

## Herausgeber

Prof. Dr. Jürgen Bast,  
Radboud University Nijmegen

Dr. Wolfgang Breidenbach,  
Rechtsanwalt, Halle

Marion Eckertz-Höfer,  
Präsidentin des Bundesverwaltungsgerichts, Leipzig

Prof. Dr. Andreas Fischer-Lescano,  
Universität Bremen

Jürgen Haberland,  
Ministerialrat a. D., Berlin

Prof. Dr. Kay Hailbronner,  
Universität Konstanz

Prof. Barbara John,  
Ausländerbeauftragte a. D., Berlin

Prof. Dr. Winfried Kluth,  
Universität Halle

Dr. Otto Mallmann,  
Vorsitzender Richter am Bundesverwaltungsgericht a. D., Potsdam

Dr. Reinhard Marx,  
Rechtsanwalt, Frankfurt a. M.

Thomas Oberhäuser,  
Rechtsanwalt, Ulm

Cornelia Rogall-Grothe,  
Staatssekretärin, Bundesministerium des Innern, Berlin

Prof. Dr. Daniel Thym, LL.M.,  
Universität Konstanz

## Wissenschaftlicher Beirat

Vorsitzender:  
Prof. Dr. Andreas Voßkuhle,  
Präsident des Bundesverfassungsgerichts Karlsruhe

Nele Allenberg,  
Evangelische Kirche in Deutschland, Berlin

Prof. em. Dr. Klaus J. Bade,  
Berlin

Klaus Barwig,  
Akademie der Diözese Rottenburg-Stuttgart, Stuttgart

Dr. Roland Bell,  
Regierungsdirektor, Bundesamt für Migration und Flüchtlinge, Nürnberg

Prof. Dr. Maria Böhmer,  
Staatsministerin, Beauftragte für Migration, Flüchtlinge und Integration, Berlin

Dr. Gisbert Brinkmann,  
Ministerialrat a. D., Bundesministerium für Arbeit und Soziales, Bonn

Dipl.-Volksw. Peter Clever,  
Ministerialdirektor a. D., Mitglied der Hauptgeschäftsführung der Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände, Berlin

Prof. Dr. Hans-Joachim Cremer,  
Universität Mannheim

Dr. Klaus Dienelt,  
Richter am Verwaltungsgericht, Darmstadt

Katrin Gerdsmeyer,  
Kommissariat der Deutschen Bischöfe, Berlin

Prof. Dr. Thomas Groß,  
Universität Osnabrück

Prof. Dr. Peter Knösel,  
Fachhochschule Potsdam

Prof. Dr. Christine Langenfeld,  
Universität Göttingen

Prof. Dr. Gertrude Lübke-Wolf,  
Richterin des Bundesverfassungsgerichts, Karlsruhe

Dr. Hans-Georg Maaßen,  
Köln/Berlin

Dr. Ursula Mehrländer,  
Friedrich-Ebert-Stiftung, Bonn

Dr. Hans-Ingo von Pollern,  
Regierungsdirektor, Regierungspräsidium Tübingen

Volker Roßsocha,  
DGB-Bundesvorstand, Berlin

Dr. Albert Schmid,  
Präsident des Bundesamtes für Migration und Flüchtlinge a. D., Nürnberg

Prof. Dr. Albrecht Weber,  
Universität Osnabrück

Prof. Dr. Andreas Zimmermann,  
Universität Potsdam

## ABHANDLUNGEN

Prof. Dr. Dorothee Frings, Köln\*

# Grundsicherungsleistungen für Unionsbürger unter dem Einfluss der VO (EG) Nr. 883/2004

*Unionsbürger, die in Deutschland nicht erwerbstätig sind und noch kein Daueraufenthaltsrecht erworben haben, werden zusammen mit ihren Familienangehörigen nach § 712 Nr. 1 und Nr. 2 SGB II vom Anspruch auf existenzsichernde Leistungen ausgenommen, auch der Bezug von Leistungen der Sozialhilfe bleibt ihnen durch § 23 III SGB XII in der Regel verwehrt. Durch die Leistungsausschlüsse soll von der Option des Art. 24 II Unionsbürgerrichtlinie (2004/38/EG) Gebrauch gemacht werden, durch welche den Mitgliedstaaten gestattet wird, Unionsbürger, soweit sie nicht erwerbstätig sind, in den ersten drei Monaten und darüber hinaus, wenn sie sich weiterhin zum Zwecke der Arbeitsuche in einem anderen Mitgliedstaat aufhalten, von den Leistungen der Sozialhilfe auszunehmen. Hintergrund der Regelung in der Unionsbürgerrichtlinie und der Umsetzung in nationales Recht ist die Befürchtung einer „Zuwanderung in die deutschen Sozialleistungssysteme“ insbesondere durch Bürger der neuen EU-Staaten (seit 2004 beigetreten). Aktuell tritt die Sorge um eine neue Wanderungsbewegung der Arbeitslosen aus den krisengeschädigten Staaten Südeuropas hinzu. Seit Einführung der Ausschlussklauseln im SGB II und SGB XII kommt die Auseinandersetzung über die Vereinbarkeit dieser auf Unionsbürger gemünzten Sonderregelung (wenn auch*

*formal auf die Ausländereigenschaft abgestellt wird) nicht zur Ruhe. Erörtert werden sollen im Folgenden nur die Leistungsansprüche erwerbsfähiger Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, also vorrangig die Leistungen nach SGB II.*

### 1. Einordnung der Leistungsansprüche im europäischen Mehrebenensystem

Da § 712 Nr. 1 und Nr. 2 SGB II eine ausdrückliche Benachteiligung von Ausländern enthält, ist diese Regelung als unmittelbare Diskriminierung im nationalen Rahmen auf die Vereinbarkeit mit deutschem Verfassungsrecht,<sup>1</sup> im europäischen Rahmen auf die Vereinbarkeit mit den Diskriminierungsverboten des Unionsrechts und schließlich mit den Abkommen des Europarats zu überprüfen.

Das deutsche Verfassungsrecht kennt kein Diskriminierungsverbot wegen der Staatsangehörigkeit.<sup>2</sup> Art. 3 I GG ist erst dann

\* Die Verfasserin ist Professorin für Verfassungs-, Verwaltungs- und Sozialrecht an der Hochschule Niederrhein in Mönchengladbach.

1 Weder das SGB I noch das AGG enthalten ein Verbot der Diskriminierung für die soziale Arbeit durch gesetzliche Regelungen auf dem Gebiet des Sozialrechts.

2 BVerfG v. 9.2.1994 – 1 BvR 1687/92; Dürig/Scholz, in Maunz/Dürig, GG, Art. 3, Rn. 80; Kischel, in Eppinger/Hillgruber, GG, Art. 3, Rn. 101 ff.

verletzt, wenn zwischen zwei Gruppen differenziert wird, ohne dass wesentliche Unterschiede eine unterschiedliche Rechtszuweisung rechtfertigen könnten. Die Unterscheidung zwischen eigenen und fremden Staatsangehörigen beim Einsatz von Steuermitteln ist daher nicht grundsätzlich gleichheitswidrig.<sup>3</sup> Grenzen eines Leistungsausschlusses werden stets durch den staatlichen Auftrag zum Schutz der Menschenwürde gezogen. Diesen Anforderungen kann durch eine einzelfallbezogene Absicherung im Rahmen der Sozialhilfe nach SGB XII Rechnung getragen werden (wird ausgeführt), sie stehen einer Differenzierung im Rahmen des SGB II jedoch zumindest für Neuzugewanderte nicht entgegen.

Auf der Ebene des EU-Primärrechts sind die Diskriminierungsverbote des Art. 18 und 45 AEUV sowie das Diskriminierungsverbot wegen der Staatsangehörigkeit nach Art. 21 II Charta der Grundrechte (GRC) relevant. Im Bereich des Sekundärrechts sind vorrangig die Diskriminierungsverbote des Art. 4 VO (EG) Nr. 883/2004 (zur Koordinierung sozialer Sicherheit) und des Art. 24 Unionsbürgerrichtlinie (2004/38/EG) zu beachten.<sup>4</sup> Sowohl Verordnungen als auch Richtlinien sind als spezielle Ausgestaltung des EU-Rechts vor dem Primärrecht anzuwenden, dies jedoch in Übereinstimmung mit dem in der Rangfolge vorrangigen Vertragsrecht. Untereinander stehen Verordnungen und Richtlinien nicht in einem unmittelbar hierarchischen Verhältnis.<sup>5</sup> Es hat verschiedene Versuche gegeben, hinsichtlich des Rangverhältnisses eine klare Bestimmung in den EU-Vertrag aufzunehmen,<sup>6</sup> bislang enthält Art. 288 AEUV, der die Rechtsakte der EU näher bestimmt, jedoch keine ausdrückliche Festlegung. Allerdings erreichen die Normen einer VO mit ihrem unbedingten Anwendungsbefehl (Art. 288 II AEUV) einen höheren Verbindlichkeitsgrad („in allen ihren Teilen“) als Richtlinien, die nur „hinsichtlich des zu erreichenden Ziels verbindlich“ sind, den Mitgliedstaaten jedoch die Entscheidung über die Form und die Mittel der Umsetzung überlassen.<sup>7</sup> Verordnungen berechtigen den einzelnen Bürger unmittelbar, ihnen können weder nationale Gesetze entgegengehalten werden,<sup>8</sup> noch kann ein Mitgliedstaat Durchführungsverordnungen mit verbindlichen Auslegungsregeln aufstellen.<sup>9</sup> Andererseits sind die Mitgliedstaaten aufgefordert, entgegenstehende nationale Vorschriften in Übereinstimmung mit den Verordnungen zu bringen. Richtlinien sind hingegen mittelbare Rechtsetzungen, deren Adressaten allein die Mitgliedstaaten sind.<sup>10</sup> Der einzelne Bürger kann nur in Ausnahmefällen und nur bei einer Verletzung der Rechtsumsetzungspflicht einen unmittelbaren Individualanspruch aus einer Richtlinie ableiten und dies auch nur, wenn die Richtlinie eine unbedingte und hinreichend bestimmte Regelung enthält.<sup>11</sup> Soweit aber die Regelungen ohne Verstoß gegen die Vorgaben der Richtlinie in nationales Recht umgesetzt sind, bleibt für eine unmittelbare Anwendung der Richtlinie kein Raum. Im Unterschied dazu besteht unzweifelhaft der Vorrang der Verordnung vor einem nationalen Gesetz.

Auch der Grundsatz *lex posterior derogat legi priori* (das spätere Gesetz verdrängt das frühere) ist im Verhältnis einer früheren Verordnung zu einer späteren Richtlinie nicht anzuwenden.<sup>12</sup> Durch die Unterschiede in der Verbindlichkeit verbietet

sich auch ein Rückgriff auf den Grundsatz *lex specialis derogat legi generali* (das spezielle Gesetz verdrängt das allgemeine).

Wenig überzeugt deshalb die Position der 29. Kammer des LSG Berlin-Brandenburg,<sup>13</sup> welche den Vorrang der Unionsbürgerrichtlinie vor der VO 883/2004 deshalb konstatiert, weil der Wortlaut des Diskriminierungsverbots des Art. 4 i. V. m. Art. 70 VO 883/2004 nicht der Intention des europäischen Gesetzgebers entspreche, welche durch die Regelung in Art. 24 II Unionsbürgerrichtlinie zum Ausdruck gekommen sei.

Dem strikten Anwendungsbefehl des Art. 4 VO 883/2004 steht jedoch nicht einmal ein vorgegebenes Umsetzungsziel einer Richtlinie entgegen, sondern lediglich eine Option für die Mitgliedstaaten, Unionsbürger unter bestimmten Voraussetzungen von der Sozialhilfe auszunehmen. Abgesehen davon, dass die Einordnung des Arbeitslosengeldes II als Sozialhilfe höchst zweifelhaft ist,<sup>14</sup> widerspräche die Aushebelung einer für alle Mitgliedstaaten verbindlichen Rechtssetzung durch eine Regelung, die lediglich eine Gestaltungsoption enthält, allen Grundsätzen der Normhierarchie. Nationale Rechtsvorschriften im Bereich der Sozialleistungen, die von der VO 883/2004 erfasst werden, sind also zunächst an dieser Verordnung zu messen und so weit als möglich im Lichte des europäischen Primärrechts auszulegen. Auf die Richtlinie kann erst dann zurückgegriffen werden, wenn sich der VO 883/2004 keine Regelung entnehmen lässt.

Letztlich gilt es auch, das Verhältnis zu den Abkommen des Europarats, namentlich zu dem Gleichbehandlungsgrundsatz des Art. 1 des Europäischen Fürsorgeabkommens (EFA), zu klären. Das Abkommensrecht des Europarats gilt in Deutschland als einfaches Bundesrecht und ist damit gegenüber dem gesamten EU-Sekundärrecht nachrangig. Allerdings gebietet die Völkerrechtsfreundlichkeit des deutschen Grundgesetzes<sup>15</sup> eine Auslegung des nationalen Rechts im Lichte der Abkommen, soweit und solange damit nicht gegen höherrangiges Recht, also auch gegen das EU-Sekundärrecht verstoßen wird.

Im europäischen Mehrebenensystem sind die Ausschlussklauseln des § 7 II 2 Nr. 1 und Nr. 2 SGB II demnach zunächst am Diskriminierungsverbot der VO 883/2004 zu messen.

3 BVerfG v. 10.11.1989 – 1 BvL 50/92; BVerfG v. 6.7.2004 – 1 BvL 4/97.

4 Die VO 492/2011, durch die die VO 1608/68 abgelöst wurde, ist für den Zugang zu SGB II-Leistungen erst relevant, wenn ein Arbeitsverhältnis vorliegt oder eine Mitgliedschaft in einer gesetzlichen Sozialversicherung besteht.

5 *Nettesheim*, in *Grabitz/Hilf*, Das Recht der Europäischen Union, Art. 249 EGV, Rn. 231.

6 *Ruffert*, in *Calliess/Ruffert*, EGV/AEUV, Art. 288 AEUV, Rn. 11.

7 *Grabitz*, in *Grabitz/Hilf* (o. Fn. 5), Art. 189 EUV, Rn. 22.

8 EuGH v. 17.5.1972 – C-93/71 *Leonasio*; EuGH v. 10.7.1990 – C-217/88 *Kommission/Deutschland*.

9 EuGH v. 31.1.1978 – C-94/77 *Zerbone*; *Ruffert*, in *Calliess/Ruffert* (o. Fn. 6), Art. 288 AEUV, Rn. 20.

10 *Schmidt*, in *Groeben/Schwarze*, Art. 249 EG, Rn. 37.

11 EuGH v. 8.6.2006 – C-430/04 *Feuerbestattungsverein Halle*; v. 4.12.74 – C-41/74 *van Duyn*; v. 5.4.1979 – C-148/78 *Kennzeichnungspflicht*; v. 30.4.1996 – C-194/94 *CIA Security International*; BVerfG v. 8.4.1987 – 2 BvR 687/85; *Bievert*, in *Schwarze*, EU-Kommentar, Art. 249 EGV, Rn. 28.

12 *Bievert*, in *Schwarze* (o. Fn. 11), Art. 249 EGV, Rn. 9.

13 LSG Berlin-Brandenburg v. 5.3.2012 – L 29 AS 414/12 B ER; ebenso LSG Berlin-Brandenburg v. 3.4.2012 – L 5 AS 2157/11 B ER.

14 EuGH v. 4.6.2009 – C-22/08 *Vatsouras*.

15 Vom BVerfG, Entscheidung v. 26.3.1957 – 2 BvG 1/55 und v. 10.5.2012 – L 20 AS 802/12 B ER, aus der Präambel sowie den Art. 23, 24, 25, 26 GG abgeleiteter Grundsatz; *Herdegen*, in *Maunz/Dürig*, Art. 25, Rn. 6.

## 2. Vereinbarkeit der Ausschlussklauseln des SGB II mit dem Diskriminierungsverbot nach Art. 4 VO 883/2004

Das Diskriminierungsverbot des Art. 4 VO 883/2004 ist als „lex specialis“ zu Art. 18 AEUV und Art. 12 II Europäische Grundrechtscharta (GRC) einzuordnen. Bis zum Inkrafttreten der VO am 1.5.2010 galt das Diskriminierungsverbot des Art. 3 VO 1408/71, demgegenüber sich im Wortlaut kaum etwas geändert hat. In beiden Verordnungen wird jedoch Bezug genommen auf die Personen, die unter die Verordnung fallen, und damit auf den persönlichen Geltungsbereich. Hier hat sich mit der Neuregelung eine grundlegende Veränderung vollzogen. Die bisherige Eingrenzung auf „Arbeitnehmer, Selbständige und Studierende“ (Art. 2 VO (EG) Nr. 1408/71) wurde aufgegeben und durch „Staatsangehörige eines Mitgliedstaates ...“ ersetzt. Diese Entwicklung vollzieht die Rechtsprechung des EuGH nach, die den Kreis der Berechtigten zunehmend ausgeweitet hatte und damit im Grunde die Entwicklung von der Arbeitnehmerfreizügigkeit zur Unionsbürgerfreizügigkeit auf der Primärebene der EU ins Sekundärrecht übertrug. Neben die Ausrichtung auf einen gemeinsamen Markt ist damit die Verpflichtung zur sozialen Verantwortung und Solidarität der Mitgliedstaaten untereinander getreten.<sup>16</sup> Diese Entwicklung zu einem *European social citizenship* weist Davy in der Rechtsprechung des EuGH als noch unvollständige, aber konsequente Fortentwicklung des Teilhabegrundsatzes nach.<sup>17</sup>

### 2.1. Geltungsbereich der VO 883/2004 für Arbeitssuchende und wirtschaftlich inaktive Unionsbürger

Der persönliche Anwendungsbereich des Diskriminierungsverbots erstreckt sich auf alle Personen, die in Art. 2 VO 883/2004 allein auf Grund ihrer Unionsbürgerschaft, als Familienangehörige von Unionsbürgern oder ihnen Gleichgestellte erfasst werden und bezieht damit auch wirtschaftlich inaktive Personen ein.<sup>18</sup> Beschränkt bleibt das Gleichbehandlungsgebot auf die Bereiche, die in Art. 3 VO 883/2004 als sachliche Anwendungsbereiche aufgeführt werden.

Missverständlich wirkt es, wenn in der Literatur weiterhin von einer Begrenzung auf *versicherte* Personen gesprochen wird.<sup>19</sup> Dies ist vor allem den unterschiedlichen Begrifflichkeiten der VO im Unterschied zum nationalen Sozialrecht geschuldet. Artikel 4 spricht von den *Personen, für die diese Verordnung gilt* und verweist damit auf den in Artikel 2 geregelten persönlichen Anwendungsbereich. Dieser stellt darauf ab, ob für die Berechtigten *die Rechtsvorschriften eines oder mehrerer Mitgliedstaaten gelten oder galten*. Die Rechtsvorschriften werden wiederum in Art. 1 Nr. I VO definiert als die Regelungen *in Bezug auf die in Artikel 3 Absatz 1 genannten Zweige der sozialen Sicherheit*. Hier werden zwar die verschiedenen Leistungsbereiche aufgeführt, die Erstreckung auf die besonderen beitragsunabhängigen Geldleistungen findet sich jedoch nicht in Art. 3 I VO 883/2004, sondern in Art. 3 III VO 883/2004. Aus diesem Umstand wird geschlossen, es müsse zunächst ein Versicherungsverhältnis vorliegen,<sup>20</sup> um dem Kreis der Berechtigten zuzugehören, um dann

auch Ansprüche auf beitragsunabhängige Leistungen auf die VO stützen zu können.

Die VO begreift jedoch die beitragsunabhängigen Leistungen nicht als einen eigenen, zusätzlichen Zweig der sozialen Absicherung in den Mitgliedstaaten, sondern als eine Leistungsform im Bereich der in Art. 3 I VO 883/2004 genannten Zweige der sozialen Sicherung. Dies verdeutlicht die Formulierung in Art. 70, die ausdrücklich Bezug nimmt auf die *Merkmale der in Artikel 3 Absatz 1 genannten Rechtsvorschriften*. Die ausdrücklich abweichenden Regelungen für den Bereich der beitragsunabhängigen Sonderleistungen beziehen sich auf die Koordinierung zwischen verschiedenen Mitgliedstaaten, grenzen sie dadurch aber nicht aus dem von der VO definierten Bereich der sozialen Sicherheit aus.<sup>21</sup> Dies zeigt auch ein Blick auf die Vorgängerregelung VO 1408/71. Hier wurden die beitragsunabhängigen Sonderleistungen noch ausdrücklich in die Definition der *Rechtsvorschriften* (Art. 1 lit. j VO 1408/71) einbezogen. Mit der Neufassung sollten die erfassten Rechtsvorschriften nicht eingeschränkt werden, vielmehr bedurfte die Einbeziehung dieser Leistungen in den Bereich der sozialen Sicherheit angesichts der genauen Festlegungen in Artikel 70 keiner gesonderten Betonung mehr.<sup>22</sup> Der Begriff der sozialen Sicherheit nach der VO 883/2004 löst sich damit vollständig von der klassischen Einteilung des Sozialrechts und der Zuordnung zu den Vorsorgeleistungen. Abzustellen ist nicht mehr darauf, ob eine Person versichert ist, sondern ob sie in den Anwendungsbereich einer von der VO 883/2004 erfassten Sozialleistung fällt.

Damit die Rechtsvorschriften eines oder mehrerer (anderer) Mitgliedstaaten Geltung erlangen können, bedarf es zusätzlich eines grenzüberschreitenden Sachverhalts.<sup>23</sup> Dieser Bezug wird verwirklicht durch einen Arbeitsort oder Wohnsitz, aber auch einen touristischen Aufenthalt, Grundbesitz oder eine Sozialleistung in oder aus einem anderen Mitgliedstaat. Familienangehörige und Hinterbliebene werden ausdrücklich in diese Wirkung einbezogen. Bezogen auf die besonderen beitragsunabhängigen Geldleistungen kann der grenzüberschreitende Sachverhalt aber nur durch die Wohnsitznahme in einem anderen Mitgliedstaat verwirklicht werden (Art. 70 VO 883/2004).

Wenig überzeugend erscheint die Anwendungsausnahme des 7. und 19. Senats des LSG NRW<sup>24</sup> für Bürger aus Bulgarien und Rumänien. Danach sei der Gleichbehandlungsgrundsatz des europäischen Koordinierungsrechts durch die Beitrittsverträge

16 Pitschas, NZS 2010, 177 (183).

17 Davy, ZESAR 2010, 307 ff.

18 Eichenhofer, SGB 2010, 185 (186); Dern, in Schreiber/Wunder/Dern, Art. 2, Rn. 1; Schulte, ZESAR 2010, 201 (206).

19 So etwa Husmann, ZESAR 2010, 97 (105); Fuchs, SGB 2008, 201 (203).

20 Bzw. eine Familienleistung bezogen werden, siehe LSG Hessen 14.7.2011 – L 7 AS 107/11 B ER.

21 LSG Berlin-Brandenburg v. 25.6.2012 – L 14 AS 1160/12 B ER; bzw. Dern, in Schreiber/Wunder/Dern (o. Fn. 18), Art. 3, Rn. 22.

22 So wohl auch Eichenhofer, in Fuchs, Europäisches Sozialrecht, Art. 1 VO (EG) Nr. 883/2004, Rn. 22.

23 EuGH v. 28.1.1992 – C-332/90 Stehen; v. 16.1.1997 – C-134/95 Biella; v. 5.6.1997 – C-64/96 Uecker und Jacquet; v. 2.7.1998 – C-225/95 Kapaskalis; Eichenhofer, in Fuchs (o. Fn. 22), Art. 2 VO 883/2004, Rn. 6 u. 15.

24 V. 18.11.2011 – L 7 AS 614/11 B E; i.d.S., wenn auch ohne direkte Bezugnahme auf die Verordnungen auch LSG NRW v. 30.5.2011 – L 19 AS 388/11 B ER; v. 28.6.2011 – L 19 AS 317/11 B ER; v. 7.10.11 – L 19 AS 1560/11 B ER u. v. 7.12.2011 – L 19 AS 1956/11 B ER.

eingeschränkt. Zur Begründung wird auf die Option zur Einschränkung des Zugangs zu den Arbeitsmärkten der Mitgliedstaaten verwiesen.<sup>25</sup> Diese Bestimmungen beziehen sich auf Einschränkung der Rechte aus der Freizügigkeitsverordnung für Arbeitnehmer, seinerzeit die VO 1612/68,<sup>26</sup> jedoch nicht auf Leistungsansprüche, die sich aus der Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit ergeben und den für eine Leistung zuständigen Staat auch dann festlegen, wenn Unionsbürger sich in einem anderen Mitgliedstaat aufhalten. Gerade weil der Anwendungsbereich des Gleichbehandlungsgrundsatzes des Art. 4 VO 883/2004 nicht mehr an den Status als Erwerbstätiger gebunden ist, können sich aus Einschränkungen, die sich ausschließlich auf die Arbeitnehmerfreizügigkeit beziehen, keine Beschränkungen des Anwendungsbereichs des Gleichbehandlungsgebots des Art. 4 VO 883/2004 mehr ergeben. Dass mit den Beitrittsverträgen kein Unionsbürgerstatus minderen Rangs geschaffen wurde, sondern den Mitgliedstaaten lediglich die Option eingeräumt werden sollte, nach Bedarf ihre Arbeitsmärkte vorübergehend vor einer Belastung zu schützen, erschließt sich auch aus der uneingeschränkten Freizügigkeit für Selbständige.

Folglich werden durch die Neufassung des europäischen Koordinierungsrechts in der VO 883/2004 für *alle* Unionsbürger mit Wohnort in einem andern Mitgliedstaat gleichberechtigte Ansprüche auf die besonderen beitragsunabhängigen Geldleistungen geschaffen.<sup>27</sup>

## 2.2. SGB II-Leistungen als besondere beitragsunabhängige Geldleistungen nach Art. 70 VO 883/2004

Überraschend erscheint dagegen die Zuordnung der Grundsicherungsleistungen nach SGB II zum sachlichen Geltungsbereich der VO 883/2004, wird doch in Art. 3 V der VO 883/2004 ausdrücklich festgelegt, dass die soziale und die medizinische Fürsorge nicht in den Anwendungsbereich der Verordnung fallen. Bei den finanziellen Leistungen nach SGB II handelt es sich jedoch um steuerfinanzierte Leistungen, die eindeutig dem Bereich der existenzsichernden Leistungen<sup>28</sup> und damit nach der üblichen Einteilung des Sozialrechts dem Bereich der Fürsorge (Art. 74 I Nr. 7 GG) zuzurechnen sind.

Allerdings wird der Begriff der sozialen Fürsorge durch die VO 883/2004 ausschließlich in Abgrenzung zum Begriff der sozialen Sicherheit bestimmt, jeder Rückgriff auf das Verständnis des nationalen Rechts oder auf andere übernationale rechtliche Regelungen, selbst aus dem Bereich des EU-Rechts können für die Abgrenzung nicht herangezogen werden.<sup>29</sup>

Die VO 883/2004 verwendet einen sehr weiten Begriff der sozialen Sicherheit, der sowohl beitrags- als auch steuerfinanzierte Systeme erfasst und jede Art von Leistung einbezieht, soweit ein Bezug zu den in Art. 3 I genannten Zweigen der sozialen Sicherheit erkennbar ist.<sup>30</sup>

Besondere beitragsunabhängigen Geldleistungen nach Art. 70 VO 883/2004 haben sowohl den Charakter einer Sozialhilfeleistung, da sie den Betroffenen ein Existenzminimum aus dem Steueraufkommen sichern, als auch den einer Leistung der so-

zialen Sicherheit, weil sie die Absicherung von klassischen Lebensrisiken ergänzen oder ersetzen.<sup>31</sup> Als weitere Voraussetzung verlangt der EuGH für die Einordnung als besondere beitragsunabhängige Geldleistung, dass die Leistung auf Grund eines gesetzlich umschriebenen Tatbestands und ohne eine auf Ermessensausübung beruhende Einzelfallprüfung erfolgt.<sup>32</sup> Keineswegs werden durch diese Kriterien einkommensabhängige Leistungen ausgeschlossen, solange es sich nur um klar umrissene Rechtsansprüche handelt, und den Behörden kein Ermessen in jedem Einzelfall eingeräumt wird.<sup>33</sup>

Der Sozialhilfcharakter einer Leistung steht der Einordnung als besondere beitragsunabhängige Geldleistung nicht entgegen.<sup>34</sup> Der EuGH hat mehrfach betont, dass eine eindeutige Grenzziehung zwischen Leistungen der sozialen Sicherheit und Sozialleistungen zwar wünschenswert sei, es aber durchaus möglich sei, dass nationale Regelungen den genannten Rechtsbereichen gleich nahe stehen.<sup>35</sup> Ob diese Leistungen nach den Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten als Leistungen der sozialen Sicherheit einzuordnen sind, spielt dabei keine Rolle.<sup>36</sup>

Die Leistungen nach SGB II weisen einen deutlichen Doppelcharakter auf, sind sie doch einerseits Fürsorgeleistung im Sinne der Gewährung eines Existenzminimums durch öffentliche Mittel, zugleich jedoch auch „ein Stück verrechtlichter Arbeitsmarktpolitik“.<sup>37</sup> Schon die offizielle Bezeichnung des Gesetzes „Grundsicherung für Arbeitssuchende“ stellt den deutlichen Bezug zu Leistungen bei Arbeitslosigkeit her. Zugleich sprechen die strikten Arbeitspflichten nach § 10 SGB II, das arbeitsmarktbezogene Sanktionssystem in § 31a SGB II und die generelle Anspruchsbegrenzung auf erwerbsfähige Personen<sup>38</sup> nach § 7 I 1 Nr. 2 SGB II für den Charakter als besondere beitragsunabhängige Leistung im Sinne des Art. 70 VO 883/2004. Für die Zuord-

25 „Gemäß Art. 20 des Protokolls über die Bedingungen und Einzelheiten der Aufnahme der Republik Bulgarien und Rumänien in die Europäische Union (Amtsblatt der Europäischen Union vom 21.6.2005, L 157/29) gelten die in den Anhängen VI und VII aufgeführten Maßnahmen in Bezug auf Bulgarien und Rumänien unter den in jenen Anhängen festgelegten Bedingungen. Im Anhang VI zur Liste nach Art. 20 des Protokolls (Amtsblatt der Europäischen Union vom 21.6.2005, L 157/104) ist geregelt, dass Freizügigkeit nur vorbehaltlich der Übergangsbestimmungen der Nr. 2 bis 14 gewährleistet wird (Nr. 1 zu 1. Freizügigkeit). Nr. 2 Abs. 1 regelt dazu, dass abweichend von den Artikeln 1 bis 6 der Verordnung (EWG) Nr. 1612/68 die derzeitigen Mitgliedstaaten nationale oder sich aus bilateralen Abkommen ergebende Maßnahmen anwenden werden, um den Zugang bulgarischer Staatsangehöriger zu ihren Arbeitsmärkten zu regeln.“

26 Durch die VO 492/2011 v. 5.4.2011 (Abl. L 141 v. 27.5.2011, S. 1-12), in Kraft seit Juni 2011, aufgehoben und ersetzt.

27 *Verscheuren*, in Eichenhofer, 50 Jahre nach ihrem Beginn, S. 251 ff.; *Husmann* (o. Fn. 19), S. 98; *Eichenhofer* (o. Fn. 18), S. 191.

28 Siehe BVerfG v. 9.2.2010 – 1 BvL 1/09.

29 EuGH – C-78/91; C-66/92; *Dern*, in Schreiber/Wunder/Dern (o. Fn. 18), Art. 3 VO (EG) Nr. 883/2004, Rn. 24.

30 EuGH v. 16.7.1992 – C-78/91 *Hughes*; *Schulte* (o. Fn. 18), S. 151.

31 EuGH v. 6.7.2006 – C-154/05 *Kersbergen-Lap*, *Dams-Schipper*; v. 27.3.1985 – C-249/83 *Hoeckx*; v. 27.3.1985 – C-122/84 *Scriver* und *Cole*.

32 EuGH v. 29.4.2004 – C-160/02 *Skalka*; v. 2.8.1993 – C-66/92 *Acciardi*; v. 5.5.1983 – C-139/82 *Piscitello*; *Windisch-Graetz*, ZESAR 2004, 386 (387).

33 EuGH v. 16.7.1992 – C-78/91 *Hughes*.

34 EuGH v. 29.4.2004 – C-160/02 *Skalka*.

35 EuGH v. 22.6.1972 – 1/72 *Frilli*; v. 24.2.87 – C-379/85 *Giletti*; v. 20.6.91 *Newton*.

36 EuGH v. 2.8.1993 – C-66/92 *Acciardi*; v. 5.5.1983 – C-139/82 *Piscitello*; *Beschorner*, ZESAR 2009, 320 (323).

37 *Fuchs*, Deutsche Grundsicherung und europäisches Koordinationsrecht, NZS 2007, 1 (4).

38 EuGH v. 4.6.2009 – C-22/08 *Vatsouras*.

nung zum Bereich der Arbeitsverwaltung sprechen auch die Überleitung der Arbeitslosenhilfe ins Arbeitslosengeld II, die Organisationsstruktur des Jobcenter als Mischbehörde der Arbeitsverwaltung im Zusammenwirken mit den Kommunen (Art. 91e GG)<sup>39</sup> und die Pflichtversicherung in der gesetzlichen Krankenversicherung (§ 5 I Nr. 2a SGB V). Die Leistungsansprüche beruhen auch auf fest umrissenen Tatbeständen und bieten in ihrem Kernbestand keinen Raum für Ermessensausübungen. Gemessen an den vom EuGH entwickelten Kriterien<sup>40</sup> stellen die Grundsicherungsleistungen nach SGB II geradezu den Idealtyp einer besonderen beitragsunabhängigen Geldleistung dar.

Zur Erhöhung der Rechtssicherheit müssen die besonderen beitragsunabhängigen Geldleistungen im Anhang X aufgeführt werden, um einerseits in den Geltungsbereich der VO zu fallen, andererseits aber auch von der Möglichkeit des Exports ins EU-Ausland ausgenommen zu werden. Der Aufnahme der Leistungen in den Katalog der besonderen beitragsunabhängigen Geldleistungen kommt eine konstitutive Wirkung zu.<sup>41</sup> Die Aufnahme der Leistungen nach SGB II als beitragsunabhängige Sonderleistungen erfolgte schon zu Zeiten der Vorgängerregelung VO (EWG) Nr. 1408/71 durch VO (EG) 629/2006 vom 5.4.2006 und wurde dann als Aufnahme in den Anhang X zu Art. 70 der VO 883/2004 bestätigt durch die gesetzlichen Festlegungen in der VO 988/2009 vom 16.9.2009.<sup>42</sup>

Auch ist die Aufnahme einer Leistung in den Anhang gerichtlich überprüfbar, allerdings kann auch der Anhang einer VO als Teil des Sekundärrechts ausschließlich auf Verstöße gegen Primärrecht überprüft werden.<sup>43</sup> Wird etwa eine Leistung, die dem Bereich der Versicherung zuzurechnen ist und die aus Beiträgen finanziert wird, in die Anlage aufgenommen, so würde das Exportverbot einen Verstoß gegen die primärrechtliche Arbeitnehmerfreizügigkeit darstellen. Die Aufnahme einer Leistung, selbst wenn sie nach den Kriterien der Verordnung als Fürsorgeleistung zu qualifizieren wäre,<sup>44</sup> beschneidet hingegen keine primärrechtliche Rechtsposition.

Damit werden die SGB II-Leistungen als besondere beitragsunabhängige Geldleistungen nach Art. 70 in den Geltungsbereich der VO 883/2004 einbezogen.<sup>45</sup>

Entsprechend muss die sozialrechtliche Stellung von Unionsbürgern auf dem Hintergrund des erweiterten Diskriminierungsverbots nach Art. 4 VO 883/2004 im Rahmen der deutschen Rechtsordnung neu bewertet werden.<sup>46</sup> Die Leitungsausschlüsse nach § 7 I 2 SGB II werden auch von den Sozialgerichten zunehmend als bedenklich in Hinblick auf Art. 4 VO 883/2004 eingeschätzt. Zweifel an der Vereinbarkeit äußerte zunächst das LSG Berlin-Brandenburg.<sup>47</sup> Es folgte die viel beachtete Entscheidung des LSG Hessen,<sup>48</sup> die einen Leistungsanspruch gestützt auf das Diskriminierungsverbot des Art. 4 VO 883/2004 zumindest dann als gegeben sah, wenn im gleichen Zeitraum Familienleistungen bezogen werden.<sup>49</sup> Die Einschränkung erfolgte aufgrund der Definition der *Rechtsvorschriften* in Art. 1 Nr. I VO 883/2004 und dem oben bereits dargelegten Missverständnis des Begriffs der *sozialen Sicherheit*. In den Entscheidungen der Sozialgerichte wird ohne Einschränkung von einem Verstoß der Ausschlussklauseln gegen das

Gleichbehandlungsgebot des Art. 4 der VO 883/2004 ausgegangen.<sup>50</sup> Die Gegenposition beruft sich auf den Vorrang der Unionsbürgerrichtlinie (siehe oben unter 1.).

### 3. Der Wohnort im Sinne der VO 883/2004 im Verhältnis zu den Aufenthaltsgründen der Unionsbürgerrichtlinie

Beitragsunabhängige Sonderleistungen werden nach der Festlegung in Art. 70 II VO 883/2004 ausschließlich am Wohnort einer Person und zu Lasten des Trägers des Wohnortes gewährt. Ein Anspruch auf Gleichbehandlung mit Inländern hängt damit maßgeblich von der *Feststellung eines Wohnorts* in Deutschland nach der Definition des Art. 1 lit. j VO 883/2004 ab. Die genaueren Kriterien für die Feststellung des Wohnortes enthält Art. 11 VO 987/2009 (Durchführungsverordnung zu VO 883/2004); sie ähneln denen des *gewöhnlichen Aufenthalts*, stellen jedoch stärker auf den subjektiven Faktor des „Mittelpunkts des Interesses“ einer Person ab.

Einige Sozialgerichte stellen für den gewöhnlichen Aufenthalt auf das Vorliegen einer Freizügigkeitsbescheinigung ab.<sup>51</sup> Aus der Natur des Freizügigkeitsrechts der EU und in Hinblick auf den deklaratorischen Charakter der Freizügigkeitsbescheinigung<sup>52</sup> ergeben sich jedoch keinerlei Rückschlüsse aus der Bescheinigung auf die Frage des gewöhnlichen Aufenthalts oder des Aufenthaltsrechts nach EU-Recht. Dies stellt der EuGH in seiner Entscheidung *Dias*<sup>53</sup> noch mal sehr deutlich klar:

„Daraus folgt, dass der Aufenthalt eines Bürgers ebenso wenig allein deshalb als illegal eingestuft werden darf, weil er keine Aufenthaltserlaubnis besitzt, wie er allein deshalb im Sinne des

39 Schlussanträge des Generalanwalt Ruiz-Jarabo Colomer v. 12.3.2009 vor dem EuGH in der Sache *Watsouras* – C-22/08: „... steht fest, dass die Aufgaben der ARGE auf die Wiedereingliederung in den Arbeitsmarkt gerichtet sind, da sie zur Errichtung der Zwecke des Sozialgesetzbuchs II (SGB II) eingerichtet worden ist; der vollständige Name der Einrichtung (Arbeitsgemeinschaft zur Arbeitsmarktintegration) spiegelt die Integrationsaufgaben wider, die sie erfüllt.“

40 EuGH v. 6.7.2006 – C-154/05 *Kersbergen-Lap, Dams-Schipper*; v. 29.4.2004 – C-160/02 *Skalka*; EuGH v. 2.8.1993 – C-66/92 *Acciardi*; v. 27.3.1985 – C-249/83 *Hoeckx*; v. 27.3.1985 C-122/84 *Scrivner und Cole*; v. 5.5.1983 – C-139/82 *Piscitello*.

41 *Fuchs*, Europäisches Sozialrecht, Art. 70 VO 883/2004, Rn. 6

42 Amtsblatt Nr. L 284 v. 30.10.2009, S. 0043-0072. Erstmals wurden die Leistungen bereits durch VO (EG) 629/2006 v. 5.4.2006 in den Anhang IIa der VO (EWG) Nr. 1408/71 aufgenommen.

43 EuGH v. 4.11.197 – C 20-96.

44 So *Fuchs* für das SGB II, NZS 2007, 1 ff.

45 So ausdrücklich Art. 3 III VO; siehe auch BSG 18.1.2011 – B 4 AS 14/10 R.

46 So LSG Baden-Württemberg 24.10.2011 – L 12 AS 3938/11 ER-B; SG Berlin 16.12.2011 – S 26 AS 10021/08.

47 EuGH v. 30.11.2010 – L 34 AS 1501/10 B ER.

48 EuGH v. 14.7.2011 – L 7 AS 107/11 B ER.

49 So auch LSG Sachsen-Anhalt v. 14.11.2011 – L 5 AS 406/11 B ER.

50 LSG Niedersachsen-Bremen v. 11.8.2011 – L 15 AS 188/11 B; LSG Berlin-Brandenburg v. 30.9.2011 – L 14 AS 1148/11 B ER; LSG Baden-Württemberg 24.10.2011 – L 12 AS 3938/11 ER-B; SG Berlin 24.5.2011 – S 149 AS 17644/09, Revision zum BSG 25.1.2012 – B 14 AS 138/11 R, die Frage des Widerspruchs zur VO 883/2004 wurde offen gelassen, weil ein Anspruch als Familienangehörige bestand; LSG NRW v. 7.3.2012 – L 12 AS 104/12 B ER.

51 Hess. LSG v. 14.7.2011 – L 7 AS 107/11 B ER; so auch LSG Sachsen-Anhalt v. 14.11.2011 – L 5 AS 406/11 B ER.

52 Geplant ist die Abschaffung dieser Bescheinigung, die dadurch mit der einfachen Meldebescheinigung zusammengeführt werden soll.

53 EuGH v. 21.7.2011 – C-325/09.

Unionsrechts als legal angesehen werden darf, weil dem Bürger eine solche Aufenthaltserlaubnis rechtsgültig erteilt wurde.“ (Rn. 55).

Sowohl in dieser als auch in einer weiteren Entscheidung<sup>54</sup> aus dem letzten Jahr stellt der EuGH fest, dass allein der Wohnsitz oder ein von einem Mitgliedstaat eingeräumtes Recht zum Aufenthalt noch nicht zu einem rechtmäßigen Aufenthalt im Sinne des EU-Rechts führt. Ein solches EU-Aufenthaltsrecht besteht nur, soweit und solange sich gewanderte Unionsbürger entweder auf ihren Status als Erwerbstätige (einschließlich einer tatsächlichen und aussichtsreichen Arbeitssuche, einer Unterbrechung wegen Krankheit, Mutterschaft oder unfreiwilliger Arbeitslosigkeit) berufen können oder für sich und ihre Familie über ausreichende Existenzmittel verfügen (Art. 7 RL 2004/38/EG).

Fraglich erscheint auf dem Hintergrund dieser Entscheidungen, ob der Wohnsitz im Sinne des Art. 1 lit. j VO 883/2004 (unter Einbeziehung der Definition in Art. 11 VO 987/2009) auf einen rechtmäßigen Aufenthalt im Sinne des EU-Rechts abstellt oder auf die Begründung eines Wohnortes im Sinne eines Lebensmittelpunkts unabhängig vom sonstigen Status. Dieser Frage geht auch die „Analytical Study 2011 - Social security coverage of non-active persons moving to another Member State“, im Auftrag der Kommission von *van Overmeiren, Eichenhofer* und *Verscheuren* erstellt, nach. Sie gelangt zu der zentralen Feststellung, dass die VO 883/2004 und die Unionsbürgerrichtlinie sich nicht aufeinander beziehen und in ihren Bestimmungen voneinander getrennt zu betrachten sind.<sup>55</sup> Die Definition des Wohnortes in Art. 1 lit. j VO 883/2004 i. V. m. Art. 11 VO 987/2009 setzt an faktischen Verhältnissen an, dagegen werden in der Unionsbürgerrichtlinie die Rechtmäßigkeitskriterien eines Aufenthalts bestimmt. „Factual residence in Regulation 883/2004“ versus „legal residence in Directive 2004/38“ wird dies in der Analyse genannt.<sup>56</sup> Der Versuch, die Frage des legalen Aufenthalts in das Konzept der Koordination der VO 883/2004 zu übertragen, widerspreche auch dem Grundsatz der effektiven Anwendung (*effet utile*); dient die VO 883/2004 doch dazu, die soziale Absicherung der Unionsbürger zu gewährleisten, wenn sie sich von einem Staat in den anderen bewegen. Wird eine zusätzliche Anforderung eingefügt, so entsteht das Risiko, dass die Bürger durch ihre Mobilität zwischen alle Stühle fallen.<sup>57</sup> Auch würde ein negativer Einfluss der Unionsbürgerrichtlinie auf das System der VO 883/2004 dem Grundsatz widersprechen, nach dem die Unionsbürgerrichtlinie nicht den Sinn haben kann, bestehende Rechte aus anderem sekundären Recht zu beschneiden.<sup>58</sup>

Danach besteht der Gleichbehandlungsanspruch des Art. 4 VO 883/2004 auch für die besonderen beitragsunabhängigen Leistungen völlig unabhängig vom Vorliegen eines Aufenthaltsgrundes nach Art. 7 I RL 2004/38/EG oder § 2 II FreizügG/EU.

#### 4. Das Verhältnis des Gleichbehandlungsgebots der VO 883/2004 zu den Diskriminierungsverboten des Primärrechts und der einschränkenden Auslegung des EuGH

Das so gefundene Ergebnis darf jedoch nicht in Konflikt geraten mit dem EU-Vertragsrecht und insbesondere den Kompetenzzuweisungen im Bereich des Sozialrechts.

Mit der Erweiterung der Sozialrechtskoordinierung auf alle Unionsbürger und des Verzichts auf eine bestimmte Position am Arbeitsmarkt wird keine neue Ära des Freizügigkeitsrechts eröffnet. Vielmehr folgt das Sekundärrecht einer Entwicklung, die durch die Einführung der Unionsbürgerschaft im Primärrecht vorgezeichnet ist.

Maßstäbe wurden vom EuGH zum einen durch die Ausdehnung des Arbeitnehmerbegriffs auf Arbeitssuchende vorgenommen<sup>59</sup> und zum anderen durch die Erweiterung der Ansprüche auf Gleichbehandlung im Bereich der sozialen Sicherung, der sozialen Vergünstigung und sogar der Sozialhilfe<sup>60</sup> auf wirtschaftlich inaktive, gewanderte Unionsbürger. Grundprämisse ist hierbei, dass Unionsbürger, die von ihrem Recht auf Freizügigkeit Gebrauch gemacht haben und sich rechtmäßig in einem anderen Mitgliedstaat aufhalten, in den Anwendungsbereich des EU-Primärrechts fallen.<sup>61</sup> Soweit sich Unionsbürger auf der Suche nach Arbeit nach Deutschland begeben, sind Regelungen der Verordnungen und Richtlinien nicht an Art. 18 AEUV, sondern an Art. 45 AEUV zu messen, da dieser das allgemeine Diskriminierungsverbot für Arbeitnehmer einschließlich Arbeitssuchende konkretisiert.

Gerade weil die Freizügigkeit innerhalb der EU auf die optimale Anpassung des Arbeitsmarkts an die Entwicklungsfähigkeit der Wirtschaft zielt, dehnt der EuGH den Begriff der Arbeitnehmer über den Anwendungsbereich der VO 492/2011 (ex 1612/68) hinaus auf Arbeitssuchende aus.<sup>62</sup>

Zugleich wird jedoch für Arbeitssuchende im Unterschied zu Arbeitnehmern eine Einschränkung des strikten Gleichbehandlungsgrundsatzes vorgenommen und die Leistungsansprüche werden abhängig gemacht vom Nachweis einer gewissen Verbindung zum Arbeitsmarkt des Aufenthaltsstaates.<sup>63</sup> *Davy*<sup>64</sup> weist zu Recht darauf hin, dass sich für diese Differenzierung in der Gleichheit weder eine klare dogmatische Bezugnahme noch eine präzise Grenzziehung zur Diskriminierung findet. Ein entsprechend vorsichtiges Herantasten an diese Grenze findet sich auch in den Schlussanträgen *Vatouras/Koupatantze*<sup>65</sup>. Entscheidend wird hier auf die politische Abgrenzung der Arbeitnehmerfreizügigkeit von der Förderung des Sozialtourismus abgestellt: „Um das Diskriminierungsverbot des Art. 12 EG in Verbindung mit Art. 39 EG mit den Gefahren des sogenannten „Sozialtourismus“ abzustimmen“.<sup>66</sup>

54 EuGH v. 21.12.2011 – C-424/10 *Ziolkowski/Szeja*.

55 *Overmeiren/Eichenhofer/Verscheuren* (Hrsg.), *Analytical Study 2011*, S. 42.

56 So auch Europäische Kommission, Erläuterungen zur modernisierten Koordination der sozialen Sicherheit, VO (EG) Nr. 883/2004 und (EG) Nr. 987/2009, B – Beziehung – Verordnung 883/2004 und Richtlinie 2004/38/EG, Januar 2011.

57 Vgl. o. Fn. 45.

58 So für Rechte aus VO 1612/68 EuGH v. 7.10.2010 – C-162/09 *Lassal* und v. 25.7.2008 – C-127/08 *Metock*.

59 EuGH v.11.7.2002 – C-224/98 *d’Hoop*; v.23.3.2004 – C-138/02 *Collins*; v. 4.6.2009 – C-22/08 *Vatsouras*.

60 EuGH v. 28.2.2008 – C-164/07 *Wood*.

61 Siehe auch *Husmann* (o. Fn. 19), S. 549.

62 EuGH v.11.7.2002 – C-224/98 *d’Hoop*; v.23.3.2004 – C-138/02 *Collins*; v. 4.6.2009 – C-22/08 *Vatsouras*.

63 EuGH v. 23.3.2004 – C-138/02 *Collins*.

64 *Davy*, ZESAR 2010, 307 (313).

65 Schlussanträge des GA *Ruiz-Jarabo Colomer* v. 12.3.2009 in der Sache *Vatouras* – C-22/08 und *Koupatantze* – C-23/08.

66 A. a. O.

Gleichzeitig betont der EuGH jedoch, dass die Anforderungen keine abschreckende Wirkung haben dürfen und keine Hindernisse für Unionsbürger, die sich zur Arbeitsuche in einen anderen Staat begeben wollen, setzen dürfen. Die Anforderungen dürfen „nicht über das hinausgehen (darf), was erforderlich ist, damit die nationalen Behörden sich vergewissern können, dass die betreffende Person tatsächlich auf der Suche nach einer Beschäftigung auf dem Arbeitsmarkt des Aufnahmemitgliedstaats ist.“<sup>67</sup> In den Schlussanträgen *Vatouras/Koupatantze* wird hilfsweise – falls der EuGH nicht zur Feststellung der Arbeitnehmereigenschaft der betroffenen Personen gelangen sollte – beantragt, die ausschließenden Bestimmungen des SGB II für unvereinbar mit Art. 45 AEUV und der hierzu ergangenen Rechtsprechung des EuGH in der Sache *Collins* zu erklären, weil es nach diesen Bestimmungen nicht möglich ist, danach zu differenzieren, ob eine Verbindung zum Aufenthaltsstaat vorliegt.<sup>68</sup>

Die Gefahr von Wanderungen, die ausschließlich den Zwecken des Sozialleistungsbezugs dienen, wird also in der Rechtsprechung des EuGH durchaus berücksichtigt, aber nur soweit als Rechtfertigung für eine Ungleichbehandlung anerkannt, als sie zur Bekämpfung und Vermeidung von Missbrauch tatsächlich erforderlich ist.

Der EuGH beschränkt die Ausdehnung des Anspruchs auf Teilhabe an den Sozialleistungssystemen des Aufenthaltsstaats nicht allein auf Arbeitsuchende, sondern bezieht gestützt auf das allgemeine Diskriminierungsverbot wegen der Staatsangehörigkeit nach Art. 18 AEUV auch wirtschaftlich inaktive Personen ein. Die grundlegende Positionierung des EuGH erfolgte mit der Entscheidung *Martinez Sala*,<sup>69</sup> die eine Klägerin betraf, für die der persönliche Anwendungsbereich der VO 1408/71 oder der VO 1612/68 möglicherweise nicht eröffnet war. Der EuGH stellt hier fest, dass die Betroffene als Unionsbürgerin mit gewöhnlichem Aufenthalt im Bundesgebiet in den Anwendungsbereich der Verträge falle und aus diesem Grund der Gleichbehandlungsgrundsatz uneingeschränkt auf sie anzuwenden sei. Die heftige Kritik<sup>70</sup> an dieser Entscheidung spiegelt vor allem die Sorge um die Einwanderung in die Sozialsysteme. In der Entscheidung *Grzelczyk*<sup>71</sup> wird darauf hingewiesen, dass die Mitgliedstaaten dem Sozialleistungsbezug von Unionsbürgern nicht schutzlos ausgeliefert seien, weil sie Möglichkeiten der Beendigung des Aufenthalts bei übermäßiger Inanspruchnahme der Sozialleistungssysteme hätten. Die Bestätigung im Fall *Trojani*<sup>72</sup> betont den unbeschränkten Anspruch auf Sozialleistungen aus Art. 18 AEUV (damals Art. 12 EGV), soweit und solange ein rechtmäßiger Aufenthalt besteht. Hierbei wird festgestellt, dass sich das Aufenthaltsrecht aus der Unionsbürgerschaft unmittelbar ableitet,<sup>73</sup> und die vorgesehenen Beschränkungen von dem Mitgliedstaat erst umgesetzt werden müssen,<sup>74</sup> und zwar auf der Grundlage einer Prüfung in Übereinstimmung mit den Grundsätzen des Primärrechts, insbesondere dem der Verhältnismäßigkeit. Hinsichtlich des Freizügigkeitsrechts finden sich in den Entscheidungen des EuGH nicht immer klare Feststellungen, entweder wird es jedoch vorausgesetzt<sup>75</sup> oder aus dem Verzicht auf aufenthaltsbeendende Maßnahmen<sup>76</sup> oder aus der Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis<sup>77</sup> abgeleitet. Jedenfalls kann ein ein-

mal entstandenes Recht nicht erlöschen, es muss auf der Grundlage einer Ermessensprüfung festgestellt werden.<sup>78</sup>

Die Entscheidung *Dias*<sup>79</sup> steht dem nicht entgegen, weil hier darauf abgestellt wird, dass für das Recht zum Daueraufenthalt nicht nur ein gewährendes Aufenthaltsrecht erforderlich ist, sondern ein nach EU-Recht unbedingtes Aufenthaltsrecht, in welches durch nationale behördliche Maßnahmen nicht hätte eingegriffen werden können. Der nach nationalem Recht gewährte Aufenthalt ergab sich gerade aus der Nichtentziehung der Bescheinigung über ein Aufenthaltsrecht nach EU-Vorschriften, obwohl es hätte entzogen werden können.<sup>80</sup> Damit wird jedoch das Recht auf Gleichbehandlung während der Zeit des gewöhnlichen Aufenthalts, auf welches Recht dieser sich auch immer gründen mag, nicht in Frage gestellt.

Dennoch kann nicht übersehen werden, dass in allen bisher entschiedenen Fällen, in denen eine Sozialleistung unmittelbar aus Art. 18 AEUV oder der Unionsbürgerschaft abgeleitet wurde, bereits ein enger Bezug zum Zuwanderungsstaat bestand.

Der allgemeine Diskriminierungsschutz kann nicht weiter gehen als der besonders hervorgehobene Gleichbehandlungsgrundsatz für Arbeitnehmer nach Art. 45 AEUV. Leistungsansprüche setzen daher zumindest einen erkennbaren Bezug zu dem Staat des Leistungsträgers voraus.<sup>81</sup> Es ist auch zu berücksichtigen, dass die staatliche soziale Verantwortung nicht einfach durch eine europäische Verantwortung ersetzt wurde, sondern dass die europäische Sozialpolitik weiterhin orientiert auf die Freizügigkeit von Marktteilnehmern und diese vor jeder Form des Verlustes von Sozialschutz bewahren will.<sup>82</sup>

Für Leistungsansprüche nach SGB II wird als besondere beitragsunabhängige Geldleistung nach Art. 70 VO 883/2004 ein gewöhnlicher Aufenthalt, gemessen an den in Art. 1 lit. j VO 883/2004 i. V. m. Art. 11 VO 987/2009, gefordert. Diese Kriterien verlangen deutlich mehr als nur die Anmeldung eines Wohnsitzes. Der Aufenthaltsort muss den Mittelpunkt des Interesses einer Person bilden, wobei die Dauer und Kontinuität des Aufenthalts, die Ausübung einer Tätigkeit, die Familienverhältnisse, die Wohnsituation u.a. zu berücksichtigen sind. Reichen diese Kriterien nicht aus, so ist auch auf die persönliche Motivation für den Ortwechsel abzustellen (Art. 11 VO 987/2009).

67 EuGH v.23.3.2004 – C-138/02 *Collins*.

68 Schlussanträge des GA Ruiz-Jarabo Colomer v. 12.3.2009 in der Sache *Vatouras* – C-22/08 und *Koupatantze* – C-23/08.

69 EuGH v. 12.5.1998 – C-85/96 *Martinez Sala*.

70 *Hailbronner*, NJW 2004, 2185; v. *Bogdandy/Bitter* in FS für Zuleeg, 309; *Callies*, EuR 2007, Beiheft 1, 7; *Tomuschat*, ZaöRV 68 (2008), 307.

71 EuGH v.20.9.2001 – C-184/99 *Grzelczyk*.

72 EuGH v. 7.9.2004 – C-456/02 *Trojani*.

73 So ausdrücklich auch EuGH v. 17.9.2002 – C-413/99 *Baumbast*.

74 So bereits EuGH v. 20.9.2001 – C-184/99 *Grzelczyk*.

75 EuGH v. 15.3.2005 – C-209/03 *Bidar*.

76 EuGH v. 12.5.1998 – C-85/96 *Martinez Sala*.

77 EuGH v. 7.9.2004 – C-456/02 *Trojani*.

78 *Hailbronner*, ZFSH/SGB 2009, 195 (197); *Wollenschläger*, EuZW 2005, 310 f.

79 EuGH v. 21.7.2011 – C-325/09 *Dias*.

80 Siehe auch Schlussanträge der Generalanwältin *Trstenjak* v. 17.2.2011 in der Sache C-325/09 *Dias*.

81 EuGH v. 20.1.2011 – C-155/09 Kommission gegen Hellenische Republik; v. 1.10.2009 – C-103/08 *Gottwald*.

82 So auch *Davy*, ZESAR 2010, 307 (308 f.).

Für die Feststellung eines Wohnortes ist mithin die Bewertung des konkreten Einzelfalls unverzichtbar. Wer sich etwa ausschließlich zur Erkundung des Arbeitsmarktes in einen anderen Staat begibt, begründet hier noch keinen Wohnort, solange seine sonstigen Bindungen zum Herkunftsstaat bestehen bleiben. Anders kann sich die Situation darstellen, wenn bereits bei Einreise oder unmittelbar danach ein intensiver Bezug zum Zuwanderungsstaat besteht oder entsteht. Beispiele hierfür sind der Zugang zu engen Familienangehörigen, die Eheschließung in Deutschland mit einer hier bereits ansässigen Person, aber auch Wohneigentum in diesem Staat, vorangegangener langjähriger Aufenthalt mit gefestigten sozialen Bindungen, die Vorbereitung auf eine konkret in Aussicht genommene Arbeitsstelle und die Aufgabe der Wohnung, der Arbeitsstelle oder sonstiger wichtiger Bindungen im Herkunftsstaat.

Der Wohnortbegriff der europäischen Sozialrechtskoordination verlangt demnach ebenfalls nach einer Verbindung zum Aufnahmestaat, die nicht substantiell hinter der vom EuGH<sup>83</sup> geforderten Bindung zu einem Mitgliedstaat zurückbleibt. Allerdings orientiert die Wohnortklausel der VO 883/2004 stärker auf die Bewertung des jeweiligen Einzelfalls, wird aber gerade damit den Grundsätzen des Primärrechts besser gerecht. Die Einschränkungen des Diskriminierungsverbots werden durch die Anforderungen an den Wohnort auf eine klarere dogmatische Grundlage gestellt und erhalten Konturen, die den Besonderheiten der Zuzugsbedingungen besser Rechnung tragen können.

Schließlich ist angesichts der Grundrechtsqualität einer Leistung zur Sicherung des Existenzminimums und eines Mindestmaßes an Teilhabe an der Gesellschaft auch die GRC zu beachten, die mit dem Vertrag von Lissabon unmittelbare Wirkkraft für die Mitgliedstaaten in den Bereichen erhält, in denen das Recht der EU zur Anwendung kommt. Eine Anwendung auf die Gestaltung des Rechts der Existenzsicherung scheidet damit aus, weil insoweit zweifelsfrei rein nationales Recht betroffen ist. Im Unterschied dazu fällt die Anwendung der Diskriminierungsverbote wegen der Staatsangehörigkeit, bezogen auf die Teilhabe an einer sozialen Leistung, die durch nationales Recht begründet wird, in den Anwendungsbereich der Verträge und damit der GRC. Zunächst ergibt sich aus Art. 1 GRC eine Verpflichtung zum Schutz der Menschenwürde durch die Mitgliedstaaten. Hierdurch dürfen aber keine neuen Rechtspositionen geschaffen werden,<sup>84</sup> sondern allein die Ausführung von EU-Recht muss auf die Menschenwürde rückbezogen werden. Allerdings müssen Einschränkungen eines in die GRC aufgenommenen Grundrechtes auf ihre Vereinbarkeit mit der Menschenwürde überprüft werden.<sup>85</sup> In Bezug genommen wird hier das Grundrecht aus Art. 21 II GRC, welches vorbehaltlich besonderer Bestimmungen der Verträge jede Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit verbietet. Begrenzungen dieses Gleichbehandlungsgrundsatzes, die etwa eine gleiche Behandlung von EU-Ausländern mit Inländern davon abhängig macht, dass eine gewisse Beziehung zu dem jeweiligen Mitgliedstaat hergestellt wurde oder ein Wohnort in dem anderen Mitgliedstaat begründet wurde, müssen an dem Grundsatz gemessen werden, dass kein Unionsbürger durch diese Begrenzung in die Gefahr der

Verletzung der Menschenwürde gerät. Einschränkungen von Leistungsansprüchen wären, selbst wenn noch keine ausreichende Verbindung durch einen gewöhnlichen Aufenthalt im Zuzugsstaat hergestellt wurde, an der individuellen Lage, in der sich eine Person befindet, zu messen und in dem Umfang zu erbringen, in dem sie zum Schutz der Menschenwürde erforderlich wären.

Das deutsche Sozialrecht mit seiner starken Orientierung auf die Menschenwürde kann diesem Anliegen ohne weiteres durch die Verweisung auf Art. 23 V SGB XII Rechnung tragen. Unionsbürger ohne einen Wohnort/gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland fallen bereits tatbestandsmäßig nicht in den Anwendungsbereich des SGB II (§ 7 I 1 Nr. 4 SGB II). Leistungen der Sozialhilfe hingegen sind nicht durch § 21 SGB XII ausgeschlossen, da die betroffenen Personen mangels gewöhnlichen Aufenthalts in Deutschland auch dem Grunde nach nicht nach SGB II leistungsberechtigt sind.<sup>86</sup> Für sie gelten die Leistungseinschränkungen des § 23 III SGB XII. Wer von seinem Aufenthaltsrecht als Tourist, Besucher, Dienstleister oder Dienstleistungsempfänger Gebrauch macht, kann in Notfällen Leistungsansprüche nach § 27 SGB XII wie andere Ausländer mit rechtmäßigem Aufenthalt gegenüber dem Sozialamt geltend machen. Hierzu gehören vor allem unerwartet auftretende Krankheiten, Unfälle und Verlust des Reisegeldes. Wer sich hingegen zum Zweck der Arbeitssuche nach Deutschland begeben hat oder aber zur Inanspruchnahme von Sozialleistungen, für den wird der Rechtsanspruch nach § 27 SGB XII reduziert auf einen Ermessensanspruch. Zu gewähren sind nur diejenigen Leistungen, die sich den Umständen entsprechend als unabweislich zur Wahrung der Menschenwürde erweisen (§ 23 III SGB XII).<sup>87</sup> Im Regelfall bedeutet dies die Verweisung auf die Heimreise bei Finanzierung der Reisekosten und des Reiseprovianten. In Fällen bevorstehender Niederkunft, unmittelbar behandlungsbedürftiger Erkrankungen, bei Gefährdung des Kindeswohls oder anderen wichtigen Verbleibensgründen kann auch jede Reduzierung des Leistungsumfanges unverhältnismäßig sein.

Die Orientierung des Gleichheitsgrundsatzes der GRC auf die Menschenwürde entspricht der Ausrichtung der existenzsichernden Leistungen im deutschen Sozialrecht und führt daher auf einen übereinstimmenden Schutzzumfang nach deutschem und europäischem Recht.

Soweit ein Wohnort in Deutschland begründet wurde, wird der sekundärrechtlich durch Art. 4 i. V. m. Art. 70 VO 883/2004 verbürgte Anspruch auf SGB II-Leistungen durch Art. 34 II GRC zum europäischen Grundrecht. Der hier formulierte gleichberechtigte Anspruch auf Leistungen der sozialen Sicherheit nach Unionsrecht und nationalem Recht, abhängig vom Wohnsitz innerhalb der Union, kann sich nur auf die gleichen Leistungen beziehen, die auch von der VO 883/2004 erfasst werden und schließt daher die besonderen beitragsunabhängi-

83 EuGH v. 24.3.2004 – C-138/02 *Collins*; v. 21.7.2011 – C-503/09 *Stewart*.

84 *Meyer/Borowsky*, GRC, Art. 1, Rn. 33 f.

85 *Van Vormizeele*, in Schwarze, EU-Kommentar, Art. 1 GRC, Rn. 4.

86 *Heinig*, ZESAR 2008, 465 (470).

87 *Wahrendorf*, in Grube/Wahrendorf, SGB XII, § 23, Rn. 34; *Coseriu*, in Keikebohm, SGB XII, § 23, Rn. 13; *Birk*, in Bieritz-Harder/Conradis/Thie, SGB XII, § 23, Rn. 21.



gen Geldleistungen ein.<sup>88</sup> Wird der Gleichbehandlungsgrundsatz aus Art. 4 VO 883/2004 durch die Aufnahme in die GRC zu einem primärrechtlichen Grundsatz, der bei der Ausgestaltung der europäischen Freizügigkeit stets zu beachten ist, so müssen auch die Regeln und Optionen der Unionsbürgerrichtlinie dahinter zurücktreten.

## 5. Der Einfluss des Europäischen Fürsorgeabkommens

Das Recht der Abkommen des Europarats wird in Deutschland durch Inkorporation nach Art. 59 GG in nationales Recht übernommen. Das Europäische Fürsorgeabkommen (EFA) vom 11.12.1953 trat für die Bundesrepublik durch Gesetz vom 15.5.1956<sup>89</sup> am 1.9.1956 in Kraft und fügt sich als einfaches Bundesgesetz unterhalb des Verfassungsrechts sowie des Europäischen Primär- und Sekundärrechts in das Normengefüge ein. Das Abkommen beinhaltet unmittelbar wirksame (self executing) Ansprüche für die einzelnen Bürger der Mitgliedstaaten. Für das Verhältnis zu den Grundsicherungsleistungen nach SGB II und den Ansprüchen nach Art. 4, Art. 70 VO 883/2004 kommt es auf Art. 1 EFA an:

„Jeder der Vertragsschließenden verpflichtet sich, den Staatsangehörigen der anderen Vertragsschließenden, 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 (im folgenden als „Fürsorge“ bezeichnet) zu gewähren, die in der in diesem Teil seines Gebietes geltenden Gesetzgebung vorgesehen sind.“

Dem EFA sind neben Deutschland auch die Mehrheit der alten EU-Staaten (vor 2004 beigetreten) mit Ausnahme von Finnland und Österreich beigetreten. Von den neuen EU-Staaten (ab 2004 beigetreten) sind hingegen nur Malta und Estland Mitgliedstaaten des EFA.

Für einen Teil der Unionsbürger schienen die Leistungsansprüche durch die Bezugnahme auf das EFA damit geklärt. Das BSG entschied am 19.10.2010,<sup>90</sup> dass die Ausschlussregeln des § 712 Nr. 1 und Nr. 2 SGB II unabhängig vom EU-Recht nicht auf Angehörige der Mitgliedstaaten des EFA anzuwenden seien, da Art. 1 EFA vorrangig vor der nationalen Regelung zu beachten sei. Als späte Reaktion auf dieses Urteil und angesichts einer drohenden Zunahme der Arbeitsmigration aus den südlichen EU-Staaten erklärte die Bundesrepublik Deutschland mit Wirkung zum 19.12.2011 folgenden Vorbehalt gegen das EFA:

„Die Regierung der Bundesrepublik Deutschland übernimmt keine Verpflichtung, die im Zweiten Buch Sozialgesetzbuch – Grundsicherung für Arbeitsuchende – in der jeweils geltenden Fassung vorgesehenen Leistungen an Staatsangehörige der übrigen Vertragsstaaten in gleicher Weise und unter den gleichen Bedingungen wie den eigenen Staatsangehörigen zuzuwenden.“

Die Bundesagentur für Arbeit zieht aus dem Vorbehalt sofort Konsequenzen für die Leistungsansprüche von Unionsbürgern und erlässt eine neue Weisung:

„Damit finden die Ausschlussgründe nach § 712 Nr. 1 und Nr. 2 SGB II auf die Staatsangehörigen der Vertragsstaaten des EFA wieder Anwendung.“<sup>91</sup>

So schlicht lassen sich die Auswirkungen des neuen Vorbehalts zum EFA auf die Leistungsansprüche von Unionsbürgern allerdings nicht wiedergeben. Die völkerrechtliche Wirksamkeit des Vorbehalts ist hoch umstritten in Hinblick auf eine eventuelle Unvereinbarkeit mit Ziel und Zweck des Abkommens (Art. 19 lit. c Wiener Vertragsrechtskonvention) und in Hinblick auf die Beschränkung des Rechts nachträglicher Vorbehalte auf neue Rechtsvorschriften (Art. 16 lit. b EFA). Auch die innerstaatliche Wirksamkeit des Vorbehalts wird wegen der fehlenden Parlamentsbeteiligung in Frage gestellt.<sup>92</sup> Der Vorbehalt bleibt jedoch möglicherweise unbedeutend für die Leistungsansprüche von Unionsbürgern.

Bereits die Anwendung des EFA nur auf den Teil der Unionsbürger, die einem Mitgliedstaat des EFA angehören, als Folge des BSG-Urteils,<sup>93</sup> löste erhebliche Bedenken aus. Zwischen den Mitgliedstaaten der EU darf nicht wegen ihrer jeweiligen Staatsangehörigkeit und damit auch nicht nach der Zugehörigkeit zum EFA differenziert werden. Der EuGH wies in der *Gottardo*-Entscheidung<sup>94</sup> darauf hin, dass die Rechtsstellung, die Angehörigen eines EU-Staates aufgrund eines zwischenstaatlichen Abkommens eingeräumt wird, auf alle übrigen Unionsbürger zu erstrecken ist, weil jede Differenzierung in den Rechtspositionen dem Verbot der Ungleichbehandlung wegen der Staatsangehörigkeit (jetzt Art. 18 AEUV, Art. 21 II EGC) widerspricht.<sup>95</sup> Als Konsequenz aus der Entscheidung *Gottardo* erließ die Verwaltungskommission der Europäischen Gemeinschaften für die Soziale Sicherheit der Arbeitnehmer eine Empfehlung an die Mitgliedstaaten,<sup>96</sup> in der es heißt:

„Deshalb sollte klargestellt werden, dass die zwischen einem Mitgliedstaat und einem Drittstaat geschlossenen bilateralen Abkommen über soziale Sicherheit dahin auszulegen sind, dass die den Staatsangehörigen des vertragschließenden Mitgliedstaats zustehenden Vorteile grundsätzlich auch einem Gemeinschaftsbürger gewährt werden sollten, der sich objektiv in der gleichen Situation befindet.“ (Erwägung 9)

Damit besteht bei Anwendung des EFAs im Bereich der existenzsichernden Leistung eine Verpflichtung zur Gleichbehandlung aller Unionsbürger mit Wohnsitz in Deutschland ohne Differenzierung zwischen den verschiedenen Staatsangehörigkeiten.

88 *Kingreen*, in *Callies/Ruffert*, EUV/AEUV, Art. 34 GRCh, Rn. 6; *Frenz*, Hdb EuR IV, Rn. 4140 ff.

89 BGBl. II, 1956, S. 564 ff.

90 BSG v. 19.10.2010 – B 14 AS 23/10 R.

91 <[http://www.arbeitsagentur.de/nn\\_166486/zentraler-Content/HEGA-Internet/A07-Geldleistung/Dokument/GA-SGB-2-NR-08-2012-02-23.html](http://www.arbeitsagentur.de/nn_166486/zentraler-Content/HEGA-Internet/A07-Geldleistung/Dokument/GA-SGB-2-NR-08-2012-02-23.html)>, aufgerufen am 11.3.2012.

92 SG Berlin v. 25.4.2012 – S 55 AS 9238/12; a. A. LSG Berlin-Brandenburg v. 5.3.2012 – L 29 AS 414/12 B ER.

93 BSG v. 19.10.10 – B 14 AS 23/10 R.

94 EuGH v. 15.1.2002 – C-55/00.

95 Siehe auch EuGH v. 11.9.1999 – C-307/97 *Saint-Gobain; Dern*, in *Schreiber/Wunder/Dern*, Art. 8 VO (EG) Nr. 883/2004, Rn. 12; *Steinmeyer*, in *Fuchs*, Europäisches Sozialrecht, Art. 8 VO (EG) Nr. 883/2004, Rn. 3 ff.; *Eichenhofer*, SGB 2011, 463 ff.; *Husmann*, ZESAR 2010, 97 (105).

96 Empfehlung Nr. 22 v. 18.6.2003 – 2003/868/EG, in der überarbeiteten Fassung v. 19.6.2009, ABl. v. 24.4.2010 C 106/47 f.

Entscheidend ist jedoch der Vorrang der VO 883/2004 vor den Regelungen des Art. 1 EFA hinsichtlich der Leistungen, die in den Anwendungsbereich der VO 883/2004 fallen. Der Vorrang der VO 883/2004 vor internationalen Abkommen, die sich auf identische Sozialleistungen für einen übereinstimmenden Personenkreis beziehen, wird in Art. 8 VO 883/2004 auch ausdrücklich verfügt. Danach werden zwischenstaatliche Abkommen außer Kraft gesetzt, soweit sich die VO auf dieselbe Leistung bezieht. Ausgenommen sind lediglich die Abkommen, die im Anhang II registriert wurden. Vermieden werden sollen dadurch vor allem Überlagerungen, die die Rechtspositionen von Personen beeinträchtigen könnten, die in den Anwendungsbereich der Verordnung fallen.<sup>97</sup> Die Wirksamkeit der Abkommen selbst wird nicht aufgehoben, es wird lediglich ihre Anwendbarkeit auf Personen, die in den Rechtskreis der VO einbezogen sind, eingeschränkt. Verdrängt werden die Regelungen, die sich auf Leistungen beziehen, die durch die VO eine zumindest ebenso günstige Regelung erfahren haben. Soweit Leistungen zur Sicherung des Existenzminimums als beitragsunabhängige Sonderleistungen nach Art. 70 VO 883/2004 zu qualifizieren sind (nach Anlage X Leistungen nach SGB II und nach §§ 41 ff. SGB XII) wird der Gleichbehandlungsgrundsatz nach Art. 1 EFA vollständig verdrängt von dem – nunmehr statusunabhängig bestehenden – Gleichbehandlungsgrundsatz nach Art. 4 VO 883/2004.<sup>98</sup> Wenn das BSG<sup>99</sup> bezweifelt, dass ein Europaabkommen durch die EU-Verordnung verdrängt werden könne, so wird damit die vertragliche Bindung der einzelnen Mitgliedstaaten an die Europaabkommen und die grundsätzliche Zusammenarbeit zwischen EU und Europarat angesprochen. Dies führt jedoch nicht zu einer Verschiebung der Normhierarchie und berührt nicht den systematischen Vorrang von EU-Rechtssetzungen gegenüber dem Abkommensrecht des Europarats. Die VO beansprucht unbedingte Geltung „in jedem Mitgliedstaat“ (Art. 288 AEUV) für ihren Geltungsbereich (Art. 3 I und III VO 883/2004) und verdrängt damit entgegenstehendes Recht nachrangiger Rechtsebenen.<sup>100</sup> Soweit allerdings nationales Recht, welches auch durch die Inkorporation internationaler Abkommen gebildet werden kann, Rechtsansprüche verleiht, die über die Ansprüche aus der VO hinausgehen, steht ihrer Anwendung nichts entgegen.<sup>101</sup>

Nachdem durch den Gleichbehandlungsgrundsatz in Art. 4 VO 883/2004 und des Art. 34 II GRC alle Angehörigen der Mitgliedstaaten mit Wohnort in einem Mitgliedstaat einen Anspruch auf Inländergleichbehandlung im Bereich der beitragsunabhängigen Sonderleistungen haben, wird das EFA für Unionsbürger im Bereich der SGB II-Leistungen vollständig von der VO 883/2004 verdrängt. Leistungsansprüche nach SGB II sind also auch nach der Erklärung des Vorbehalts (ob nun wirksam oder nicht) ausschließlich an der VO 883/2004 und an Art. 34 II GRC zu messen und hängen damit allein von der Feststellung des Wohnortes in Deutschland ab.

## 6. Fazit

Die Neugestaltung der sozialrechtlichen Koordinierung innerhalb der EU durch die VO 883/2004, in Kraft getreten am

1.5.2010, führt zu einer Erweiterung des persönlichen Anwendungsbereichs auf alle Unionsbürger unabhängig von ihrem Status und zu ihrer wirtschaftlichen Betätigung. Dieser Anspruch erhält eine Verstärkung auf der Ebene des Primärrechts durch Art. 34 II GRC. Der strikte Gleichbehandlungsgrundsatz des Art. 4 VO 883/2004 bezieht sich auch auf die besonderen beitragsunabhängigen Geldleistungen, zu denen auch die Leistungen nach SGB II und die Grundsicherung nach §§ 41 ff. SGB XII gehören, nicht aber die Hilfe zum Lebensunterhalt nach §§ 27 ff. SGB XII.

Diese Weiterentwicklung des EU-Rechts erfordert eine Neubewertung der Leistungsausschlüsse für Unionsbürger nach § 7 I 2 Nr. 1 und Nr. 2 SGB II.

Die VO 883/2004 geht Gesetzen im Rang eines nationalen Bundesgesetzes vor, so dass die Regelungen des SGB II nur soweit zur Anwendung kommen, als sie mit der VO 883/2004 vereinbar sind. Leistungsausschlüsse im Bereich des SGB II können deshalb nur für Personen vorgesehen werden, die nicht über einen Wohnort im Sinne des EU-Rechts in Deutschland verfügen. Für diesen Wohnort ist mehr erforderlich als eine Wohnsitzanmeldung, vielmehr muss der Mittelpunkt des persönlichen Interesses einer Person an diesem Ort liegen. Genaue Kriterien für die Bestimmung des Wohnortes finden sich in Art. 11 VO 987/2009 (Durchführungsverordnung zu VO 883/2004).

Durch den Wohnort als Mittelpunkt des Interesses einer Person wird zugleich eine Verbindung zum Aufenthaltsstaat hergestellt, welche den Anforderungen entspricht, die der EuGH an die volle Teilhabeberechtigung nach Art. 45 AEUV von Arbeitssuchenden stellt. Die Kriterien für eine tatsächliche Verbindung zum Aufenthaltsstaat lassen sich jedoch durch den Begriff des Wohnortes klarer und dogmatisch sauberer bestimmen. Nicht mehr vorrangig die Aufenthaltszeit, sondern die Gesamtumstände des Aufenthalts werden zum maßgeblichen Kriterium. Zugleich wird die Anforderung an die Verbindung zum Aufenthaltsstaat auch auf die Personen übertragen, die aus familiären oder sonstigen persönlichen Interessen zuwandern, sich aber zugleich dem Arbeitsmarkt zur Verfügung stellen.

Die in der Unionsbürgerrichtlinie enthaltene Option des Anspruchsausschlusses für Sozialleistungen (Art. 24 II) steht dem Ergebnis nicht entgegen, weil Verordnungen unmittelbar in jedem Mitgliedstaat anzuwenden sind (Art. 288 AEUV) und deshalb nicht von einer Gestaltungsoption in einer Richtlinie, die lediglich im Rang eines einfachen Gesetzes in deutsches Recht umzusetzen ist, verdrängt werden kann. In jedem Fall sind Richtlinien aber im Lichte der GRC auszulegen, die von

97 *Steinmeyer*, in Fuchs (o. Fn. 41), Art. 8 VO 883/2004, Rn. 3.

98 In dem vom BSG v. 19.10.10 – B 14 A9 23/10R – zu entscheidenden Fall kam noch die Vorgängerregelung der VO 1408/71 zur Anwendung, die wirtschaftlich inaktive Unionsbürger und Arbeitssuchende nicht erfasste.

99 BSG v. 19.10.2010 – B 14 AS 23/10 R.

100 So auch *Schreiber*, in *Schreiber/Wunder/Dern*, Art. 70, Rn. 28.

101 Der EuGH hatte zunächst in der Entscheidung *Walder v. 7.6.1973* – C-82/72 einen absoluten Vorrang des EU-Rechts statuiert, diesen jedoch in den Entscheidungen *Rönfeldt v. 7.2.1991* – C-227/89, *Thelen v. 9.11.2000* – C-75/99 und *Kaske v. 5.2.2002* – C-277/99 dem Vorbehalt unterstellt, dass dadurch eine bestehende Rechtsposition nicht verkürzt werden dürfe.

Art. 34 II erfassten Leistungen können daher für Personen mit einem Wohnort in Deutschland nicht ausgeschlossen werden.

Auch Unionsbürger ohne einen Wohnort in Deutschland werden nicht aus dem System einer menschenwürdigen Existenzsicherung ausgegrenzt. In Notlagen sind ihnen Leistungen nach §§ 27 ff. SGB XII zu gewähren, die unter Umständen nach § 23 III SGB XII beschränkt werden können, wenn die Einreise zum Zweck der Inanspruchnahme von Leistungen erfolgte oder

die Arbeitssuche zunächst unter Beibehaltung des Wohnortes im Herkunftsland erfolgt.

Der Vorbehalt der Bundesregierung zum EFA ändert an dieser Anspruchssituation nichts, da die VO 883/2004 vorrangig zu beachten ist und die Anwendung des EFA sogar ausschließt, soweit die betroffenen Sozialleistungen eine mindestens ebenso weitgehende Regelung bereits in der VO 883/2004 erfahren haben.

Carsten Hörich/Dr. Marcus Bergmann, Halle (Saale)\*

## §§ 98b, 98c AufenthG – Ein Beispiel misslungener 1:1-Umsetzung von Richtlinien!

*Im Rahmen des 2. Richtlinienumsetzungsgesetzes sind in das Aufenthaltsgesetz zwei Normen aufgenommen worden, durch welche Ausschlüsse von öffentlichen Aufträgen bzw. Subventionen als Sanktion für die Beschäftigung illegal aufhältiger Drittstaatsangehöriger angeordnet werden können. Bei Durchsicht dieser Normen ergeben sich allerdings Bedenken hinsichtlich der Anwendbarkeit der dort getroffenen Regelungen, deren konkreten Inhalts und deren Weite.*

### 1. Einleitung

Im Rahmen des 2. Richtlinienumsetzungsgesetzes<sup>1</sup> wurde die sog. Sanktionsrichtlinie<sup>2</sup> mit in das deutsche Recht umgesetzt. Diese normiert unter anderem eine Verpflichtung der Mitgliedstaaten, dafür Sorge zu tragen, dass die Beschäftigung von Drittstaatsangehörigen ohne rechtmäßigen Aufenthalt eine Straftat darstellt.<sup>3</sup> Gemäß Art. 7 I lit. a-c der Sanktionsrichtlinie treffen die Mitgliedstaaten die erforderlichen Maßnahmen um sicherzustellen, dass gegen die Arbeitgeber, die Drittstaatsangehörige ohne rechtmäßigen Aufenthalt beschäftigen, auch der Ausschluss von öffentlichen Subventionen oder Aufträgen angeordnet werden kann. Dieser kann nach Art. 11 der Sanktionsrichtlinie auch gegenüber den juristischen Personen, zu deren Gunsten die Taten begangen wurden, angeordnet werden.

Diese Regelungsverpflichtung hat der deutsche Gesetzgeber nunmehr durch die Neueinführung der §§ 98b, 98c AufenthG erfüllt.<sup>4</sup> Diese normieren – verkürzt beschrieben – die in der Sanktionsrichtlinie vorgesehenen Möglichkeiten des Ausschlusses von öffentlichen Subventionen und Aufträgen. Mithin enthält das AufenthG nunmehr als weitere Nuancen jeweils eine vergabe- bzw. subventionsrechtliche Norm mit Sanktionscharakter.<sup>5</sup>

Im Folgenden soll der Inhalt dieser für das Aufenthaltsrecht eher ungewöhnlichen Normen knapp erörtert werden. Im Anschluss sollen die – aus Sicht der Autoren und ohne Anspruch auf Vollständigkeit – bestehenden Hauptproblempunkte, die

sich bei Anwendung und Auslegung der Norm ergeben, dargestellt werden.

### 2. Inhalt der Normen

Gemäß § 98b I 1 Nr. 1 AufenthG kann die zuständige Behörde<sup>6</sup> Anträge auf Subventionen i. S. d. § 264 StGB<sup>7</sup> ganz oder teilweise ablehnen, wenn der Antragsteller oder dessen nach Satzung oder Gesetz Vertretungsberechtigter<sup>8</sup> nach § 404 II Nr. 3

\* Carsten Hörich ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Öffentliches Recht von Prof. Dr. Winfried Kluth; Dr. Marcus Bergmann ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Strafrecht und Strafprozessrecht von Prof. Dr. Christian Schröder. Beide Lehrstühle befinden sich an der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg.

1 Gesetz zur Umsetzung aufenthaltsrechtlicher RL der Europäischen Union und zur Anpassung nationaler Rechtsvorschriften an den Visakodex vom 22.11.2011, BGBl. I, 2011, S. 2258.

2 RL des Europäischen Parlaments und des Rates über die Mindeststandards für Sanktionen und Maßnahmen gegen Arbeitgeber, die Drittstaatsangehörige ohne rechtmäßigen Aufenthalt beschäftigen, RL 2009/52/EG, ABl. EU L 168/24 v. 30.6.2009; ZAR 2009, 205 ff.

3 Vgl. näher zum Inhalt der Sanktionsrichtlinie Voglrieder, ZAR 2009, 168 ff. Insoweit normiert die Sanktionsrichtlinie hier strafrechtliche Sanktionen und Strafen, welche in das deutsche Recht umgesetzt werden müssen. Zur Kompetenzfrage der Europäischen Union bezüglich strafrechtlicher Regelungen vgl. Hörich, ZAR 2010, 49 ff. Vgl. aber auch §§ 10, 11 SchwarzArbG, §§ 233, 291 StGB, § 404 I, II Nr. 3 SGB III, die diese Straftatbestände bereits weitestgehend im deutschen Recht „umsetzen“.

4 Ob die Sanktionsrichtlinie in ihrer Gesamtheit richtig umgesetzt wurde, soll hier nicht Gegenstand der Betrachtung sein, Gegenstand sind „nur“ die §§ 98b, 98c AufenthG.

5 Neben dieser „Besonderheit“ wurde durch das 2. Richtlinienumsetzungsgesetz mit § 98a AufenthG ein zivilrechtlicher Anspruch eines illegal aufhältigen Drittstaatsangehörigen auf Auszahlung seines Erwerbshohes aus illegaler Beschäftigung mit aufgenommen. In § 98a VI AufenthG findet sich eine Rechtswegeröffnung für solche Klagen an die deutschen Arbeitsgerichte. Eine Meldepflicht der Arbeitsgerichte gemäß § 87 I AufenthG besteht allerdings bei Einreichung einer solchen Klage. Inwiefern diese Regelung dogmatisch ins Konzept des AufenthG passt, mag hier dahinstehen.

6 Also die jeweilige Vergabestelle.

7 Durch diesen Verweis ist daher der strafrechtliche Subventionsbegriff des § 264 VII StGB heranzuziehen. Vgl. zu diesem näher Momsen, in von Heitschel-Heinegg (Hrsg.), BeckOK StGB, § 264, Rn. 7 ff.

8 Näher zur Unklarheit der Formulierung „Antragsteller oder dessen nach Satzung oder Gesetz Vertretungsberechtigter“ vgl. unten unter 3.2 Anwendungsbereich – Anwendungsprobleme.