

Arbeitshilfe zum Leistungsausschluss im SGB II von Unionsbürger/-innen anlässlich der Rechtsprechung des Bundessozialgerichtes

Arbeitsuchende oder nicht erwerbstätige Unionsbürger*innen: Vollständiger Ausschluss von Sozialleistungen nicht zulässig.

Das Bundessozialgericht hat am 3. Dezember 2015 [in drei Entscheidungen](#) klargestellt, dass ein vollständiger Ausschluss von existenzsichernden Sozialleistungen für arbeitsuchende oder nicht-erwerbstätige Unionsbürger*innen nicht zulässig ist. Wenn keine Leistungen nach dem SGB II vom Jobcenter erbracht werden (können), müssen Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach dem SGB XII (Sozialhilfe) erbracht werden – und zwar in den meisten Fällen in gesetzlicher Höhe. Es steht jedoch zu befürchten, dass in Folge dieser Klarstellung die Ausländerbehörden mehr als bisher Feststellungen über den Verlust des Freizügigkeitsrechts treffen werden.

Für die Beratungspraxis heißt das: Es ist endlich klar, dass ein zu Verelendung und sozialer Entrechtung führender Sozialleistungsausschluss rechtlich nicht mehr haltbar ist – und dies völlig unabhängig von den letzten Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs. Für die Migrations- und Sozialberatungsstellen kommt es nun darauf an, die höchstrichterlich festgestellten Ansprüche auch durchzusetzen. Zugleich sollte stets geprüft werden, ob die Feststellungen über den Verlust des Freizügigkeitsrechts auch rechtmäßig sind – in vielen Fällen sind sie dies nämlich nicht.

Nach den Urteilen des Bundessozialgerichts existieren im wesentlichen vier Konstellationen, die jeweils unterschiedliche Ansprüche auf Leistungen der sozialen Existenzsicherung nach sich ziehen. Die im folgenden dargestellten Ansprüche sind jeweils nachrangig, so dass stets zuerst Punkt 1 geprüft werden muss, dann Punkt 2, dann Punkt 3 und 4:

1. Alle Unionsbürger*innen und ihre Familienangehörigen, die *nicht* allein über ein Aufenthaltsrecht zur Arbeitsuche verfügen, sondern auch aus anderen Gründen ein (fiktives) Aufenthaltsrecht besitzen, haben grundsätzlich wie bisher ab dem ersten Tag des Aufenthalts Anspruch auf Leistungen des SGB II. Das Bundessozialgericht hat hierzu klargestellt, dass es auch ein eigenes Aufenthaltsrecht von Kindern in Schulausbildung

gibt, wenn einer ihrer EU-angehörigen Elternteile früher einmal in Deutschland gearbeitet hat.

2. Unionsbürger*innen, die allein über ein Aufenthaltsrecht zur Arbeitsuche verfügen, haben ab dem ersten Tag des Aufenthalts einen Anspruch auf die gesetzlichen Leistungen des SGB XII, wenn sie die Staatsangehörigkeit eines Unterzeichnerstaats des Europäischen Fürsorgeabkommens besitzen.

3. Unionsbürger*innen und ihre Familienangehörigen,

→ die allein über ein Aufenthaltsrecht zur Arbeitsuche verfügen *und* für die das Europäische Fürsorgeabkommen nicht gilt oder

→ die als Nicht-Erwerbstätige über kein materielles Aufenthaltsrecht verfügen, können ebenfalls die Leistungen des SGB XII beanspruchen. Die Leistungen müssen im Rahmen des Ermessens erbracht werden. Falls ihr Aufenthalt bereits „verfestigt“ ist (z. B. weil sie seit mehr als sechs Monaten in Deutschland leben), besteht ein Anspruch auf Leistungen in gesetzlicher Höhe, da das Ermessen in diesen Fällen „auf Null reduziert ist“.

4. Unionsbürger*innen, deren Freizügigkeitsrecht formal entzogen wurde, haben einen Anspruch auf Leistungen nach dem Asylbewerberleistungsgesetz.

Zu 1: Aufenthaltsrecht auch aus anderen Gründen als der Arbeitsuche

Falls für Unionsbürger*innen und ihre (EU- oder drittstaatsangehörigen) Familienangehörigen auch ein anderes Aufenthaltsrecht als das der Arbeitsuche existiert, besteht ein Anspruch auf Gleichbehandlung und damit auch auf die Leistungen des SGB XII. Für nicht-erwerbstätige Personen besteht in diesem Fall ein Anspruch auf sämtliche Leistungen des SGB XII. Das Aufenthaltsrecht muss in bestimmten Fällen nur „fiktiv“ bestehen: Das heißt, ein anderes Aufenthaltsrecht als das der Arbeitsuche liegt auch vor, wenn etwa eine Aufenthaltserlaubnis nach dem AufenthG erteilt werden *könnte*.

→ **Aufenthaltsrecht von Personen, die schon fünf Jahre in Deutschland leben.**

Nach einem fünfjährigen Aufenthalt, in dem ein Freizügigkeitsgrund nach dem Freizügigkeitsgesetz vorgelegen hat, besteht ein automatisches Daueraufenthaltsrecht – ohne weitere Voraussetzungen. In speziellen Fällen kann das Daueraufenthaltsrecht schon nach drei Jahren entstehen. Über das Bestehen des Daueraufenthaltsrechts stellt die Ausländerbehörde auf Antrag eine Bescheinigung aus.

Die Dauer des tatsächlichen Aufenthalts innerhalb der letzten fünf Jahre kann durch die Wohnsitzanmeldung, aber auch durch andere geeignete Belege nachgewiesen werden – z. B. einen Mietvertrag, Schulbescheinigungen, einen Arbeitsvertrag o. ä. (§

4a FreizügG)

→ **Aufenthaltsrecht von Arbeitnehmer*innen**

Mit einem Stundenumfang von 5,5 Wochenstunden bzw. einem Monatseinkommen von rund 175 Euro kann der Arbeitnehmer*innenstatus gegeben sein (EuGH: Urteil „Genc“; [C-14/09](#)), vgl. auch den neuen Entwurf zu den [Allgemeinen Verwaltungsvorschriften zum FreizügG](#), Randnummer 2.2.1 ff). Auch mit einer wöchentlichen Arbeitszeit von 7,5 Stunden und einem Einkommen von 100 Euro kann der Arbeitnehmer*innenstatus gegeben sein ([BSG, Urteil vom 19.10.2010](#)). Alles, was darunter liegt, muss einzelfallbezogen geprüft werden.

→ **Aufenthaltsrecht von Selbstständigen**

Auch wenn mit der Selbstständigkeit (noch) kein Gewinn erwirtschaftet wird und nur wenige Aufträge eingegangen sind, kann der Selbstständigenstatus gegeben sein. Es reicht allerdings nicht, sich nur einen Gewerbeschein ausstellen zu lassen. Auch eine freiberufliche Tätigkeit (z. B. Dolmetscher*innen / Übersetzer*innen) zählt als Selbstständigkeit. Bei der erforderlichen Höhe des Einkommens sollte man sich an den Eckpunkten für Arbeitnehmer*innen orientieren können. ([§ 2 Abs. 2 Nr. 2 FreizügG](#))

→ **Aufenthaltsrecht von Personen, die ihre Arbeit unfreiwillig verloren oder ihre Selbstständigkeit unfreiwillig aufgegeben haben.**

- Bei unverschuldeter Kündigung nach weniger als einem Jahr Erwerbstätigkeit oder einem auf weniger als ein Jahr befristeten Arbeitsvertrag bzw. unverschuldeter Aufgabe einer selbstständigen Tätigkeit nach weniger als einem Jahr: Der Arbeitnehmer*innen- bzw. Selbstständigenstatus bleibt für sechs Monate bestehen. ([§ 2 Abs. 3 Nr. 2 FreizügG](#))
- Bei unverschuldeter Kündigung nach mindestens einem Jahr Erwerbstätigkeit oder einem auf mindestens ein Jahr befristeten Arbeitsvertrag bzw. unverschuldeter Aufgabe einer selbstständigen Tätigkeit nach mindestens einem Jahr: Der Arbeitnehmer*innen bzw. Selbstständigenstatus bleibt unbefristet bestehen (und damit jeweils auch der Leistungsanspruch). ([§ 2 Abs. 3 Nr. 3 FreizügG](#))
- Bei vorübergehender Arbeitsunfähigkeit infolge von Krankheit oder eines Unfalls bleibt der Arbeitnehmer*innen- bzw. Selbstständigenstatus ohne Befristung erhalten. Dies gilt auch für eine Frau, die „wegen der körperlichen Belastungen im Spätstadium ihrer Schwangerschaft und nach der Geburt des Kindes ihre Beschäftigung aufgibt. Sie behält die *"Arbeitnehmereigenschaft" im Sinne dieser Vorschrift, sofern sie innerhalb eines angemessenen Zeitraums nach der Geburt ihres Kindes ihre Beschäftigung wieder aufnimmt oder eine andere Stelle findet*“ (EuGH Urteil vom 19.06.2014 - [C-507/12](#), Saint Prix gg. United Kingdom). ([§ 2 Abs. 3 Nr. 1 FreizügG](#))

→ Aufenthaltsrecht von Personen, die als Familienangehörige hier sind.

Für Familienangehörige der „Kernfamilie“ (Ehegatten, Lebenspartner*innen, minderjährige, ledige Kinder und deren Eltern) gelten aufenthaltsrechtlich dieselben Regelungen wie beim Familiennachzug zu deutschen Staatsangehörigen gem. § 28 AufenthG. Das heißt: Ein familiäres Freizügigkeitsrecht von Kernfamilien-Angehörigen besteht stets unabhängig von der Lebensunterhaltssicherung. Es dürfen keine Spracherfordernisse verlangt werden.

Der Familienbegriff des Unionsrechts geht aber weiter als der im Rahmen des Aufenthaltsgesetzes: Familienangehörige im Sinne des Freizügigkeitsgesetzes und der Unionsbürger*innen-Richtlinie sind

- (Stief-)Kinder, (Stief-)Enkel („*Verwandte in absteigender Linie des Unionsbürgers oder seines Ehegatten*“) bis zum Alter von einschließlich 20 Jahren, sowie Ehegatten oder eingetragene, gleichgeschlechtliche Lebenspartner*innen ohne weitere Voraussetzungen ([§ 3 Abs. 2 Nr. 1 FreizügG](#))
- darüber hinaus: (Stief-)Kinder, (Stief-)Enkel ab 21 Jahren, Eltern, Großeltern, Schwiegereltern, wenn diesen Personen Unterhalt durch die / den Unionsbürger*in oder dessen Ehegatten geleistet wird. Der Unterhalt muss nur einen Teil des Bedarfs abdecken; auch Naturalunterhalt in Form von Pflege und Betreuung kann diese Bedingung erfüllen. ([§ 3 Abs. 2 Nr. 2 FreizügG](#)). Das Landessozialgericht NRW hat etwa in einem Fall entschieden, dass auch ein Unterhalt in Höhe von 100 Euro ausreichen kann, um die Eigenschaft als Familienangehöriger geltend machen zu können ([LSG NRW \(7. Senat\); 28.5.2015; L 7 AS 372/15 B ER und L 7 AS 373/15 B.](#)); vergleiche auch: [LSG NRW \(7. Senat\); 15.4.2015; \(L 7 AS 428/15 B ER\).](#)

Der Status als Familienangehörige*r ist nicht auf eine bestimmte Altersspanne beschränkt; also *nicht* etwa auf Kinder bis zum 25. Geburtstag: Jemand kann im Sinne des Freizügigkeitsrechts Familienangehörige*r sein, obwohl er oder sie nach den Regelungen des SGB II nicht mehr Teil der Bedarfsgemeinschaft ist.

- Bei Scheidung bleibt ein Freizügigkeitsrecht als Familienangehörige*r bestehen, wenn die Ehe mindestens drei Jahre bestanden hatte, davon mindestens ein Jahr im Bundesgebiet. Es kommt hierbei nicht auf den Zeitpunkt der Trennung an, sondern auf den Zeitpunkt der „Einleitung des gerichtlichen Scheidungsverfahrens“. ([§ 3 Abs. 5 Nr. 1 FreizügG](#)).
- Im Fall einer „besonderen Härte“, etwa wegen Gewalt, körperlichen oder psychischen Missbrauchs oder aus anderen Gründen, aufgrund derer einem Ehegatten das Festhalten an der Ehe oder der Lebenspartnerschaft nicht zugemutet werden konnte“, gilt die Mindestbestandszeit nicht als Voraussetzung für das Fortbestehen des Freizügigkeitsrechts als Familienangehörige*r. ([§ 3 Abs. 5 Nr. 3 FreizügG](#))

- Ebenfalls unabhängig von der Mindestbestandszeit bleibt ein Freizügigkeitsrecht als Familienangehörige*r bestehen, wenn „durch Vereinbarung der Ehegatten oder der Lebenspartner oder durch gerichtliche Entscheidung das Recht zum persönlichen Umgang mit dem minderjährigen Kind nur im Bundesgebiet eingeräumt wurde“. ([§ 3 Abs. 5 Nr. 5 FreizügG](#))

→ Aufenthaltsrecht für Elternteile minderjähriger Kinder in Schul- oder Berufsausbildung

- Kinder von Unionsbürger*innen und der Elternteil, der die elterliche Sorge tatsächlich ausübt, haben immer und uneingeschränkt ein europarechtliches Aufenthaltsrecht und damit einen Anspruch auf sozialrechtliche Gleichbehandlung, wenn sie sich in einer Ausbildung befinden (Grundschule bis Berufsausbildung bzw. Studium) und auch wenn ein EU-angehöriger Elternteil verstirbt oder wegzieht. ([§ 3 Abs. 4 FreizügG](#))
- Kinder von Unionsbürger*innen und der Elternteil, der die elterliche Sorge tatsächlich ausübt, haben immer und uneingeschränkt ein europarechtliches Aufenthaltsrecht und damit einen Anspruch auf sozialrechtliche Gleichbehandlung, wenn sie sich in einer Ausbildung befinden (Grundschule bis Berufsausbildung bzw. Studium), und wenn einer ihrer unionsangehörigen Elternteile aktuell als Arbeitnehmer*in in Deutschland tätig ist oder früher einmal - auch wenn es lange her ist - als Arbeitnehmer*in in Deutschland gearbeitet hat. Hierbei spielt keine Rolle, ob die Arbeit selbstverschuldet verloren gegangen ist und wie lange die Beschäftigung ausgeübt worden ist. (Art. 10 [der EU-Verordnung 492/2011](#)). Mehrere Gerichte haben bereits mit Verweis auf diese Grundlage einen Leistungsanspruch zugesprochen, unter anderem das Landessozialgericht NRW ([LSG NRW \(19. Senat\); 16. März 2015; L 19 AS 275/15 B ER](#)). Das Bundessozialgericht hat nun das Bestehen dieses eigenständigen Aufenthaltsrechts ausdrücklich bekräftigt.¹

→ Aufenthaltsrecht für unverheiratete Elternteile minderjähriger Kinder

Der Lebenswirklichkeit von „Patchwork-Familien“ wird der Wortlaut des Freizügigkeitsrechts zwar nicht immer gerecht, aber durch die Rechtsprechung des Bundessozialgerichts ([BSG, Urteil vom 30.1.2013, AZ: B 4 AS 54/12 R](#)) ist

¹ Urteil des Bundessozialgerichts vom 03.12.2015 - B 4 AS 43/15 R

mittlerweile klar, dass auch für derartige Konstellationen ein Aufenthaltsrecht unabhängig von der Arbeitssuche besteht. Dies gilt auch schon vor der Geburt des Kindes.

Aus dieser Rechtsprechung ergibt sich ein weiterer Aufenthaltszweck aus familiären Gründen, der aus dem Zusammenleben der Partner mit einem gemeinsamen Kind oder dem Kind eines Partners folgt. Diese Personengruppen bilden jeweils eine Familie im Sinne des Art. 6 GG und der §§ 27 Abs. 1, 28 Abs. 1, 29 und 32 AufenthG und können sich auch auf den Schutz aus Art. 8 Konvention des Europarates zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten berufen. Dies gilt nach den Ausführungen des BSG ausdrücklich auch für unverheiratete Paare.

Auch nach den neuen Verwaltungsvorschriften der Bundesregierung zum Freizügigkeitsgesetz wird klargestellt, dass für Angehörige der „Kernfamilie“ (Eltern, minderjährige Kinder, Ehegatten und Lebenspartner) grundsätzlich die Regelungen des § 28 AufenthG (wie beim Familiennachzug zu Deutschen) anwendbar sind. Das bedeutet: Auch der Elternteil eines minderjährigen Kindes mit EU-Staatsangehörigkeit hat – unabhängig von der Lebensunterhaltssicherung – ein familiäres Freizügigkeitsrecht. Ein SGB-II-Anspruch besteht. (vgl.: [Allgemeine Verwaltungsvorschriften zum FreizügG](#), Randnummern 3.2.2.2 und 4a.0.2)

→ **Aufenthaltsrecht von Personen, die Opfer von Menschenhandel oder Arbeitsausbeutung sind, oder ein sonstiges Aufenthaltsrechts nach dem AufenthG besitzen**

Das Aufenthaltsgesetz ist grundsätzlich auch auf Unionsbürger*innen anwendbar, wenn es einen besseren Status zur Folge hat ([§ 11 Abs. 1 Satz 11 FreizügG](#)). Beispiele hierfür sind der § 25 Abs. 4a für Opfer von Menschenhandel, Schwangere, deren Kind die deutsche Staatsbürgerschaft haben wird oder ein Aufenthaltsrecht aus humanitären Gründen, das im Freizügigkeitsgesetz nicht vorgesehen ist – etwa bei schweren Erkrankungen. Da die Ausländerbehörde in derartigen Fällen mit Verweis auf die ohnehin bestehende Freizügigkeit oft keine formale Aufenthaltserlaubnis erteilt, muss das Vorliegen eines Erteilungsgrundes nach dem AufenthG auch vom Jobcenter geprüft werden, um zu klären, ob es ein Aufenthaltsrecht unabhängig von der Arbeitssuche geben könnte. Auch in diesen Fällen besteht dann ein Anspruch nach dem SGB II.

Zu 2: Unionsbürger*innen, die dem Europäischen Fürsorgeabkommen unterliegen.

Das [Europäische Fürsorgeabkommen](#) (EFA) gilt für folgende Staatsangehörige:

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

Den Staatsangehörigen der genannten Staaten sind, wenn sie sich in Deutschland *„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.“ (Art. 1 EFA)

Alle genannten Staatsangehörigen, deren Aufenthaltsrecht sich allein aus dem Zweck der Arbeitsuche ergibt, und die deswegen „dem Grunde nach“ keinen SGB-II-Anspruch besitzen, haben nach den Urteilen des Bundessozialgerichts Anspruch auf die normale Hilfe zum Lebensunterhalt des SGB XII, obwohl sie gesundheitlich erwerbsfähig sind. Der Regelbedarf ist derselbe wie im SGB II.

Auch auf andere Leistungen des SGB XII (z. B. Eingliederungshilfe, Krankenhilfe, Bildungs- und Teilhabepaket usw.) besteht Anspruch, da das Fürsorgeabkommen ausdrücklich auch die „Gesundheitsfürsorge“ einbezieht. Unter „Fürsorge“ ist darüber hinaus alles zu verstehen, das den „Lebensbedarf sowie die Betreuung“ umfasst, „die ihre Lage erfordert“. Eine Ausnahme gilt nur für die Hilfe bei besonderen sozialen Schwierigkeiten (§§ 67ff.), die im Europäischen Fürsorgeabkommen ausdrücklich ausgenommen worden sind. Über § 67 ff-Leistungen muss nach Ermessen entschieden werden.

→ Kein Ausschluss in den ersten drei Monaten

Auch innerhalb der ersten drei Monate des Aufenthalts besteht nach dem EFA in Anspruch auf Sozialhilfe. Der Leistungsausschluss innerhalb der ersten drei Monate existiert in diesem Fall nicht.

→ Kein Ausschluss wegen „Einreise zum Sozialhilfebezug“

Auch der Vorwurf einer „Einreise zum Zwecke des Sozialhilfebezugs“ führt nach dem EFA nicht zu einem Leistungsausschluss. Dies hatte das Bundessozialgericht bereits im Jahr 2010 entschieden ([BSG, Urteil vom 19.10.2010; B 14 AS 23/10 R](#)): „Schließlich hat auch die zu Art 1 EFA teilweise vertretene Ansicht, einen Aufenthalt zeitlich vor dem Eintritt der Hilfebedürftigkeit zu fordern (...), in dem Abkommen selbst keinen Ausdruck gefunden. Denn Art 1 EFA stellt allein auf die Rechtmäßigkeit des Aufenthalts ab, nicht aber auf eine bestimmte zeitliche Abfolge.“

→ Anspruch besteht während des Aufenthalts zur Arbeitsuche

Ein Anspruch auf Leistungen nach dem SGB XII besteht, wenn sich die Personen „erlaubt aufhalten“. Ein erlaubter Aufenthalt in diesem Sinne liegt unzweifelhaft vor innerhalb der ersten sechs Monate des Aufenthalts (Freizügigkeitsrecht zur Arbeitsuche). Dieses bleibt auch länger bestehen, wenn die Person nachweisen kann, dass sie weiterhin und mit begründeter Aussicht auf Erfolg Arbeit sucht.

→ Freizügigkeitsrecht erlischt nicht automatisch

Auch wenn das Aufenthaltsrecht zur Arbeitsuche „materiell“ nicht mehr fortbesteht, erlischt das Aufenthaltsrecht nicht automatisch. Hierfür ist eine formale „Verlustfeststellung“ durch die Ausländerbehörde erforderlich. Das Bundessozialgericht hat im Jahr 2010 in einem anderen Verfahren bereits entschieden:

„Der Aufenthalt des Klägers "gilt" aus diesem Grund als erlaubt im Sinne des Art 11 EFA. Dies entspricht auch der Praxis der Ausländerbehörden, wonach von der Rechtmäßigkeit

des Aufenthalts auszugehen ist, bis eine Verlustfeststellung mit entsprechender Einziehung der Aufenthaltsbescheinigung nach § 5 Abs 5 FreizügG/EU erfolgt.“ ([BSG, Urteil vom 19.10.2010](#); B 14 AS 23/10 R)

In einer anderen Entscheidung hat das Bundessozialgericht entschieden:

„Das Aufenthaltsrecht besteht, solange der Aufnahmemitgliedstaat nicht durch einen nationalen Rechtsakt festgestellt hat, dass der Unionsbürger bestimmte vorbehaltene Bedingungen iS des Art 21 AEUV nicht erfüllt.“ ([BSG, Urteil vom 30.1.2013](#); B 4 AS 54/12 R)

Insofern dürfte von einem rechtmäßigen Aufenthalt im Sinne des EFA auszugehen sein, bis die Ausländerbehörde das Freizüegersrecht auch formal entzieht.

→ EFA schränkt Möglichkeiten zur Verlustfeststellungen ein

Nach dem EFA darf nur eingeschränkt eine „Rückschaffung“ allein aus Gründen der Sozialhilfebedürftigkeit erfolgen. So sieht Art. 7 EFA die Möglichkeit zu einer „administrativen Ausweisung“ nur nach einer Einzelfallprüfung vor, wenn die betreffende Person „keine engen Bindungen in dem Land seines gewöhnlichen Aufenthaltes“ hat. Nach der aktuellen Rechtsprechung des Bundessozialgerichts ist in diesem Sinne wohl von einer „engen Bindung“ oder einem „verfestigten Aufenthalt“ nach sechsmonatigem Aufenthalt auszugehen.

Und weiter heißt es: *„Die Vertragschließenden vereinbaren, daß sie nur mit großer Zurückhaltung zur Rückschaffung schreiten und nur dann, wenn Gründe der Menschlichkeit dem nicht entgegenstehen.“*

Zu 3: Unionsbürger*innen und ihre Familienangehörigen, die allein über ein Aufenthaltsrecht zur Arbeitsuche verfügen und für die das Europäische Fürsorgeabkommen nicht gilt oder die als Nicht-Erwerbstätige über kein materielles Aufenthaltsrecht verfügen.

Unionsbürger*innen und ihre Familienangehörigen, die allein über ein Freizügersrecht zur Arbeitsuche verfügen und für die das EFA nicht gilt, können Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts gemäß § 23 Abs. 1 Satz 3 SGB XII beanspruchen. Zwar sieht auch das SGB XII einen Leistungsausschluss für Ausländer*innen vor, deren Aufenthaltsrecht sich allein aus dem Zweck der Arbeitsuche ergibt.

Aber: Unabhängig davon müssen stets die Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts als Ermessensleistung geprüft werden, da sich dies aus dem verfassungsrechtlichen Auftrag zur Sicherstellung eines menschenwürdigen Existenzminimums ergibt. Falls bereits ein „verfestigter Aufenthalt“ besteht – das Bundessozialgericht sieht diesen jedenfalls nach sechsmonatigem Aufenthalt als gegeben an – ist das Ermessen „auf Null reduziert“, so dass *„regelmäßig zumindest Hilfe zum Lebensunterhalt in gesetzlicher Höhe zu erbringen ist.“* Ein verfestigter Aufenthalt kann wohl auch vor sechs Monaten aus anderen Gründen gegeben sein: Die faktische

Integration der Kinder in Schule oder Kindergarten oder familiäre Bindungen könnte dafür Beispiele sein.

Nur bei einem „nicht-verfestigten“ Aufenthalt könnten also Leistungen unterhalb der gesetzlichen Höhe erbracht werden. Aber auch in diesem Fall muss der Verfassungsauftrag zur ständigen Sicherstellung eines menschenwürdigen Existenzminimums berücksichtigt werden, so dass eine Unterschreitung der gesetzlichen Höhe kaum vorstellbar ist.

Das Bundesverfassungsgericht hat diesen Anspruch in einem [Urteil zur Verfassungswidrigkeit des alten Asylbewerberleistungsgesetzes vom 18. Juli 2012](#) sehr eindeutig festgestellt:

„Auch eine kurze Aufenthaltsdauer oder Aufenthaltsperspektive in Deutschland rechtfertigte es im Übrigen nicht, den Anspruch auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums auf die Sicherung der physischen Existenz zu beschränken. Art. 1 Abs. 1 GG in Verbindung mit Art. 20 Abs. 1 GG verlangt, dass das Existenzminimum in jedem Fall und zu jeder Zeit sichergestellt sein muss (...). Ausländische Staatsangehörige verlieren den Geltungsanspruch als soziale Individuen nicht dadurch, dass sie ihre Heimat verlassen und sich in der Bundesrepublik Deutschland nicht auf Dauer aufhalten (...). Die einheitlich zu verstehende menschenwürdige Existenz muss daher ab Beginn des Aufenthalts in der Bundesrepublik Deutschland realisiert werden. (...) Die in Art. 1 Abs. 1 GG garantierte Menschenwürde ist migrationspolitisch nicht zu relativieren.“

Das gleiche gilt für Unionsbürger*innen, die über kein „materielles Aufenthaltsrecht“ verfügen – etwa weil sechs Monate der Arbeitsuche abgelaufen sind, aber die Ausländerbehörde keine „Verlustfeststellung“ getroffen hat. Auch in diesen Fällen kann dennoch ein „verfestigter Aufenthalt“ im Sinne der BSG-Entscheidungen bestehen.

Zu 4: Unionsbürger*innen, deren Freizügigkeitsrecht durch die Ausländerbehörde entzogen wurde („Verlustfeststellung“).

Nach einer Verlustfeststellung sind die Betroffenen leistungsberechtigt nach dem Asylbewerberleistungsgesetz – entweder nach [§ 1 Abs. 1 Nr. 4 AsylbLG](#) (wenn die Ausländerbehörde eine Duldung ausstellt), oder nach [§ 1 Abs. 1 Nr. 5 AsylbLG](#) (wenn die Ausländerbehörde keine Duldung ausstellt).

Dass nach einer Verlustfeststellung prinzipiell der Anspruch auf Leistungen nach dem AsylbLG besteht, hat auch das Landessozialgericht Hessen in einem Beschluss entschieden ([LSG Hessen; 7.4.2015 \(L 6 AS 62/15 B ER\)](#)).

Kann der Sozialleistungsantrag zu einer Ausweisung führen?

Nach deutschem Recht besteht das Freizügigkeitsrecht nach dem Freizügigkeitsgesetz stets solange, bis die Ausländerbehörde festgestellt hat, dass das Freizügigkeitsrecht nicht mehr besteht! Die Sozialbehörden haben nicht die Kompetenz, eine solche Feststellung zu treffen – selbst wenn die Voraussetzungen nach dem Unionsrecht nicht vorliegen sollten. Das Bundessozialgericht hat dies in einem [Urteil vom 30. Januar 2013](#) noch einmal ausdrücklich festgestellt:

„Das Aufenthaltsrecht besteht, solange der Aufnahmemitgliedstaat nicht durch einen nationalen Rechtsakt festgestellt hat, dass der Unionsbürger bestimmte vorbehaltene Bedingungen iS des Art 21 AEUV nicht erfüllt.“

Die Ausländerbehörden haben indes die Möglichkeit, eine so genannte „Verlustfeststellung“ zu treffen, wenn die Voraussetzungen für das Recht auf Freizügigkeit nicht vorliegen. Diese Feststellung darf jedoch nur dann getroffen werden, wenn

- kein anderer Freizügigkeitsgrund als der eines Nicht-Erwerbstätigen (also kein Arbeitnehmer*innen-Status, kein Arbeitsuchenden-Status, kein Daueraufenthaltsrecht oder kein familiäres Aufenthaltsrecht usw., siehe oben) vorliegt
- und keine ausreichenden Existenzmittel vorhanden sind.

Um das möglicherweise bestehende Freizügigkeitsrecht als Arbeitsuchende*r nachweisen zu können, sollten in jedem Fall die Bemühungen der Arbeitsuche (Bewerbungen, Weiterbildungen, Arbeitsuchend-Meldung bei der Arbeitsagentur) gut dokumentiert werden. Das Freizügigkeitsrecht als Arbeitsuchende*r besteht unabhängig von der Sicherung des Lebensunterhalts und eines möglichen Sozialhilfebezug. Der Status besteht mindestens für sechs Monate und darüber hinaus, wenn nachgewiesen werden kann, dass tatsächlich und mit begründeter Aussicht auf Erfolg Arbeit gesucht wird.

Aber auch, wenn dies nicht erfüllt ist, erlischt das Freizügigkeitsrecht keinesfalls automatisch, sondern stets nur durch eine Ermessensentscheidung der Ausländerbehörde, in der sie die schutzwürdigen Interessen der Betroffenen mit den öffentlichen Interessen abwägt und ihre Entscheidung begründet. Der EuGH hat in seiner Entscheidung [„Brey“ vom 19. September 2013](#) entschieden, dass in jedem Einzelfall geprüft werden müsse, ob der Sozialhilfebezug „unangemessen“ sei. Außerdem sei bei jeder Entscheidung das Prinzip der Verhältnismäßigkeit zu beachten.

Anträge müssen von Amts wegen an den zuständigen Leistungsträger weiter geleitet werden.

Durch die Urteile des Bundessozialgerichts ist es noch unübersichtlicher geworden, welche Sozialbehörde in welchen Fällen zuständig ist. Je nach Aufenthaltsdauer, Aufenthaltsgrund, familiärer Konstellation usw. ist mal das Jobcenter zuständig und mal das Sozialamt. Hierbei können die Betroffenen den Durchblick kaum behalten.

Daher regelt § 16 SGB I für alle Sozialleistungen:

„Anträge, die bei einem unzuständigen Leistungsträger (...) gestellt werden, sind unverzüglich an den zuständigen Leistungsträger weiterzuleiten. Ist die Sozialleistung von einem Antrag abhängig, gilt der Antrag als zu dem Zeitpunkt gestellt, in dem er bei einer der in Satz 1 genannten Stellen eingegangen ist.“

Der beim Jobcenter gestellte Antrag muss also automatisch ans Sozialamt weitergeleitet werden, wenn das Jobcenter der Auffassung ist, nicht zuständig zu sein. Leistungen müssen dann vom Sozialamt ab dem Zeitpunkt erbracht werden, als der Antrag beim Jobcenter eingegangen ist.

Das Bundessozialgericht hat dies noch einmal bekräftigt:

„Dem steht nicht entgegen, dass die Beigeladene im streitigen Zeitraum keine Kenntnis von der Hilfebedürftigkeit der Kläger hatte. Die Beigeladene muss sich hier die Kenntnis des Beklagten zurechnen lassen.“

Was ist sonst noch zu sagen?

So erfreulich es für die Betroffenen ist, nun höchstichterlich nun zumindest den grundsätzlichen Leistungsanspruch geklärt zu haben: Sinnvoll ist die vom BSG gefundene Lösung keineswegs. Es ist nicht nachvollziehbar, dem Grunde nach erwerbsfähige Menschen einem Sozialleistungssystem zuzuordnen, das eigentlich für Menschen ohne Erwerbsfähigkeit gedacht ist. Somit findet eine arbeitsmarktliche Förderung nicht statt, sondern die Betroffenen müssen sich hierfür aktiv an eine andere Behörde – die Agentur für Arbeit – wenden.

Durch den SGB-XII-Bezug entsteht zudem keine Versicherungspflicht in der Gesetzlichen Krankenversicherung. Während die Leistungen des SGB II ganz überwiegend aus Bundesmitteln aufgebracht werden, müssen die Leistungen des SGB XII durch die Kommunen getragen werden.

Weitere Infos

Bernd Eckhardt hat in seiner Veröffentlichung „sozialrecht justament“ die aktuellen Entscheidungen des Bundessozialgerichts und ihre Bedeutung für die Beratungspraxis ausführlich dargestellt: http://sozialrecht-justament.de/data/documents/7-15_Sozialrecht-justament-7-2015.pdf

Auf der Internetseite www.sozialrecht-justament.de gibt es darüber hinaus viele weitere hilfreiche Informationen zu beratungsrelevanten Fragen.

Impressum

Herausgeber:

Der Paritätische Gesamtverband

Oranienburger Str. 13-14

D-10178 Berlin

Telefon +49 (0) 30 - 24636-0

Telefax +49 (0) 30 - 24636-110

E-Mail: info@paritaet.org

Internet: www.paritaet.org

Verantwortlich im Sinne des Presserechts:

Dr. Ulrich Schneider

Autor:

Claudius Voigt

GGUA Flüchtlingshilfe / Projekt Q

Südstr. 46, 48153 Münster

Tel: 0251-1448626 | E-Mail: voigt@ggua.de

Redaktion:

Claudia Karstens

Referentin für Migrationssozialarbeit beim Paritätischen Gesamtverband

Oranienburger Str. 13-14

10178 Berlin

Tel: 030-24636406 | E-Mail: mgs@paritaet.org

17.12.2015