

Europarechtskonformität der Ausschlussgründe von Leistungen nach dem SGB II

M.A. Tanja Decker, Bonn*

I. Einleitung

Spätestens seit den Einreiseerleichterungen für Rumänen und Bulgaren zum 01.01.2014 sind Leistungen der Grundsicherung für Arbeitssuchende nach dem SGB II wieder in den Fokus gesellschaftlicher Debatten gerückt. Denn besonders in Bezug auf diese Leistungen werden oft Vorwürfe des Sozialtourismus oder der Armutseinwanderung laut.¹ Die Debatte um die Zuwanderung von Unionsbürgern und einen möglichen Missbrauch des Freizügigkeitsrechts wirkt dabei sehr diffus, wahrscheinlich auch, weil die Rechtslage noch nicht abschließend geklärt ist. Darüber hinaus ist fraglich, inwiefern der Leistungsausschluss von Unionsbürgern mit den europäischen, einschlägigen Rechtsgrundlagen vereinbar ist. So weist die Judikative in ihren Entscheidungen über einen Leistungsanspruch keine klare Linie auf. Stimmen, die eine Europarechtskonformität befürworten, sind ebenso vorhanden wie solche, die diese verneinen.

Dieser Beitrag soll daher die Konformität der Leistungsausschlüsse von der Grundsicherung für Arbeitssuchende anhand einschlägiger europäischer Rechtsgrundlagen kritisch hinterfragen. Dabei gilt es zu beachten, dass es kein eigenständiges europäisches Sozialrecht gibt, da die EU im sozialen Bereich keine Gesetzgebungskompetenz besitzt. Spricht man vom europäischen Sozialrecht, so ist mit diesem Begriff die Koordinierung der nationalen Systeme der sozialen Sicherheit der Mitgliedsstaaten gemeint. Das beinhaltet lediglich die Etablierung gemeinsamer Grundsätze, die durch den Gesetzgeber und nationale Behörden bei der Rechtsetzung bzw. der Zuteilung von Leistungen beachtet werden müssen.²

II. Leistungen der Grundsicherung für Arbeitssuchende in Deutschland

Die Leistungen nach dem SGB II lassen sich in Leistungen der Eingliederung in Arbeit (§§ 14-18 SGB II) und in Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts (§§ 19-28 SGB II) unterteilen. Zu letzter genanntem zählt auch das sogenannte ALG II, im Volksmund oftmals als Hartz IV bezeichnet. Wer unter welchen Voraussetzungen Leistungen nach diesem Buch erhalten kann, regelt § 7 Abs. 1 S. 1 SGB II.

1. Ausschluss von SGB II-Leistungen nach § 7 Abs. 1 S. 2 SGB II

Von Relevanz sind für Unionsbürger vor allem die in § 7 Abs. 1 S. 2 SGB II enthaltenen Regelungen. Demnach können auch Personen, die die Anspruchsvoraussetzungen i.S.d. § 7 Abs. 1 S. 1 SGB II erfüllen und somit dem Grunde nach leistungsberechtigt wären, vom Anspruch auf SGB-II-Leistungen ausgeschlossen werden, wenn sie unter einer der drei Fallgruppen des § 7 Abs. 1 S. 2 SGB II fallen.

Im Folgenden werden nur die beiden für Unionsbürger relevanten Ausschlussgründe des § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 und Nr. 2 SGB II näher beleuchtet und auf ihre Europarechtskonformität untersucht.

a) Erster Ausschlussgrund: Dreimonatige Karenzzeit nach Einreise

Betroffen von dieser Regelung sind in erster Linie Unionsbürger, die sich nach Art. 6 RL 2004/38/EG § 2 Abs. 5 FreizügG/EU in Deutschland aufhalten und somit von ihrem Recht auf Freizügigkeit Gebrauch machen.³ Es soll verhindert werden, dass Unionsbürger, die von ihrem bedingungslosem Aufenthaltsrecht in den ersten drei Monaten ihres Aufenthaltes Gebrauch machen, dieses nutzen, um in das deutsche Sozialleistungssystem einzuwandern.⁴ Es gilt der Grundsatz, dass alle Ausländer (und somit auch EU-Staatsangehörige) in den ersten drei Monaten ihres Aufenthalts in Deutschland generell vom Kreis der erwerbsfähigen Leistungsberechtigten i.S.d. § 7 Abs. 1 S. 1 SGB II ausgeschlossen sind. Nach Ablauf der dreimonatigen Frist entfällt der Ausschlussgrund des § 7 Abs. 2 S.

* Die Autorin hat 2014 ihren Master in "Beratung und Vertretung im sozialen Recht" an der FH Köln absolviert. Dieser Aufsatz ist Teil der Masterthesis mit dem Thema "Der Anspruch von Unionsbürgern auf Leistungen der Grundsicherung für Arbeitssuchende und ausgewählte Familienleistungen unter Berücksichtigung des Europarechts" welche mit 1,0 benotet wurde. Seit 2014 studiert M.A. Decker Rechtswissenschaft an der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn.

¹ Vgl. *Autor unbekannt* - Ressort Ausländerpolitik, in: Die Welt, 28.12.2013; *Meiritz*, in: Spiegel online, 05.01.2014; *Hauser*, in: F.A.Z., 29.07.2014.

² Vgl. *Eichenhofer*, Sozialrecht, Rn. 86.

³ BT-Drs. 16/5065, S. 234.

⁴ BT-Drs. 16/5065, S. 473.

1 SGB II, es kann aber ein weiterer Ausschlussgrund greifen.⁵ Ob ein weiterer Ausschlussgrund vorliegt, richtet sich nach dem Aufenthaltswort. Ist dieser alleine im Zweck der Arbeitssuche begründet, so bleibt der betreffende Personenkreis durch Nr. 2 auch weiterhin von Leistungen ausgeschlossen.

aa) Erste Ausnahme vom Ausschluss: Arbeitnehmer oder Selbstständige

Der Ausschluss in den ersten drei Monaten greift nicht für Ausländer, wenn sie in Deutschland als Arbeitnehmer oder Selbstständige tatsächlich erwerbstätig sind, also sogenannte Aufstocker sind (vgl. § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 SGB II). Als Arbeitnehmer gilt in Deutschland, wer mindestens mit einem Stundenumfang von fünf bis sechs Stunden in einem Beschäftigungsverhältnis steht bzw. ein Monatseinkommen von 100 Euro vorweisen kann.⁶

Der Ausschluss greift für Unionsbürger auch dann nicht, wenn sie den Status als Arbeitnehmer oder Selbstständiger im Inland bereits erlangt, ihn aber wieder verloren haben (vgl. § 2 Abs. 3 FreizügG/EU).

bb) Zweite Ausnahme vom Ausschluss: Aufenthaltstitel nach Kapitel 2 Abschn. 5 AufenthG

Eine weitere Ausnahme vom Ausschluss ergibt sich aus § 7 Abs. 1 S. 3 SGB II. Demnach gelten die Ausschlussgründe nicht für Ausländer, die sich mit einem Aufenthaltstitel nach Kapitel 2 Abschnitt 5 des AufenthG und somit aus völkerrechtlichen, humanitären oder politischen Gründen in Deutschland aufhalten.

b) Zweiter Ausschlussgrund: Aufenthalt alleine zum Zweck der Arbeitssuche

Von der Regelung des § 7 Abs. 1 S.2 Nr. 2 SGB II, die Ausländer und ihre Familienangehörige von Leistungen ausschließt, die sich alleine aus dem Zweck der Arbeitssuche in Deutschland aufhalten, sind vor allem Unionsbürger betroffen.

Dritte Ausnahme vom Ausschluss: Bürger der Europäischen Union, die sich nicht ausschließlich zur Arbeitssuche in Deutschland aufhalten

Sowohl in der Literatur als auch in der Rechtsprechung sind sehr gegensätzliche Auffassungen und Argumentationen zu finden, ob und wenn unter welchen Bedingungen EU-Bürger, die sich ausschließlich zum Zwecke der Arbeitssuche in Deutschland aufhalten Anspruch auf Leistungen der Grundsicherung für Arbeitssuchende haben sollten. Eine einheitliche Handhabung der relevanten Nor-

men aus dem Sekundär- und Primärrecht ist dabei nicht zu erkennen.⁷

Klar ist jedoch, dass der Leistungsausschluss des § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II dann nicht greift, wenn die Antragsteller ihr Aufenthaltsrecht auch aus anderen Gründen als der Arbeitssuche begründen können.⁸ Hierzu zählt beispielsweise der Status als Familienangehöriger eines deutschen Staatsangehörigen.⁹ Zudem muss die Arbeitssuche bereits Zweck der Einreise gewesen sein, damit der Leistungsausschluss greift.¹⁰

2. Prüfung der Europarechtskonformität des Leistungsausschlusses

Trotz mehrerer Vorlageverfahren an den *EuGH*¹¹ ist nach wie vor ungeklärt, ob der Leistungsausschluss des § 7 Abs.1 S. 2 SGB II mit europäischem Recht vereinbar ist. Inzwischen bestehen auf den verschiedenen Instanzenebenen erhebliche Zweifel an der Europarechtskonformität des Ausschlusses. Im Folgenden sollen die Leistungen der Grundsicherung für Arbeitssuchende in den Kontext des europäischen Sekundär- und Primärrechts eingeordnet werden, um hieraus Rückschlüsse auf den Leistungsanspruch für Unionsbürger ziehen zu können.

a) Der Leistungsausschluss auf dem Prüfstand sekundärrechtlicher Gleichbehandlungsgebote

Zunächst sollen die Leistungsausschlüsse unter Berücksichtigung sekundärrechtlicher Grundlagen geprüft werden. Hierfür sind vor allem die VO 883/2004 sowie die RL 2004/38/EG zu berücksichtigen.

aa) Vereinbarkeit mit dem Gleichbehandlungsgebot des Art. 4 VO 883/2004

Fraglich ist, ob Leistungen nach dem SGB II in den sachlichen Anwendungsbereich der VO 883/2004 fallen und somit für diese das Gleichbehandlungsgebot des Art. 4 VO 883/2004 gilt.

(1) Anwendbarkeit der VO 883/2004 für Leistungen der Grundsicherung für Arbeitssuchende

Das ALG II lässt sich nicht eindeutig in den sachlichen Anwendungsbereich des Art. 3 VO 883/2004 einordnen. Denn bei den besonderen beitragsunabhängigen Geldleistungen i.S.d. Art. 70 VO 883/2004 handelt es sich um sogenannte Hybridleistungen, die sowohl Merkmale der in Art. 3 genannten Systeme der sozialen Sicherheit als auch

⁷ Vgl. *Karl*, jM 2014, 159-161.

⁸ Vgl. BT-Drs. 16/688, S. 13.

⁹ BSG, Urt. v. 30.01.2013, B 4 AS 54/12 R, Rn. 14-SGb 2013, 603-611.

¹⁰ SG Berlin, Urt. v. 24.05.2011, S 149 AS 17644/09, Rn. 33-juris.

¹¹ SG Leipzig, Urt. v. 19.06.2013, S 21 SO 63/13; BSG, Urt. v. 12.12.2013, B 4 AS 9/13 R.

⁵ *Münder*, SGB II, § 7 Rn. 24.

⁶ GGUA: Hinweise für die Beratungspraxis, S. 2.

der klassischen Sozialhilfe aufweisen. Die Leistungen unterliegen also einer Bedürftigkeitsprüfung, sollen aber auch vor einem der in Art. 3 VO 883/2004 genannten Risiken schützen.

Art. 70 VO 883/2004 enthält eine Legaldefinition der besonderen beitragsunabhängigen Geldleistungen i.S. dieser Verordnung. Darin werden drei Merkmale bestimmt:

- (1) Eine beitragsunabhängige Finanzierung durch Steuern und
- (2) die Gewährung eines zusätzlichen, ersatzweisen oder ergänzenden Schutzes gegen die in Art. 3 Abs. 1 VO 883/2004 aufgezählten Risiken und die Garantie eines Mindesteinkommens sowie
- (3) die Aufzählung in Anhang X der VO.

(1) Dass der Tatbestand der Steuerfinanzierung im Falle des ALG II erfüllt ist, ist unstrittig.¹²

(2) Hingegen umstritten ist die Frage, ob die Leistungen der Grundsicherung einen zusätzlichen, ersatzweisen oder ergänzenden Schutz gegen die in Art. 3 Abs. 1 VO 883/2004 genannten Risiken gewähren.

Durch die Landesgerichte ist die Auseinandersetzung mit dieser Frage weitestgehend ungeklärt geblieben, da diese meist davon ausgehen, dass die Aufnahme in den Anhang X konstitutive Wirkung habe.¹³

Bei dem Arbeitslosengeld II und bei dem Sozialgeld handelt es sich um beitragsunabhängige Geldleistungen, die Personen, die in den Anwendungsbereich des SGB II fallen, ein Mindesteinkommen sichern sollen, wenn diese ihren Lebensunterhalt nicht aus eigenen Mitteln decken können (vgl. § 9 SGB II).

Die Auszahlung der Leistungen, wenn kein Einkommen vorhanden ist und die Auszahlung aufstockender Leistungen, wenn der Berechtigte über Einkommen verfügt, sprechen für die Erfüllung des Tatbestandes des ALG II als „zusätzliche[r], ersatzweise[r] oder ergänzende[r] [Schutz]“ (vgl. Art. 70 Abs. 2 lit. a) i) VO 883/2004). Ebenso orientiert es sich an den wirtschaftlichen und sozialen Lebensumständen des Mitgliedsstaates, wie es in Abs. 2 gefordert wird. Hierfür spricht, dass sich der theoretische Bedarf nach §§ 20 u. 23 SGB II an den Lebenshaltungskosten orientiert und bei der Berechnung auch die anderen Mitglieder der Bedarfsgemeinschaft berücksichtigt werden. Auch handelt es sich bei der Arbeitslosigkeit, die das ALG II abfangen soll, um ein in Art. 3 Abs. 3 VO 883/2004 genanntes Risiko.

(3) Die Bundesregierung hat gem. Art. 9 VO 883/2004 eine Erklärung abgegeben, in der sie zum einen Leistungen der Grundsicherung im Alter und bei Erwerbsminderung nach dem vierten Kapitel des SGB XII sowie Leistungen zur

Sicherung des Lebensunterhalts der Grundsicherung für Arbeitssuchende nach dem SGB II als „besondere beitragsunabhängige Geldleistungen“ notifiziert hat. Durch die VO 988/2009 wurden diese in den Anhang X der VO 883/2004 aufgenommen und bekanntgegeben. Diese Notifizierung entfaltet konstitutive Wirkung, also auch Leistungen, die eigentlich nicht den geforderten Sonderleistungscharakter aufweisen, gelten bei Aufnahme in den Anhang X als besondere beitragsunabhängige Geldleistung i.S.d. Art. 70 VO 883/2004. Umgekehrt kann auch eine Leistung, die (noch) nicht im Anhang aufgeführt ist, über Art. 70 VO 883/2004 in den Anwendungsbereich der VO fallen. Eine Prüfung muss hierbei anhand der Kriterien des Art. 3 VO 883/2004 erfolgen.¹⁴ Wie oben dargestellt erfüllen Leistungen der Grundsicherung für Arbeitssuchende jedoch auch die übrigen Tatbestandsmerkmale des Art. 70 VO 883/2004.

(2) Rechtsfolge

Gilt eine Sozialleistung als besondere beitragsunabhängige Geldleistung i.S.d. Art. 70 VO 883/2004, so nennt die Norm als Rechtsfolge Beschränkungen gegenüber der sonstigen Koordinierung des Sozialrechts. Nicht betroffen von der Einschränkung des Art. 70 VO 883/2004 hingegen ist das Gleichbehandlungsgebot des Art. 4 VO 883/2004, insofern die Verordnung nichts anderes bestimmt. Die Eröffnung des Anwendungsbereiches des Art. 4 VO 883/2004 bedeutet jedoch nicht, dass keinerlei Rechtfertigung für Sonderregelungen gegeben sei.¹⁵

bb) Art. 24 Abs. 2 RL 2004/38/EG als Ermächtigungsgrundlage für den Leistungsausschluss

Fraglich ist, ob der Leistungsausschluss durch Art. 24 Abs. 2 RL 2004/38/EG gerechtfertigt sein könnte. Denn auch wenn es sich bei den Leistungen der Grundsicherung für Arbeitssuchende um besondere beitragsunabhängige Geldleistungen i.S.d. Art. 70 VO 883/2004 handelt, schließt dies nicht aus, dass diese nicht zugleich Sozialhilfe i.S.d. RL 2004/38/EG sein können und deshalb unter die besonderen Bestimmungen des Art. 24 Abs. 1 RL 2004/38/EG fallen.¹⁶

Besteht ein Aufenthalt eines Unionsbürgers aufgrund der in der Unionsbürgerrichtlinie gewährten Freizügigkeit, so gilt das Gleichbehandlungsgebot des Art. 24 Abs. 1 RL 2004/38/EG. Dieser gebietet den Mitgliedsstaaten EU-Ausländer, die sich in ihrem Hoheitsgebiet aufhalten wie die eigenen Staatsangehörigen zu behandeln.

In Art. 24 Abs. 2 RL 2004/38/EG wird dem Aufnahmestaat jedoch das Recht auf abweichende Regelungen zugestanden.

¹² So auch: Kötter, in: info 06/2013, S. 248.

¹³ So beispielsweise: LSG Rheinland-Pfalz, Beschl. v. 21.08.2012, L 3 AS 250/12 B.

¹⁴ Vgl. Fuchs, Europäisches Sozialrecht, Teil 2 VO (EG) Nr. 883/2004, Art. 9 Rn. 7 f. mit Verweis auf die Rechtsprechung des EuGH.

¹⁵ Vgl. Thym, in: NZS 2013, S.84.

¹⁶ EuGH, Urt. v. 19.09.2013, Brey. - Rn. 49 ff.-lexitius.

den. Demnach ist dieser „nicht verpflichtet anderen Personen als Arbeitnehmern oder Selbstständigen, Personen, denen dieser Status erhalten bleibt, und ihren Familienangehörigen während der ersten drei Monate des Aufenthalts (...) Anspruch auf Sozialhilfe (...) zu gewähren“ (Art. 24 Abs. 2 RL 2004/38/EG). Diese Regelung soll dem sogenannten Sozialtourismus entgegenwirken, also der „gezielten Einwanderung in steuerfinanzierte und voraussetzungslos gewährte Sozialleistungen“¹⁷.

(1) Zum Begriff der Sozialhilfe

Fraglich ist, inwiefern das Verständnis der Begriffe der sozialen Fürsorge i.S.d. VO 883/2004 und der Sozialhilfe i.S.d. RL 2004/38/EG deckungsgleich ist.

Der *EuGH* hat dazu geäußert, die Begrifflichkeiten seien unterschiedlich auszulegen, da sie eine unterschiedliche Zielsetzung aufweisen. So solle die VO 883/2004 die unterschiedlichen Systeme der sozialen Sicherheit der Mitgliedstaaten koordinieren und die anwendbare Rechtsordnung klären. Die RL 2004/38/EG hingegen verfolge das Ziel, die Ausübung des Freizügigkeitsrechts zu erleichtern, jedoch auch die näheren Bedingungen der Ausübung zu klären.¹⁸

Aus dem Urteil ergibt sich vor allem, dass die Frage nach der Europarechtskonformität des Leistungsausschlusses weiterhin ungeklärt bleibt. Der *EuGH* definiert dabei den Begriff der Sozialhilfe der RL 2004/38/EG extensiv, sollen hiermit doch „sämtliche von öffentlichen Stellen eingerichteten Hilfssysteme ... auf nationaler, regionaler oder örtlicher Ebene“ erfasst werden.¹⁹ Auch wenn es in dem Urteil konkret um den Begriff der Sozialhilfe des Art. 7 Abs. 1 lit. b) RL 2004/38/EG ging, ist davon auszugehen, dass die Feststellung des *EuGH* auf alle Bereiche der Richtlinie übertragbar ist.²⁰ Da es sich bei den Leistungen der Grundsicherung um eine beitragsunabhängige Hybridleistung handelt, fällt sie mit Hinblick auf die Auslegung des *EuGH* unter Leistungen der Sozialhilfe i.S.d. RL 2004/38/EG.

Fraglich ist an dieser Stelle auch, inwiefern die Feststellung des *EuGH* mit der Essenz des *EuGH*-Urteils *Vatsouras* vereinbar ist, nach dem vom Begriff der Sozialhilfe i.S.d. Art. 24 RL 2004/38/EG jede finanzielle Leistung ausgenommen ist, „die den Zugang zum Arbeitsmarkt eines Mitgliedstaats erleichtern soll“.²¹ Hierzu ist jedoch anzumerken, dass das *Vatsouras*-Urteil keine reine Auslegung des Sozialhilfebegriffs, sondern vielmehr die primärrechtskonforme Auslegung des Art. 24 Abs. 2 RL

2004/38/EG zum Gegenstand hatte.²² So ging der *EuGH* wohl davon aus, dass die Grundsicherung unter sekundärrechtlichen Aspekten unter den Sozialhilfebegriff der Richtlinie und somit auch unter Art. 24 Abs. 2 RL 2004/38/EG falle, revidierte dieses Ergebnis aber unter Bezugnahme der Grundfreiheiten.²³

(2) Rechtsfolge

Aus dem Zusammenspiel der beiden Urteile ergibt sich, dass von einer Einordnung der Leistungen zur Grundsicherung als Sozialhilfe i.S.d. RL 2004/38/EG auszugehen ist, dies aber nicht unmittelbar zu einschränkenden Maßnahmen in Bezug auf die Inanspruchnahme berechtigt. Eine Rechtfertigung ist vielmehr an gesonderten Kriterien unter Berücksichtigung des Primärrechts zu überprüfen.

b) Der Leistungsausschluss auf dem Prüfstand primärrechtlicher Gleichbehandlungsgebote

Fraglich ist auch, ob der Leistungsausschluss des § 7 Abs. 1 S. 2 SGB II mit dem Gleichbehandlungsgebot des Art. 45 Abs. 2 AEUV und dem Diskriminierungsverbot des Art. 18 AEUV vereinbar ist. Der *EuGH* hat hierzu festgestellt, dass die Ausnahmeregelung des Art. 24 RL 2004/38/EG mit höherrangigem Gemeinschaftsrecht, insbesondere mit Art. 45 Abs. 2 AEUV sowie Art. 18 AEUV vereinbar sei. Beschränkungen des Rechts seien aber in jedem Fall auf die Vereinbarkeit mit Primärrecht zu prüfen.²⁴

aa) Gleichbehandlungsanspruch der Arbeitnehmerfreizügigkeit

Das in Art. 45 Abs. 2 AEUV enthaltene Diskriminierungsverbot aufgrund der Staatsangehörigkeit für Arbeitnehmer erfordert nach der Rechtsprechung durch den *EuGH* eine „tatsächliche Verbindung zum Arbeitsmarkt des Aufnahmestaates“.²⁵ In diesen Fällen ist die absolute Gleichbehandlung mit Inländern zu gewährleisten, auch in Bezug auf finanzielle Leistungen, die den Zugang zum Arbeitsmarkt erleichtern sollen.²⁶ Ob es sich bei den Leistungen zur Grundsicherung für Arbeitssuchende um eine solche Leistung, die den Zugang zur Beschäftigung erleichtert, handle, ließ der *EuGH* jedoch offen und übertrug die Zuständigkeit der Feststellung an die nationalen Behörden und Gesetzgeber.²⁷ Ob dies der Fall ist wurde jedoch nicht abschließend geklärt und auch das *EuGH*-Urteil in der Rechtssache *Brey*²⁸ konnte hier keine abschließende Klarheit verschaffen. Die Klassifizierung einzelner Sozialleistungen richte sich dabei zwar nach nationalem Recht, die

¹⁷ *Janda*, Migranten im Sozialstaat, S. 243.

¹⁸ *EuGH*, Urt. v. 19.09.2013, Brey. - Rn. 51-55-juris.

¹⁹ *EuGH*, Urt. v. 19.09.2013, Brey. - Rn. 61-juris.

²⁰ *EuGH*, Urt. v. 19.09.2013, Brey. - Rn. 61-juris.

²¹ *EuGH*, Urt. v. 04.06.2009, Vatsouras. - EuZW 2009, 702, Rn. 45.

²² *EuGH* Urt. v. 04.06.2009, Vatsouras. - EuZW 2009, 702, Rn. 45.

²³ Thym, in: NZS 2014, S. 83 mit Verweis auf das *EuGH*-Urteil *Vatsouras&Koupatantze*, Slg. 2009-I-4585, Rn. 33 ff.

²⁴ Vgl. Thym, in: NZS 2014, S. 84.

²⁵ *EuGH*, Urt. v. 07.09.2004, Trojani. - Rn. 46-lexitius.

²⁶ *EuGH*, Urt. v. 23.03.2004, Collins. - Rn. 69-lexitius.

²⁷ *EuGH*, Urt. v. 23.03.2004, Collins. - Rn. 6-lexitius.

²⁸ *EuGH*, Urt. v. 04.06.2009, Vatsouras. - EuZW 2009, 702, Rn. 45.

²⁹ *EuGH*, Urt. v. 19.09.2013, Brey.

Abgrenzung müsse aber auf Ziel und Voraussetzungen der Leistungsgewährung bezogen werden.²⁹

Gegen eine Einordnung der ALG-II-Leistungen könnte man anbringen, dass die Leistungen nicht der Eingliederung in Arbeit dienen, sondern der Sicherung des Lebensunterhalts.

Für eine Einordnung des ALG II spricht, dass sich die Leistungen nach dem SGB II ursprünglich aus den beiden Bereichen der Sozialhilfe und Arbeitslosenhilfe zusammengesetzt haben, um ein einheitliches System der sozialen Sicherung für erwerbsfähige Arbeitslose zu schaffen. Die Erwerbsfähigkeit (§ 8 SGB II) als zentraler Anknüpfungsmoment der ALG II-Leistungen und die (Wieder-)Eingliederung in den Arbeitsmarkt als vorangestellte Zielsetzung des SGB II grenzen diese von der klassischen Sozialhilfe ab.

Eine Gegenmeinung befürwortet die Aufspaltung der Leistungen nach dem SGB II für das Europarecht.³⁰ So sei die Grundsicherung, unabhängig von einem bestehenden Arbeitsverhältnis gewährt und habe deshalb Sozialhilfeparakter. Diese seien daher von den Leistungen zur Eingliederung in den Arbeitsmarkt zu unterscheiden. Schließlich unterscheide auch das SGB II in § 4 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 nach diesen beiden Kategorien.³¹

Eine solche Differenzierung und damit der Ausschluss von Unionsbürgern von Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts, nicht aber von Leistungen zur Eingliederung in den Arbeitsmarkt wäre jedoch aufgrund der Verknüpfung der beiden Leistungen lebensfremd und nicht zielführend.³² Obwohl einiges für die Einordnung der Leistungen der sozialen Grundsicherung als Leistung, die den Zugang zum Arbeitsmarkt erleichtern soll, spricht, muss durch den Gesetzgeber bzw. durch das Vorlageverfahren an den *EuGH* Klärung erfolgen.

bb) Gleichbehandlungsanspruch aufgrund der Unionsbürgerschaft

Durch die in Art. 21 AEUV eingeführte Unionsbürgerschaft und die mit dieser verbundenen Freizügigkeit wird neben Arbeitnehmern auch wirtschaftlich Inaktiven das Recht zugesprochen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedsstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten. Die Karenzzeit für die Inanspruchnahme von Leistungen und der komplette Ausschluss für Arbeitssuchende könnten der Ausübung des Freizügigkeitsrechts entgegenstehen und somit eine Diskriminierung i.S.d. Art. 18 AEUV darstellen.

c) Rechtfertigung der Ungleichbehandlung

Die Etablierung von Karenzzeiten oder der absolute Ausschluss von Unionsbürgern stellt eine Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit dar. Eine Ungleichbehandlung kann jedoch sowohl unter Aspekten des Primär- als auch des Sekundärrechts gerechtfertigt werden, wenn sie auf objektiven, von der Staatsangehörigkeit der Betroffenen unabhängigen Erwägungen beruht und in einem angemessenen Verhältnis zu dem Zweck steht, der mit den nationalen Rechtsvorschriften zulässigerweise verfolgt wird.³³ Denn sowohl die Diskriminierungsverbote der Artt. 18 u. 21 AEUV als auch das des Art. 4 VO 883/2004 sind Rechtfertigungen zugänglich.³⁴

aa) Rechtfertigung durch fiskalische Interessen

Die Anforderungen an den Wohnsitz oder Aufenthalt und Karenzzeiten eine einseitige Belastung der Sozialleistungssysteme verhindern. Es besteht die Befürchtung, ein uneingeschränkter Zugang zu existenzsichernden Leistungen führe zu einem „Sozialtourismus“ bzw. zu einer „Armutseinwanderung“. Durch den Ausschluss von Leistungen bzw. der Etablierung von Wartezeiten soll also gewährleistet werden, dass nur Personen von steuerfinanzierten Leistungen profitieren, die bereits selbst einen Beitrag geleistet haben.³⁵ Halte sich ein Ausländer erst kurze Zeit im Inland auf, so fehle es noch an einer Integration in die Gesellschaft und einer erbrachten Leistung für diese.³⁶ Der *EuGH* sieht jedoch eine Differenzierung aufgrund der Staatsangehörigkeit aus rein wirtschaftlichen Gründen nicht als legitim an, vielmehr verweist er auf eine gewisse finanzielle Solidarität der Mitgliedsstaaten untereinander in Bezug auf Sozialleistungen.³⁷ Gleichzeitig erkennt er es aber als legitim an, wenn der Mitgliedsstaat die Gewährung vom Bestehen einer tatsächlichen Verbindung des Arbeitssuchenden mit dem Arbeitsmarkt³⁸ bzw. einem „gewissen Grad an Integration“ sonstiger Unionsbürger/innen abhängig macht.³⁹ Ob dieselben Kriterien auch für Art. 24 Abs. 1 RL 2004/38/EG und somit auch für alle sonstigen Sozialleistungen gilt, wurde noch nicht abschließend geklärt.⁴⁰ Es ist jedoch davon auszugehen, dass der *EuGH* die Auslegung im Einklang mit den übrigen Diskriminierungsverboten verlangt und somit auch auf Grundlage dieser Norm der Zugang zu Sozialleistungen von einem gewissen Integrationsgrad abhängig gemacht werden kann.⁴¹

²⁸ *EuGH*, Urt. v. 19.09.2013, Brey.

²⁹ *EuGH*, Urt. v. 04.06.2009, Vatsouras. - Rn. 45-EuZW 2009, 704.

³⁰ So z.B.: *LSG NRW* Urt. v. 22.06.2010-L 1 AS 36/08, Rn. 30-juris.

³¹ *LSG NRW*, Urt. v. 22.06.2010-L 1 AS 36/08, Rn. 30-juris.

³² Vgl. *Spellbrink*, SGB II, § 7 Rn. 18.

³³ *EuGH*, Urt. v. 11.07.2002-C-J022/98, Rn. 36-BeckEuRS 2002, 263772.

³⁴ Vgl. *Greiser*, in: *ZESAR* 2014, S. 21-24.

³⁵ Vgl. *Hofmann/Kummer*, in: *ZESAR* 2013, S. 6 f.

³⁶ Vgl. *Janda*, Migranten im Sozialstaat, S. 248 mit Hinweis auf: *Windisch-Graetz*, in: *Eilmansberger/Herzig*, Soziales Europa, S. 100.

³⁷ *EuGH*, Urt. v. 15.03.2005, Bidar. - Rn.49-lexitius.

³⁸ *EuGH*, Urt. v. 23.03.2004, Collins. - Rn. 69-lexitius.

³⁹ *EuGH*, Urt. v. 15.03.2005, Bidar. - Rn. 59-lexitius.

⁴⁰ *Thym*, in: *NZS* 2014, S. 88.

⁴¹ *Thym*, in: *NZS* 2014, S. 88.

c) Kriterium der tatsächlichen Verbindung zum Aufnahmestaat

Das Kriterium der tatsächlichen Verbindung wird bei Inländern unwiderleglich angenommen, bei Ausländern bedarf sie jedoch einer Einzelfallprüfung.⁴²

aa) Verbindung durch Arbeitssuche

Das aus Art. 45 Abs. 1 AUEV abgeleitete Aufenthaltsrecht zur Arbeitssuche ist durch das Primärrecht nicht befristet. Beschränkungen der Aufenthaltsdauer sind jedoch zulässig. Vom *EuGH* wurde in diesem Zusammenhang eine maximale Aufenthaltsdauer von sechs Monaten bestätigt, da es sich um einen angemessenen Zeitraum handle, um die Stellenangebote im Aufnahmestaat zur Kenntnis zu nehmen und sich ggf. auf diese zu bewerben.⁴³ Auch nach Ablauf der sechs Monate dürfe der Betroffene nicht ausgewiesen werden, wenn er arbeitswillig und erwerbsfähig ist.⁴⁴

bb) Verbindung durch Beschäftigung

Hatte ein Unionsbürger bereits den Arbeitnehmerstatus inne, so wird eine Verbindung zum Arbeitsmarkt zunächst für weitere sechs Monate unterstellt (vgl. Art. 7 Abs. 3 lit. c)RL 2004/38/EG).^{45, 46}

cc) Weitere Kriterien

Neben der Arbeitssuche oder der Beschäftigung kann die Verbindung zum Arbeitsmarkt oder dem Mitgliedsstaat auch durch andere Kriterien begründet werden. Anknüpfungsmomente können beispielsweise durch familiäre Bindungen, beispielsweise durch die Heirat eines Staatsangehörigen des Aufnahmestaates, entstehen.⁴⁷

III. Ergebnis

Aus der Einordnung der Leistungen der Grundsicherung für Arbeitssuchende als Leistungen der Sozialhilfe i.S.d. der RL 2004/38/EG ergibt sich, dass der deutsche Gesetzgeber berechtigt ist, eine Karenzzeit von bis zu drei Monaten für andere als Arbeitnehmer oder Selbstständige, wie es § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 SGB II vorsieht, zu etablieren (vgl. Art. 24 Abs. 2 RL 2004/38/EG). § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 SGB

II ist unter dieser Prämisse als europarechtskonform anzusehen.

Nach drei Monaten steht Unionsbürgern ein Recht auf Aufenthalt zu, insofern Sozialhilfe „nicht unangemessen in Anspruch genommen“ wird“ (vgl. Erwägungsgrund Nr. 16 RL 2004/38/EG.). Ob dies der Fall sei, muss durch Abwägung im Einzelfall unter Berücksichtigung der individuellen Lebensumstände festgestellt werden. Ein pauschaler Leistungsausschluss für wirtschaftlich inaktive Unionsbürger ist demnach europarechtswidrig. Weder die Bezugnahme auf primär- noch auf sekundärrechtliche Aspekte rechtfertigt einen solchen pauschalen Leistungsausschluss, er ist weder verhältnismäßig noch gerechtfertigt. Auch unter Bezugnahme des Art. 24 Abs. 2 RL 2004/38/EG ist ein pauschaler Leistungsausschluss nicht gerechtfertigt, denn die Bereichsausnahme des Artikels berechtigt nur zu einer dreimonatigen Karenzzeit.⁴⁸ Der Leistungsausschluss des § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II ist somit als europarechtswidrig einzuordnen. Auch das jüngste Urteil des *EuGH* (Rechtssache *Dano*) ändert daran nichts. In diesem Fall entschied der *EuGH* zwar, dass es den Mitgliedsstaaten möglich sein muss, EU-Bürger vom Bezug der Leistungen der Grundsicherung auszuschließen, sofern sie kein Aufenthaltsrecht im Sinne der RL 2004/38 hätten, der vorliegende Fall betraf jedoch eine nichterwerbstätige und auch nicht-arbeitssuchende Unionsbürgerin. Der *EuGH* stellte mit seinem Urteil somit lediglich das Recht der Mitgliedsstaaten auf Ausschluss von Leistungen für nichterwerbstätige und nicht-arbeitswillige Unionsbürgern fest. Dies ist jedoch nicht auf die Fallgruppe der Arbeitssuchenden übertragbar, sodass der Leistungsausschluss des § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II fragwürdig bleibt.

IV. Fazit

Abschließend lässt sich sagen, dass die diffuse Rechtslage für die Inanspruchnahme hoffentlich bald durch das Vorlageverfahren des *BSG* an den *EuGH* geklärt werden kann. Es ist davon auszugehen, dass der pauschale Leistungsausschluss des § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II als europarechtswidrig eingestuft wird, die Karenzzeit hingegen bestehen bleiben wird. Eine Lösung könnte die Knüpfung des Leistungszugangs an das Bestehen eines Freizügigkeitsrechts sein, wie es bereits im Bereich der Familienleistungen üblich ist.⁴⁹

Zudem ist zu erwarten, dass der *EuGH* für die Inanspruchnahme von Leistungen für einen Zeitraum, der über drei Monaten liegt, beschließt die aus dem Primärrecht bekannte Einzelfallprüfung auch in das Sekundärrecht zu übertragen, den Mitgliedsstaaten aber weiterhin die Option der Prüfung einer tatsächlichen Verbindung zum Aufnahmestaat zu gewähren. Wünschenswert wäre hier, wenn durch den *EuGH* oder einen Ausschuss der Mitgliedsstaaten konkretere Kriterien für das Vorliegen einer solchen Verbindung erarbeitet würden. Denn auch wenn der *EuGH*

⁴² *BSG*, Urt. v. 30.01.2013-B 4 AS 54/12 R, SGB 2013, S. 609.

⁴³ *EuGH*, Urt. v. 26.02.1991, Antonissen. – Rn. 21–juris.

⁴⁴ *EuGH*, Urt. v. 26.02.1991, Antonissen. – Slg. 1991, I-745, Rn. 21; *EuGH* Urt. v. 20.02.1997-C-344/95 (Kommission/Belgien), Slg. 1997, I-1035, Rn. 17; Die Statuierung des Ausweisverbots bei begründeter Aussicht auf Einstellung wurde in Art. 14 Abs. 4 RL/38/EG inzwischen in das europäische Sekundärrecht aufgenommen; *SG Berlin*, Urt. v. 29.02.2008-S 37-1403/08, Rn. 32–juris.

⁴⁵ Vgl. *Greiser*, in: ZESAR 2014, S. 24; *EuGH*, Urt. v. 04.06.2009, Vatsouras. – Rn. 27–lexitius.

⁴⁶ *EuGH*, Urt. v. 04.06.2009, Vatsouras. – Rn. 27–lexitius.

⁴⁷ *BSG*, Urt. v. 30.01.2013-B 4 AS 54/12 R, S. 610.

⁴⁸ *EuGH*, Urt. v. 19.09.2013, Brey. – Rn. 66–lexitius.

⁴⁹ Ebenso: *Thym*, in: NZS 2014, S. 90.

immer wieder auf den Umstand verweist, dass die Umsetzung und die Festlegung von Anspruchsvoraussetzungen den Mitgliedstaaten obliege, herrscht doch große Unsicherheit, wann die Umsetzungen als europarechtskonform einzustufen sind und wann nicht. Dies lässt sich schon an der Vielzahl von Vorlageverfahren an den *EuGH* in Bezug auf die europäischen Sozialrichtlinien erkennen.⁵⁰

⁵⁰ *EuGH*, Urt. v. 04.06.2009, Vatsouras; *EuGH*, Urt. v. 09.09.2013, Brey.