diesen Fällen muss nach der Rsp. des BSG prognostisch entschieden werden, ob mit einem dauerhaften Verbleib im Bundesgebiet gerechnet werden kann. Hierbei ist zu beachten:
  - Schon eine (befristete) Aufenthaltserlaubnis berechtigt zum dauerhaften Aufenthalt
  - Wird ein Aufenthaltsrecht von einer anderen Person abgeleitet (Bsp.: Familienzusammenführung), ist die Verfestigung deren Rechtsposition und der juristische Grund der Ableitung zu beachten
- Besteht ein Aufenthaltsrecht, wird in der Regel davon ausgegangen werden müssen, dass ein gewöhnlicher Aufenthalt im Bundesgebiet gegeben ist, wenn nicht im Einzelfall vorliegende Umstände eine andere Entwicklung annehmen lassen

### IV. Leistungsausschluss in den ersten drei Monaten nach der Einreise, § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 i. V. m. S.3 SGB II

#### a) Regelungsinhalt

- Grundsatz: Ausschluss für alle Ausländer in den ersten drei Monaten des Aufenthalts
- Ausnahme I:
  - ▶ Arbeitnehmer und Selbständige (+ FA)  
(I.d.R. aufstockende Unionsbürger)
  - ▶ Freizügigkeitsberechtigte nach § 2 Abs. 3 FreizügG/EU  
(+ FA)  
(= Als Arbeitnehmer/Selbstständige geltende Unionsbürger)
- Ausnahme II: Inhaber von Aufenthaltserlaubnissen aus völkerrechtlichen, humanitären und politischen Gründen (§§ 22 – 26 AufenthG)

#### b) Sinn und Zweck der Regelung

- BT-Drs 16/5065, S. 234:

*„Mit dem neu eingefügten Ausschlussstatbestand wird von der Option des Art. 24 Abs. 2 der RL 2004/38/EG Gebrauch gemacht, ...*

*Der Leistungsausschluss betrifft vor allem Unionsbürger, die von ihrem Recht auf Freizügigkeit Gebrauch machen. Unionsbürger, die sich gemäß § 2 Abs. 5 FreizügG/EU in Deutschland aufhalten - dreimonatiges voraussetzungsloses Aufenthaltsrecht -, können in dieser Zeit keine Leistungen nach dem Zweiten Buch Sozialgesetzbuch erhalten.“*

### IV. Leistungsausschluss in den ersten drei Monaten nach der Einreise, § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 i. V. m. S.3 SGB II

#### b) Sinn und Zweck der Regelung

- BSG – B 4 AS 37/12-:  
*„Zweck der Gesetzesänderung (Einfügen des § 7 abs. 1 S. 2 Nr. 1 SGB II) war es vielmehr, einen denkbaren Leistungsanspruch von Unionsbürgern auszuschließen, die sich drei Monate lang voraussetzungslos im Bundesgebiet aufhalten dürfen (vgl BT-Drucks 16/5065 S 234). Hieran zeigt sich, dass der Gesetzgeber lediglich auf die Neuordnung des Aufenthaltsrechts der Unionsbürger reagieren wollte und nicht zugleich die Leistungsberechtigung anderer Ausländer über die bisherige Regelung hinaus einschränken wollte.“*
- HessLSG– L 7 AS 30/12 B ER -:  
*„Der Leistungsausschluss nach § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 SGB II besteht bei verfassungskonformer (Art. 6 GG) und europarechtskonformer (Art. 20 AEUV) einschränkender Auslegung der Norm nicht gegenüber solchen Ausländern, die gemäß § 28 Abs. 1 Nr. 3 AufenthG zur Ausübung der Personensorge gegenüber einem minderjährigen unverheirateten Unionsbürger (Deutschen) eingereist sind.“*

### IV. Leistungsausschluss in den ersten drei Monaten nach der Einreise, § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 i. V. m. S.3 SGB II

#### c) Anwendung der Regelung

- Die Frist beginnt mit dem Tag der Einreise (Beginn des Aufenthaltes) und läuft kalendermäßig ab
- Wird der gewöhnliche Aufenthalt in der BRD beendet und erfolgt dann eine neue Einreise, beginnt die Frist erneut zu laufen
- Betrifft nach dem Wortlaut alle Ausländer, soll aber überwiegend Unionsbürger betreffen, die vom Recht auf zweckfreien Aufenthalt nach § 2 Abs. 5 FreizügG/EU gebrauch machen
- Erfolgt ein Familiennachzug zu einem Ausländer mit längerem Aufenthalt als drei Monate, dürfte streitig werden, ob – wegen der Ableitung des Aufenthaltsrechts - auch hier ein Ausschluss von den Leistungen des SGB II erfolgen kann (vgl. bspw. Thie/Schoch in LPK-SGB II § 7 Rdnr. 25)
- Wegen Art. 6 GG dürfte eine Anwendung der Norm bei Fällen des Familiennachzuges problematisch werden

### V. Leistungsausschluss bei Aufhalten allein zum Zwecke der Arbeitsuche, § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II

#### a) Anwendungsfälle

- Unionsbürger, § 14 Abs. 4 lit. b) UnionsRL/ § 2 Abs. 2 Nr. 1 FreizügG/EU
- Drittstaatsangehörige nach Studienabschluss in der BRD, § 16 Abs. 4 AufenthG

#### b) Regelungsinhalt

- Betroffen sind nur Ausländer, die sich allein zum Zwecke der Arbeitssuche im Bundesgebiet aufhalten und deren Familienangehörigen
  - Bei §§ 16 Abs. 4 und 18c AufenthG ist dies aufgrund des erteilten Aufenthaltstitels einfach festzustellen
  - Bei Unionsbürgern muss sichergestellt sein, dass
    - Es überhaupt eines Zwecks für den Aufenthalt bedarf
    - Der Zweck der Arbeitssuche auch tatsächlich besteht
    - Kein anderer Aufenthaltswitz neben dem Zweck der Arbeitssuche besteht
    - Familienangehörige keinen eigenen anderen Aufenthaltswitz geltend machen können
- Betroffen sind daher i.d.R. Unionsbürger bei der erstmaligen Einreise oder nach dem Verlust des Arbeitnehmerstatus´

## VI. Europarechtskonformität des Leistungsausschlusses bei Aufenthalten allein zur Arbeitsuche

### a) Europäisches Fürsorgeabkommen (EFA)

- BSG - B 14 AS 23/10 R - :  
*„Ein Ausländer, der sein Aufenthaltsrecht allein aus dem Zweck der Arbeitsuche ableitet, ist nicht von den Leistungen der Grundsicherung für Arbeitsuchende ausgeschlossen, wenn er vom Schutzbereich des Europäischen Fürsorgeabkommens erfasst wird.“*
- Die Entscheidung des BSG erging jedoch vor dem Inkrafttreten der Vo'en (EG) 883/2004 und (EG) 987/2009 und vor der Geltendmachung des Vorbehaltes im Dezember 2011!
- Nicht alle Länder der Europäischen Union haben EFA unterzeichnet (bspw. Rumänien nicht)
- Vgl. heute: Art. 8 VO (EG) 883/2004
- Das Europäische Fürsorgeabkommen hat wohl nur noch Bedeutung bei Staatsangehörigen
  - der Türkei
  - Islands
  - Norwegens.

Einen Leistungsausschluss kann es hier -wegen der Zweckbindung des Aufenthaltsrechts- nur für die ersten drei Monate oder wegen eines Aufenthalts zur Arbeitssuche (§ 16 Abs. 4 AufenthG, § 18c AufenthG) geben

### VI. Europarechtskonformität des Leistungsausschlusses bei Aufenthalten allein zur Arbeitsuche

#### b) Art. 24 Abs. 2 UnionsRL i. V. m. Art. 14 Abs. 4 lit b) UnionsRL

- Ausgangspunkt: Diskriminierungsverbot, Art. 18 Abs. 1 AEUV und Gleichbehandlungsgebot, Art. 45 AEUV
- Art. 24 Abs. 1 UnionsRL beinhaltet ein (unter Vorbehalt europarechtlicher Regelungen stehendes) Gleichbehandlungsgebot für die Mitgliedsstaaten gegenüber allen Unionsbürgern, die sich aufgrund dieser Richtlinie im Aufnahmestaat aufhalten
- Art. 24 Abs. 2 UnionsRL nennt zwei getrennte Leistungsausschluss - Zeiträume:
  - a. Für die ersten drei Monate des Aufenthaltes
  - b. Für die Zeit der nachweislichen Arbeitssuche mit begründeter Aussicht auf Einstellung
- Der Leistungsausschluss gilt nur für „Sozialhilfe“ i.S.d. Art. 24 Abs. 2 UnionsRL
  - EuGH, Rs. Vatsouras, Koupatantze:  
*„Finanzielle Leistungen, die unabhängig von ihrer Einstufung nach nationalem Recht den Zugang zum Arbeitsmarkt erleichtern sollen, können nicht als „Sozialhilfeleistungen“ im Sinne von Art. 24 Abs. 2 der Richtlinie 2004/38 angesehen werden. ... Eine Voraussetzung wie die in § 7 Abs. 1 SGB II enthaltene, wonach der Betroffene erwerbsfähig sein muss, könnte ein Hinweis darauf sein, dass die Leistung den Zugang zur Beschäftigung erleichtern soll.“*

## VI. Europarechtskonformität des Leistungsausschlusses bei Aufenthalten allein zur Arbeitsuche

### b) Art. 24 Abs. 2 UnionsRL i. v. m. Art. 14 Abs. 4 lit b) UnionsRL

- LSG Berlin – Brdb. Beschl. v. 29.02.2012 - L 20 AS 2347/11 B ER -:  
*„Es kann dahin stehen, dass Rumänen noch bis zum 31. Dezember 2013 in ihrer Freizügigkeit eingeschränkt sind, da es sich bei den von den Antragstellern beantragten Leistungen ohnehin nicht um finanzielle Leistungen handelt, die den Zugang zum Arbeitsmarkt erleichtern sollen, sondern um staatliche Fürsorgeleistungen, die der Existenzsicherung dienen. ...*

*Grundlegendes Merkmal der von den Antragstellern begehrten Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts ist deren „Passivität“, das heißt deren Existenz sichernde Funktion; sie begehren hingegen nicht „aktive“ Leistungen der Eingliederung in Arbeit.*

*...*

*Die Antragsteller begehren allein Leistungen, die der Existenzsicherung dienen, und damit Sozialhilfeleistungen im Sinne des Art. 24 Abs. 2 der UnionsRL.“*

- LSG BW, Beschl. v. 25.08.2010 - L 7 AS 3769/10 ER-B -:  
*„Die Leistungen des SGB 2 stellen keine reine Sozialhilfeleistung iS des Art 24 Abs 2 EGRL 38/2004 dar. Die Zulässigkeit des Leistungsausschlusses nach § 7 Abs 1 S 2 SGB 2 ist an den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben für die Gleichbehandlung im Zugang zu finanziellen Leistungen für Arbeitsuchende zu messen. ...“*

## VI. Europarechtskonformität des Leistungsausschlusses bei Aufenthalten allein zur Arbeitsuche

### b) Art. 24 Abs. 2 UnionsRL i. v. m. Art. 14 Abs. 4 lit b) UnionsRL

- LSG NRW, Beschl. v. 03.05.2010 - L 7 B 489/09 AS ER –  
*„Nach der Rechtsprechung des EuGH können sich die Angehörigen der Mitgliedstaaten, die auf Arbeitsuche in einem anderen Mitgliedstaat sind und tatsächlich Verbindungen mit dem Arbeitsmarkt dieses Staates hergestellt haben, auf Art. 39 Abs. 2 EG berufen, um eine finanzielle Leistung in Anspruch zu nehmen, die den Zugang zum Arbeitsmarkt erleichtern soll.*

*Ist eine tatsächliche Verbindung zum Arbeitsmarkt des arbeitssuchenden Antragstellers glaubhaft gemacht, so sind ihm bei Vorliegen der weiteren gesetzlichen Voraussetzungen Leistungen der Grundsicherung für Arbeitsuchende nach dem SGB 2 durch einstweiligen Rechtsschutz zu gewähren. “*

- Wer sich auf Art. 24 Abs. 2 UnionsRL berufen will, muss eine tatsächliche Verbindung mit dem deutschen Arbeitsmarkt, d.h. Bemühungen um einen Arbeitsplatz, nachweisen können (vgl. Art. 14 Abs. 4 lit b) UnionsRL)
- Wer diesen Nachweis nicht führen kann,
  - ist nicht zum Zwecke der Arbeitssuche in Deutschland (§ 2 Abs. 2 Nr. 1 FreizügG/EU), so dass der Verlust der Freizügigkeit festgestellt werden kann
  - kann sich nicht auf die Gleichberechtigung nach Art. 24 Abs. 1 UnionsRL berufen, da der Ausschluss nach Abs. 2 i. V. m. Art. 14 Abs. 4 lit b) UnionsRL greift

### VI. Europarechtskonformität des Leistungsausschlusses bei Aufenthalten allein zur Arbeitsuche

#### c) Verordnungen (EG)883/2004 und (EG)987/2009

- Diese Verordnungen gelten seit dem 01.05.2010 und vermitteln zunächst den Eindruck einer umfassenden Gewährung von Sozialleistungen im Unionsrecht
- Rechte aus der Verordnung kann jedoch nur herleiten, wer unter den personellen, räumlichen und sachlichen Anwendungsbereich der Verordnungen fällt

#### (1) Personellen Anwendungsbereich, Art. 2 VO (EG) 883/2004

- beinhaltet die Voraussetzungen, die in der Person des die Sozialleistung Begehrenden vorliegen müssen:
  - ✓ Unionsbürger
  - ✓ Flüchtlinge mit Wohnort in einem Mitgliedstaat
- Beinhaltet darüber hinaus das Erfordernis einer Beziehung zum Sozialsystem des Aufnahmestaates  
(„... für die die Rechtsvorschriften eines oder mehrerer Mitgliedstaaten gelten oder galten ...“)
  - ✓ Zur Definition des Begriffs „Rechtsvorschriften“ vgl. Art. 1 lit. i i. V. m. Art. 3 Abs. 1 VO (EG) 883/04

### VI. Europarechtskonformität des Leistungsausschlusses bei Aufenthalten allein zur Arbeitsuche

#### c) Verordnungen (EG)883/2004 und (EG)987/2009

##### (2) Sachlicher Anwendungsbereich, Art. 3 VO (EG) 883/2004

Neben den in Art. 3 Abs. 1 VO (EG) 883/04 ausdrücklich genannten Bereichen der sozialen Sicherung gilt die Verordnung auch für die besonderen beitragsunabhängigen Leistungen nach Art. 70 VO (EG) 883/04, wozu (wohl) auch Leistungen nach dem SGB II zählen.

##### (3) Rechte aus der Verordnung, Art. 4 VO (EG) 883/2004:

*„Sofern in dieser Verordnung nichts anderes bestimmt ist, haben Personen, für die diese Verordnung gilt, die gleichen Rechte und Pflichten aufgrund der Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats wie die Staatsangehörigen dieses Staates.“*

##### (4) Einschränkungen, Art. 70 Abs. 4 VO (EG) 883/2004

*„Die in Absatz 2 genannten Leistungen werden ausschließlich in dem Mitgliedstaat, in dem die betreffenden Personen wohnen, und nach dessen Rechtsvorschriften gewährt. Die Leistungen werden vom Träger des Wohnorts und zu seinen Lasten gewährt.“*

### VI. Europarechtskonformität des Leistungsausschlusses bei Aufenthalten allein zur Arbeitsuche

#### c) Verordnungen (EG)883/2004 und (EG)987/2009

- Hess LSG - L 7 AS 107/11 B ER -:

*“Der Leistungsausschluss für Ausländer nach § 7 Abs 1 S 2 SGB 2 gilt für Unionsbürger aufgrund des Gebots der Inländergleichbehandlung aus Art 4 EGV 883/2004 zumindest dann nicht, wenn sie Leistungen nach Art 3 Abs 1 EGV 883/2004 erhalten oder erhalten haben.“*

- Zu den Familienleistungen gehören zumindest auch Kindergeld, Erziehungsgeld und vergleichbare Leistungen zum Ausgleich von Familienlasten mit Ausnahme der UVG – Leistungen
- Man wird den tatsächlichen Bezug der Leistungen verlangen können (umstritten)

## VI. Europarechtskonformität des Leistungsausschlusses bei Aufenthalten allein zur Arbeitsuche

### c) Verordnungen (EG)883/2004 und (EG)987/2009

- LSG Berlin - Brandenburg - L 29 AS 920/12 B ER -:  
*“... Allein die Aufzählung der Leistungen nach dem SGB II im Anhang X der VO883/2004 genügt zur Eröffnung des sachlichen Geltungsbereiches nach Art. 3 VO883/2004 nämlich nicht; diese „besonderen beitragsunabhängigen Geldleistungen“ müssen zudem auch die in Art. 70 Abs. 2 a) i) VO883/2004 genannten Voraussetzung-n erfüllen; durch das Wort „und“ wird klargestellt, dass die Voraussetzungen von Art. 70 Abs. 2 a) und b) und c) VO883/2004 für die Eröffnung des sachlichen Geltungsbereiches kumulativ erfüllt sein müssen.“*
  - Die beitragsunabhängige Leistung (= SGB II) muss zusätzlichen, ersatzweisen oder ergänzenden Schutz gegen die Risiken zu gewähren, die von den in Art. 3 Abs. 1 Zweigen der sozialen Sicherheit gedeckt sind
    - Dies setzt - bei „zusätzlich“ und „ergänzend“ - den Bezug dieser Leistung voraus
    - „Ersatzweise“ scheidet aus, da nicht der exakt identische Versicherungsfall vorliegt

### VI. Europarechtskonformität des Leistungsausschlusses bei Aufenthalten allein zur Arbeitsuche

#### c) Verordnungen (EG)883/2004 und (EG)987/2009

- SG Darmstadt - S 16 AS 1095/12 ER -:

*“... Jedoch sieht Art. 70 Abs. 4 VO (EG) 883/2004 insoweit als spezielle Regelung (gegenüber Art 4 der VO (EG) 883/2004) vor, dass die dort in Absatz 2 genannten Leistungen ausschließlich in dem Mitgliedstaat, in dem die betreffenden Personen wohnen, und nach dessen Rechtsvorschriften gewährt werden. Die Leistungen werden vom Träger des Wohnorts und zu seinen Lasten gewährt.*

*Es kommt also für eine Anwendbarkeit von Art. 70 VO (EG) 883/2004 maßgeblich auf den Wohnort der die Leistung begehrenden Person an.*

*Nach Art. 1 lit. j VO (EG) 883/2004 bezeichnet der Ausdruck "Wohnort" den Ort des gewöhnlichen Aufenthalts einer Person. Dies wiederum wird konkretisiert durch Art. 11 VO (EG) 987/2009.*

*...*

*Es ist deutlich erkennbar, dass Dauer und Kontinuität des Aufenthaltes sowie die wirtschaftliche Verbindung zu dem Aufnahmestaat europarechtliche Voraussetzung für die Begründung eines Wohnortes und damit eines gewöhnlichen Aufenthaltes sind. Beides kann auch nach den europarechtlichen Vorgaben (vgl. Art. 7 UnionsRL und Art. 20, 21 AEUV) nur mittels eines rechtmäßigen Aufenthaltes, der ebenfalls auf Dauer und Kontinuität angelegt sein muss, gewährleistet werden.“*

### VI. Europarechtskonformität des Leistungsausschlusses bei Aufenthalten allein zur Arbeitsuche

#### c) Verordnungen (EG)883/2004 und (EG)987/2009

Derzeitiges Ergebnis:

- Der sachliche Anwendungsbereich der VO (EG) 883/2004 ist regelmäßig problemlos eröffnet, wenn eine der Leistungen nach Art. 3 Abs. 1 VO (EG) 883/2004 tatsächlich bezogen wird
- Am unproblematischsten können Unionsbürger Kindergeld erlangen, was eine „Familienleistung“ nach Art. 3 Abs. 1 VO (EG) 883/2004 darstellt. Nach § 1 BKGG und § 62 EStG verlangt der Bezug von Kindergeld einen Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt im Bundesgebiet (vgl. § 30 Abs. 3 SGB I)
- Nach der Rsp. des BSG verlangt der gewöhnliche Aufenthalt einen rechtmäßigen Aufenthalt (vgl. BSG - B 11b AS 37/06 R -)
- Haben Unionsbürger keinen Aufenthaltzweck nach § 2 Abs. 2 FreizügG/EU nachgewiesen, entfällt spätestens mit der Feststellung des Wegfalls der Freizügigkeit nach § 5 Abs. 4 FreizügG/EU deren rechtmäßiger Aufenthalt
  - ✓ Es entfällt der Anspruch auf Kindergeld, was in vielen Fällen den sachlichen Anwendungsbereich der VO (EG) 883/2004 beendet
  - ✓ Spätestens damit entfällt auch der gewöhnliche Aufenthalt im Sinne des § 30 Abs. 3 SGB I und im Sinne des Art. 70 Abs. 4 VO (EG) 883/2004 i. V. m. Art. 11 VO (EG) 987/09



**Vielen Dank für Ihre  
Aufmerksamkeit!**