

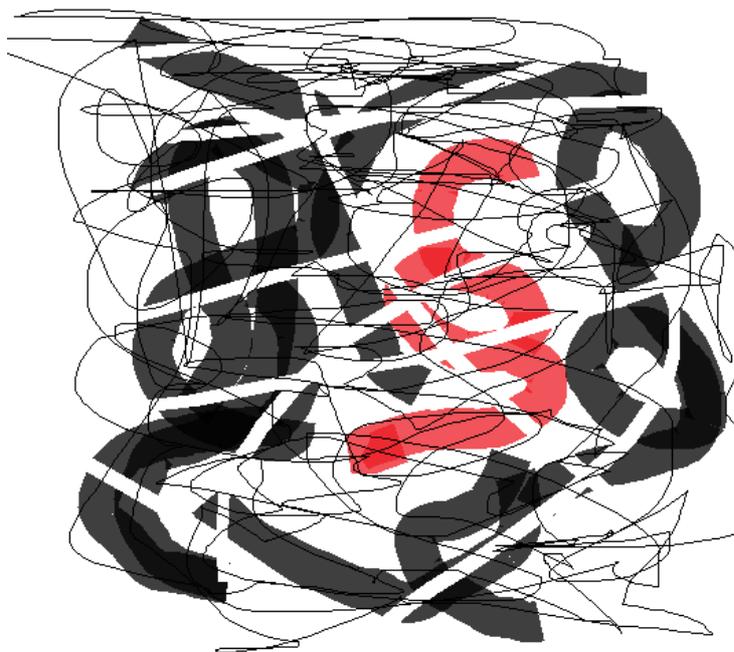
SOZIALRECHT JUSTAMENT

kompakt und aktuell – Rechtswissen für die existenzsichernde Sozialberatung Jg.4 / Nr.16

März 2016

RECHT prekär!

Der strittige Sozialleistungsausschluss neuzugewanderter EU-BürgerInnen



Zum Stand der Dinge

RECHT prekär! Der strittige Sozialleistungsausschluss neuzugewanderter EU-BürgerInnen – zum Stand der Dinge	Seite 3
Freizügigkeitsrechte jenseits der Arbeitssuche.....	Seite 13

Seminare zum Thema:

am **13. April 2016** in Nürnberg, am **28. April 2016** in München Seite 4
(Stuttgart und Frankfurt/M. bei Nachfragen möglich)

Liebe Leserin, lieber Leser,

„**RECHT prekär!**“ Das kennzeichnet die Situation mittelloser Zuwanderer aus der Europäischen Union: Sie tauchen in Wärmestuben auf, bei Tafeln, in der Sozialberatung und der Schwangerenberatung. Von Jobcentern erhalten sie keine Leistungen. Nicht selten wird Ihnen die Antragstellung verweigert. Ansprüche nach dem Asylbewerberleistungsgesetz stehen ihnen nicht zu. Das Sozialamt erklärt sich für unzuständig. Selbst bei Obdachlosigkeit fallen arbeitssuchende EU-BürgerInnen ins Nichts.

Nach den Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs und des Bundessozialgerichts ist nun das **RECHT selbst prekär geworden**. Schon bisher gingen die Entscheidungen der Sozialgerichte vollkommen auseinander. Dennoch bestand die Hoffnung, dass durch höchstrichterliche Rechtsprechung eine einheitliche Linie gefunden werden könne. Beide für das SGB II zuständige Senat haben entschieden, dass von SGB II-Leistungen ausgeschlossene EU-BürgerInnen Sozialhilfe zum Lebensunterhalt als Ermessensleistung erhalten können. Bei verfestigtem Aufenthalt nach 6 Monaten sei das Ermessen auf Null reduziert, so dass dann Leistungen in gesetzlicher Höhe erbracht werden müssten. Diese Entscheidungen waren sicherlich mit dem für die Sozialhilfe zuständigen Senat des Bundessozialgerichts abgestimmt.

Die Hoffnung auf eine einheitliche Rechtsauffassung hat sich aber nicht erfüllt. Es zeichnet sich ab: Eine erhebliche Zahl von Sozialgerichten und Landessozialgerichten wird der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts nicht folgen. Da für die Frage des existenzsichernden Sozialleistungsbezugs der Eilrechtsschutz eine ganz zentrale Rolle hat, kann das Bundessozialgericht nicht korrigierend eingreifen. Die letzte Instanz bilden hier die jeweiligen Landessozialgerichte. Ob existenzsichernde Sozialleistungen bezogen werden können, hängt nun davon ab, wo jemand wohnt, oder welche Kammer oder welcher Senat der Sozialgerichte und Landessozialgerichte zufällig entscheidet.

Die Sozialgerichte, die dem Bundessozialgericht nicht folgen, werfen dem BSG vor, in grundrechtswidriger Weise die Grenzen der Rechtsauslegung zu überschreiten und selbst als Gesetzgeber gegen den Willen des Gesetzgebers zu handeln. Das Bundessozialgericht ist allerdings der Rechtsauffassung, dass die von ihm vorgelegte Rechtsauffassung gerade grundrechtlich geboten ist. Da eine solche Auslegung der bestehenden Gesetze möglich sei, müsse auch nicht das Bundesverfassungsgericht angerufen werden.

Aber nicht nur in dieser grundrechtlichen Frage herrscht Uneinigkeit. Es gilt weiterhin, dass EU-ZuwanderInnen, die neben der Arbeitsuche ein weiteres Freizügigkeitsrecht beanspruchen können, nicht von SGB II-Leistungen ausgeschlossen sind. Wieviel jemand arbeiten muss, um als ArbeitnehmerIn zu gelten, bleibt strittig. Genauso ungeklärt ist die Frage, wann Kinder in Ausbildung ein Freizügigkeitsrecht erhalten können, auf das sich dann auch die Sorgeberechtigten beziehen können.

Ein Tagesseminar „**RECHT prekär! Der strittige Sozialleistungsausschluss neuzugewanderter EU-BürgerInnen – Zum Stand der Dinge**“ findet am 13. April 2016 in Nürnberg statt.



Impressum:

v.i.S.d.P.: Bernd Eckhardt

Ludwig Feuerbach-Straße 75

90489 Nürnberg

info@sozialpaedagogische-beratung.de

Einführungsworkshop

Systemische Therapie mit der „Inneren Familie“ - IFS

am 15. + 16. Oktober 2016

Nürnberg

in den Praxisräumen
Ludwig-Feuerbach-Str. 69
90489 Nürnberg



Ein Einführungsworkshop für Sozialpädagogen, BeraterInnen, TherapeutInnen und Interessierte, die das IFS-Modell (Internal Family System) nach Prof. Dr. Richard C. Schwartz kennenlernen möchten.



Martina Beckhäuser

Dipl.-Sozialpädagogin (FH)
Systemische Familientherapeutin (DGSF), IFS-Therapeutin (CSL), Ausbildung in Systemischer Supervision, Coaching, Kommunikationstrainerin

Das Thema „Innere (Persönlichkeits-) Teile“ ist seit langem Bestandteil von Beratung und Therapie. Die Wirksamkeit des systemischen Arbeitens mit den inneren Anteilen ist für systemisch arbeitenden BeraterInnen und TherapeutInnen immer wieder faszinierend.

Richard C. Schwartz hat mit der „Systemischen Therapie mit der inneren Familie (IFS)“ eine besondere Methode entwickelt, indem er die systemische Sichtweise auf die Innenwelt übertrug und die Multiplizität unserer inneren Anteile als etwas Naturgegebenes respektierte, statt sie als Störung zu sehen. Die Ausdehnung des systemischen Denkens und der Techniken aus der Familientherapie auf die intrapsychische Welt führte zu großen Fortschritten in der Behandlung von Einzelpersonen, Familien und Gruppen.

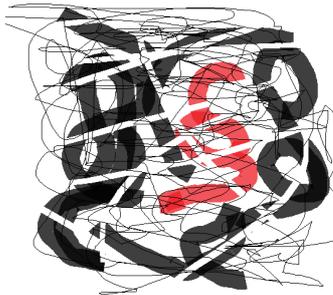
Die IFS-Methode ist geprägt von einem hohen Maß an Achtsamkeit. Die präzise und wertschätzende Vorgehensweise ist ebenso strukturiert wie flexibel und geht voller Respekt für das Tempo und die Ressourcen der KlientInnen vor. Die Arbeit mit IFS bringt auch für erfahrene TherapeutInnen ganz neue Aspekte.

Die IFS-Methode kann eine tiefe, nachhaltige Heilung bewirken. Sie findet Anwendung bei Beziehungsstörungen und ist auch für die meisten psychischen und psychosomatischen Erkrankungen und Traumafolgestörungen gut geeignet. Menschen aller Altersstufen und aller Schichten finden leicht Zugang zu diesem einfachen, schlüssigen Modell. Mehr zu IFS unter <http://www.ifs-europe.net/> Die Seminausschreibung finden Sie auf:

<http://www.sozialpaedagogische-beratung.de/workshop%20ifs%2010-2016.pdf>

Kontakt: martinabeckhaeuser@arcor.de

SOZIALRECHTLICHE FORTBILDUNG

RECHT prekär!**Der strittige Sozialleistungsausschluss
neuzugewanderter EU-BürgerInnen**

Zum Stand der Dinge

Mittwoch, 13. April 2016

9.00 – 16.00 Uhr

Neu: Seminarraum „Ludwig-
Feuerbach“

Ludwig-Feuerbach-Straße 69

90489 Nürnberg

Zum Stand der Dinge

Donnerstag, 28. April 2016

9.00 – 16.00 Uhr

Evangelische Stadtakademie
München

Herzog-Wilhelm-Str. 24

80331 München**Kosten:** 100 Euro (inkl. Umsatzsteuer)**Anmeldung per E-Mail:** info@sozialpaedagogische-beratung.de**Flyer auf:** www.sozialrecht-justament.de AGBs auf: <http://sozialpaedagogische-beratung.de/agb.pdf>**EuGH und BSG haben entschieden – was nun?**

Im Jahr 2015 hat nun der Europäische Gerichtshof und das Bundessozialgericht langerwartete Entscheidungen zum SGB II-Ausschluss arbeitsuchender EU-Zuwanderer getroffen. Ist nun alles klar? Keineswegs!

Die Rechtsmeinung des BSG, das vom SGB II ausgeschlossenen EU-BürgerInnen aus grundrechtlichen Erwägungsgründen Sozialhilfe als Ermessensleistung zuspricht, ist umstritten. Die Rechtsauffassung, dass Sozialhilfe in gesetzlicher Höhe nach 6 Monaten Aufenthalt zugesprochen werden müsse, wird von mehreren Sozialgerichten nicht nachvollzogen. **Das Recht ist selbst nicht mehr sicher, sondern wird prekär.**

Das Europäische Fürsorgeabkommen: Zugang zur Sozialhilfe?

Strittig ist ebenfalls, ob das Europäische Fürsorgeabkommen Angehörigen der Unterzeichnerstaaten einen direkten Zugang zu Sozialhilfe ermöglicht. Das hat zwar das BSG bejaht, aber auch hier folgen nicht alle Sozialgerichte.

Beratungsstellen als Trüffelschweine

Sicher ist nur: SGB II-Leistungen erhält, wer neben der Arbeitsuche ein weiteres Freizügigkeitsrecht vorzuweisen hat. Manchmal findet sich eines, mit dem niemand gerechnet hat. Auch hier spielt neben dem Freizügigkeitsge-

setz/EU auch weiterhin europäisches Recht eine Rolle.

Spannend ist beispielsweise die Ableitung eines Freizügigkeitsrechts von Kindern, die in Deutschland in schulischer oder beruflicher Ausbildung sind.

Claudius Voigt (Arbeitshilfe SGB II und UnionsbürgerInnen - zum Alimanovic Urteil) sieht daher die Aufgabe von Beratungsstellen darin, als Trüffelschweine nach möglichen Aufenthaltswegen zu suchen.

Zum Stand der Dinge

Die Fortbildung gibt den Stand der Dinge tagessaktuell wieder. Gerade in diesem Bereich ändern sich das Recht und die Rechtsauffassungen extrem schnell. Dennoch erscheint mir, eine Fortbildung sinnvoll: Auch in der überschaubaren Zukunft werden die Dinge im Fluss bleiben.

Die Rechtsfortbildung bietet auch eine **Einführung ins aktuelle Freizügigkeitsrecht/EU** einschließlich der demnächst in Kraft tretenden **Verwaltungsvorschrift** zur Anwendung des Freizügigkeitsrechts.

Hierbei berührt die Fortbildungen Grundfragen des Rechts, die auch für die Sozialarbeit – zumindest nach meiner Ansicht – hochinteressant sind.

RECHT prekär! Der strittige Sozialleistungsausschluss neuzugewanderter EU-BürgerInnen – zum Stand der Dinge

„Im SGB II ist ein Leistungsausschluss für Zuwanderer enthalten, deren Aufenthaltsrecht sich allein aus dem Zweck der Arbeitsuche ergibt, und der Europäische Gerichtshof (EuGH) hat am 15. September 2015 entschieden, dass dies mit EU-Recht vereinbar ist (...). Damit widersprach der EuGH einer vorherrschenden Auffassung in Deutschland, der auch das Bundessozialgericht (BSG) zugeneigt hatte. Die Kasseler Bundesrichter haben dann am 3. Dezember 2015 für den nächsten Paukenschlag gesorgt: Zwar sind sie dem EuGH hinsichtlich des Leistungsausschlusses im SGB II gefolgt, haben den Betroffenen aber Sozialhilfeleistungen nach dem SGB XII zugesprochen“ (Vorsitzender Richter am BSG Prof. Dr. Ulrich Wenner, Soziale Sicherheit 2/2016, 42)

Die jahrelange Vorgeschichte

Der Ausschluss neu zugewanderter EU-BürgerInnen von existenzsichernden Sozialleistungen beschäftigt seit Jahren die Gerichte. Aber nicht nur die Gerichte werden beschäftigt, sondern auch die unterschiedlichsten Sozialberatungsstellen und sozialen Dienste, bei denen Mittellose Hilfe suchen. Auch mich beschäftigt das Thema im SOZIALRECHT JUSTAMENT schon lange.

Im Oktober 2014 titelte ich „Sich vollkommen widersprechende Gerichtsentscheidungen – Konsequenzen für die Sozialberatung“¹ Im November 2014 entschied der EuGH dann in einem ersten Vorlageverfahren, dass sich EU-BürgerInnen, die über kein anerkanntes Freizügigkeitsrecht verfügen, nicht auf das europäische Diskriminierungsverbot in Art 4. der EU-Verordnung 883/2004 beziehen können. Daher können ihnen – zumindest aus europarechtlicher Sicht – Sozialleistungen verweigert werden, auf denen InländerInnen in der gleichen Situation Anspruch hätten.

Ein knappes Jahr später, im September 2015, musste der EuGH entscheiden, ob auch aktiv Arbeit suchende EU-BürgerInnen von SGB II-Leistungen ausgeschlossen werden dürfen. Der EuGH bejaht auch dieses: Zwar sei für

diese Personen das oben genannte Diskriminierungsverbot anzuwenden, aber mit der Einschränkung, dass Leistungen, die als Sozialhilfe anzusehen sind, aufgrund einer Sonderregelung in der Unionsbürgerrichtlinie von diesem Diskriminierungsverbot ausgeschlossen seien. Der EuGH qualifizierte die SGB II-Leistungen nunmehr als Sozialhilfe.

Die erste Entscheidung beschrieb ich unter der Überschrift „EuGH-Urteil „Dano“ vom 11.11.2014 – und nun?“² Mit der EuGH-Entscheidung vom 15.9.2015, wonach arbeitssuchende EU-BürgerInnen keinen Anspruch auf SGB II-Leistungen haben, war die Frage, ob zugewanderte EU-BürgerInnen von allen existenzsichernden Leistungen ausgeschlossen sind, **wieder eine Frage des deutschen Rechts**. Rechtssicherheit wurde nun vom Bundessozialgericht erwartet.

Der Paukenschlag des Bundessozialgerichts

Am 3. Dezember 2015 hat das Bundessozialgericht entschieden: Der SGB II-Ausschluss ist europarechtskonform und auch verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, **denn** die grundrechtlich gebotene Existenzsicherung ist über das SGB XII möglich. Leistungen können als Ermessenleistungen erbracht werden. Nach 6-monatigem Aufenthalt gilt nach der Rechtsauffassung des Bundessozialgerichts der Aufenthalt als verfestigt. Bei verfestigtem Aufenthalt schrumpft laut BSG das Ermessen auf Null und Hilfe zum Lebensunterhalt muss in gesetzlicher Höhe erbracht werden. Dies gilt zumindest solange wie die Ausländerbehörde das Freizügigkeitsrecht nicht entzieht und bestandskräftig zur Ausreise auffordert. Im Falle der Ausreisepflicht bestehen Ansprüche nach dem Asylbewerberleistungsgesetz.

¹ <http://sozialrecht-justament.de/data/documents/3-14-Sozialrecht-justament-3-2014.pdf>

² <http://sozialrecht-justament.de/data/documents/4-14-Sozialrecht-justament-4-2014.pdf>

Die BSG-Entscheidungen vom 3. Dezember 2016 habe ich in der letzten Nummer des Jahres 2015 dargestellt. Unter der Überschrift „Das Bundessozialgericht hat entschieden - War 's das nun?... Keineswegs!“, habe ich versucht abzuschätzen, welche Auswirkungen das Urteil haben wird.³

Erwartete Reaktionen auf die BSG-Entscheidungen vom 3.12.2016: Eine schärfere Praxis der Ausländerbehörden und Änderungen des SGBXII

Reaktionen habe ich in erster Linie in Form einer schärferen Anwendung der Aberkennung des Freizügigkeitsrechts durch die Ausländerbehörden vermutet. Die Feststellung eines fehlenden Freizügigkeitsrechts muss per Verwaltungsakt erfolgen, ansonsten bleibt das Freizügigkeitsrecht auch ohne „materiellen“ Grund weiter bestehen. Bisher haben sich die Ausländerbehörden hier sehr zurückgehalten. Eine Aberkennung und Verpflichtung zur Ausreise erschien den Behörden oftmals sinnlos, weil EU-BürgerInnen jederzeit wieder einreisen können. Zudem herrschte der Glaube, dass die Betroffenen sowieso ausreisen werden, wenn ihnen jegliche Sozialleistungen verwehrt werden würden. Statt direkt auszuweisen, setzte man auf die „kalte Ausweisung“. Diese wird nun durch die BSG-Entscheidung vereitelt.

Neben der Verschärfung der ausländerrechtlichen Verwaltungspraxis erwartete ich Reaktionen seitens der Politik, die mit gesetzlichen Änderungen versuchen werde, die großzügigen Entscheidungen des Bundessozialgerichts zu revidieren. Andrea Nahles hat schon Änderungen angekündigt. Die Ausländerbehörden werden zunehmend mit Ausweisungen reagieren, auch da bin ich mir sicher.

Die Bundesagentur für Arbeit hat schon in ihren Anweisungen neu festgelegt: „*Stellen freizügigkeitsberechtigte nichterwerbstätige Personen einen Antrag auf Leistungen nach*

dem SGB II, so ist die zuständige Ausländerbehörde über die Antragstellung zu informieren.“ Ähnlich dürften die Sozialämter nun verfahren.

Unerwartete Reaktionen einiger Sozialgerichte: Abweichung vom Bundessozialgericht

Mit was ich nicht gerechnet habe und was mich dann doch überrascht hat: Ein Teil der Sozialgerichtsbarkeit wendet sich offen - und in rechtlich äußerst problematischer Art und Weise - gegen das Bundessozialgericht.

Grundsätzlich sind Gerichte in ihren Urteilen nicht an die Rechtsprechung des Bundessozialgerichts gebunden. Sozialgerichte können auch abweichend entscheiden. Diese Pluralität der Rechtsmeinungen in der Gerichtshierarchie ist durchaus positiv für die Rechtsfortbildung anzusehen. Gegen von höchstrichterlicher Rechtsprechung abweichende Urteile steht immer der Rechtsweg offen. Wem ein solches widersprechendes Urteil nicht passt, kann das Urteil in der jeweiligen höheren Instanz anfechten. Bei abweichender Rechtsprechung muss die Berufung und Revision zugelassen werden, bzw. kann durch Anrufung des höheren Gerichts erzwungen werden. Vielleicht lässt sich das höhere Gericht von neuen Argumenten niedrigerer Instanzen überzeugen. Auch das kommt vor.

Was derzeit hier passiert, hat mit der Pluralität der Rechtsprechung und seine Überführung in eine einheitliche Rechtsprechung und Verwaltungspraxis allerdings nichts zu tun!

Ein vollkommen fragwürdiges Rechtsverständnis legen Landessozialgerichte an den Tag, wenn sie im einstweiligen Rechtsschutz oder in Prozesskostenhilfeentscheidungen entgegen der höchstrichterlichen Rechtsprechung zu Lasten von AntragstellerInnen entscheiden. Gegen diese Entscheidungen kann nicht das Bundessozialgericht angerufen werden. Hier ist nur eine aufwendige Beschwerde beim Bundesverfassungsgericht möglich, was bei einer abgelehnten Prozesskostenhilfe zumindest ein hohes Engagement seitens der anwaltlichen Vertretung voraussetzt. De facto

³ http://sozialrecht-justament.de/data/documents/7-15_Sozialrecht-justament-7-2015_1.pdf

wird der Rechtsweg beschnitten und eine Rechtsauslegung, die dem Bundessozialgericht widerspricht, zu Lasten der Betroffenen kalt durchgesetzt. Damit ist aber nicht nur die Situation Betroffener, sondern das RECHT selbst prekär geworden. Das möchte ich im Folgenden näher ausführen.

Die Argumentation des Bundessozialgerichts – Schritt für Schritt

Am 3.12.2015 überraschte das BSG mit der Entscheidung, dass neu zugewanderte EU-BürgerInnen, die sich allein auf ein Freizügigkeitsrecht der Arbeitssuche berufen können, zwar keine SGB II-Leistungen, aber stattdessen SGB XII-Leistungen beziehen können. Die Argumentation des Bundessozialgerichts nochmals Schritt für Schritt.

1. Der SGB II-Ausschluss von arbeitssuchenden EU-BürgerInnen ist europarechtlich nicht zu beanstanden. Dies hat der EuGH in seinen Entscheidungen dargelegt.
2. Der SGB II-Ausschluss ist auch nicht verfassungswidrig, **da** das SGB XII die Möglichkeit eröffnet, dass die Existenzsicherung nach den Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts gesichert ist.
3. Im SGB XII ist zwar geregelt, dass EU-BürgerInnen, die sich alleine aus dem Grund der Arbeitssuche in Deutschland aufhalten, keinen Rechtsanspruch auf Leistungen zum Lebensunterhalt haben (§ 23 Abs. 3 SGB XII), aber das SGB XII ermöglicht, Leistungen im Rahmen des Ermessens zu gewähren (§ 23 Abs. 1 S.3).
4. Die Möglichkeit, dass vom SGB II ausgeschlossene Personengruppen dennoch SGB XII-Leistungen erhalten, ist vom Wortlaut des SGB XII nicht ausgeschlossen. Grundsätzlich sind erwerbsfähige Hilfebedürftige dem SGB II zugeordnet: *„Personen, die nach dem Zweiten Buch als Erwerbsfähige oder als Angehörige dem Grunde nach leistungsberechtigt sind, erhalten keine Leistungen für den Lebensunterhalt.“* (§ 21 Abs.1 S. 1 SGB XII).
Allerdings gibt es erwerbsfähige Hilfebedürftige, die keine SGB II erhalten können, weil sie anderen Sozialleistungssystemen, wie dem Asylbewerberleistungsgesetz oder dem BAföG zugeordnet sind. Diese Personengruppen können dann auch keine SGB XII-Leistungen zum Lebensunterhalt erhalten, weil Ihnen jeweils andere Sicherungssysteme zugeordnet sind. Dies trifft aber auf die ausgeschlossenen EU-BürgerInnen nicht zu. Für diese Rechtsauffassung spricht auch, dass § 7 Abs. 1 SGB II festlegt, wer im Grunde SGB II leistungsberechtigt ist. Hier heißt es eindeutig: *Ausgenommen sind [...] Ausländerinnen und Ausländer, deren Aufenthaltsrecht sich allein aus dem Zweck der Arbeitssuche ergibt, und ihre Familienangehörigen.* Daher argumentiert das Bundessozialgericht – ohne dieses aber ausführlicher zu begründen – folgendermaßen: *„Die Kläger waren im streitigen Zeitraum nicht dem Grunde nach leistungsberechtigt nach dem SGB II, weil sie dem Leistungsausschluss nach § 7 Abs 1 S 2 SGB II unterfielen. Dies führt dazu, sie dem System des SGB XII zuzuweisen. Die Erwerbsfähigkeit zumindest der Kläger zu 1 und 2 steht dem nicht entgegen.“*
5. Der Gesetzgeber mag – auch aus der Sicht des Bundessozialgerichts - in dem Gesetzgebungsverfahren, das Ziel verfolgt haben, dass arbeitssuchenden EU-BürgerInnen und EU-BürgerInnen ohne ein „materielles“ Freizügigkeitsrecht überhaupt keine Sozialleistungen gewährt werden. Aber dieses Ziel kann nicht ausschlaggebend sein, wenn der Wortlaut des Gesetzes eine Auslegung ermöglicht, die grundrechtlich geboten ist. Auch grundrechtliche Prinzipien sind Ausdruck von gesetzgeberischem Willen.
6. Das Bundesverfassungsgericht hat in der Entscheidung zur Verfassungswidrigkeit der Höhe der Leistungen des Asylbewerberleistungsgesetzes deutlich gemacht, dass nur in Ausnahmefällen eine Absenkung der Leistungen unter das soziokulturelle Existenzminimum möglich ist. Zumindest, wenn eine längere Aufenthaltsperspektive besteht, müssen existenzsichernde Leistungen

innländergleich erbracht werden.

7. Das Bundessozialgericht sieht nach 6 Monaten Aufenthalt diesen als so verfestigt an, dass die Ermessensleistung dem gesetzlichen Sozialhilfeanspruch entsprechen muss.
8. Ergänzt wurde diese Argumentation noch dadurch, dass nun folgerichtig Angehörigen der Unterzeichnerstaaten des Europäischen Fürsorgeabkommens sofort Sozialhilfe wie Deutschen erbracht werden muss. Das Argument, dass Erwerbsfähige grundsätzlich dem SGB II zu zuordnen sind, hat das Bundessozialgericht verneint. Die Einschränkungen des § 23 SGB XII ist für diese Personengruppe aufgrund des Abkommens nicht möglich.
9. Weiterhin hat das Bundessozialgericht nun ebenfalls ein Freizügigkeitsrecht anerkannt, das nicht in der Freizügigkeitsrichtlinie geregelt ist. Das deutsche Freizügigkeitsgesetz/EU setzt nur die Freizügigkeitsrichtlinie um. EU-Verordnungen benötigen kein nationales Gesetz um Ihre Wirkung zu entfalten. EU-Verordnungen sind unmittelbar anzuwendendes Recht. Art. 10 der EU-Verordnung 492/2011 regelt, dass Kindern von EU-ArbeitnehmerInnen oder ehemaligen EU-ArbeitnehmerInnen ihre Ausbildung in dem Land fortführen und beenden können, in dem ein Elternteil den Arbeitnehmerstatus genießt oder genossen hat.

Diesen Argumentationsschritten des Bundessozialgerichts wird – so viel lässt sich schon jetzt sagen – von etlichen Sozialgerichtskammern, aber auch von einigen Landessozialgerichtssenaten, nicht gefolgt. Auch die Argumentationslinie dieser Gerichte möchte ich kurz skizzieren, um sie dann zu kommentieren.

Die Argumente der abweichenden Sozialgerichte kritisch betrachtet

Abweichende Rechtsauffassung: Einem Leistungsanspruch von EU-BürgerInnen steht kein grundrechtlicher Anspruch auf Existenzsicherung zur Seite.

Das Argument hat durchaus etwas von einem Stammtischargument: EU-BürgerInnen sind grundsätzlich nicht verfolgt und können somit Sozialleistungen in ihren Heimatländern in Anspruch nehmen. Das Argument wird von verschiedenen Sozialgerichten hervorgebracht, aber auch einige Landessozialgerichte machen es sich zu Eigen:

Die bestehenden Regelungen zur Gewährung von Leistungen zur Existenzsicherung sind mit dem Grundrecht des Antragstellers auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums aus Art. 1 Abs. 1 GG iVm dem Sozialstaatsprinzip aus Art. 20 Abs. 1 GG vereinbar. Er kann darauf verwiesen werden, Leistungen seines Heimatlandes zur Sicherung seines Lebensunterhaltes in Anspruch zu nehmen oder von seinem Freizügigkeitsrecht innerhalb des Hoheitsgebiets der EU Gebrauch zu machen. Mit dem Leistungsausschluss für EU-Ausländer, die ihr Aufenthaltsrecht allein aus dem Zweck der Arbeitsuche ableiten, hat der Gesetzgeber den Nachrang des Deutschen Sozialleistungssystems gegenüber dem des Herkunftslandes normiert. Dies ist verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden (so auch LSG Bayern, Beschluss vom 13.10.2015 \226 L 16 AS 612/15 ER und LSG Baden-Württemberg, Beschluss vom 29.06.2015 \226 L 1 AS 2338/15 ER-B). Auch der aus dem gesetzlichen Leistungsausschluss resultierende faktische Zwang ins Herkunftsland zurückkehren oder in einen anderen Mitgliedstaat reisen zu müssen, weil es ihm nicht möglich ist, seinen Lebensunterhalt in der Bundesrepublik Deutschland sicherzustellen, stellt keine Verletzung des Grundrechts auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums dar“ (Landessozialgericht Rheinland-Pfalz L 3 AS 668/15 B ER)

Kommentierung:

Auch wenn die Argumentation von mehreren Landessozialgerichtssenaten vorgebracht

worden ist, erscheint sie wenig durchdacht und rechtlich äußerst fragwürdig. **Der Geltungsbereich des Grundgesetzes bezieht sich zweifellos auf das Territorium der Bundesrepublik Deutschland.** Jeder, der sich auf diesem Territorium legal oder illegal befindet, hat gegenüber dem bundesrepublikanischen Staat einen grundrechtlichen Anspruch auf Existenzsicherung, wenn er dazu selbst nicht imstande ist. Die Fürsorgepflicht des Staates für ausländische BürgerInnen endet an seiner Grenze. Rechtlich macht es keinen Sinn, von einem Vorrang oder Nachrang zu sprechen, wenn der territoriale Geltungsbereich der Gesetze keinerlei Überlappung hat. EU-BürgerInnen sind in Deutschland auf Sozialleistungen des deutschen Staates angewiesen. Da Sozialleistungen ihrer Länder nicht in Deutschland erbracht werden, können sie auch keinen Vorrang haben. Auch Deutschland hat – nach der Intervention der Bildzeitung („Florida Rolf“) – die Möglichkeit, Sozialhilfe oder Grundsicherung im Alter im Ausland zu erhalten, vor gut 10 Jahren gänzlich abgeschafft.

Das LSG Rheinland-Pfalz stellt nun fest, dass der faktische Zwang in das Herkunftsland zurückzukehren, keine Verletzung eines Grundrechtes darstellen würde. Nur: Darum geht es gar nicht. **Die „kalte Ausweisung“ mag zwar Resultat der Weigerung des Staates sein, das Existenzminimum zu sichern, sie hat aber nichts damit zu tun, dass ein Grundrecht auf die Sicherung des Existenzminimums besteht, solange Betroffene sich in Deutschland aufhalten, ob legal oder illegal.** Die so argumentierenden Gerichte erwecken den Eindruck, als ob der bundesrepublikanische Staat machtlos gegenüber der Einwanderung in unsere Sozialsysteme sei. Das ist aber nicht der Fall. Allerdings ist die unerwünschte Einwanderung nicht sozialrechtlich, sondern aufenthaltsrechtlich zu bewältigen. **Es wird ja rechtlich nicht in Sozialsysteme eingewandert, sondern in ein Staatsgebiet, das bestimmte Grundrechte garantiert,** solange man sich in ihm aufhält. Daher spricht Vieles spricht dafür, soziale Grundrechte am faktischen Aufenthalt festzumachen. Der faktische Aufenthalt kann mit dem Ende des legalen Aufenthalts beendet werden. Das ist Sache des Aufenthalts-

rechts und nicht der kalten Ausweisung durch Aushungern.

Die Entscheidung des Landessozialgerichts Rheinlandpfalz war eine Entscheidung des einstweiligen Rechtsschutzes. Auf die besondere Problematik, die damit verbunden ist, werde ich am Ende des Artikels eingehen. Entscheidungen des einstweiligen Rechtsschutzes können nicht vor dem Bundessozialgericht revidiert werden. Dem Bundessozialgericht ist es daher verwehrt, schnell auf diese Entscheidungen zu reagieren. Bis solche Entscheidungen im Hauptsacheverfahren vor dem Bundessozialgericht landen, dürften ein paar Jahre vergehen. Es ist auch nicht zu erwarten, dass vom Bundessozialgericht abweichend urteilende Sozialgerichte die Sprungrevision direkt zum Bundessozialgericht ermöglichen. Allerdings nehmen aktuell verschiedene Richter des Bundessozialgerichts (bisher der nicht an den Entscheidungen direkt beteiligten Richtern) in Zeitschriften zu den abweichenden Rechtsmeinungen Stellung.

„Zwar mag die Auffassung des BSG, nach Ablauf von sechs Monaten sei das Ermessen auf Null reduziert, angreifbar sein (angeboten hätte sich hier in Anlehnung an § 2 AsylbLG eher ein Zeitrahmen von 15 Monaten), einen gänzlichen Ausschluss zu bejahen, wie das LSG Rheinland-Pfalz (ohne Beiladung des Sozialhilfeträgers und damit auch ohne dessen Ermessensentscheidung) meint, würde aber nicht nur eine völlige Missachtung der Rechtsprechung des BVerfG und des BSG, sondern auch des Grundrechts auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums aus Art. 1 Abs. 1 GG i.V.m. dem Sozialstaatsprinzip aus Art. 20 Abs. 1 GG bedeuten. Der Ausweg, den das LSG Rheinland-Pfalz hierzu sucht (Inanspruchnahme von Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhaltes des Heimatlandes), ist absurd und lässt sich mit dem GG nicht in Einklang bringen.“ (jurisPK-SGB XII 2. Aufl. / Coseriu, § 23 SGB XII, Rz. 63.6, Stand 24.2.2016).

Dem Bundessozialgericht ist es mit dem grundrechtlichen Schutz des Existenzminimums äußerst Ernst. So schreibt der Bundessozialrichter Prof. Dr. Ulrich Weimer, Vorsitzender Richter am BSG, aber nicht in einem

der Senate, die die Entscheidungen gefällt haben:

„Wenn der Bundestag die Konsequenzen der Entscheidung des BSG nicht für richtig hält, ist er **gut beraten, das Grundgesetz in den Blick zu nehmen**. Dieses ist - solange es nicht geändert ist - so anzuwenden, wie es vom BVerfG ausgelegt wird. Dessen Aussagen zum verfassungsrechtlichen Schutz des Existenzminimums und zur Unzulässigkeit einer »migrationspolitisch motivierten Relativierung der Menschenwürde« (s. SozSich 7/2012, S. 278) sind **auch für das Parlament bindend**. Darauf hat das BSG in der Schlusspassage seines Urteils vom Dezember ausdrücklich hingewiesen.

Im Übrigen: Was soll denn rein praktisch mit einer Familie aus Rumänien geschehen, die hier lebt, deren Kinder hier in die Schule gehen und deren Aufenthalt faktisch geduldet wird? Werden einer solchen Familie Grundsicherungsleistungen vollständig und sofort versagt, drohen Obdachlosigkeit und Verelendung. Selbst wer der Auffassung ist, eine solche Familie könne und müsse Deutschland verlassen, muss akzeptieren, dass diese Familie Anspruch auf einen sozialen Mindestschutz hat, bis die Ausreise - freiwillig oder angeordnet - tatsächlich erfolgt ist“ (Wenner, Soziale Sicherheit 2/2016, 42)

Abweichende Rechtsauffassung: Auch vom SGB II ausgeschlossene EU-BürgerInnen sind dem „Grunde nach“ leistungsberechtigt im Sinne des SGB II und können daher keine Leistungen zum Lebensunterhalt nach SGB XII beziehen

Hiergegen wenden sich einige der Gerichte, die dem Bundessozialgericht nicht folgen, entschieden. Der Wortlaut des § 21 S. 1 SGB XII scheint ihnen erstmal eher Recht zu geben:

„Personen, die nach dem Zweiten Buch als Erwerbsfähige oder als Angehörige dem Grunde nach leistungsberechtigt sind, erhalten keine Leistungen für den Lebensunterhalt.“

So schreibt das Sozialgericht Halle:

„Soweit das BSG entgegen dieser Regelung in seinen Entscheidungen vom 3. Dezember 2015 (- B 4 AS 44/15 R -) und 20. Januar 2016 (- B 14 AS

35/15 R -), wobei dazu bislang allerdings lediglich sog. Terminsberichte vorliegen, bei erwerbsfähigen EU-Ausländern meinen sollte, dass der Ausschluss gemäß § 23 Abs. 3 SGB XII Ermessensleistungen nach § 23 Abs. 1 Satz 3 SGB XII nicht erfasse, wonach im Übrigen Sozialhilfe geleistet werden kann, soweit dies im Einzelfall gerechtfertigt ist, und in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 Grundgesetz (GG) und Art. 20 Abs. 1 GG bei einer nach einem sechsmonatigen Aufenthalt eintretenden Verfestigung des Aufenthalts zu einer Ermessensreduzierung auf Null und mithin zu einem Leistungsanspruch führe, kann dem nicht gefolgt werden. Eine solche Rechtsprechung widerspricht dem Wortlaut von § 21 SGB XII, wonach Personen, die - wie hier - nach dem SGB II erwerbsfähig (Antragsteller zu 1. und 2.) bzw. als Angehörige leistungsberechtigt sind (Antragsteller zu 3. und 4.), keine Leistungen zum Lebensunterhalt erhalten.“

(Sozialgericht Halle (Saale) S 5 AS 4299/15 ER vom 22.1.2016)

Die dem Bundessozialgericht widersprechenden Sozialgerichte beziehen sich auch auf den Begründungstext des Gesetzgebers zum Leistungsausschluss von EU-BürgerInnen, die sich allein zur Arbeitssuche in Deutschland aufhalten:

„Der neu gefasste Satz 2 normiert einen Leistungsausschluss für bestimmte Gruppen von Ausländern. Auch wenn bei Ausländern die allgemeinen Anspruchsvoraussetzungen vorliegen, das heißt sie zwischen 15 und unter 65 Jahre alt, erwerbsfähig und hilfebedürftig sind und ihren gewöhnlichen Aufenthalt in der Bundesrepublik Deutschland haben, können dennoch die Leistungen nach diesem Buch durch den neugefassten Satz 2 ausgeschlossen sein. **Darüber hinaus kommen dann für diese Personengruppe auch Leistungen des SGB XII wegen § 21 Satz 1 SGB XII nicht in Betracht, da sie dem Grunde nach leistungsberechtigt nach dem SGB II ist.**“

(Drucksache 16/688, S. 13 zitiert in Sozialgericht Berlin S 26 AS 12515/13 vom 14.1.2016).

Zumindest in diesem Kontext der Gesetzesbegründung des SGB II-Leistungsausschlusses scheint klar zu sein, dass der Gesetzgeber

allein die Eigenschaft „erwerbsfähig“ als Zuordnungskriterium zwischen den Systemen Lebensunterhalt nach dem SGB II oder SGB XII gelten lässt. Die 149. Kammer des SG Berlins kritisiert daher das Bundessozialgericht scharf:

„Soweit das Bundessozialgericht demgegenüber offenbar meint, sich über den eindeutigen Willen des Gesetzgebers hinwegsetzen zu können, hält die Kammer dies für verfassungsrechtlich nicht haltbar.“

(Sozialgericht Berlin S 149 AS 7191/13 vom 11.12.2015)

Der bei den Entscheidungen des Bundessozialgerichts nicht beteiligte Bundessozialrichter Pablo Coseriu entgegnet dagegen:

„Diese Auffassung, die unter Außerachtlassung verfassungsrechtlicher Vorgaben es für ausreichend hält, ausschließlich auf den subjektiven Willen des Gesetzgebers abzustellen, verkennt völlig die bei der Gesetzesauslegung anzuwendenden elementaren Auslegungsgrundsätze“ (JurisPK-SGB XII 2. Aufl. / Coseriu, § 23 Rz. 63.3, Aktualisierung vom 24.02.2016).

Kommentierung:

Eine isolierte Auslegung des § 21 SGB XII nach einem gesetzgeberischen Willen, der in einem anderen Kontext (Änderung des § 7 SGB II) einfließt, überzeugt überhaupt nicht, **wenn** folgende Prämisse akzeptiert wird: Der komplette Ausschluss von allen existenzsichernden Sozialleistungssystemen ist aus grundrechtlichen Prinzipien nicht möglich. **Bleibe der Weg ins SGB XII prinzipiell versperrt, hätte das zur Folge, dass die Ausschlussregelung im SGB II verfassungswidrig wäre.** Das Bundessozialgericht legt die Regelung so aus, dass insgesamt ein verfassungsgemäßer Zustand mit den gesetzlichen Bestimmungen noch ermöglicht wird. Der Wille des Gesetzgebers zeigt sich nicht so homogen, wie vom 149. Senat des Sozialgerichts Berlin behauptet. Als das Abgrenzungskriterium in § 21 SGB XII formuliert worden ist, stand der Leistungsausschluss von EU-BürgerInnen überhaupt nicht zur Diskussion. Es ging dem Gesetzgeber bei der Formulierung des § 21 S.1 SGB XII darum, eine eindeutige Zuordnung von Personen in eines der

beiden Leistungssysteme zu ermöglichen, aber nicht um den Ausschluss aus allen Leistungssystemen. Letzteres ist sicherlich die Intention des Leistungsausschluss im SGB II (§ 7 Abs. 1 S. 2 SGB II). Damit ist aber die Auslegung des § 21 SGB XII nicht auf eine leistungsausschließende Funktion begrenzt.

Auf jeden Fall widerspricht die Auslegung des Bundessozialgerichts nicht dem Wortlaut des § 21 S.1 SGB XII. Im Übrigen gilt: Auch die grundrechtlichen Prinzipien sind Ausdruck des gesetzgeberischen Willens.

Abweichende Rechtsauffassung: Nach 6 Monaten Aufenthalt wird der Aufenthalt unsicher und nicht verfestigt. Einer Ermessenreduzierung auf Null kann selbst dann nicht gefolgt werden, wenn man ansonsten die Rechtsposition des Bundessozialgerichts teilt.

Die mir vorliegenden abweichenden Sozialgerichtsurteile setzen sich hiermit kaum auseinander. Wer prinzipiell SGB II-Leistungen zum Lebensunterhalt ausschließt, muss sich ja auch nicht mit Fragen des Ermessens auseinandersetzen. Dennoch hat auch hier das LSG Rheinland-Pfalz eine andere Rechtsauffassung:

„Eine vom BSG als Begründung für eine Ermessensreduktion auf Null herangezogene - nach der Entscheidung des BSG nach sechs Monaten regelmäßig eintretende - Verfestigung des Aufenthaltsrechts (aaO RdNr. 53) kann nach Auffassung des Senats in Bezug auf einen Anspruch auf Sozialhilfe nicht Grundlage einer Ausnahmeentscheidung nach § 23 Abs. 1 Satz 3 SGB XII sein. Denn abgesehen davon, dass sich für eine regelmäßige "Verfestigung des Aufenthaltsrechts" nach sechs Monaten aus den einschlägigen gesetzlichen Regelungen keinerlei Anhaltspunkte ableiten lassen (im Gegenteil dürfte sich das Aufenthaltsrecht nach § 2 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1a und Satz 2 FreizügG/EU für arbeitslose und arbeitssuchende Unionsbürger nach sechs Monaten eher lockern) und aus einem solchen Aufenthaltsrecht im Hinblick auf die gerade für diese Fälle geltenden Leistungsausschlüssen nach § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II und § 23 Abs. 3 Satz 1 SGB XII jedenfalls für einen Anspruch auf Sozialhilfe keine Rückschlüsse ziehen lassen, han-

delt es sich hierbei um eine abstrakt-generelle Erwägung, die eine Ausnahme in einem konkreten Einzelfall angesichts des auch für diesen Fall gesetzlich grundsätzlich angeordneten Leistungsausschlusses nicht rechtfertigen kann. Denn dadurch würde die gesetzliche Regelung nach § 23 Abs. 3 Satz 1 SGB XII mit abstrakt-generellen Erwägungen - jedenfalls was Unionsbürger betrifft, die sich länger als sechs Monate im Bundesgebiet aufhalten - in ihr Gegenteil verkehrt und damit eine (abstrakt-generelle) Regelung zur Anwendung gebracht, für die es so in den gesetzgebenden Körperschaften keine politische Mehrheit gegeben hat.“ (Landessozialgericht Rheinland-Pfalz L 3 AS 668/15 B ER vom 11.2.2016).

Kommentierung:

Die Festlegung der 6-Monatsfrist steht bei den Bundessozialgerichts-Entscheidungen etwas willkürlich da. Warum das Bundessozialgericht einen verfestigten Aufenthalt nach 6 Monaten annimmt, kann aus den mir derzeit vorliegenden Urteilen nicht entnommen werden. Die oben zitierte Auffassung des Landessozialgerichts Rheinland-Pfalz ist allerdings kaum nachvollziehbar. Argumente, wie von einigen Sozialgerichten vorgebracht, dass gerade nach 6 Monaten Arbeitssuche in der Regel das einzige materielle Freizügigkeitsrecht endet (Regelbegrenzung des Freizügigkeitsrecht „zur Arbeitssuche“ auf 6 Monate), überzeugen angesichts der bisherigen Verwaltungspraxis nicht. Da ein bestandskräftig festgestellter Entzug des Freizügigkeitsrechts eine Ausreisepflicht begründet, die einen Anspruch auf Asylbewerberleistungen auslöst, kann auch ein verfestigter Aufenthalt jederzeit beendet werden. Wird er es nicht, ist er aber als verfestigt anzusehen. Auch das Bundesverfassungsgericht argumentierte mit der langen Bezugsdauer von Leistungen nach dem Asylbewerberleistungsgesetz, ohne auf eine zukünftige Bleibeperspektive abzustellen. Die Verfestigung des Aufenthalts ist nach der bisherigen Aufenthaltsdauer zu bestimmen. Die Bleibeperspektive ist vollkommen ungewiss. Immerhin besteht die Möglichkeit, dass doch eine Arbeit gefunden wird.

Ablehnung von einstweiligem Rechtsschutz und Prozesskostenhilfe – äußerst fragwürdige Entscheidungen der abweichenden Gerichte

Entscheidungen zum einstweiligen Rechtsschutz und der Prozesskostenhilfe **müssen unabhängig vom eigenen Rechtsstandpunkt zur verhandelten Sache** gefällt werden. Wenn die Rechtsprechung des Bundessozialgerichts der Rechtsauffassung der Kläger entspricht, kann Prozesskostenhilfe nicht mit dem Argument der Aussichtslosigkeit des Rechtsbegehrens abgelehnt werden. Auch der einstweilige Rechtsschutz muss berücksichtigen, welche Rechtsposition das Bundessozialgericht vertritt. Immerhin ist es wahrscheinlich, dass im Hauptsacheverfahren bei abweichender Position des Landessozialgerichts der Rechtsweg bis zum Bundessozialgericht beschritten wird. Werden aber im einstweiligen Rechtsschutzverfahren Fakten geschaffen, die das Führen des Hauptsacheverfahrens unmöglich machen, wird die Rechtswegegarantie des Grundgesetzes ausgehöhlt.

Verfassungsbeschwerde notwendig

Hier ist zu hoffen, dass Rechtsanwälte hiergegen Beschwerde beim Bundesverfassungsgericht einlegen. Hierzu beispielhaft: Erfolgreiche Verfassungsbeschwerde gegen die Versagung von Prozesskostenhilfe (vgl. z.B. Beschluss 1 BvR 274/12 vom 28. Januar 2013), erfolgreiche Verfassungsbeschwerde bei Ablehnung von einstweiligem Rechtsschutz im Bereich des SGB II (Bundesverfassungsgericht Beschluss 1 BvR 569/05 vom 12. Mai 2005). In letztgenannten Fall der Beschwerde gegen die abgelehnte einstweilige Anordnung entschied das Bundesverfassungsgericht innerhalb eine Monats.

Soweit zum Stand der Dinge. Weiterhin ist es natürlich immer wichtig, einen unstrittigen Freizügigkeitsgrund zu finden oder einen solchen zu schaffen. Die einfachste Möglichkeit ein Arbeitsverhältnis zu schaffen bietet das Haushaltscheckverfahren.

Freizügigkeitsrechte jenseits der Arbeitssuche...

Ausgeschlossen von SGB II-Leistungen sind ja nur EU-BürgerInnen, denen neben der Arbeitssuche kein weiteres Freizügigkeitsrecht zur Seite steht. An dieser Stelle kann keine umfangreiche Darstellung weiterer Freizügigkeitsrechte stehen, und das ist auch gar nicht nötig. Denn es sind mittlerweile gute Arbeitshilfen erschienen, auf die ich gerne verweise. Da sind die Publikationen von Claudius Voigt, die vom Paritätischen Wohlfahrtsverband herausgegeben werden. Da die Internetadresse zu den einzelnen Publikationen zu lang ist, erfolgt hier nur der Link zur Übersicht:

<http://www.migration.paritaet.org/start/publikationen/>.

Sehr fundierte aktuelle Arbeitshilfen (von Elke Tießler-Marenda, bzw. von Robert Stuhr) finden sich auf den Seiten des Caritasverbands: <http://www.caritas.de/fuerprofis/fachthemen/migration/rechte-von-eu-buergern-in-deutschland>

Ausführlich werden diese Freizügigkeitsrechte in meinen Seminaren am 13.4.2016 in Nürnberg und am 28.4.2016 in München (siehe Seite 4) besprochen.

An dieser Stelle möchte ich nur kurz skizzieren, welche Punkte aufgrund neuerer Rechtsprechung, auf die ich nachfolgend hinweise, eine größere Bedeutung gewonnen haben:

Feststellung des Arbeitnehmerstatus

Der Arbeitnehmerstatus ist von besonderer Bedeutung. Wer Arbeitnehmer ist, kann aufstockend SGB II-Leistungen erhalten. Zudem bleibt der Arbeitnehmerstatus nach durchgängiger Beschäftigung von einem Jahr und einem unfreiwilligen Arbeitsplatzverlust erhalten. Bei einer kürzeren Beschäftigung ist der Erhalt des Status auf 6 Monate begrenzt. Der Arbeitnehmerstatus begründet einen rechtmäßigen Aufenthalt, der auf den 5 Jahreszeitraum zur Begründung eines Daueraufenthaltsrechts unstrittig angerechnet wird. Wer also ein Jahr gearbeitet hat und die Arbeit unfrei-

willig verloren hat, besitzt gute Chancen, ein Daueraufenthaltsrecht zu erhalten.

Strittig ist oft, welchen Umfang eine Beschäftigung haben muss, um den Arbeitnehmerstatus zu fundieren. Der EuGH hat zwar bestimmte Vorgaben gemacht, aber sich nicht auf eine Zeitgrenze festgelegt. Mit der Einführung des Mindestlohns dürfte die Höhe des Stundenlohns keine Rolle mehr spielen.

Aktuell: Der Beschluss des **Schleswig-Holsteinischen Landessozialgerichts L 6 AS 197/15 B ER vom 11.11.2015**

In einem aktuellen Beschluss stellt das LSG Schleswig-Holstein den Stand der Rechtsprechung dar. Das Gericht wiederholt die EuGH-Terminologie zur weiten Auslegung des Arbeitnehmerbegriffs, die sich in vielen Entscheidungen zum Arbeitnehmerstatus wiederfindet:

Die Arbeitnehmereigenschaft begründen vielmehr auch nicht existenzsichernde Teilzeittätigkeiten, sofern es sich dabei um tatsächliche und echte Tätigkeiten handelt, wobei – gemessen wiederum am Willen der freizügigkeitsberechtigten Personen, im Wirtschaftsleben tätig zu sein – nur solche Tätigkeiten außer Betracht bleiben, die einen so geringen Umfang haben, dass sie sich als völlig untergeordnet und unwesentlich darstellen.

In der Regel dürften die Tätigkeiten tatsächlich und echt sein. Denkbar wäre allenfalls: Verwandte eines/r ausgeschlossenen EU-BürgerIn schaffen eine Beschäftigung mithilfe des Haushaltscheckverfahrens. Damit entsteht grundsätzlich ein Arbeitnehmerstatus, der zu aufstockenden SGB II-Leistungen berechtigt. (Diesen Tipp gebe ich EU-BürgerInnen, die hier Verwandte haben, die zumindest plausibel einen solchen Arbeitsplatz schaffen können). Wenn sich dann aber herausstellt, dass Betroffene diese Tätigkeit überhaupt nicht ausüben oder gar als SGB II-AufstockerInnen mit dem Erwerbstätigenfreibetrag den eigenen Lohn mitfinanzieren, ist das schlecht. Dann würde es sich nicht um eine tatsächliche und echte Tätigkeit handeln. Einen Arbeitsplatz zu

schaffen, damit Sozialleistungen bezogen werden können, ist dagegen nicht vorwerfbar und stellt auch kein Problem dar. Aber nochmals ganz wichtig: Die Tätigkeit muss auch tatsächlich ausgeübt und zumindest mit dem Mindestlohn entgolten werden.

Komplizierter verhält es sich mit der Voraussetzung, dass solche Tätigkeiten nicht aufgrund ihres geringen Umfangs als vollkommen untergeordnet und unwesentlich einzuschätzen sind. Der EuGH weigert sich hier eine Untergrenze anzugeben. In einer bekannten Entscheidung wurde eine 5,5 stündige Wochenarbeitszeit als genügend angesehen (EuGH, 04.02.2010 - C-14/09). Hiermit hat der EuGH aber keine Grenze festgelegt. Die 5,5 Stunden reichten nur deshalb, weil das Arbeitsverhältnis schon seit mehreren Jahren bestand und tariflich entlohnt worden war. Entscheidend seien neben der Stundenzahl die **Gesamtumstände des Einzelfalls**. Und genau hier ist die Entscheidung des LSG Schleswig-Holstein sehr spannend:

Die Feststellung des Arbeitnehmerstatus erfordert eine Gesamtbetrachtung aller Umstände des Einzelfalls. Die Klägerin im verhandelten Fall ist auch über einen Haushaltscheck als Haushaltshilfe eingestellt gewesen. Als Erstes hat das Gericht geklärt, dass es sich um eine echte Tätigkeit gehandelt hat. Das Gericht betont:

„Unerheblich ist es nach der o.g. Rechtsprechung ferner, ob die Antragstellerin zu 1. die Tätigkeit aus der Motivation heraus erneut aufgenommen hat, den für sie sozialleistungsrechtlich günstigen Arbeitnehmerstatus wiederzuerlangen.“

Dann stellt das Gericht klar, dass die Arbeit als Haushaltshilfe prinzipiell einen Arbeitnehmerstatus begründen kann:

Sinn und Zweck der freizügigkeitsrechtlichen Bestimmungen gebieten es, auch die Tätigkeit der Antragstellerin zu 1. als Haushaltshilfe, die ohne Weiteres einen Bezug zum Wirtschaftsleben aufweist und für die es in der Bundesrepublik Deutschland einen relevanten Arbeitsmarkt gibt, als echtes Arbeitsverhältnis im Sinne des Freizügigkeitsrechts zu qualifizieren.

Interessant ist dann die folgende Argumentation des Landessozialgerichts Schleswig-Holstein: Ob eine Tätigkeit vollkommen untergeordnet und unwesentlich ist, muss auch danach bestimmt werden, welche weiteren Verpflichtungen die Person hat. Es gibt demnach eben keine feste Grenze, die von den **Lebensumständen der Betroffenen** abstrahiert. Die Argumentation leuchtet ein, da ansonsten bestimmte Personengruppen, die einfach weniger Zeit zum Arbeiten haben, benachteiligt wären:

*Im besonderen Fall ist – entgegen der Auffassung des Antragsgegners – zudem zu berücksichtigen, dass die Antragstellerin zu 1. durch die erforderliche Betreuung des Antragstellers zu 2. und die verpflichtende Teilnahme am Integrationskurs objektiv gehindert ist, einer Erwerbstätigkeit in (erheblich) größerem zeitlichem Umfang nachzugehen, als die zurzeit ausgeübten 20 Stunden im Monat. Die vom EuGH für die Beurteilung der Wesentlichkeit verlangte Gesamtbetrachtung schließt die Berücksichtigung solchermaßen konkurrierender Verpflichtungen jedenfalls nicht aus. Vielmehr dürfte es nach Ansicht des Senats bei zweckentsprechender Auslegung der unionsrechtlichen Vorschriften durchaus naheliegen, zur Beurteilung der völligen Unwesentlichkeit einer Tätigkeit die Arbeitszeit der betreffenden Person in Beziehung zu setzen zu der für sie disponiblen, frei verfügbaren Zeit. Ist eine Person durch äußere Umstände oder aufgrund vorrangiger Verpflichtungen – nicht aber aufgrund autonomer Entscheidungen zugunsten anderer als wirtschaftlicher Aktivitäten – derart gebunden, dass sie nur mit einem Teil ihres quantitativen Leistungsvermögens am Wirtschaftsleben teilnehmen kann und realisiert sie diesen Teil überwiegend, kann im Wortsinne kaum mehr von einer völlig untergeordneten und unwesentlichen Tätigkeit gesprochen werden. **Anderenfalls würde gerade sozial schutzbedürftigen Personengruppen wie Schwangeren, Alleinerziehenden oder behinderten Menschen die Teilhabe an der unionsvertraglich gewährleisteten Freizügigkeit in unverhältnismäßiger Weise erschwert.***

Die Gesamtbetrachtung ist daher recht komplex und – wen wundert's – oft strittig. Die Bundesagentur für Arbeit äußert sich in den Fachlichen Hinweisen zum § 7 SGB II ebenfalls

zur Frage, ab wann ein Arbeitnehmerstatus besteht.

Die Fachlichen Hinweise der Bundesagentur für Arbeit zum Arbeitnehmerstatus

Die Bundesagentur für Arbeit hat eine **8-Stundengrenze als Prüfgrenze festgelegt**: Wer mindestens acht Stunden in der Woche arbeitet, gilt demnach unstrittig als Arbeitnehmer. Es ist zu befürchten, dass die Sachbearbeitungen der Jobcenter schematisch sich an dieser 8-Stundengrenze orientieren. Richtigerweise schreibt aber auch die Bundesagentur in ihren Hinweisen:

Wird die Tätigkeit regelmäßig weniger als 8 Stunden pro Woche ausgeübt, ist eine Gesamtchau des Arbeitsverhältnisses entscheidend, wobei insbesondere das Bestehen von Urlaubsansprüchen und Lohnfortzahlung im Krankheitsfall, die Anwendung von Tarifverträgen sowie der langjährige Bestand des Arbeitsverhältnisses auch bei einer Stundenzahl von unter 8 Wochenstunden auf eine Arbeitnehmereigenschaft hindeuten kann (EuGH, Urteil vom 4. Februar 2010, C-14/09 Genc, Rz. 27).

Die Bundesagentur erwähnt nicht, dass in diesem Fall schon 5,5 Stunden ausreichend waren. Die Gesamtbetrachtung des Landessozialgerichts Schleswig-Holstein geht hier noch wesentlich weiter, weil es auch die Lebensumstände jenseits des Beschäftigungsverhältnisses mit einbezieht.

Fortbestand des Arbeitnehmerstatus bei unfreiwilligem Verlust der Arbeit

Strittig ist hier, wann der „unfreiwillige“ Verlust der Arbeit eintritt. Ob die Arbeitslosigkeit unfreiwillig oder freiwillig eingetreten ist, darf nicht das Jobcenter feststellen. Diese Feststellung darf nur die Agentur für Arbeit treffen. Solange eine negative Feststellung nicht getroffen ist, besteht der Arbeitnehmerstatus fort. Diese Rechtsauffassung wird auch in der Verwaltungsvorschrift zum FreizügG/EU vertreten.

„2.3.1.2 Verwaltungsvorschrift zum Freizügigkeitsgesetz

Das unfreiwillige Eintreten von Arbeitslosigkeit liegt dann vor, wenn der Arbeitnehmer die Gründe, die zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses (Kündigung, Aufhebungsvertrag) geführt haben, nicht zu vertreten hat. Die Bestätigung der Agentur für Arbeit über die Unfreiwilligkeit der Arbeitslosigkeit ist Voraussetzung für das Fortbestehen des Freizügigkeitsrechts. Die Bestätigung erfolgt, wenn der Arbeitnehmer sich arbeitslos meldet, den Vermittlungsbemühungen der zuständigen Arbeitsagentur zur Verfügung steht und sich selbst bemüht, seine Arbeitslosigkeit zu beenden (§ 138 SGB III). Das Recht nach § 2 Absatz 1 bleibt für Arbeitnehmer für die Zeit zwischen Beginn der unfreiwilligen Arbeitslosigkeit und Bestätigung der Agentur für Arbeit über die Unfreiwilligkeit des Eintretens der Arbeitslosigkeit bestehen.“

Nicht plausibel ist das Verständnis von Unfreiwilligkeit im Sinne, dass „der Arbeitnehmer die Gründe, die zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses (Kündigung, Aufhebungsvertrag) geführt haben, nicht zu vertreten hat“. **Ich kann auch unfreiwillig die Arbeit verlieren, obwohl ich die Gründe, die zur Kündigung führten, zu vertreten habe.** Man denke hier beispielsweise an den Fall der Bäckerin, die während der Arbeit ein Brötchen gegessen hat und rechtmäßig eine fristlose Kündigung erhielt. Hier kann kaum von einem freiwilligen – also einem bewusst provozierten -Verlust der Arbeit ausgegangen werden. Die Gleichsetzung von „unfreiwillig“ mit „unverschuldet“ überzeugt nicht.

Die Feststellung der Agentur für Arbeit muss per Verwaltungsakt erfolgen. Inwieweit hier Widersprüche gegen Feststellungen der Arbeitsagentur aufschiebende Wirkungen haben, kann ich derzeit nicht beurteilen.

Wichtig ist hierzu aber: 1. Nicht die Jobcenter entscheiden, sondern die Agentur für Arbeit. 2. Bis zur Entscheidung wirkt der Arbeitnehmerstatus fort. So steht es auch in den fachlichen Weisungen der BA zum § 7 SGB II:

„Die Zuständigkeit der Agenturen für Arbeit für die Bestätigung der unfreiwilligen Arbeitslosigkeit ergibt sich aus § 2 Absatz 3 Satz 1 Nr. 2 und Satz 2 des FreizügG/EU. Da es sich hierbei nicht um eine Aufgabe der Grundsicherung für Arbeit-

suchende handelt, kann diese Bestätigung **nicht** durch das Jobcenter erteilt werden. Das Freizügigkeitsrecht bleibt auch für die Zeit bis zur Bestätigung der Agentur für Arbeit bestehen (Nr. 2.3.1.2 der Allgemeinen Verwaltungsvorschrift zum Freizügigkeitsgesetz/EU)“. (Die Unterstreichung findet sich im Original).

Sofortanspruch auf Sozialhilfe: arbeitssuchende BürgerInnen aus den EFA-Unterzeichnerstaaten

BürgerInnen der Unterzeichnerstaaten des Europäischen Fürsorgeabkommens (EFA) haben nach den Entscheidungen des Bundessozialgerichts sofort Anspruch auf Sozialhilfe in gesetzlicher Höhe. Entscheidend ist, dass ihr Aufenthalt in Deutschland als erlaubt gilt. Die Bundesrepublik Deutschland habe zwar einen - auch rechtlich nicht zu beanstandeten - Vorbehalt erklärt, in dem der Anspruch auf SGB II-Leistungen vom EFA ausgenommen wird. Dieser erstreckt sich aber nicht auf Leistungen des SGB XII zum Lebensunterhalt. Da das Bundessozialgericht alle vom SGB II ausgeschlossenen arbeitssuchenden EU-BürgerInnen dem SGB XII zuordnet, gilt für Angehörige der EFA-Staaten wieder die Inländergleichbehandlung nach dem Europäischen Fürsorgeabkommen. Sie haben also einen Rechtsanspruch auf Sozialhilfe und sind daher nicht auf eine Ermessensentscheidung angewiesen.

Der Anspruch von EFA-StaaterInnen bleibt aber strittig.

Sozialgerichte, die – entgegen der Entscheidungen des Bundessozialgerichts – die Zuordnung vom SGB II ausgeschlossener erwerbsfähiger EU-BürgerInnen zum SGB XII aufgrund des § 21 SGB XII prinzipiell bestreiten, sprechen natürlich auch den Angehörigen der EFA-Staaten keine Leistungen zu. Die EFA-Staaten sind: Belgien, Dänemark, Deutschland, Estland, Frankreich, Griechenland, Irland, Island, Italien, Luxemburg, Malta, Niederlande, Norwegen, Portugal, Schweden, Spanien, Türkei, Großbritannien

Abgeleitetes Freizügigkeitsrecht aufgrund unmittelbaren EU-Rechts

Tatsächlich gibt es ein Freizügigkeitsrecht, das nicht in der EU-Freizügigkeitsrichtlinie festge-

legt ist. Da das Freizügigkeitsgesetz/EU lediglich die Richtlinie umsetzt, findet sich dieses Recht auch nicht im nationalen Recht. Im Gegensatz zu den Richtlinien gelten die Verordnungen (EU) aber als unmittelbar wirkendes Europarecht. Hier geht es um folgende Regelung (Artikel 10 der EU (VO) 492/2011):

*„Die Kinder eines Staatsangehörigen eines Mitgliedstaats, der im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats **beschäftigt ist oder beschäftigt gewesen ist**, können, wenn sie im Hoheitsgebiet dieses Mitgliedstaats wohnen, unter den gleichen Bedingungen wie die Staatsangehörigen dieses Mitgliedstaats am allgemeinen Unterricht sowie an der Lehrlings- und Berufsausbildung teilnehmen. Die Mitgliedstaaten fördern die Bemühungen, durch die diesen Kindern ermöglicht werden soll, unter den besten Voraussetzungen am Unterricht teilzunehmen.“*

Das heißt: Sorgeberechtigte Eltern(teile) können ein von den Kindern in Ausbildung (schulisch/beruflich) abgeleitetes Aufenthaltsrecht haben. Interessant ist dieses natürlich dann, wenn aktuell kein Arbeitnehmerstatus vorhanden ist, dieser aber einmal vorhanden war. In einem beim **Landessozialgericht Nordrhein-Westfalen (L 19 AS 29/16 B ER vom 19.1.2016)** verhandelten Fall wollte das Jobcenter verhindern, dass aus der schulischen Ausbildung des Kindes ein Freizügigkeitsrecht abgeleitet wird, das SGB II-Leistungen begründet, weil es neben die Arbeitsuche tritt. Das Jobcenter argumentiert mit den immer nur kurzzeitigen Beschäftigungen und dem extrem unregelmäßigen Schulbesuch des Kindes.

Das Landessozialgericht NRW hat klargestellt, dass der Arbeitnehmerbegriff identisch ist mit dem Arbeitnehmerbegriff der den Arbeitnehmerstatus im Sinne des Freizügigkeitsgesetzes begründet. Also reicht auch hier zumindest eine 8-Stundenwoche. Weiterhin wurde festgestellt, dass der unregelmäßige Schulbesuch zumindest keine Einschränkung des Freizügigkeitsrechts aufgrund der Ausbildung bedeutet, solange eine Schulpflicht besteht. Die rechtlichen Folgen sind dann schulrechtlicher Natur. Aufgrund der Schulpflicht bleibt das Kind in das schulische Ausbildungssystem eingliedert.

Daueraufenthaltsrecht nach 5 Jahren rechtmäßigen Aufenthalts

Durch die im Dezember 2014 in Kraft getretenen Änderungen im FreizügG(EU) ist nunmehr klargestellt, dass ein Daueraufenthaltsrecht nur dann besteht, wenn der Aufenthalt in den 5 Jahren **ununterbrochen rechtmäßig** war. Allein ein 5-jähriger Aufenthalt reicht nicht aus. Es reicht auch nicht, dass lediglich eine Aberkennung des Freizügigkeitsrechts nicht erfolgt ist. Das wurde durch ein Urteil des **Bundesverwaltungsgerichts 1 C 22.14 vom 16. Juli 2015** bestätigt. In Einzelfällen muss dann mühsam nachgewiesen werden, dass das Freizügigkeitsrecht auch tatsächlich durchgehend bestand. Insbesondere ist die Arbeitsuche immer zu dokumentieren.

RECHT prekär!

**Der strittige
Sozialleistungsausschluss
neuzugewanderter EU-BürgerInnen**

Zum Stand der Dinge

Mittwoch, 13. April 2016

9.00 – 16.00 Uhr

Neu: Seminarraum „Ludwig-Feuerbach“

Ludwig-Feuerbach-Straße 69
90489 Nürnberg

RECHT prekär!

**Der strittige
Sozialleistungsausschluss
neuzugewanderter EU-BürgerInnen**

Zum Stand der Dinge

Donnerstag, 28. April 2016

9.00 – 16.00 Uhr

Evangelische Stadtakademie München

Herzog-Wilhelm-Str. 24
80331 München