

**Sven Hasse**

Rechtsanwalt

Fachanwalt für Migrationsrecht &  
Fachanwalt für Verwaltungsrecht

Freizügigkeit und öffentliche Leistungen  
für Unionsbürger und Familienangehörige

Stand: Oktober 2019

# Überblick über die Leistungsausschlüsse in SGB II und SGB XII

- Aufenthalt in den ersten drei Monaten weder als
  - Arbeitnehmer,
  - Selbständige oder
  - Verbleibeberechtigte
- ohne materielles Aufenthaltsrecht
- Aufenthaltsrecht allein zum Zweck der Arbeitsuche
- Aufenthaltsrecht nach Artikel 10 FreizügVO
- Familienangehörige der Genannten

# I. Freizügigkeitsrechte für Unionsbürger:

1. Unionsbürgerschaft
2. rechtlicher Rahmen
3. Freizügigkeitstatbestände
  - allgemeine Freizügigkeit/Nicht-Erwerbstätige
  - Arbeitnehmerfreizügigkeit
  - Niederlassungsfreiheit
  - Dienstleistungsfreiheit
  - Verbleibeberechtigte
  - Daueraufenthalt
  - abgeleitetes Freizügigkeitsrecht/Familiennachzug
4. Verlust des Freizügigkeitsrechts

## II. leistungrechtliche Folgen:

1. Verhältnis zwischen Aufenthaltsrecht und Leistungsrecht
2. Leistungen nach SGB II und SGB XII
  - Leistungsausschluss in den ersten drei Monaten
  - Leistungsausschluss bei Arbeitssuche
  - Personen ohne Freizügigkeitsrecht
  - Überbrückungsleistungen
  - Europäisches Fürsorgeabkommen
3. Krankenversicherung
4. sonstige Sozialleistungen (neu Kindergeldausschluss)

# 27 +1 EU-Mitgliedsstaaten

1957: BE, DE, IT, FR, LU, NL

1973: DK, IRL, GB

1981: GR

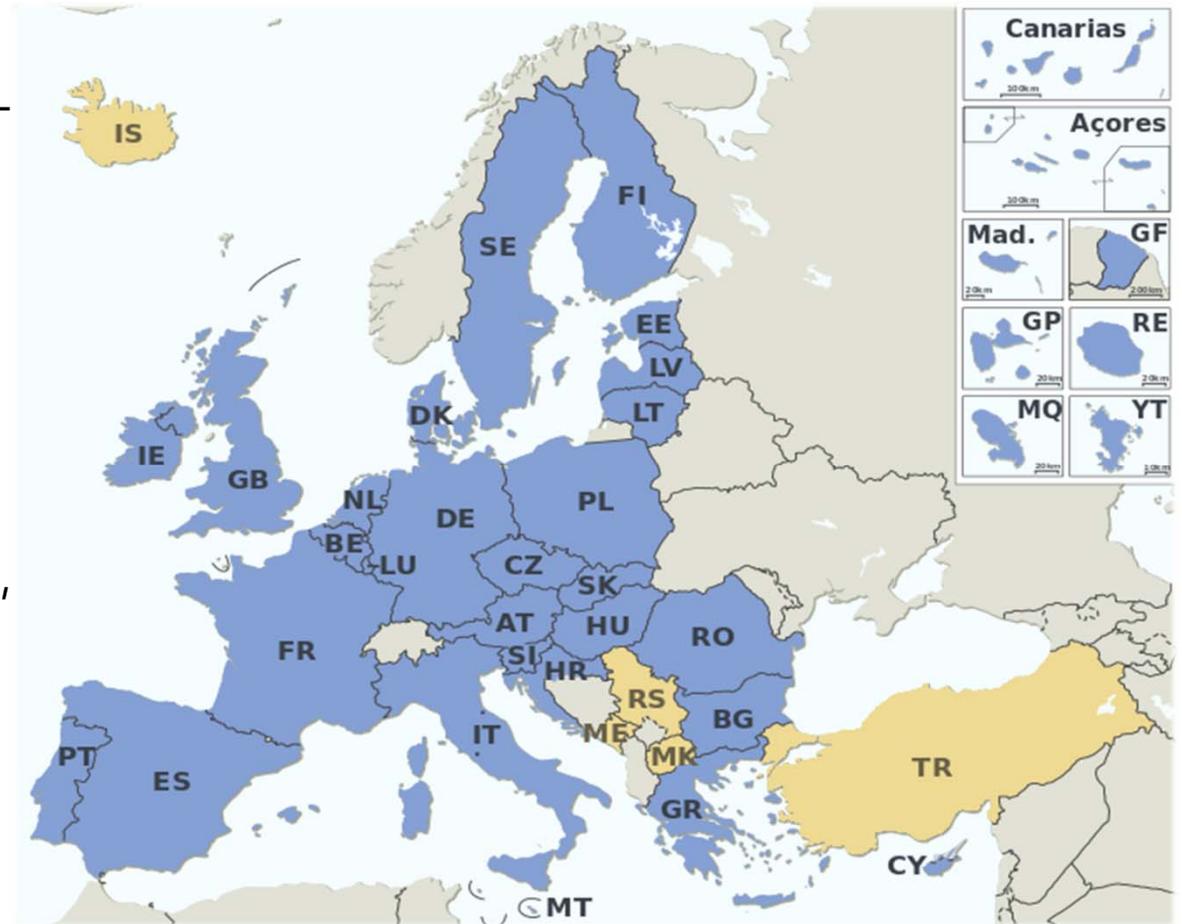
1986: ES, PT

1995: AT, SE, FI

2004: EE, LT, LV, PL, CZ, SK,  
HU, SL, MT, CY

2007: BG, RO

2013: HR



EWR-Staaten: Island, Lichtenstein,  
Norwegen (Vertrag EU-EWR)

Schweiz (Freizügigkeitsabkommen EU/Schweiz)

Beitrittskandidaten: Türkei (s.a. ARB 1/80),  
Serbien, Montenegro, Nordmazedonien,  
Albanien



# Italienisches Ausweisdokument für Italiener und Drittstaatsangehörige



Cognome..... [redacted]  
Nome..... [redacted]  
nato il..... [redacted]  
(atto n..... P..... S.....)  
a..... [redacted]  
Cittadinanza..... Macedone  
Residenza..... [redacted]  
Via..... [redacted]  
Stato civile.....  
Professione..... casalinga

CONNOTATI E CONTRASSEGNI SALIENTI

Statura..... 1.67  
Capelli..... castani  
Occhi..... castani  
Segni particolari.....

Firma del titolare..... [redacted]

Impronta del dito..... [redacted]

IL SINDACO  
IL FUNZIONARIO INCARICATO  
[Signature]

COMUNE DI CORTANO  
Relazioni con il Pubblico

# Aufenthaltsrecht

Drittstaatsangehörige

- **allgemeines Ausländerrecht (AufenthG)**
  - Einreise nur mit Visum\*
  - Aufenthalt nur mit Aufenthaltstitel
  - Titel konstitutiv

Unionsbürger  
und deren  
Familienangehörige

- **EU-Recht (FreizügRL/FreizügigG/EU)**
- Freizügigkeit:
  - visafreie Einreise
  - keine Genehmigung des Aufenthaltes erforderlich
  - (etwaige) Bescheinigungen deklaratorisch

\* Visafreiheit für bestimmte Staatsangehörige für Besuchsaufenthalte gem. Verordnung (EG) Nr. 539/2001 (EU VisaVO)

# Keine Freizügigkeit im eigenen Land

Art. 3 Abs. 1 FreizügRL:

*„Diese Richtlinie gilt für jeden Unionsbürger, der sich **in einen anderen als den Mitgliedstaat, dessen Staatsangehörigkeit er besitzt, begibt** oder sich dort aufhält, sowie für seine Familienangehörigen ..., die ihn begleiten oder ihm nachziehen.“*

Ausnahmen:

- Rückkehrfälle
- grenzüberschreitend Tätige
- Doppelstaater, sofern sie im „anderen“ Land gelebt haben
- bei Eingriff in den „Kernbestand“

# Bescheinigungen für Unionsbürger und Familienangehörige (§ 5 FreizügG)

## Unionsbürger

- *Freizügigkeitsbescheinigung seit 2013 abgeschafft*
- **Bescheinigung über das Daueraufenthaltsrecht**

## drittstaatsangehörige Familienangehörige von Unionsbürgern

- **Aufenthaltskarte**
- **Daueraufenthaltskarte**



# I. Freizügigkeitsrechte für Unionsbürger:

1. Unionsbürgerschaft

**2. rechtlicher Rahmen**

3. Freizügigkeitstatbestände

- allgemeine Freizügigkeit/Nicht-Erwerbstätige
- Arbeitnehmerfreizügigkeit
- Niederlassungsfreiheit
- Dienstleistungsfreiheit
- Verbleibeberechtigte
- Daueraufenthalt
- abgeleitetes Freizügigkeitsrecht/Familiennachzug

4. Verlust des Freizügigkeitsrechts

# Rechtsquellen zur Freizügigkeit:

- AEUV (ex EG-Vertrag)
- Unionsbürgerrichtlinie bzw. Freizügigkeitsrichtlinie (RL 2004/38/EG)
- Freizügigkeitsgesetz/EU (FreizügG/EU)
- Allgemeine Verwaltungsvorschrift zum FreizügG/EU
- Erlasse, Weisungen etc.  
(z.B. Verfahrenshinweise der ABH Berlin - VAB)
- AufenthG sofern ausdrücklich bestimmt oder günstiger  
(§ 11 FreizügG/EU)

# Recht auf Einreise und Aufenthalt (§ 2 FreizügG/EU)

(1) Freizügigkeitsberechtigte Unionsbürger und ihre Familienangehörigen haben das Recht auf Einreise und Aufenthalt nach Maßgabe dieses Gesetzes.

(2) Gemeinschaftsrechtlich freizügigkeitsberechtigt sind:

1. Unionsbürger, die sich als **Arbeitnehmer**, oder zur **Berufsausbildung** aufhalten wollen,
- 1a. Unionsbürger, die sich zur **Arbeitsuche** aufhalten, für bis zu sechs Monate und darüber hinaus nur, solange sie nachweisen können, dass sie weiterhin Arbeit suchen und begründete Aussicht haben, eingestellt zu werden,
2. Unionsbürger, wenn sie zur Ausübung einer selbständigen Erwerbstätigkeit berechtigt sind (niedergelassene **selbständige** Erwerbstätige),
3. Unionsbürger, die, ohne sich niederzulassen, als selbständige Erwerbstätige Dienstleistungen [...] erbringen wollen (**Erbringer von Dienstleistungen**), wenn sie zur Erbringung der Dienstleistung berechtigt sind,
4. Unionsbürger als **Empfänger von Dienstleistungen**,
5. **nicht erwerbstätige** Unionsbürger unter den Voraussetzungen des § 4,
6. **Familienangehörige** unter den Voraussetzungen der §§ 3 und 4,
7. Unionsbürger und ihre Familienangehörigen, die ein **Daueraufenthaltsrecht** erworben haben.

# Nicht erwerbstätige Freizügigkeitsberechtigte (§ 4 FreizügG/EU)

Nicht erwerbstätige Unionsbürger, ihre Familienangehörigen und ihre Lebenspartner, die den Unionsbürger begleiten oder ihm nachziehen, haben das Recht nach § 2 Abs. 1, wenn sie über **ausreichenden Krankenversicherungsschutz** und **ausreichende Existenzmittel** verfügen. Hält sich der Unionsbürger als Student im Bundesgebiet auf, haben dieses Recht nur sein Ehegatte, Lebenspartner und seine Kinder, denen Unterhalt gewährt wird.

# I. Freizügigkeitsrechte für Unionsbürger:

1. Unionsbürgerschaft

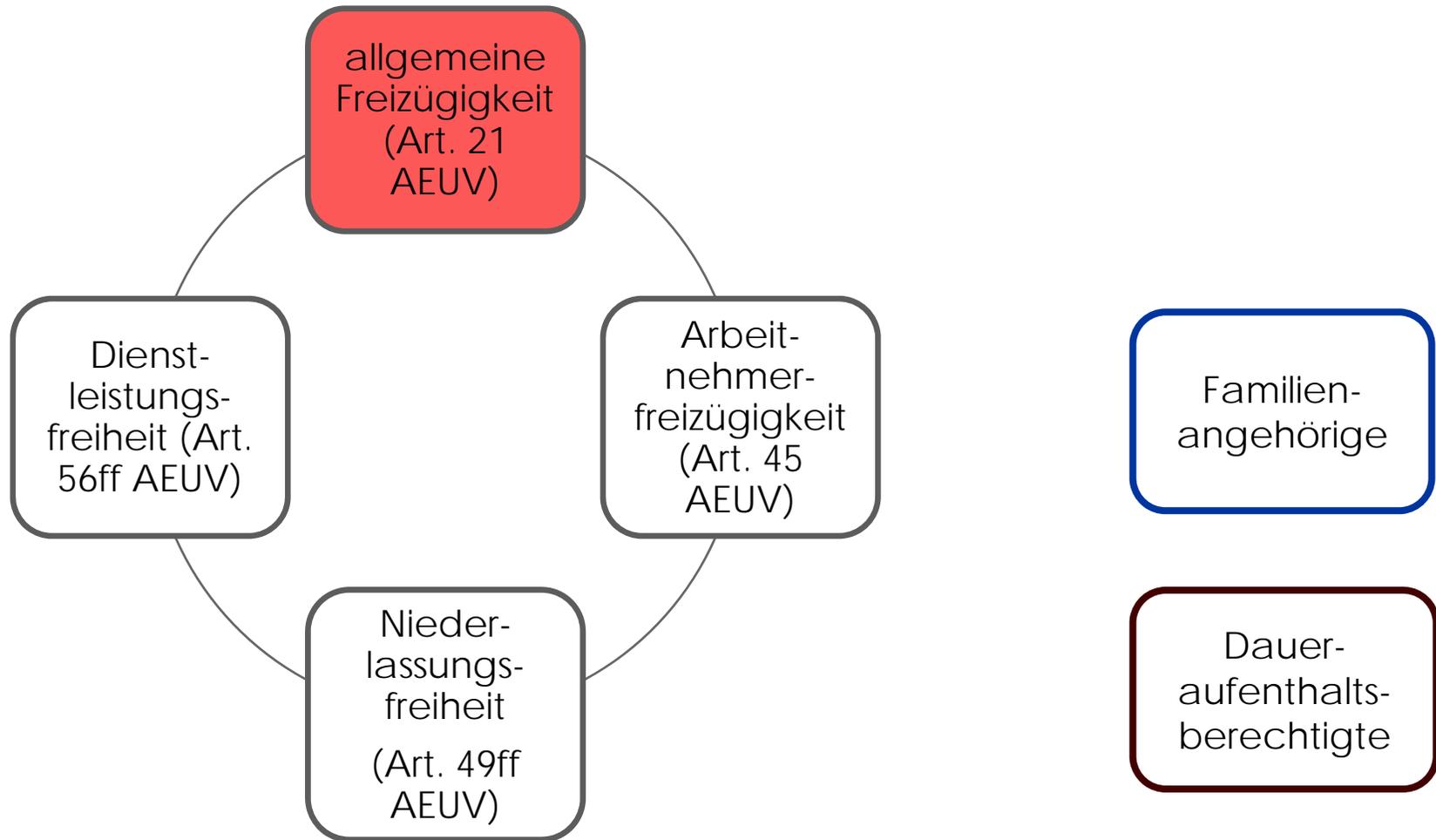
2. rechtlicher Rahmen

## **3. Freizügigkeitstatbestände**

- allgemeine Freizügigkeit/Nicht-Erwerbstätige
- Arbeitnehmerfreizügigkeit
- Niederlassungsfreiheit
- Dienstleistungsfreiheit
- Verbleibeberechtigte
- Daueraufenthalt
- abgeleitetes Freizügigkeitsrecht/Familiennachzug

4. Verlust des Freizügigkeitsrechts

# Freizügigkeitsrechte nach dem AEUV



# Allgemeine Freizügigkeit

## Artikel 21 AEUV (ex 18 EGV) [Freizügigkeit]

- (1) Jeder Unionsbürger** hat das Recht, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten vorbehaltlich der in diesem Vertrag und in den Durchführungsvorschriften vorgesehenen Beschränkungen und Bedingungen **frei zu bewegen und aufzuhalten.**

# allgemeine Freizügigkeit

- ✓ visafreie Einreise und genehmigungsfreier Aufenthalt
- ✓ beliebige Dauer



# allgemeine Freizügigkeit

- Die individuelle Situation und ein die Regelsätze unterschreitender tatsächlicher Bedarf sind zu berücksichtigen.
- Woher die Mittel stammen ist unerheblich. Sie können auch durch einen im Bundesgebiet aufhältigen drittstaatsangehörigen Familienangehörigen zur Verfügung gestellt werden.

EuGH Rs. Zhu und Chen C-200/02, 19.10.2004

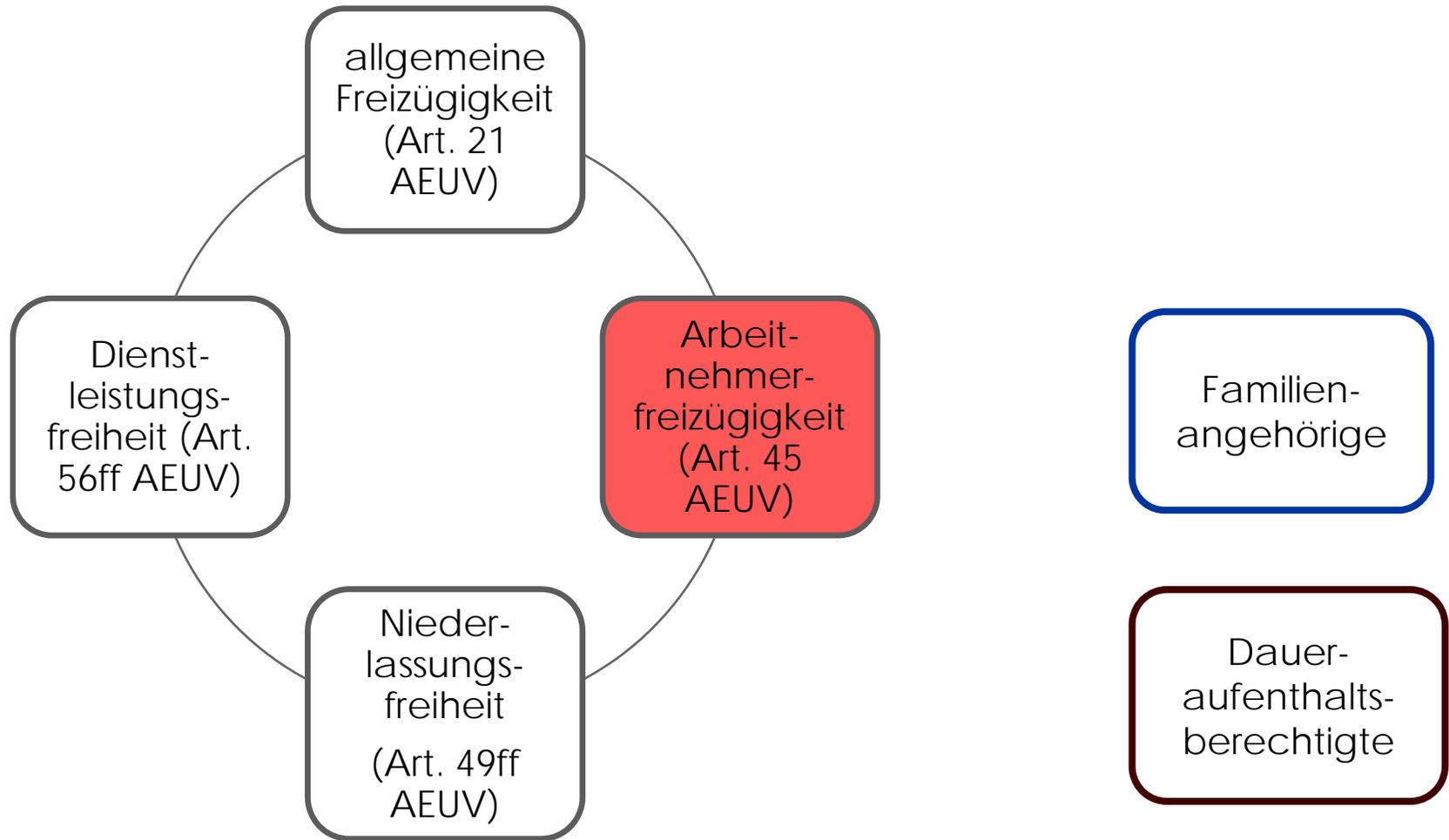
## Beispiel:

Die lettische F lebt zusammen mit ihrem drittstaatsangehörigen M in Berlin. M hat eine Arbeitsstelle gefunden, mit der er den Lebensunterhalt für beide decken kann.

>>> F ist freizügigkeitsberechtigt als Nichterwerbstätige und vermittelt M ein abgeleitete Freizügigkeitsrecht.

Da der Lebensunterhalt gesichert sein muss, besteht ein Freizügigkeitsrecht nicht, wenn Sozialleistungen in Anspruch genommen werden.

# Freizügigkeitsrechte



# Arbeitnehmerfreizügigkeit

## Artikel 45 AEUV (ex 39 EGV) [Freizügigkeit der Arbeitnehmer]

(1) Innerhalb der Gemeinschaft ist die Freizügigkeit der Arbeitnehmer gewährleistet. [...]

(3) Sie gibt – vorbehaltlich der aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit gerechtfertigten Beschränkungen – den Arbeitnehmern das Recht,

- a) sich um tatsächlich angebotene **Stellen zu bewerben**;
- b) sich zu diesem Zweck im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen;
- c) sich in einem Mitgliedstaat aufzuhalten, um dort nach den für die Arbeitnehmer dieses Staates geltenden Rechts- und Verwaltungsvorschriften **eine Beschäftigung auszuüben**
- d) nach Beendigung einer Beschäftigung im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats unter Bedingungen **zu verbleiben**, welche die Kommission durch Verordnungen festlegt.

- *Suche einer Beschäftigung*
- *Ausübung einer Beschäftigung*
- *Verbleiben nach Ende einer Beschäftigung und bestimmten Voraussetzungen*

# Arbeitnehmerbegriff

jeder, der eine auf Einkommenserzielung ausgerichtete abhängige Beschäftigung tatsächlich ausübt

- das gilt auch für Personen im Rentenalter („Das Alter von 81 Jahren allein steht der Eigenschaft als Arbeitnehmer nicht entgegen.“ OVG Hamburg, 5. 1. 2012, 3 Bs 179/11; LSG Nds-Bremen 27. 6.17; L 8 SO 375/16 B ER; LSG B-Bg 17.8.18, L 23 SO 139/18 B ER)
- jede nicht nur völlig untergeordnete Tätigkeit
  - EuGH (Rs. 139/85 - Kempf), 03.06.1986: 10 – 12 Stunden/Woche
  - EuGH zu ARB 1/80 EU-Türkei (C-14/09 Rs. Genc, 04.02.2010): 5,5 Std. proWoche / 175€ netto
  - LSG NRW (L 20 B 184/07 AS ER): Minijob 280 €/Monat
  - VGH Ba-Wü (29.10.12; 11 S 24/12): 5–6 Std/Woche; 180-240 €/Monat
  - LSG BBG; 22.8.2017 (L 18 AS 1626/17 B ER ): 160-220 € , 16-22 Std./Monat
  - LSG Schleswig-Hst. (11.11.2015, L 6 AS 197/15 B.ER): 8 Std. Std/Woche; 200-300 €/Monat
  - LSG Bayern (6.2.2017; L 11 AS 887/16 B ER) 5 Std./Woche, 187 €
  
  - Fachl. Weisung der BA (7.11): Tätigkeit von weniger als 8 Wochenstunden ist für untergeordnete Tätigkeit
  
  - LSG BBG (L 5 AS 880/13 ER), 24.04.13, „bei einem Monatseinkommen von 120€ liegt eine völlig untergeordnete Tätigkeit nahe.“
  - BSG (B 4 AS 44/15 R, 3.12.2015) Verkauf einer Obdachlosenzeitschrift ist „dem Betteln gleichgestellt“ und keine Erwerbstätigkeit
- Gesamtwürdigung unter Berücksichtigung von
  - Dauer des Arbeitsverhältnisses
  - gesetzlicher Ansprüche auf Urlaub (nach Bestand des AV von 1 Monat) und
  - Anspruch auf Lohnfortzahlung im Krankheitsfall (nach 4 Wochen)

(EuGH, Rs. Genc, Urteil v. 4. 2.2010, C-14/09, Rn. 27)

# Arbeitsuche

**Arbeitnehmerfreizügigkeit gilt auch zur Bewerbung auf Stellen; § 4 FreizügG/EU (Nichterwerbstätige) ist insoweit nicht anwendbar!**

- ✓ für eine Arbeitssuche ist im Regelfall ein Zeitraum von 6 Monaten ausreichend (EuGH Rs. Antonissen)
  - ✓ aus dem Sachverhalt kann sich ergeben, dass auch über einen längeren Zeitraum berechnigte Aussichten auf eine Einstellung bestehen (eingeschränkte Vermittelbarkeit z.B. durch Schwangerschaft, Kinderbetreuung, Krankheit, Vorliegen von Einstellungszusagen)
  - ✓ „...so lange die Unionsbürger nachweisen können, dass sie weiterhin Arbeit suchen und dass sie eine begründete Aussicht haben, eingestellt zu werden.“ (Art. 14 Abs. 4 Nr. b UnionsbRL)
- so nun auch § 2 Abs. 2 Nr. 1a FreizügG

### Nr. 2.2.1.3 VwV-FreizügG/EU:

„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.“

**! Leistungsausschluss bei Arbeitssuche !**  
(§ 7 SGB II)

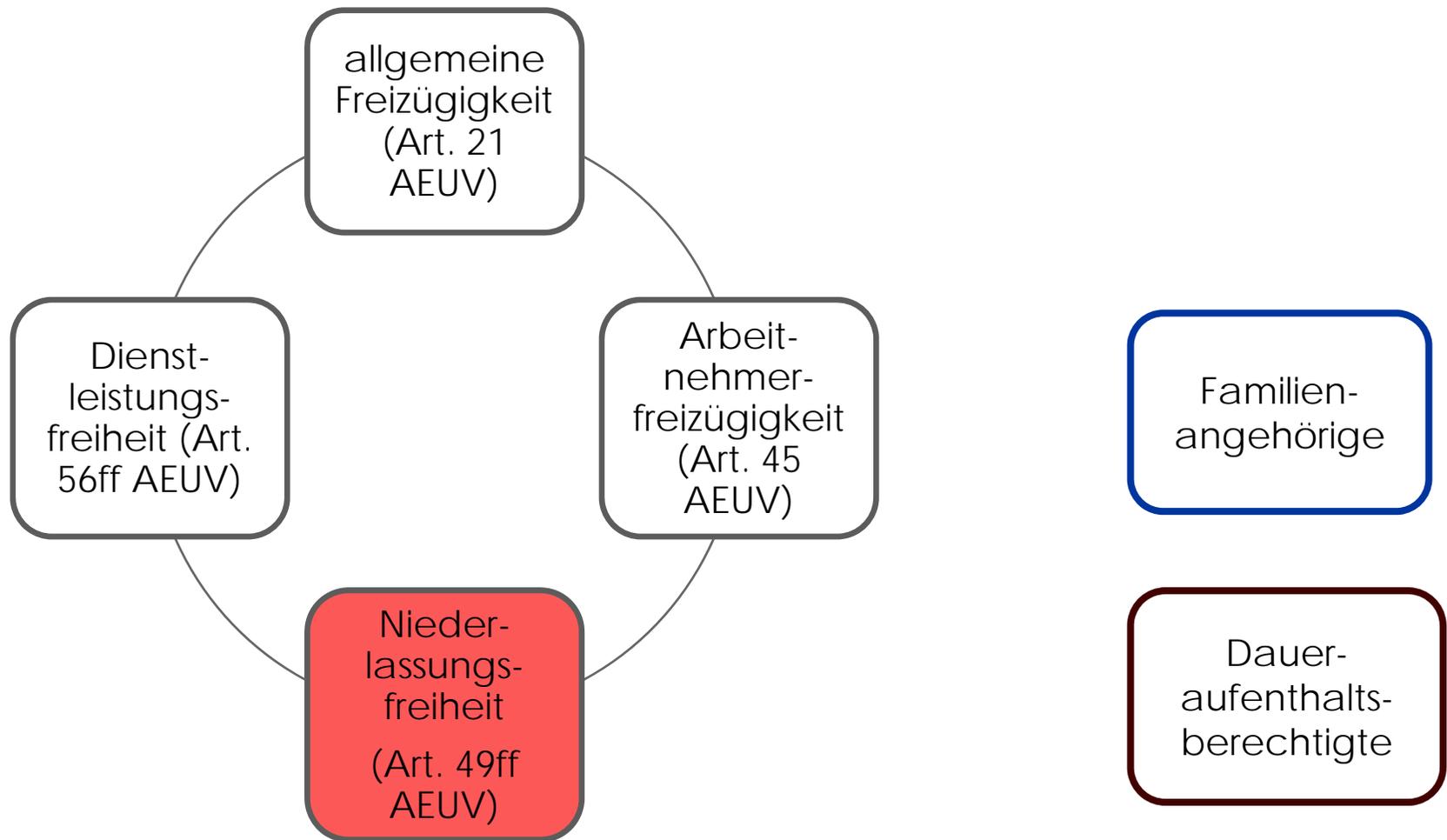
## Beispiel:

Die rumänische Arbeitsuchende K besitzt ein Freizügigkeitsrecht, wenn sie sich tatsächlich auf Arbeitsstellen bewirbt.

Nach 6 Monaten gilt dies nur dann, wenn auf Grund der individuellen Umstände und nach der Arbeitsmarktlage noch zu erwarten ist, dass sie eine Beschäftigung findet.

Das Freizügigkeitsrecht zur Arbeitssuche ist nicht vom Nachweis von Existenzmitteln abhängig. Während der Arbeitssuche unterfällt K aber grundsätzlich den Leistungsausschlüssen in § 7 SGB II/§ 23 SGB XII.

# Freizügigkeitsrechte



# Niederlassungsfreiheit

## Artikel 49 AEUV (ex 43 EGV)

Die Beschränkungen der **freien Niederlassung** von Staatsangehörigen eines Mitgliedstaates im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats sind nach Maßgabe der folgenden Bestimmungen verboten. Das gleiche gilt für Beschränkungen der Gründung von **Agenturen, Zweigniederlassungen oder Tochtergesellschaften** durch Angehörige eines Mitgliedstaates, die im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaates ansässig sind.

Vorbehaltlich des Kapitels über den Kapitalverkehr umfasst die Niederlassungsfreiheit die Aufnahme und Ausübung selbständiger Erwerbstätigkeiten sowie die **Gründung und Leitung von Unternehmen**, insbesondere von Gesellschaften im Sinne des Artikels 48 Absatz 2, nach den Bestimmungen des Aufnahmestaates für seine eigenen Angehörigen.

## § 2 Abs. 2 Nr. 2 FreizügG/EU:

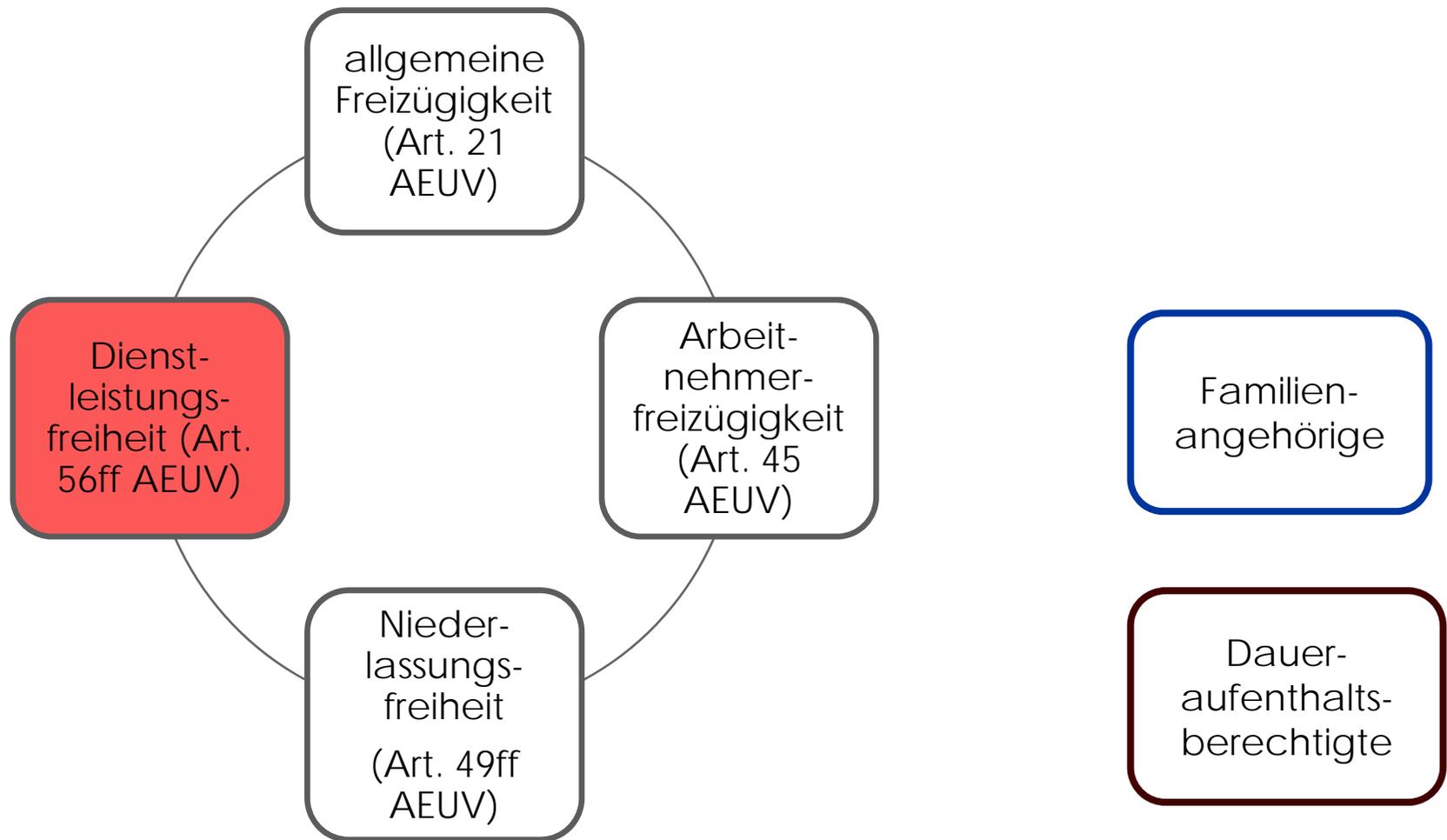
[Freizügigkeitsberechtigt sind] Unionsbürger, wenn sie zur Ausübung einer selbständigen Erwerbstätigkeit berechtigt sind (niedergelassene **selbständige** Erwerbstätige)

# Niederlassungsfreiheit

Eine wirtschaftliche Tätigkeit muss tatsächlich und **auf unbestimmte Zeit** mittels einer festen Einrichtung ausgeübt werden. Der formelle Akt der Registrierung ist nicht ausreichend. (EuGH, C-221/89, 25.07.1991 Rs. Factortame, Rn. 20f; BSG, Urteil vom 19.10.2010, B 14 AS 23/10 R)

- ✓ Gewerbeanmeldung und steuerliche Registrierung allein nicht ausreichend.
- ✓ Wie tritt der Unternehmer am Markt auf?
- ✓ nicht völlig untergeordneter Umfang / analog Arbeitnehmer (LSG HH 01.12.2014 L 4 AS 444/14 ER)
- ✓ keine Scheinselbständigkeit, sonst ggf. Arbeitnehmer (Kriterienkatalog der Sozialversicherung)
- ✓ die Tätigkeit als Straßenprostituierte ist auch ohne "feste Einrichtung" möglich (LSG BBG, 28.01.2013, L 14 AS 3133/12 B ER).

# Freizügigkeitsrechte



# Dienstleistungsfreiheit

## Artikel 56 AEUV (ex 49 EGV)

Die **Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs** innerhalb der Gemeinschaft für Angehörige der Mitgliedstaaten, die in einem anderen Staat der Gemeinschaft als demjenigen des Leistungsempfängers ansässig sind, sind nach Maßgabe der folgenden Bestimmungen **verboten**.

## Artikel 57 AEUV [Dienstleistungen]

Dienstleistungen im Sinne dieses Vertrags sind Leistungen, die in der Regel gegen Entgelt erbracht werden, soweit sie nicht den Vorschriften über den freien Waren- und Kapitalverkehr und über die Freizügigkeit der Personen unterliegen.

Als Dienstleistungen gelten insbesondere:

- a) gewerbliche Tätigkeiten,
- b) kaufmännische Tätigkeiten,
- c) handwerkliche Tätigkeiten,
- d) freiberufliche Tätigkeiten.

Unbeschadet des Kapitels über die Niederlassungsfreiheit **kann der Leistende zwecks Erbringung seiner Leistungen seine Tätigkeit vorübergehend in dem Staat ausüben, in dem die Leistung erbracht wird, und zwar unter den Voraussetzungen, welche dieser Staat für seine eigenen Angehörigen vorschreibt.**

# aktive Dienstleistungsfreiheit

## § 2 Abs. 2 Nr. 3 FreizügG/EU:

[Freizügigkeitsberechtigt sind] Unionsbürger, die, **ohne sich niederzulassen**, als selbständige Erwerbstätige **Dienstleistungen** im Sinne des Artikels 50 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft **erbringen wollen** (Erbringer von Dienstleistungen), wenn sie zur Erbringung der Dienstleistung berechtigt sind.

- ✓ Freiheit zur Erbringung von Dienstleistungen
  - selbständig
  - durch Mitarbeiter (unabhängig von der Staatsangehörigkeit!)
- ✓ Unter Beibehaltung des Unternehmenssitzes im Herkunftsstaat = keine Niederlassung
- ✓ vorübergehende grenzüberschreitende Leistungserbringung

# passive Dienstleistungsfreiheit

§ 2 Abs. 2 Nr. 4 FreizügG/EU:

[Freizügigkeitsberechtigt sind] Unionsbürger als **Empfänger von Dienstleistungen**

- Touristen
- Krankenbehandlung
- Studien- und Geschäftsreisen

- Dienstleistungsfreiheit gilt nur für einen vorübergehenden Dienstleistungsempfang, nicht bei beabsichtigtem dauerndem Aufenthalt (EuGH, 15.10.1988, Rs. Steymann196/87)

**! Dienstleistungsfreiheit gibt keinen SGB II-Anspruch!**  
kein gewöhnlicher Aufenthalt im Bundesgebiet

## Fall: kroatische Reinigungskraft

Bei einer Kontrolle im Hotel Adlux stellt der Zoll eine kroatische Reinigungskraft fest, die mit der Reinigung verschiedener Hotelzimmer beschäftigt ist.

**Ist ihr die Tätigkeit erlaubt?**

# Lösung: kroatische Reinigungskraft

erlaubte Tätigkeit?

Arbeitnehmer

Selbständiger

Dienstleister

Arbeitnehmer-  
freizügigkeit

Niederlassungs-  
freiheit

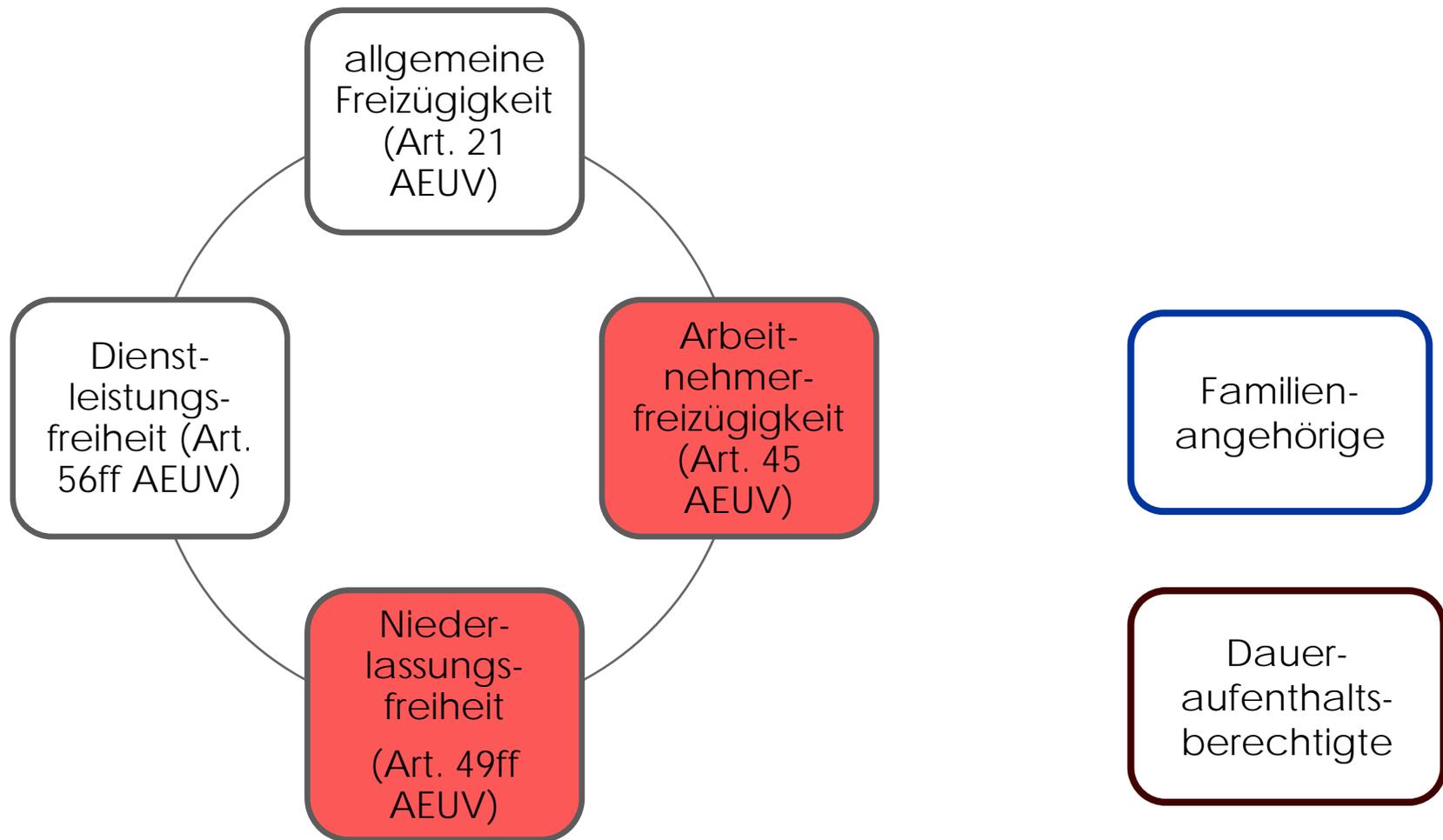
Dienstleistungs-  
freiheit

keine Arbeitserlaubnis  
erforderlich  
(seit 01.07.2015)

Gewerbeanmeldung/  
scheinselbständig?

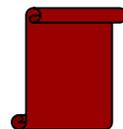
angemeldetes  
Gewerbe in einem  
anderen Mitgliedsstaat

# Verbleibeberechtigte frühere Arbeitnehmer oder Selbständige



# Verbleibeberechtigte frühere Arbeitnehmer/Selbständige

- ✓ immer bei vorübergehender „Erwerbsminderung“ (=Arbeitsunfähigkeit) infolge Krankheit oder Unfall (*die teilweise Wiederherstellung der Erwerbsfähigkeit muss möglich sein*)
- ✓ bei von der Agentur für Arbeit **bestätigter unfreiwilliger** Arbeitslosigkeit oder Aufgabe der selbständigen Erwerbstätigkeit
  - nach mehr als einem Jahr Tätigkeit: **unbegrenzt**
  - nach weniger als einem Jahr Tätigkeit: **für 6 Monate**



Art. 7 Abs. 3 UnionsbürgerRL/  
§ 2 Abs. 3 FreizügG/EU

## Verbleibeberechtigte frühere Arbeitnehmer/Selbständige

- ✓ Die Bestätigung ist durch die Agentur für Arbeit zu erteilen und nicht durch das JobCenter. Das Freizügigkeitsrecht „bleibt auch für die Zeit bis zur Vorlage der Bestätigung bestehen.“  
(Nr. 7.17 Fachl. Weisungen der BA)
- ✓ Der Inhalt der Bestätigung ist gerichtlich voll überprüfbar.
  - LSG NRW , 14.06.2017 - L 19 AS 455/17 B ER
  - SG Landshut 31.01.2018 - S 11 AS 624/16
- ✓ „kurze“ Unterbrechungen sind unschädlich
  - Fachl. Weisungen BA: 5% im Verhältnis zur Tätigkeit
- ✓ „Bestandsschutz“ bei Verlust des Folgearbeitsverhältnisses?
- ✓ kein Erlöschen der Erwerbstätigeneigenschaft nach 2 Jahren  
(EuGH 11.4.2019, C-483/17, Rs. Tarola, Rn. 44)

# unfreiwillige Arbeitslosigkeit

Wenn das Arbeitsverhältnis seitens des Arbeitgebers aus Gründen beendet wurde, die der Arbeitnehmer nicht zu vertreten hat.

(EuGH Rs. Sedef, Rs. Güzeli)

## Vertretenmüssen:

- verhaltensbedingte Gründe:
  - Verletzungen der arbeitsvertraglichen Pflichten
  - grundlose Eigenkündigung

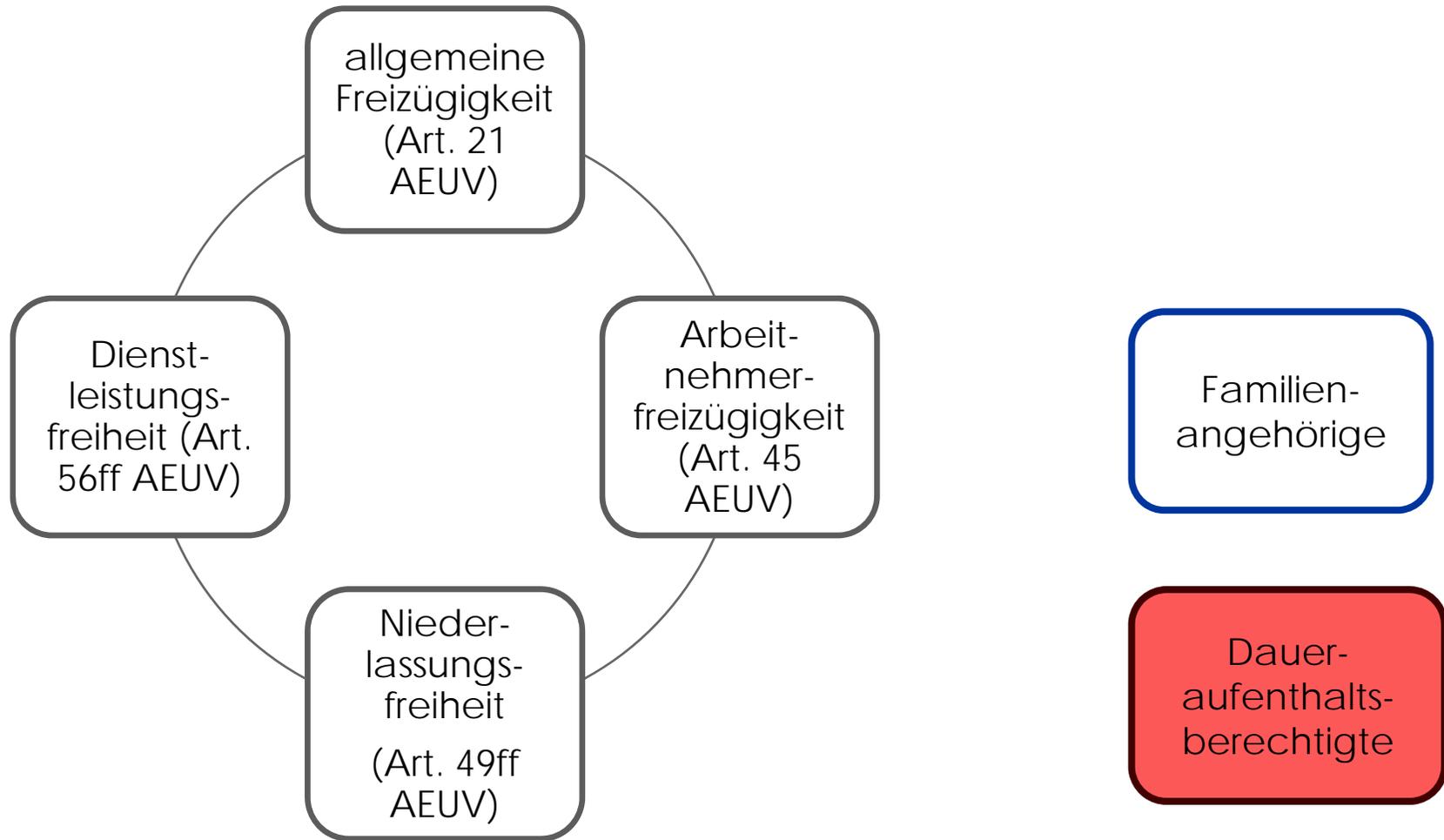
## Nichtvertretenmüssen:

- betriebsbedingte Gründe:
  - Produktionseinstellungen
  - Betriebsverlagerungen
  - Kündigung wegen unzumutbarer Arbeitsbedingungen

Die teilweise vertretene Auffassung, dass aus einem von vorneherein befristeten Arbeitsverhältnis grundsätzlich keine Verbleibeberechtigung entstehen kann, da der Arbeitnehmer „selber schuld ist“, wenn er ein befristetes Arbeitsverhältnis begründet, überzeugt nicht.

- Es liegt vielmehr regelmäßig unverschuldete Arbeitslosigkeit vor (LSG NRW, 21.8.17, L 12 AS 2015/16 B ER)

# Daueraufenthaltsrecht



# Daueraufenthaltsrecht § 4a FreizügG/EU

- ✓ Freizügigkeitsrecht ist unabhängig vom Vorliegen eines speziellen Freizügigkeitstatbestandes
- ✓ bietet besonderen Ausweisungsschutz
- ✓ der Bezug öffentlicher Leistungen ist grundsätzlich aufenthaltsrechtlich unerheblich
- ✓ entsteht nach einem ständigen rechtmäßigen Aufenthalt des Unionsbürgers oder des Familienangehörigen von

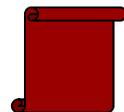
**fünf Jahren**

- ✓ kürzere Fristen bei Renteneintritt, Erwerbsminderung, Grenzgängern  
Witwer/Witwen (§ 4a Abs. 2) und deren Familienangehörige (§ 4a Abs. 5)

siehe auch Art. 16, 17 UnionsbürgerRL

# Erforderlichkeit der Rechtmäßigkeit des vorherigen Aufenthalts

- ✓ **Der Unionsbürger muss über fünf Jahre durchgängig freizügigkeitsberechtigt sein.**
  - Berücksichtigungsfähig sind nur Zeiten, in denen der Ausländer tatsächlich einen Freizügigkeitstatbestand nach der FreizügRL erfüllt. Die tatsächliche Anwesenheit reicht nicht aus. Zeiten ohne Vorliegen eines Freizügigkeitstatbestandes lassen die Frist erneut beginnen.
  
- ✓ Die Möglichkeit zur Feststellung des Verlusts des Freizügigkeitsrechts nach § 5 IV FreizügG/EU erlischt mit dem Entstehen eines Daueraufenthaltsrechts (BVerwG, Urteil vom 16.7.2015 - 1 C 22.14).
  
- ✓ **Aufenthaltszeiten vor EU-Beitritt nach dem AufenthG sind berücksichtigungsfähig, wenn ein Freizügigkeitstatbestand der FreizügRL erfüllt wäre.**
  - Ein nach rein nationalen Vorschriften rechtmäßiger Aufenthalt (z.B. Aufenthaltserlaubnis aus humanitären Gründen ohne Erwerbstätigkeit) reicht für den Erwerb des Daueraufenthaltsrechts nicht aus.



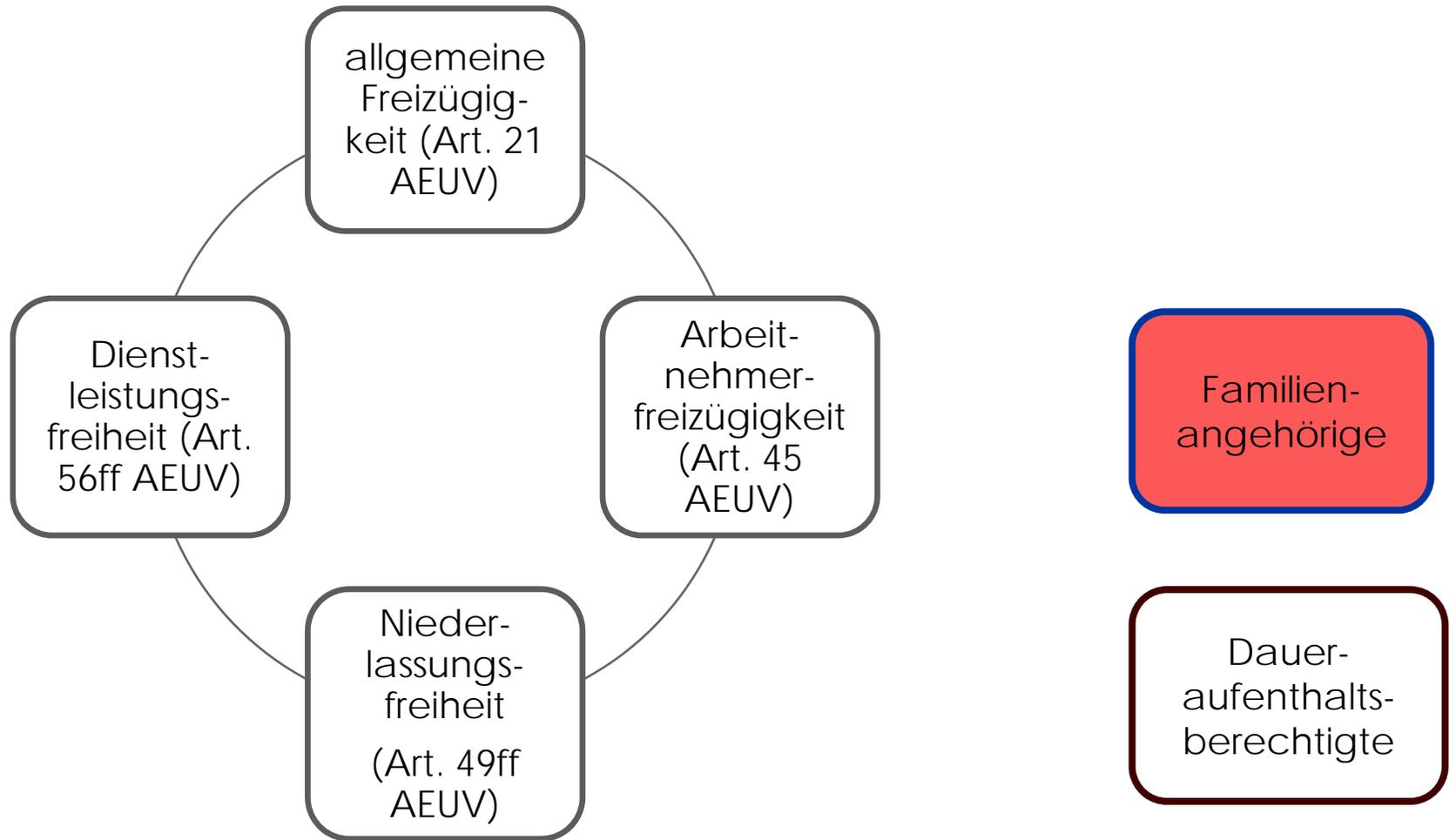
EuGH Urt. v. 21.12.2011; C-424/10 und 425/10 (Ziolkowski)  
so nun auch: Nr. 5.5.1 VwV-FreizügG /EU

# Welche Zeiten sind anrechenbar?

- ✓ folgende Abwesenheitszeiten können auf die zum Erwerb des Daueraufenthaltsrechts erforderlichen Zeiten angerechnet werden:
  - bis max. 6 Monate im Jahr
  - zur Ableistung von Wehr- oder Ersatzdienst im Heimatland
  - einmalig bis zu 12 aufeinander folgende Monate bei Vorliegen eines wichtigen Grundes (z.B. Schwangerschaft, schwere Krankheit, Studium, Berufsausbildung, berufliche Entsendung)
  
- ✓ Zeiten der **Strafhaft** werden bei der Berechnung der Zeiten nicht berücksichtigt, Zeiträume davor und danach nicht zusammengerechnet (EuGH, 16.01.2014, C-378/12 und C-400/12).
  
- ✓ Das Daueraufenthaltsrecht **erlischt** bei Abwesenheit zu einem nicht vorübergehenden Grund von mehr als 2 Jahren.

*(§ 4a Abs. 6 und 7 FreizügG/EU)*

# Familienangehörige



# abgeleitetes Freizügigkeitsrecht

- Ehegatte/Lebenspartner i.S.d. LPartG
- Verwandte in gerader **absteigender Linie** (=Kinder, Enkel) des EU-Bürgers oder seines Ehegatten (=Stiefkinder!), wenn unter 21 Jahren oder bei Unterhaltsgewährung
- Verwandte in gerader **aufsteigender Linie** (=Eltern, Großeltern) des EU-Bürgers oder seines Ehegatten (=Schwiegereltern!), wenn diesen Unterhalt gewährt wird

## Fall: Die russische Mutter

Die Deutsche D lebt zusammen mit ihrem britischen Ehemann E in Deutschland. D möchte ihre Mutter aus Russland nachziehen lassen.

D ist Hausfrau, E arbeitet als Arzt und verdient gut.

Ist ein Nachzug möglich?

## Lösung: Die russische Mutter

- ✓ Ein Familiennachzug der Eltern zu Deutschen richtet sich nach § 36 **AufenthG** und setzt eine „außergewöhnliche Härte“ und vollständige Sicherung des Lebensunterhalts, einschließlich Krankenversicherungsschutz voraus. Ein Familiennachzug zu D nach dem AufenthG wird daher nur im Ausnahmefall möglich sein.
- ✓ E verfügt über ein Freizügigkeitsrecht als Arbeitnehmer. Als Schwiegersohn ist er Familienangehöriger i.S.v. § 3 FreizügG/EU.
- ✓ Ein Familiennachzug kann zu E stattfinden, wenn R von E „Unterhalt“ gewährt wird. R erhält eine Aufenthaltskarte.

# Unterhaltsgewährung bei abgeleitetem Freizügigkeitsrecht

Unterhaltsgewährung liegt vor, wenn dem Verwandten tatsächlich Leistungen zukommen, die vom Ansatz her als Mittel der Bestreitung des Lebensunterhalts angesehen werden können. Dazu gehört eine fortgesetzte regelmäßige Unterstützung in einem Umfang, der es ermöglicht, zumindest einen Teil des Lebensunterhalts regelmäßig zu decken. Maßstab ist dabei das Lebenshaltungsniveau in dem Land, in dem sich der Familienangehörige aufhält.

...

Auf die Gründe für die Unterstützung kommt es nicht an. Allein die Tatsache, dass der Unterhaltsberechtigte Sozialleistungen in Anspruch nimmt, steht einer tatsächlichen Unterhaltsgewährung nicht entgegen.

(Nr. 3.2.2.1 VwV-FreizügG/EU)

- **Durch den Unterhalt muss der Lebensunterhalt nicht vollständig gedeckt werden können. Ein ergänzender Leistungsbezug ist unschädlich.**

# Unterhaltsgewährung bei abgeleitetem Freizügigkeitsrecht

ABH Berlin:

„ .... Der freizügigkeitsberechtigter Unionsbürger muss seinen Familienangehörigen (z.B. das Kind seinen Vater) **materiell** unterstützen, damit dieser ein Freizügigkeitsrecht ableiten kann [...]

In den Fällen, in denen der freizügigkeitsberechtigter Unionsbürger bzw. sein Ehegatte oder Lebenspartner schon **nicht in der Lage ist seinen eigenen Unterhalt und den seiner Kernfamilie aus eigenen Einkünften zu sichern, ist er auch nicht in der Lage weiteren Personen Unterhalt zu gewähren.“**

(Nr. C.3.2.2 VAB der ABH Berlin)

- **Es muss sich um eine materielle Zuwendung handeln** (*EuGH Rs. Iida, C-40/11 vom 08.11.2012, Rn. 53*).
- **Bezieht der Unterhalt-Leistende selber Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhaltes, ist eine Unterhaltsleistung wohl regelmäßig nicht möglich.**

## Unterhaltsgewährung erfordert Abhängigkeitsverhältnis

- ✓ Das Merkmal „Unterhalt gewähren“ erfordert, dass der Familienangehörige in einem Abhängigkeitsverhältnis zum Unionsbürger steht.
- ✓ Ein Abhängigkeitsverhältnis besteht, wenn der Familienangehörige in Anbetracht seiner wirtschaftlichen und sozialen Lage faktisch nicht selbst für die Deckung seiner Grundbedürfnisse aufkommt.
- ✓ Der Unterhaltsbedarf muss im Herkunftsland des Unionsbürgers im Zeitpunkt des Nachzugs bestehen.
- ✓ Der spätere Wegfall der Bedürftigkeit (z.B. durch Arbeitsaufnahme) bleibt unberücksichtigt.



# abgeleitetes Freizügigkeitsrecht

- ✓ drittstaatsangehörige Eltern, wenn diese den Lebensunterhalt des minderjährigen Unionsbürgers sichern

(EuGH Rs. Zhu und Chen, C-200/02, 19.10.2004).

## Beispiel:

*Die 3-jährige T hat die französische Staatsangehörigkeit. Sie lebt bei ihrer allein erziehenden kongolesischen Mutter M. Der Lebensunterhalt ist durch die Erwerbstätigkeit von M gedeckt.*

*M kann ein Freizügigkeitsrecht nicht von T ableiten, da T ihr keinen „Unterhalt gewährt“. Da Grundlage des Freizügigkeitsrechts der T jedoch die Erwerbstätigkeit der M ist, mit der der Lebensunterhalt gesichert ist, steht beiden ein Freizügigkeitsrecht zu.*

## weiteres Freizügigkeitsrecht des Kindes bei Wegzug des Unionsbürgers

„Die **Kinder eines freizügigkeitsberechtigten Unionsbürgers** und der **Elternteil**, der die elterliche Sorge für die Kinder tatsächlich ausübt, behalten auch **nach dem Tod oder Wegzug des Unionsbürgers**, von dem sie ihr Aufenthaltsrecht ableiten, bis zum **Abschluss einer Ausbildung** ihr Aufenthaltsrecht, wenn sich die Kinder im Bundesgebiet aufhalten und eine Ausbildungseinrichtung besuchen.“

(§ 3 Abs. 4 FreizügG/EU, Art. 12 Abs. 3 FreizügRL)

## Fall: Der mittellose Schüler

Der Rumäne M reist am 15.10.2016 mit seiner ebenfalls rumänischen Ehefrau F und dem gemeinsamen 7-jährigen Sohn S nach Berlin. M findet zum 01.11.2016 einen Job, bei dem er 500 EUR verdient, F ist Hausfrau und S geht zur Schule.

In Folge eines Streits entschließt sich M im März 2017 endgültig nach Rumänien zurückzukehren. F möchte mit S in Berlin bleiben. Da sie keine Arbeit gefunden hat, beantragt sie Leistungen beim JobCenter.

- **Sind sie noch freizügigkeitsberechtigt?**

# Lösung:

## Der mittellose Schüler

- Freizügigkeitsrecht der F?
  - allenfalls Arbeitssuche, jedoch seit mehr als 6 Monaten erfolglos
  - F hat kein eigenes Freizügigkeitsrecht
- (abgeleitetes) Freizügigkeitsrecht von S (§ 3 FreizügG/EU)?
  - nein, S leistet F keinen Unterhalt
- aber: S ist Kind eines weggezogenen früheren Arbeitnehmers und besucht eine Ausbildungseinrichtung
  - er und seine (sorgeberechtigte) Mutter haben ein Aufenthaltsrecht (§ 3 Abs. 4 S. 2 FreizügG/EU, Art. 12 Abs. 3 FreizügRL)

# Abwandlung: Der mittellose Schüler

M wird zum 31.03.2017 gekündigt, verbleibt aber mit F und S in Deutschland. Sie beantragen SGB II-Leistungen.

- **Sind sie noch freizügigkeitsberechtigt?**

# Lösung:

## Der mittellose Schüler

- Freizügigkeitsrecht von M?
  - als früherer Arbeitnehmer hat M ein Verbleiberecht für 6 Monate (bis zum 30.09.2017)
  - F und S sind als Familienangehörige freizügigkeitsberechtigigt.
  - Ab 1.10.2017 besteht ein Freizügigkeitsrecht allenfalls zur Arbeitssuche, wenn weiter mit Erfolgsaussicht gesucht wird.
  - S hat kein eigenes Freizügigkeitsrecht, da sein zuvor freizügigkeitsberechtigter Vater nicht gestoben oder weggezogen ist.
- aber: Aufenthaltsrecht nach Art. 10 FreizügVO

## Aufenthaltsrecht nach Art. 10 FreizügVO

*„Die **Kinder eines Staatsangehörigen** eines Mitgliedsstaates, **der** im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedsstaates **beschäftigt** ist oder **gewesen ist**, können, wenn sie im Hoheitsgebiet dieses Mitgliedsstaat wohnen, unter den gleichen Bedingungen wie die Staatsangehörigen dieses Mitgliedsstaates, **am allgemeinen Unterricht sowie an der Lehrlings- und Berufsausbildung teilnehmen.**“*

- aus dem Teilhabeanspruch folgt ein Aufenthaltsrecht („effektive Rechtsausübung“)

# Aufenthaltsrecht nach Art. 10 FreizügVO

- ✓ Das Kind eines (früheren) **Arbeitnehmers**
- ✓ das in einem Mitgliedsstaat eine **Ausbildung** begonnen hat und fortsetzt
- ✓ sowie sein Elternteil, der die **elterliche Sorge** tatsächlich wahrnimmt, ist
- ✓ ungeachtet eines Mangels an finanziellen Mitteln
- ✓ bis zum 18. Lebensjahr oder bei fortdauernder Betreuungsbedürftigkeit
- ✓ zum weiteren Aufenthalt berechtigt.
- ✓ Die Arbeitnehmereigenschaft und der Schulbesuch müssen nicht gleichzeitig erfolgen

*EuGH Rs. Teixeira, 23.02.2010 C-480/08*

*Rs. Czop und Punakova C-147/11 und C-148/11*

*BVerwG Urt. V. 11.09.2019, 1 C 48.18*

# Aufenthaltsrecht nach Art. 10 FreizügVO

Es bestand nach alter Rechtslage (bis 28.12.2016) nach überwiegender Auffassung ein SGB II-Anspruch, da kein Leistungsausschluss bestand:

- BSG, 03.12.2015, B 4 AS 43/15 R
- LSG Berlin-Brandenburg, 09.05.2016, L 15 SO 63/16 ER
- LSG Sachsen-Anhalt, 29.04.2016, L 4 AS 182/16 B ER
- LSG Baden-Württemberg, 16.08.2016, S 7 AS 1644/ 16 ER
- LSG Sachsen, 21. Oktober 2016 – L 7 AS 973/16 B ER
- LSG Hamburg, 27.05.2016 L 4 AS 160/16 B ER

anders:

- LSG Niedersachsen, 15.01.2016, L 15 AS 226/15 B ER (ggf. SGB XII)
- LSG Rheinland-Pfalz, 11.08.2006, L3 AS 376/16 B ER

seit 29.12.2016: Leistungsausschluss bei Aufenthalt nach Art. 10 FreizügVO

# Aufenthaltsrecht nach Art. 10 FreizügVO

- Zeiten können nicht für den Erwerb eines Daueraufenthaltsrechts nach § 4a FreizüGG berücksichtigt werden.  
(BVerwG Urt. V. 11.09.2019, 1 C 48.18)

## offene Fragen:

- Welche Ausbildungsphasen sind erfasst?  
(Kindergarten – Hort – Kita – Schule – Berufsausbildung?)
- Wie ist das Aufenthaltsrecht nach Art. 10 FreizügVO dem Unionsbürger und einem drittstaatsangehörigen Elternteil zu bescheinigen?  
(Aufenthaltskarte - Aufenthaltstitel gem. § 7 AufenthG – analog § 28 - § 25 V?)

# Verbleibeberechtigung bei Scheidung

Ist der Ehegatte **selbst Unionsbürger**:

Fortbestand des Freizügigkeitsrechts unabhängig von Ehebestandsdauer oder Lebensunterhaltssicherung (Art. 13 Abs. 1 FreizügRL; nicht umgesetzt!)

Ist der Ehegatte **Drittstaatsangehöriger** (§ 3 Abs. 5 FreizügG/Art. 13 FreizügRL):

Der drittstaatsangehörige Ehegatte hat ein weiteres Aufenthaltsrecht bei Scheidung wenn

1. er selbst die Voraussetzungen der FreizügRL erfüllt (erwerbstätig od. LU-Sicherung)
- und**
2.
  - a. bis zur Einleitung der Scheidung mindestens 3 Jahre Ehe (mind. 1 Jahr davon im Bundesgebiet) **oder**
  - b. (Mit-)Sorgerecht für ein Kind des Unionsbürgers **oder**
  - c. Umgangsrecht nur im Bundesgebiet **oder**
  - d. bei außergewöhnlicher Härte (z.B. häusl. Gewalt)

**oder** § 31 AufenthG i.V.m. § 11 Abs. 1 S. 1 FreizügG:

- 3 Jahre eheliche Lebensgemeinschaft!
- Ersterteilung ohne LU-Sicherung
- Verlängerung im Ermessen

# Verbleibeberechtigung bei Scheidung

- kein weiteres Aufenthaltsrecht, wenn der Unionsbürger den Mitgliedsstaat **vor Einleitung des Scheidungsverfahrens verlässt**

(EuGH, Rs. Kuldip Singh, C-218/14, 16.7.2015)

## Fall: Die zurückgekehrte Ex

M ist nigerianischer Staatsangehöriger und heiratete 2008 die in Griechenland lebende Bulgarin F.

2012 zogen beide nach Deutschland.

Anfang 2014 trennten sie sich. F zog nach Bulgarien zurück.

2015 kehrt F nach Deutschland zurück und lebt weiterhin von M getrennt in Berlin.

Im Januar 2016 beantragte F in Nigeria die Scheidung, die im Juni rechtskräftig wurde.

Die Ausländerbehörde stellte im Januar 2015 den Verlust des Freizügigkeitsrechts von M fest sowie, dass dieser kein Daueraufenthaltsrecht erworben hat.

Hat seine Klage Erfolg?

# Lösung: Die zurückgekehrte Ex

- Kein Daueraufenthaltsrecht: M hat sich nicht als Familienangehöriger eines Unionsbürgers fünf Jahre dauerhaft rechtmäßig im Bundesgebiet aufgehalten.
- Kein aus der Ehe abgeleitetes Aufenthaltsrecht mehr, da die Ehe inzwischen geschieden ist.
- Kein eigenständiges Aufenthaltsrecht des M bei Wegzug der F.
- Aber: § 3 Abs. 5 FreizügG/EU
  - ✓ M ist erwerbstätig.
  - ✓ Die Ehe bestand bei Einleitung des Scheidungsverfahrens mind. 3 Jahre, davon ein Jahr im Bundesgebiet.
  - ✓ Im Zeitpunkt der Scheidung bestand – durch die erneute Einreise der Ehefrau – auch erneut ein abgeleitetes Aufenthaltsrecht.
  - ✓ unerheblich sind:
    - die zwischenzeitliche Ausreise und
    - die Tatsache, dass die eheliche Lebensgemeinschaft nach der Einreise nicht neu aufgenommen wurde.

# I. Freizügigkeitsrechte für Unionsbürger:

1. Unionsbürgerschaft
2. rechtlicher Rahmen
3. Freizügigkeitstatbestände
  - allgemeine Freizügigkeit/Nicht-Erwerbstätige
  - Arbeitnehmerfreizügigkeit
  - Niederlassungsfreiheit
  - Dienstleistungsfreiheit
  - Verbleibeberechtigte
  - Daueraufenthalt
  - abgeleitetes Freizügigkeitsrecht/Familiennachzug
4. **Verlust des Freizügigkeitsrechts**

# Beendigung des Freizügigkeitsrechts



# Feststellungsverfahren:

## § 5 FreizügG/EU

[...]

(4) Sind die Voraussetzungen des *Freizügigkeitsrechts* innerhalb von fünf Jahren nach Begründung des ständigen rechtmäßigen Aufenthalts im Bundesgebiet entfallen, **kann der Verlust [des Freizügigkeitsrechts] festgestellt** und bei Familienangehörigen, die nicht Unionsbürger sind, die Aufenthaltskarte eingezogen werden.

# Feststellungsverfahren:

## behördliches Feststellungsverfahren

Ein Verwaltungsakt stellt fest, dass die Freizügigkeitsvoraussetzungen nicht mehr vorliegen.

### Folge:

Die Rechtmäßigkeitsvermutung wird beseitigt:

- ✓ der Unionsbürger ist (zunächst) zur Ausreise verpflichtet (§ 7 FreizügG/EU)
- ✓ es finden die Regelungen des Aufenthaltsgesetzes Anwendung (§ 11 Abs. 2 FreizügG/EU)
- ✓ Klage hat aufschiebende Wirkung. Bei angeordnetem Sofortvollzug lässt ein Antrag nach 80 VwGO die Vollziehbarkeit der Ausreisepflicht entfallen (§ 7 Abs. 1 S. 5 FreizügG).

**aber:** bei erneutem Vorliegen eines Freizügigkeitstatbestandes kann eine Wiedereinreise erfolgen.

# Verlustfeststellung bei „Gefährdung“:

## § 6 FreizügG/EU

- (1) Der Verlust des Freizügigkeitsrechts kann ... nur aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit festgestellt... werden.
- (2) Die Tatsache einer strafrechtlichen Verurteilung genügt für sich allein nicht, um die ... Maßnahmen zu begründen. Es dürfen nur im Bundeszentralregister noch nicht getilgte strafrechtliche Verurteilungen und diese nur insoweit berücksichtigt werden, als die ihnen zu Grunde liegenden Umstände ein persönliches Verhalten erkennen lassen, das eine **gegenwärtige Gefährdung** der öffentlichen Ordnung darstellt. Es muss eine **tatsächliche und hinreichend schwere Gefährdung** vorliegen, **die ein Grundinteresse der Gesellschaft berührt**.
- (3) Bei der Entscheidung ... sind insbesondere die **Dauer des Aufenthalts** des Betroffenen in Deutschland, sein **Alter**, sein **Gesundheitszustand**, seine familiäre und wirtschaftliche Lage, seine soziale und kulturelle Integration in Deutschland und das Ausmaß seiner **Bindungen zum Herkunftsstaat** zu berücksichtigen.
- (4) bei Daueraufenthalt nur bei „schwerwiegenden Gründen“
- (5) nach 10-jährigem Aufenthalt und Minderjährigen nur aus „zwingenden Gründen“

# Verlustfeststellung bei Täuschung:

## §2 Abs. 7 FreizügG/EU

Das Nichtbestehen des Freizügigkeitsrechts kann festgestellt werden, wenn feststeht, dass die betreffende Person das Vorliegen einer Voraussetzung für dieses Recht durch die **Verwendung von gefälschten** oder verfälschten **Dokumenten** oder durch **Vorspiegelung falscher Tatsachen** vorgetäuscht hat.

Das Nichtbestehen des Freizügigkeitsrechts kann bei einem Familienangehörigen, der nicht Unionsbürger ist, außerdem festgestellt werden, wenn **feststeht, dass er dem Unionsbürger nicht zur Herstellung oder Wahrung der familiären Lebensgemeinschaft nachzieht** oder ihn nicht zu diesem Zweck begleitet.

# Rechtsfolgen der Verlustfeststellung:

- ✓ Ausreisepflicht (§ 7 FreizügG/EU)
- ✓ ggf. Einreisesperre, die von Amts wegen zu befristen ist
- ✓ Die Frist beginnt mit der Ausreise.

## bei Feststellungen nach § 6:

- ✓ keine gesetzliche Höchstfrist. Der Befristungsentscheidung ist eine Gefährdungsprognose zu Grunde zu legen (BVerwG, U. v. 25.03.2015, 1 C 18.14).

## bei Feststellungen nach § 2 Abs. 7:

- ✓ Es kann eine Einreisesperre im Ermessen verhängt werden.
- ✓ Die Einreisesperre soll z.B. bei wiederholtem Vortäuschen verhängt werden.
- ✓ Die Frist darf 5 Jahre nicht überschreiten.

# Verhältnis zwischen Aufenthaltsrecht und Leistungsrecht

„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 ...FreizügG/EU festzustellen...** (vgl. auch die Hinweise der BA zu § 7 SGB II i.d.F. v. 20.1.2010, Ziffer 7.2d, sowie Ziffer 5.5.1.3. VwV FreizügG/EU).

Die Ausreisepflicht nach § 7 Abs. 1 Satz 1 FreizügG/EU wird erst mit dieser Verlustfeststellung begründet.“

BSG in der „EFA-Entscheidung“  
(19.10.2010 – B 14 AS 23/10 R, Rn. 14)

- **Rechtmäßigkeitsvermutung**
- **Ein rechtmäßiger Aufenthalt führt aber nicht automatisch zu einem Leistungsanspruch**

# Einzelfallbezogene Überprüfung des Freizügigkeitsrechts

## C.5.3 Verfahrenshinweise ABH Berlin:

Eine Überprüfung [des Freizügigkeitsrechts] darf nur in begründeten Zweifelsfällen einzelfallbezogen, d.h. nicht stichprobenartig oder nach Ablauf einer bestimmten Zeitdauer erfolgen. Insbesondere die **Mitteilungen der Sozialämter und Jobcenter über den Bezug von Leistungen nach dem SGB II oder XII gem. § 87 AufenthG** können zu einer Überprüfung führen, ob das Recht auf Freizügigkeit noch besteht.

# Datenübermittlungsbefugnis

## **§ 67d SGB X Übermittlungsgrundsätze**

Eine Übermittlung von Sozialdaten ist nur zulässig, soweit eine gesetzliche Übermittlungsbefugnis nach den §§ 68 bis 77 oder nach einer anderen Vorschrift im SGB vorliegt.

## **§ 71 Abs. 2 SGB X**

Eine Übermittlung von Sozialdaten eines Ausländers ist auch zulässig, soweit sie erforderlich ist [...]

2. für die Erfüllung der in § 87 Abs. 2 AufenthG bezeichneten Mitteilungspflichten.

# Datenübermittlungsbefugnis

## § 87 Abs. 2 Nr. 2a (neu) AufenthG

Öffentliche Stellen [...] haben unverzüglich die zuständige Ausländerbehörde zu unterrichten, wenn sie im Zusammenhang mit der Erfüllung ihrer Aufgaben Kenntnis erlangen von

**2a.** der Inanspruchnahme oder Beantragung von Sozialleistungen durch einen Ausländer, für sich selbst, seine Familienangehörigen oder für sonstige Haushaltsangehörige in den Fällen des § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 [Arbeitssuche] oder S. 4 [Leistungsbezug wegen Aufenthalt über 5 Jahre] SGB II oder § 23 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 [Arbeitssuche] , 3 [Art. 10 FreizügVO] oder 4 [Einreise zum Leistungsbezug], S. 3 [Überbrückungsleistungen] , 6 oder 7 [< 5 Jahre] SGB XII.

## § 11 Abs. 1 S. 9 FreizügG/EU

Die Mitteilungspflichten nach § 87 Abs. 2 Nr. 1 bis 3 AufenthG bestehen insoweit, als die dort genannten Umstände auch für die Feststellung nach § 2 Abs. 7, § 5 Abs. 5 und § 6 Abs. 1 FreizügG/EU entscheidungserheblich sein können.

# § 18a und b AusländerzentralregisterG:

An die Träger der Sozialhilfe (a) Bundesagentur für Arbeit und die für die Durchführung der Grundsicherung für Arbeitsuchende zuständigen Stellen (b) werden zur Erfüllung ihrer Aufgaben nach dem SGB II und SGB III **Ausländern, die keine freizügigkeitsberechtigten Unionsbürger sind**, auf Ersuchen die Grunddaten und folgende Daten übermittelt:

1. abweichende Namensschreibweisen, andere Namen, Aliaspersonalien und Angaben zum Ausweispapier,
2. AKN(=Ankunftsnachweis)-Nummer,
3. Familienstand,
4. Angaben zum aufenthaltsrechtlichen Status und zu den für oder gegen den Ausländer getroffenen aufenthaltsrechtlichen Entscheidungen, Angaben zum Asylverfahren,
5. die Anschrift im Bundesgebiet,
6. freiwillig gemachte Angaben zu Telefonnummern und E-Mail-Adressen,
7. begleitende minderjährige Kinder und Jugendliche, Elternteile, Ehegatten und Lebenspartner jeweils mit Familienname und Vornamen,
8. das zuständige Bundesland, die zuständige Aufnahmeeinrichtung und Ausländerbehörde, bei unbegl. mjd. Kindern/Jugendlichen das zuständige Jugendamt,
9. Schulbildung, Studium, Ausbildung, Beruf,
10. Sprachkenntnisse,
11. die Daten zur Durchführung eines Integrationskurses nach § 43 AufenthG und einer Maßnahme der berufsbezogenen Deutschsprachförderung nach § 45a AufenthG

## Gleichbehandlungsgrundsatz (Art. 24 UnionsbRL)

(1) Vorbehaltlich spezifischer [...] Bestimmungen genießt **jeder Unionsbürger, der sich aufgrund dieser Richtlinie** im Hoheitsgebiet des Aufnahmemitgliedstaats **aufhält**, [...] **die gleiche Behandlung** wie die Staatsangehörigen dieses Mitgliedstaats.

Das Recht auf Gleichbehandlung erstreckt sich auch auf Familienangehörige, die nicht die Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaats besitzen [...]

- Die Anwendbarkeit setzt ein Freizügigkeitsrechts i.S.d. Richtlinie VORAUS (EuGH, Rs. Alimanovic, 15.09.2015, C-67/14, Rn. 51).

# Einschränkung des Gleichbehandlungsgrundsatzes (Art. 24 UnionsbRL)

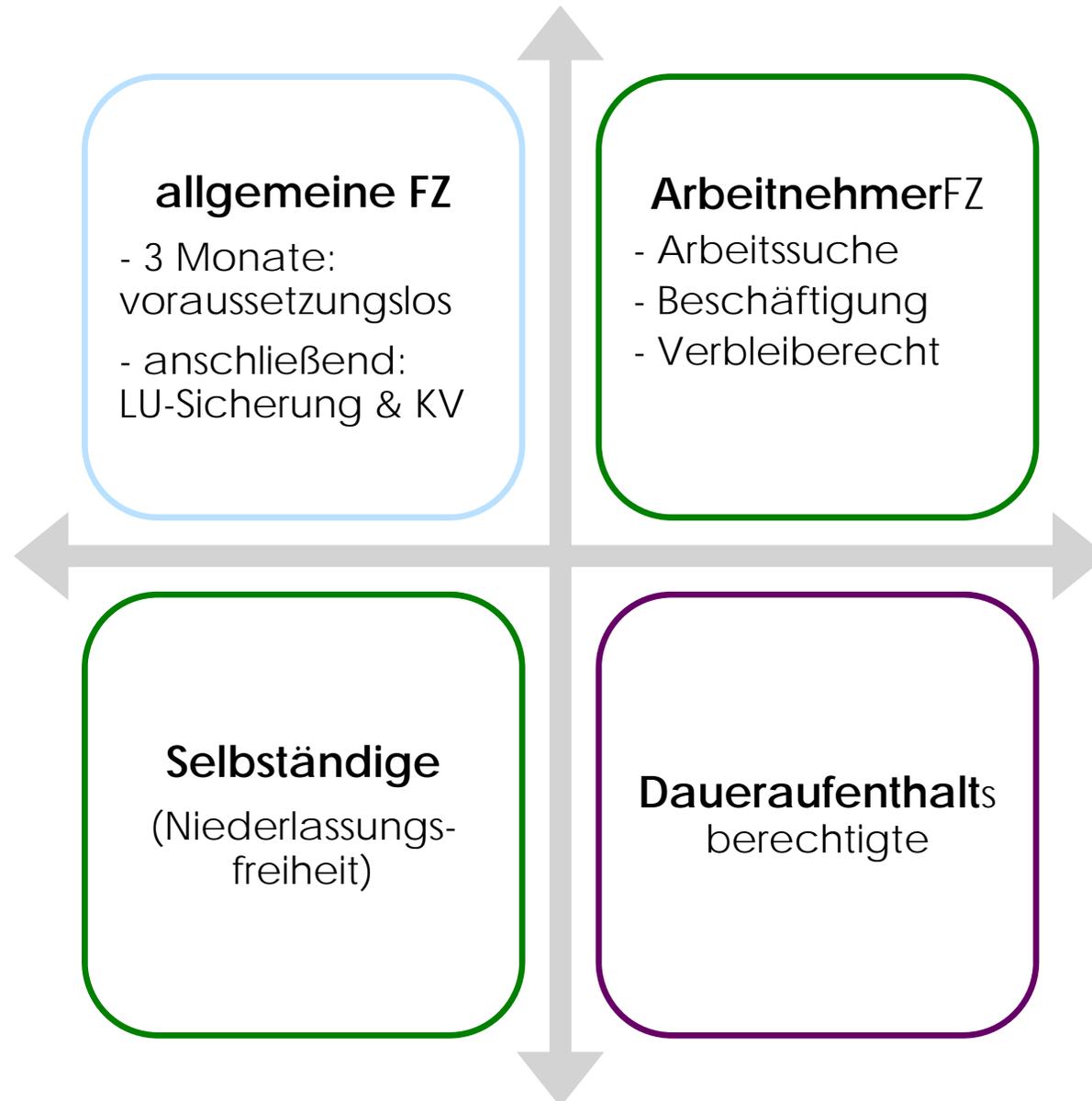
- (2) Der Aufnahmemitgliedstaat ist nicht verpflichtet,
- ✓ anderen Personen als Arbeitnehmern oder Selbstständigen, Personen, denen dieser Status erhalten bleibt, und ihren Familienangehörigen
  - ✓ **während der ersten drei Monate** des Aufenthalts oder
  - ✓ Unionsbürgern, die in das Hoheitsgebiet des Aufnahmemitgliedstaats **eingereist sind, um Arbeit zu suchen**

einen **Anspruch auf Sozialhilfe\*** oder vor Erwerb des Rechts auf Daueraufenthalt Studienbeihilfen, einschließlich Beihilfen zur Berufsausbildung, in Form eines Stipendiums oder Studiendarlehens, zu **gewähren**.

\*hiervon sind auch Leistungen nach SGB II umfasst  
(EuGH, Rs. Alimanovic, 15.09.2015, C-67/14)

➤ **Der Besitz eines Freizügigkeitsrechts i.S.d. FreizügRL führt nicht automatisch zu einem Leistungsanspruch.**

# Freizügigkeitsrechte



## Familienangehörige

- Ehegatten
- absteigend:  
bis 21 Jahre
- ab- und  
aufsteigend  
bei  
Unterhaltsgewährung
- Verbleiberecht

Aufenthaltsrecht  
nach  
**Art. 10**  
**FreizügVO**

# Leistungsausschluss für die ersten drei Monate

**allgemeine FZ**

- **3 Monate:**  
**voraussetzungslos**

- anschließend:  
LU-Sicherung & KV

**§ 7 Abs. 1 Satz 2 SGB II / § 23 Abs. 3 SGB XII:**

Ausgenommen [von Leistungen] sind

1. Ausländer, die **weder** in der Bundesrepublik Deutschland **Arbeitnehmer** oder **Selbständige** noch auf Grund des § 2 Abs. 3 des FreizügigG/EU freizügigkeitsberechtigt sind (=Verbleibeberechtigte frühere Arbeitnehmer/Selbständige), und ihre Familienangehörigen **für die ersten drei Monate** ihres Aufenthalts.

➤ Der Leistungsausschluss in den ersten drei Monaten ist mit Europarecht vereinbar.

(EuGH Rs. Garcia-Nieto 25.02.2016, C – 299/14)

## Fall: Die nachziehende Ehefrau

Der Spanier S reiste am 01.02.18 ein und ist seit 12.03.2018 selbstständig tätig.

Am 01.04.2018 zieht seine Ehefrau aus Spanien nach.

Besteht ein Leistungsanspruch für ihn und seine Frau?

# Lösung: Die nachziehende Ehefrau

- ✓ Leistungsausschluss in den ersten drei Monaten
- ✓ nach Aufnahme der selbständigen Tätigkeit besteht für S kein Leistungsausschluss mehr
- ✓ Für die Ehefrau als Familienangehörige eines Selbständigen besteht nach Einreise kein Leistungsausschluss:
  - Leistungsausschluss für „Ausländer, die weder [...] Arbeitnehmer oder Selbständige [...] sind, **und ihre Familienangehörigen** für die ersten drei Monate ihres Aufenthalts“

# Leistungsausschluss bei fehlendem Aufenthaltsrecht

Personen ohne  
allgemeine FZ  
mangels  
**LU-Sicherung & KV**

§ 7 Abs. 1 Satz 2 SGB II / § 23 Abs. 3 SGB XII :

Ausgenommen [von Leistungen] sind Ausländer

**2a.** die **kein Aufenthaltsrecht** haben

- Ein Leistungsausschluss für Unionsbürger und ihre Familienangehörigen, die kein Freizügigkeitsrecht besitzen haben, ist europarechtskonform

(EuGH Rs. Dano, 11.11.2014, C-333/13;  
BSG B 4 AS 44/15 R, 3.12.2015)

# Leistungsausschluss bei Arbeitssuche

§ 7 Abs. 1 Satz 2 SGB II / § 23 Abs. 3 SGB XII :

Ausgenommen [von Leistungen] sind  
Ausländer,

**2b.** deren Aufenthaltsrecht sich **allein** aus  
dem Zweck der **Arbeitssuche** ergibt, und  
ihre Familienangehörigen.

ArbeitnehmerFZ

- **Arbeitssuche**
- Beschäftigung
- Verbleiberecht

und deren  
Familien-  
angehörige

# Fall

(nach Nr. 7.5c der fachlichen Hinweise der BA zu § 7 SGB II in der Fassung vom 21.05.2012)

Der *griechische* Staatsbürger findet nach zweiwöchiger Arbeitsuche in Deutschland einen Arbeitsplatz, bei dem er 450 € verdient. Der Lohn reicht nicht, um seinen Lebensunterhalt (und den seiner Familienangehörigen) zu decken. Nach 4-wöchiger Arbeit wird er ohne Lohnfortzahlungsanspruch arbeitsunfähig krank; ihm wird mit einer Frist von 2 Wochen in der Probezeit gekündigt.

## Lösung der BA:

- Während der ersten beiden Wochen erhalten er (und seine Familienangehörigen) keine Leistungen nach dem SGB II, da er sich zum Zweck der Arbeitsuche in Deutschland aufhält.
- Danach kann er (und seine Familienangehörigen) ergänzend Arbeitslosengeld II beziehen, da er Arbeitnehmer ist. Während der Dauer der Krankheit bleibt er weiterhin leistungsberechtigt, da ihm der Arbeitnehmerstatus erhalten bleibt. Nach der Kündigung gilt das nur, wenn er sich bei der zuständigen Agentur für Arbeit arbeitslos meldet – längstens für 6 Monate.

## Fall: Die selbständige Reinigungskraft

Die Bulgarin B arbeitet seit 4 Monaten „auf eigene Rechnung“ als Reinigungskraft.

Als sie schwanger wird, gibt sie ihre Tätigkeit auf und beantragt Leistungen nach SGB II.

**Besteht das Freizügigkeitsrecht fort?**

**Stehen ihr Leistungen zu?**

# Lösung : Die selbständige Reinigungskraft

- o selbständige Tätigkeit > Niederlassungsfreiheit
- o bei Aufgabe der Tätigkeit wegen Schwangerschaft:
  - o weniger als ein Jahr tätig
  - o Schwangerschaft „nicht zu vertreten“  
(LSG Berlin-Bbg B.v. 28.01.13 – L 14 AS 3133/12 B ER)
  - >>> Fortbestand des Freizügigkeitsrechts für 6 Monate (§ 2 Abs. 3 Nr. 2 FreizügG/EU)
- o nach Ende des Mutterschutzes:
  - o ggf. erneut Freizügigkeitsrecht als Selbständige oder
  - o Freizügigkeitsrecht zur Arbeitsuchende, wenn und so lange begründete Aussicht auf Einstellung besteht.
  - o dann aber: Leistungsausschluss nach § 7 Abs. 1 S. 2 SGB II.

# Europarechtmäßigkeit des Leistungsausschlusses bei Arbeitssuche

*„Eine individuelle Prüfung ist [...] nicht erforderlich“ (Rn. 59)*

*„Die Richtlinie, die ein abgestuftes System für die Aufrechterhaltung der Erwerbstätigeneigenschaft schafft, das das Aufenthaltsrecht und den Zugang zu Sozialleistungen sichern soll, berücksichtigt selbst verschiedene Faktoren, die die jeweiligen persönlichen Umstände der eine Sozialleistung beantragenden Person kennzeichnen, insbesondere die Dauer der Ausübung einer Erwerbstätigkeit.“ (Rn. 60)*

ArbeitnehmerFZ

- **Arbeitssuche**
- Beschäftigung
- Verbleiberecht

und deren  
Familien-  
angehörige

➤ der Leistungsausschluss bei Arbeitssuche verstößt nicht gegen Europarecht

*(EuGH Rs. Alimanovic, Urteil vom 15.09.2015, C-67/14)*

# BSG zum Leistungsausschluss

30.01.2013 (B 4 AS 54/12 R)

- ✓ Die Norm ist **eng auszulegen** (Rn. 26).
- ✓ Es muss positiv festgestellt werden, dass dem Ausländer ein Aufenthaltsrecht **allein zur Arbeitssuche** zusteht (Rn. 26).
- ✓ Die Anwendung des Ausschlusstatbestandes erfordert eine "fiktive Prüfung", ...ob ein Aufenthaltsrecht allein zum Zweck der Arbeitssuche bestand oder daneben auch **andere Aufenthaltszwecke** den Aufenthalt des Unionsbürgers im Inland rechtfertigen konnten (Rn. 24).

> aus der bevorstehenden Geburt eines deutschen Kindes kann ein anderes Aufenthaltsrecht hergeleitet werden

ArbeitnehmerFZ

- **Arbeitssuche**
- Beschäftigung
- Verbleiberecht

und deren  
Familien-  
angehörige

Fall:

## Die Arbeit suchende Tochter

Die Polin P reist 2004 mit ihren Eltern ein. 2008 bezieht sie eine eigene Wohnung und beantragt Leistungen nach SGB II, da sie beschäftigungslos ist.

Fällt sie unter den Leistungsausschluss für Arbeitssuchende?

Lösung:

## Die Arbeit suchende Tochter

Ihr Freizügigkeitsrecht leitet P (zum Zeitpunkt der Einreise) von Ihren Eltern ab. Das vom Zweck der Arbeitssuche unabhängige Freizügigkeitsrecht geht durch den Auszug aus der elterlichen Wohnung nicht verloren und kann auch bei späterer Arbeitssuche fortbestehen.

P fällt nicht unter den Leistungsausschluss bei Arbeitssuche.

(BSG, 25.01.2012, B 14 AS 138/11 R)

## Leistungsausschluss bei Aufenthaltsrecht nach Art. 10 FreizügVO

§ 7 Abs. 1 Satz 2 SGB II / § 23 Abs. 3 SGB XII :  
Ausgenommen [von Leistungen] sind  
Ausländerinnen und Ausländer

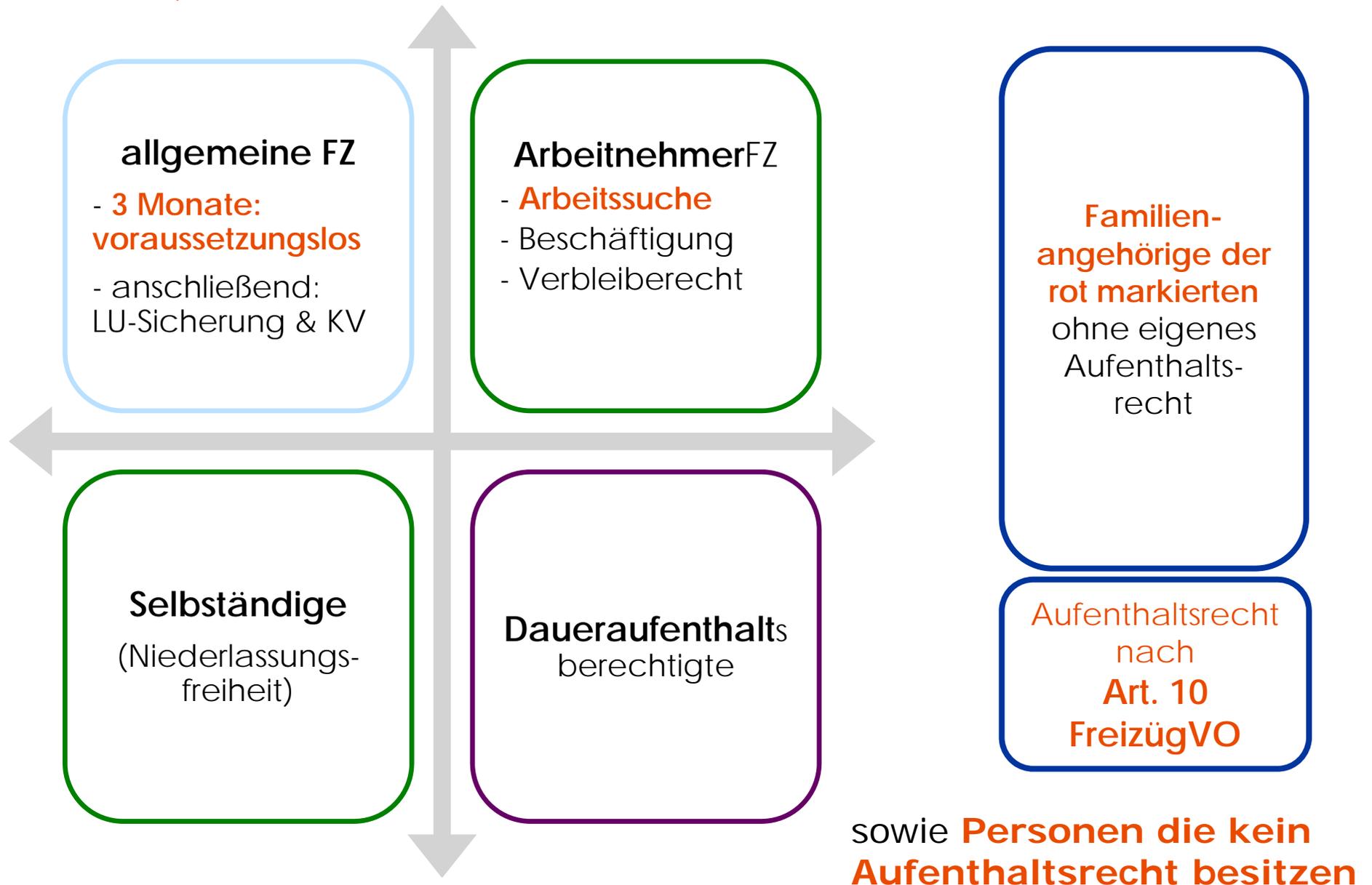
**2c.** die ihr Aufenthaltsrecht allein oder neben  
einem Aufenthaltsrecht [zur Arbeitssuche]  
aus Art. 10 FreizügVO ableiten,

Aufenthaltsrecht  
nach  
**Art. 10  
FreizügVO**

ArbeitnehmerF  
Z  
- Arbeitssuche  
- **Beschäftigung**  
- Verbleiberecht

# vom Leistungsausschluss Betroffene

(rot markiert)



# Ausnahme vom Leistungsausschluss bei längerem Voraufenthalt

§ 7 Abs. 1 Satz 4 bis 6 SGB II

- ✓ Abweichend [...] erhalten Ausländer und ihre Familienangehörigen Leistungen nach diesem Buch, wenn sie seit mindestens **fünf Jahren ihren gewöhnlichen Aufenthalt** im Bundesgebiet haben.
- ✓ Dies gilt nicht, wenn der Verlust des Freizügigkeitsrechts festgestellt wurde.
- ✓ Die Frist nach Satz 4 beginnt mit der Anmeldung bei der zuständigen Meldebehörde.

# Ausnahme vom Leistungsausschluss bei längerem Voraufenthalt

- ✓ kein Leistungsausschluss nach fünfjährigem tatsächlichen und gemeldeten Aufenthalt
- ✓ Kurzfristige Unterbrechungen unschädlich  
*(LSG NRW, 15.2.17, L 19 AS 32/17 B ER: 4 Monate zur Pflege der kranken Mutter)*
- ✓ Die Voraussetzungen des Daueraufenthaltsrechts müssen nicht vorliegen
- ✓ Liegen die Voraussetzungen eines Freizügigkeitsrechts nicht vor, kann noch ein Feststellungsverfahren eingeleitet werden.
- ✓ Mitteilungspflicht der Leistungsbehörde
- ✓ nach Verlustfeststellung kein Leistungsanspruch

# Leistungsausschluss bei Altersrente

## § 7 Abs. 4 SGB II

Leistungen nach diesem Buch erhält nicht, wer in einer stationären Einrichtung untergebracht ist, **Rente wegen Alters** oder Knappschaftsausgleichsleistung oder ähnliche Leistungen öffentlich-rechtlicher Art bezieht.

Handelt es sich um eine Altersrente?

- dann Leistungsausschluss nach SGB II
- ggf. Leistungen nach SGB XII

# Leistungsausschlüsse SGB XII

## § 23 SGB XII:

(1) Ausländern, die sich **im Inland tatsächlich aufhalten**, ist Hilfe zum Lebensunterhalt, Hilfe bei Krankheit, Hilfe bei Schwangerschaft und Mutterschaft sowie Hilfe zur Pflege nach diesem Buch zu leisten. [...]

**Im Übrigen kann** Sozialhilfe geleistet werden, soweit dies im Einzelfall gerechtfertigt ist. Die Einschränkungen nach Satz 1 gelten nicht für Ausländer, die im Besitz einer Niederlassungserlaubnis oder eines befristeten Aufenthaltstitels sind und sich **voraussichtlich dauerhaft** im Bundesgebiet aufhalten. [...]

(3) Ausländer und ihre Familienangehörigen erhalten keine Leistungen nach Absatz 1 oder nach dem Vierten Kapitel, wenn

1. in den ersten drei Monaten, wenn nicht Arbeitnehmer, Selbständiger oder Verbleibeberechtigte
2. Arbeit suchend
3. Aufenthaltsrecht nur nach Art. 10 FreizügVO und ggf. Arbeit suchend
4. eingereist um Sozialhilfe zu erhalten.

## Rückblick: Entscheidung des BSG vom 3.12.2015

- ✓ Ein Leistungsanspruch für Nichterwerbstätige und Arbeitssuchende ist zwar grundsätzlich ausgeschlossen  
*§ 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II*  
*§ 23 Abs. 3 S. 1 SGB XII*
- ✓ Eine verfassungskonforme Auslegung erfordert aber eine Leistungsgewährung im Ermessenswege nach § 23 Abs. 1 S. 3 SGB XII.
- ✓ Ab dem sechsten Monat des Aufenthalts umfasst dies jedenfalls Hilfen zum Lebensunterhalt.
- ✓ § 21 SGB XII sperrt Leistungsansprüche nach SGB XII nicht.
- ✓ Der SGB XII-Träger muss sich die Kenntnis des JobCenters von der Hilfebedürftigkeit aufgrund des SGB II-Antrags zurechnen lassen.

# Hintergrund: Anspruch auf Existenzminimum

BVerfG, 18. Juli 2012, 1 BvL 10/10 und 2/11

*„Art. 1 Abs. 1 GG i.V.m. dem Sozialstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 1 GG garantiert ein Grundrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums. Art. 1 Abs. 1 GG begründet diesen Anspruch als Menschenrecht. Er umfasst sowohl die physische Existenz des Menschen als auch die Sicherung der Möglichkeit zur Pflege zwischenmenschlicher Beziehungen und ein Mindestmaß an Teilhabe am gesellschaftlichen, kulturellen und politischen Leben. **Das Grundrecht steht deutschen und ausländischen Staatsangehörigen, die sich in der Bundesrepublik Deutschland aufhalten, gleichermaßen zu.***

*Falls der Gesetzgeber bei der Festlegung des menschenwürdigen Existenzminimums die Besonderheiten bestimmter Personengruppen berücksichtigen will, **darf** er bei der konkreten Ausgestaltung existenzsichernder Leistungen **nicht pauschal nach dem Aufenthaltsstatus differenzieren.**“*

## Reaktion des Gesetzgebers: Überbrückungsleistungen

Hilfebedürftigen Ausländern, die [dem Leistungsausschluss] unterfallen, werden bis zur Ausreise,

- ✓ längstens jedoch für einen Zeitraum von **einem Monat**,
- ✓ **einmalig innerhalb von zwei Jahren**
- ✓ nur eingeschränkte Hilfen gewährt, um den Zeitraum bis zur Ausreise zu überbrücken (Überbrückungsleistungen);
- ✓ die Zweijahresfrist beginnt mit dem Erhalt der Überbrückungsleistungen.

## Reaktion des Gesetzgebers: Überbrückungsleistungen

Die Überbrückungsleistungen umfassen

1. Leistungen zur Deckung der Bedarfe für **Ernährung** sowie **Körper- und Gesundheitspflege**,
2. Leistungen zur Deckung der Bedarfe für **Unterkunft** und Heizung in angemessener Höhe...
3. die zur Behandlung **akuter Erkrankungen** und Schmerzzustände erforderliche ärztliche und zahnärztliche Behandlung [...]
4. Hilfe bei **Schwangerschaft** und Mutterschaft.

# Härtefallklausel

- ✓ Soweit dies im Einzelfall besondere Umstände erfordern, werden den Leistungsberechtigten **andere Leistungen** im Sinne von Absatz 1 gewährt;
- ✓ ebenso sind im Einzelfall Leistungen **über einen Zeitraum von einem Monat hinaus** zu erbringen, soweit dies im Einzelfall aufgrund *besonderer* Umstände zur Überwindung einer *besonderen* Härte und zur Deckung einer *zeitlich befristeten Bedarfslage* geboten ist.

## Härtefallklausel

Abweichend von Satz 1 Nummer 2 und 3 erhalten Ausländer und ihre Familienangehörigen Leistungen nach Absatz 1 Satz 1 und 2,

- ✓ wenn sie sich seit mindestens **fünf Jahren ohne wesentliche Unterbrechung** im Bundesgebiet aufhalten
- ✓ dies gilt nicht, wenn der Verlust des [Freizügigkeitsrechts] festgestellt wurde.
- ✓ Die Frist nach Satz 6 beginnt mit der Anmeldung beim zuständigen Meldebehörde.

(3a) Neben den Überbrückungsleistungen nach werden auf Antrag auch die angemessenen Kosten der Rückreise übernommen[...]. Die Leistung ist als Darlehen zu erbringen.

# Überbrückungsleistungen

## ➤ **müssen explizit beantragt werden („Aliud, kein Minus“)**

- ✓ LSG NRW, L 9 SO 213/17 B ER, L 9 SO 314/17 B;
- ✓ LSG Berlin-Brandenburg, 14.03.2017, L 15 SO 321/16 B ER; 02.08.2017, L 5 AS 1357/17 B ER
- ✓ Bayerisches LSG, 02.08.2017, L 8 SO 130/17 B

andere Ansicht:

- ✓ LSG HH 21.2.2018; L 4 SO 10/18 B ER
- ✓ LSG Berlin-Brandenburg: 2. Februar 2018; L 26 AS 24/18 B ER

## ➤ **setzen voraus, dass ein Wille zur Ausreise besteht**

- ✓ SG Dortmund 31.01.2017, S 62 SO 628/16 ER
- ✓ SG München, 08.03.2017, S 53 SO 25/17 ER

andere Ansicht:

- ✓ LSG HH 21.2.2018; L 4 SO 10/18 B ER
- ✓ LSG Hessen: 13.6.2017; L 4 SO 79/17 B ER

## Leistungsausschluss bei Art. 10 FreizügVO europarechtmäßig?

LSG Niedersachsen-Bremen	<b>18.04.2017 - L 13 AS 113/17 B ER</b> Keine rechtlichen Bedenken gegen Leistungsausschluss bei Art. 10 FreizügVO
LSG Schleswig-Holstein	<b>17.02.2017 - L 6 AS 11/17 B ER</b> Leistungsausschluss bei Art. 10 FreizügVO „mit überwiegender Wahrscheinlichkeit europarechtswidrig“
LSG Sachsen-Anhalt	<b>21.8.2017 19 AS 1577/17 B ER und L 19 AS 1578/17 B</b> Leistungsausschluss bei Art. 10 FreizügVO „mit überwiegender Wahrscheinlichkeit europarechtswidrig“
LSG NRW	<b>01.08.2017 - L 6 AS 860/17 B ER</b> <b>21.08.2017 – L 19 AS 1577 und 1578/17 B ER</b> <b>12.07.2017 - L 12 AS 596 und 597/17 B ER</b> Der Leistungsausschluss verstößt gegen das Diskriminierungsverbot. Schrankenregelung von Art. 24 FreizügRL gilt hier nicht.

# offene Fragen zur Neuregelung der Leistungsausschlüsse

- Ist ein Leistungsausschluss von Personen, die sich **rechtmäßig** im Inland aufhalten (z.B. zur Arbeitssuche und Art. 10 FreizügVO) **verfassungsgemäß**?
- Werden die Überbrückungsleistungen für Personen ohne Aufenthaltsrecht dem Anspruch auf ein menschenwürdiges Existenzminimum gerecht?

➤ SG Mainz Vorlagebeschluss v. 18.4.16, S 3 AS 149/16;  
BVerfG 1 BvL 4/16

# Ausschlüsse bei Arbeitssuche / fehlendem Aufenthaltsrecht

Bayerisches LSG	24.07.2017 , L 7 AS 427/17 B ER Verfassungsmäßigkeit ungeklärt: Vorläufige SGB II-Leistungen (§ 41a VII Nr. 1 SGB II).
LSG Berlin-Brandenburg	14.03.2017 - L 15 SO 321/16 B ER ein Anspruch auf Sozialhilfe besteht jedenfalls für den Zeitraum, der erforderlich ist, damit der Sozialhilfeträger eine ordnungsgemäße Ermessensentscheidung nach § 23 Abs. 1 Satz 3 SGB XII (nach BSG-Rechtsprechung) treffen kann.
LSG Niedersachsen-Bremen	16.02.2017 - L 8 SO 344/16 B ER verfassungsrechtliche Bedenken. Die Anhängigkeit eines Verfahrens beim BVerfG gebietet die Gewährung vorläufiger SGB II-Leistungen (§ 41a VII Nr. 1 SGB II).
LSG Baden-Württemberg	26.4.2017 - L 1 AS 854/17 ER B verfassungsrechtliche Bedenken. Die Anhängigkeit eines Verfahrens beim BVerfG gebietet die Gewährung vorläufiger SGB II-Leistungen (§ 41a VII Nr. 1 SGB II).

## Ausschlüsse bei Arbeitssuche / fehlendem Aufenthaltsrecht

LSG NRW	<b>01.08.2017 - L 6 AS 575/17 B ER</b> Keine Verfassungsrechtlichen Bedenken; Leistungsausschluss als milderes Mittel gegenüber Aufenthaltsbeendigung
LSG Hessen	<b>20.06.2017 - L 4 SO 70/17 B ER</b> Keine verfassungsrechtlichen Bedenken
Bayerisches LSG	<b>02.08.2017 - L 8 SO 130/17 B</b> Keine verfassungsrechtlichen Bedenken. Die Anhängigkeit eines Verfahrens beim BVerfG gebietet nicht die Gewährung vorläufiger Leistungen nach § 41a VII Nr. 1 SGB II.
LSG Berlin- Brandenburg	<b>13.02.2017 - L 23 SO 30/17 B ER</b> <b>02.08.2017 - L 5 AS 1357/17 B</b> Keine verfassungsrechtlichen Bedenken

# Europäisches Fürsorgeabkommen (EFA)



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

## Artikel 1

Jeder der Vertragschließenden verpflichtet sich, den Staatsangehörigen der anderen Vertragschließenden, die sich in irgendeinem Teil seines Gebietes, auf das dieses Abkommen Anwendung findet, **erlaubt aufhalten** und **nicht über ausreichende Mittel verfügen**, in gleicher Weise wie seinen eigenen Staatsangehörigen und unter den gleichen Bedingungen die **Leistungen der sozialen und Gesundheitsfürsorge zu gewähren**, die in der in diesem Teil seines Gebietes geltenden Gesetzgebung vorgesehen sind.

# Anwendungsvorrang des EFA

„Das EFA ist innerstaatlich anwendbares, Rechte und Pflichten des Einzelnen begründendes Recht und von den Sozialleistungsträgern und den Gerichten zu beachten. Es geht als lex specialis der grundsätzlich alle Ausländer betreffenden Regelung des § 7 Abs. 1 S. 2 SGB II bzw. § 23 SGB XII vor. **Für den vom EFA erfassten Personenkreis ist der Leistungsausschluss [...] wirkungslos.**“

Bundessozialgericht, Urteil vom  
19.10.2010, B 14 AS 23/10 R

# Vorbehaltserklärung der Bundesregierung vom 19.12.2011

„Die Regierung der Bundesrepublik Deutschland übernimmt keine Verpflichtung, die **im Zweiten Sozialgesetzbuch (!)** [...] vorgesehenen Leistungen an Staatsangehörige der übrigen Vertragsstaaten in gleicher Weise und unter den gleichen Bedingungen wie den eigenen Staatsangehörigen zuzuwenden.“

# Europäisches Fürsorgeabkommen

- ✓ Der EFA-Vorbehalt ist rechtmäßig.
- ✓ Der Vorbehalt erstreckt sich nicht auf SGB XII-Leistungen.
- ✓ Im Wege der **Gleichbehandlung** ist Hilfe zum Lebensunterhalt zu gewähren. Der Leistungsausschluss bei Arbeitssuche (§ 23 Abs. 3 S. 1 SGB XII) findet keine Anwendung.
- ✓ Der Anspruch erfordert jedoch eine **materielle Freizügigkeitsberechtigung**.
- ✓ Der Sozialleistungsträger erhält mit einem SGB II-Antrag Kenntnis von der Bedürftigkeit (§ 18 SGB XII).

BSG, 03.12.2015, B 4 AS 59/13 R

- ✓ keine gesetzliche Neuregelung

- Anspruch auf SGB XII-Leistungen für EFA-Staater bei Aufenthaltsrecht nach Art. 10 FreizügVO bzw. Arbeitssuche

LSG Sachsen-Anhalt, 07.03.2017 - L 2 AS 127/17 B ER  
LSG Berlin-Brandenburg, 14.03.2017 – L 15 SO 321/16 B ER  
und 21.03.2017 – L 18 AS 526/17 B ER

(JobCenter muss gem. § 43 SGB I vorleisten, da es Antrag nicht weitergeleitet hat!)

# Abkommen zwischen Deutschland und Österreich über Fürsorge- und Jugendwohlfahrtspflege vom 17. Januar 1966

## Recht auf Gleichbehandlung mit deutschen Staatsangehörigen bei der Vergabe von Fürsorge.

*„Die Ausschlussklausel des § 7 S. 2 Nr. 2 SGB II ist für österreichische Staatsbürger, die sich allein aus dem Zweck der Arbeitsuche berechtigt in der Bundesrepublik aufhalten, nicht anwendbar.“*

LSG M-V 07.03.2012 - L 8 B 489/10 ER  
SG München 10.2.2017- S 46 AS 204/15  
SG Düsseldorf, 13.3.17 – S 43 AS 3864/14

*„Leistungen zur Sicherung des LU nach dem SGB II sind keine Fürsorgeleistungen i.S.d. Art. 2 Abs. 1 des Abkommens.“* I.Ü. geht der Leistungsausschluss des § 7 SGB II vor.

LSG NRW  
22.06.2010, L 1 AS 36/08

# Pflichtmitgliedschaft in der gesetzlichen Krankenversicherung (§ 5 SGB V)

(1) Versicherungspflichtig sind [...]

13. Personen, die **keinen anderweitigen Anspruch auf Absicherung** im Krankheitsfall haben und

b) **bisher nicht gesetzlich oder privat krankenversichert waren**, es sei denn, dass sie zu den in Absatz 5 [hauptberuflich Selbständige] oder den in § 6 Abs. 1 oder 2 genannten Personen [Versicherungsfreie] gehören oder bei Ausübung ihrer beruflichen Tätigkeit im Inland gehört hätten.

(11) Angehörige eines anderen Mitgliedstaates der EU [...] werden von der Versicherungspflicht nach Abs. 1 Nr. 13 nicht erfasst, wenn die Voraussetzung für die Wohnortnahme in Deutschland die Existenz eines Krankenversicherungsschutzes nach § 4 des Freizügigkeitsgesetzes/EU ist.

- Eine Pflichtversicherung für (auch zuvor im Heimatland) **Selbständige und Nichterwerbstätige** ist nicht möglich.
- **Arbeitssuchende** fallen nicht unter den Ausschluss des Abs. 11, da ihr Freizügigkeitsrecht nicht von der Sicherung des Lebensunterhaltes abhängt!

# Private Krankenversicherung

- ✓ Für alle Personen mit Wohnsitz im Inland, die nicht in der GKV versicherbar sind, besteht die **Verpflichtung eine Privatversicherung abzuschließen** (§ 193 Abs. 3 VVG). Für Zeiten der Nichtversicherung ist ein „Straf“ zuschlag zu zahlen (§ 193 Abs. 4 VVG)
- ✓ kein Anspruch auf Aufnahme in den Basistarif der PKV besteht aber für Empfänger laufender Leistungen nach SGB III, IV, VI, VII, XII (BGH, 16.07.2014, IV ZR 55/14)
- ✓ Beiträge richten sich nach dem „Risiko“. Risikounabhängig kann der **Basistarif** abgeschlossen werden (Kosten ca. 650 €/Monat). Die PKV ist zur Aufnahme in den Basistarif verpflichtet (§ 193 Abs. 5 Nr. 2 VVG)!
- ✓ Wird durch JobCenter/SozAmt bestätigt, dass durch Zahlung des Beitrags Hilfebedürftigkeit nach SGB II oder SGB XII eintreten würde, reduziert sich der Beitrag auf die Hälfte (§ 152 Abs. 4 Versicherungsaufsichtsgesetz). Die Differenz trägt der Versicherer.
- ✓ Werden diese Beiträge nicht entrichtet, ruht der Versicherungsschutz bis auf die Notversorgung (Ausn.: Minderjährige und Schwangere).

# Krankenversicherung im Ausland

Besteht Krankenversicherungsschutz bei einer Versicherung im Heimatland, ist eine Behandlung mit der **Europäischen Krankenversicherungskarte (EHIC)** möglich.

Der Unionsbürger kann sich zur Behandlung unvorhergesehener Erkrankungen unmittelbar an einen Arzt wenden, der die Kosten über die Verrechnungsstelle mit der Krankenkasse seines Heimatlandes abrechnet.

Die deutsche (gesetzliche) Krankenkasse kann (z.B. bei Verlust der EHIC) die Ausstellung einer Ersatzkarte im Heimatland beantragen und zwischenzeitlich eine vorläufige Karte ausstellen.

(Art. 24 der VO 987/2009 zur Durchführung der VO 883/2004)

Rentenbezieher bleiben in der KV des Herkunftslandes versichert. Die KV stellt hierzu eine Bescheinigung S1 (früher E121) aus, mit der eine GKV der Wahl Sachleistungen gewährt.

# Übernahme der Krankenbehandlung für nicht Versicherungspflichtige (§ 264 SGB V)

Kein Anspruch auf Versicherung in GKV und PKV besteht, wenn ein Leistungsanspruch nach dem Dritten (HzL), Vierten (Grundsicherung), Sechsten (Eingliederung) und Siebten Kapitel (Pflege) SGB XII besteht,  
für die GKV: § 190 Abs. 13 Nr. 1 SGB V i.V.m. § 5 Abs. 8 a S. 2 SGB V  
für die PKV: § 193 Abs. 3 Nr. 4 VVG

Dann bleibt nur die Kostenübernahme nach § 264 SGB V:

*„**Die Krankenkasse kann** für Arbeits- und Erwerbslose, die nicht gesetzlich gegen Krankheit versichert sind, für andere Hilfeempfänger [...] **die Krankenbehandlung übernehmen, sofern ihr Ersatz der vollen Aufwendungen für den Einzelfall sowie eines angemessenen Teils ihrer Verwaltungskosten gewährleistet wird.**“*

- Die Person wird damit **faktisch Mitglied der GKV**. Die Kosten werden jedoch nicht durch die Versicherten-gemeinschaft, sondern durch den Sozialleistungsträger getragen.

# Kindergeld (§ 62 EStG n.F. ab 18.7.2019)

(1a) <sup>1</sup>Begründet ein Staatsangehöriger eines anderen EU- oder EWR-Mitgliedstaates im Inland einen Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt, so hat er **für die ersten drei Monate** ab Begründung des Wohnsitzes oder des gewöhnlichen Aufenthalts **keinen Anspruch auf Kindergeld**.

<sup>2</sup>Dies gilt nicht, wenn er nachweist, dass er inländische Einkünfte [...] erzielt.

<sup>3</sup>Nach Ablauf des in Satz 1 genannten Zeitraums hat er Anspruch auf Kindergeld, es sei denn, [er ist **nicht oder nur zur Arbeitssuche freizügigkeitsberechtigt**] **ohne dass vorher [ein anderes Freizügigkeitsrecht vorlag]**.

<sup>4</sup>Die Prüfung, ob die Voraussetzungen für einen Anspruch auf Kindergeld [...] nicht gegeben sind, führt die **Familienkasse** in eigener Zuständigkeit durch.

<sup>5</sup>Lehnt die Familienkasse eine Kindergeldfestsetzung in diesem Fall ab, hat sie ihre Entscheidung **der zuständigen Ausländerbehörde mitzuteilen**.

<sup>6</sup>Wurde das Vorliegen der Anspruchsvoraussetzungen durch die Verwendung gefälschter oder verfälschter Dokumente oder durch Vorspiegelung falscher Tatsachen **vorgetäuscht**, hat die Familienkasse die zuständige Ausländerbehörde unverzüglich zu unterrichten.

# Neuregelung zum Kindergeld

- **Leistungsausschluss für 3 Monate**, wenn keine Einkünfte aus Beschäftigung oder selbständiger Tätigkeit erzielt werden
- Auch darüber hinaus, wenn vorher **kein anderes Freizügigkeitsrecht oder nur ein Freizügigkeitsrecht zur Arbeitssuche** vorlag.
- **Meldepflicht** bei Ablehnung an die Ausländerbehörde
- Prüfung durch die Familienkasse
- Die Regelung gilt für Festsetzungen **ab dem 31.7.2019**.
  - Europarechtmäßigkeit streitig

# weitere Leistungen

- **Elterngeld** (§ 1 Bundeselterngeld u. Elternzeitgesetz – BEEG)
  - **Unterhaltsvorschuss** (§ 1 Abs. 2a UHVorschG) (an den Wohnsitz des Kindes gebunden)
  - **Wohngeld** (§ 3 Abs. 5 WoGG)/WBS (§ 5 WoBindG, § 27 WoFG) nur bei Vorliegen eines Freizügigkeitsrechts
- 
- Unionsbürger mit gewöhnlichem Aufenthalt in Deutschland erhalten Familienleistungen unter den gleichen Voraussetzungen wie Deutsche
  - Leistungseinschränkungen gelten nur wenn durch die ABH festgestellt wurde, dass kein Freizügigkeitsrecht besteht.
  - ggf. Datenabgleich mit AZR zur Prüfung ob Verlustfeststellung erfolgt ist

# weitere Leistungen

Elterngeld	§ 1 BEEG	<ul style="list-style-type: none"><li>• <b>Verlust der Freizügigkeit wurde nicht festgestellt</b></li><li>• bestimmte Aufenthaltstitel oder</li><li>• längerer Aufenthalt und Erwerbstätigkeit</li></ul>
Unterhaltsvorschuss	§ 1 Abs. 2a UHVorschG	<ul style="list-style-type: none"><li>• <b>wie Elterngeld</b>, für Arbeitnehmer auch bei Aufenthalt der Kinder im EU-Ausland (BVerwG 18.12.2017 - BVerwG 5 C 36.16)</li></ul>
Wohngeld	§ 3 Abs. 5 WoGG	<ul style="list-style-type: none"><li>• <b>„Aufenthaltsrecht nach dem FreizügG“</b></li><li>• Aufenthaltstitel, -gestattung, Duldung</li><li>• Aufenthalt auf Grund völkerrechtlicher Abkommen</li></ul>

# Regelungssystematik am Beispiel Elterngeld

## § 1 BEEG Berechtigte

- (1) Anspruch auf Elterngeld hat, wer
1. einen **Wohnsitz oder seinen gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland** hat,  
[...]
- (7) Ein **nicht freizügigkeitsberechtigter** Ausländer ist nur anspruchsberechtigt, wenn  
[...]

## § 8 BaföG

(1) Ausbildungsförderung wird geleistet

1. **Deutschen** ...,

2. **Unionsbürgern**, die ein **Recht auf Daueraufenthalt** [...] besitzen ...

3. ***Unionsbürgern, die ... als Arbeitnehmer oder Selbständige unionsrechtlich freizügigkeitsberechtigt sind, sowie deren Ehegatten, Lebenspartnern und Kindern, die ... freizügigkeitsberechtigt sind oder denen diese Rechte als Kinder nur deshalb nicht zustehen, weil sie 21 Jahre oder älter sind und von ihren Eltern oder deren Ehegatten oder Lebenspartnern keinen Unterhalt erhalten,***

4. **Unionsbürgern**, die vor dem Beginn der Ausbildung im Inland in einem Beschäftigungsverhältnis gestanden haben, dessen Gegenstand mit dem der Ausbildung in inhaltlichem Zusammenhang steht,

5. Staatsangehörigen eines anderen Vertragsstaates des EWR-Abkommens unter den Voraussetzungen der Nummern 2 bis 4, [...]

(2) Anderen Ausländern ...

(2a) Geduldeten ...

(3) **Im Übrigen** wird Ausländern Ausbildungsförderung geleistet, wenn

1. sie selbst sich vor Beginn des förderungsfähigen Teils des Ausbildungsabschnitts insgesamt fünf Jahre im Inland aufgehalten haben und rechtmäßig erwerbstätig gewesen sind oder

2. **zumindest ein Elternteil während der letzten sechs Jahre vor Beginn des förderungsfähigen Teils des Ausbildungsabschnitts sich insgesamt drei Jahre im Inland aufgehalten hat und rechtmäßig erwerbstätig gewesen ist...** Von dem Erfordernis der Erwerbstätigkeit des Elternteils während der letzten sechs Jahre kann abgesehen werden, wenn sie aus einem von ihm nicht zu vertretenden Grunde nicht ausgeübt worden ist und er im Inland mindestens sechs Monate erwerbstätig gewesen ist.

# Fallgruppen BaföG-berechtigter Unionsbürger

- ✓ Daueraufenthaltsberechtigte
- ✓ Ehegatten und Kindern von materiell freizügigkeitsberechtigten Unionsbürgern auch wenn sie älter sind als 21 Jahre und von ihren Eltern keinen Unterhalt erhalten,
- ✓ **alle erwerbstätigen Unionsbürger und ihre Kinder**
- ✓ Unionsbürger, die vor dem Beginn der Ausbildung im Inland in einem **Beschäftigungsverhältnis** gestanden haben, dessen Gegenstand **mit dem der Ausbildung in inhaltlichem Zusammenhang** steht,
- ✓ **ein Elternteil** hat sich während der letzten sechs Jahre vor Beginn des förderungsfähigen Teils des Ausbildungsabschnitts insgesamt **drei Jahre im Inland aufgehalten und ist rechtmäßig erwerbstätig gewesen** ist...
- ✓ EWR-Bürger unter den gleichen Voraussetzungen

# Leistungen bei betrieblicher Berufsausbildung

- ✓ Ein Leistungsanspruch auf Berufsausbildungsbeihilfe besteht für Unionsbürger in der Regel nicht (§ 59 Abs. 1 S. 2 SGB III)
- Auszubildende sind aber nur noch im Ausnahmefall vom faktischen Leistungsausschluss des § 7 Abs. 5 SGB II umfasst
  - § 7 Abs. 5 S. 2 umfasst die betriebliche Berufsausbildung (§ 57 SGB III) seit 01.08.2016 nicht mehr, damit kein Verweis auf § 27 SGB II.
- ✓ Unionsbürger in betrieblicher Berufsausbildung sind i.d.R. Arbeitnehmer
  - kein Leistungsausschluss nach § 7 Abs. 1 S. 2 SGB II
  - Anspruch auf ergänzende Leistungen

Viel Erfolg!

Anwaltssozietät | Jurati

Sven Hasse

-Rechtsanwalt &

Fachanwalt für Migrationsrecht

Fachanwalt für Verwaltungsrecht-

Schönhauser Allee 83

10439 Berlin-Prenzlauer Berg

Tel: 030 4467 4467

Mail: [anwaelte@jurati.de](mailto:anwaelte@jurati.de)

[www.jurati.de](http://www.jurati.de)