

**Alles rund ums Wohnen und Nicht-Wohnen
11. bis 13. November 2019 in Berlin**

Arbeitsgruppe A 3

12. November 2019

Das „Unionsbürgerausschlussgesetz“ in der Beratungspraxis

Beitrag von:

Andreas Halatschew, H&M Kanzlei – Halatschew und Martin

Rechtsanwalt, Fachanwalt für Sozial- und Sozialversicherungsrecht und

Master of European Studies (M.A.)

ra.halatschew@hm-kanzlei.de

H&M Kanzlei
Halatschew und Martin
Rechtsanwälte in Partnerschaft

rechtsanwaelte@hm-kanzlei.de

Andreas Halatschew
Rechtsanwalt, Fachanwalt
für Sozialrecht und
Master of European Studies (MA)

Markus Martin
Rechtsanwalt, Fachanwalt
für Sozialrecht und
Maître en Science Politique (Paris X)

Neue Bahnhofstraße 35
10245 Berlin
(S) Berlin-Ostkreuz

Fon: (+49) 030 76 210 711

Fax: (+49) 030 76 210 709

- I. Historische Einbettung des Themas der Arbeitsgruppe**
- II. Exkurs: Das „PRODEC“ – Projekt**
- III. Die gesetzlichen Regelungen seit dem 29.12.2016**
- IV. Schema: Prüfungsablauf – EU-Bürger*innen**
- V. Exkurs: Fürsorgeabkommen**
- VI. Die Aufenthalts- und Freizügigkeitsrechte für mobile EU-Bürger*innen**
- VII. Schlussworte**

I. Historische Einbettung des Themas (1)

EU-Erweiterungen

Die Beitrittsdaten der Mitgliedstaaten

- 1958** Deutschland, Frankreich, Italien, Belgien, Luxemburg, Niederlande
- 1973** Vereinigtes Königreich, Irland, Dänemark
- 1981** Griechenland
- 1986** Spanien, Portugal
- 1995** Finnland, Österreich, Schweden
- 2004** Malta, Lettland, Litauen, Estland, Polen, Slowakei, Slowenien, Tschechische Republik, Ungarn, Zypern
- 2007** Bulgarien, Rumänien
- 2013** Kroatien

Die Europäische Union 2017*

Der EU-Binnenmarkt ist der größte gemeinsame Wirtschaftsraum der Welt (Bruttoinlandsprodukt)

- 510** Mio. Bürger in 28 Ländern
- 24** verschiedene Amtssprachen
- 19** Staaten mit einer gemeinsamen Währung

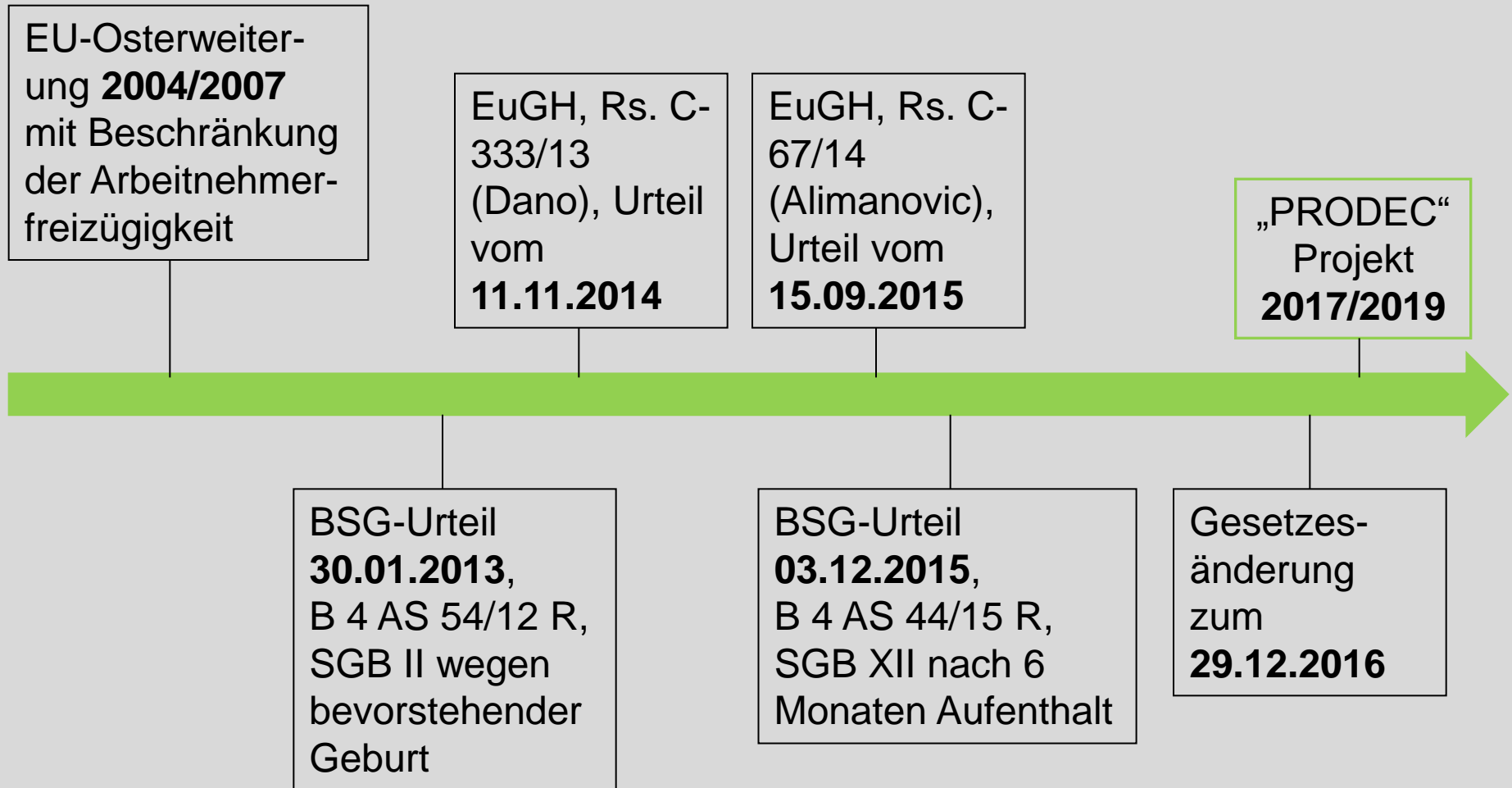
(*Stand: Februar 2017, alle Werte einschließlich Vereinigtes Königreich)



Quelle: BMWi

I. Historische Einbettung des Themas (2)

Zeitstrahl entscheidender Ereignisse und Urteile:



Name

EU-Projekt „PRODEC – Protecting the Rights of Destitute Mobile EU Citizens“

Inhalt

Rechtsvergleichende Analysen der Gewährleistung des Zugangs zu sozialen Rechten für wohnungslose Unionsbürger*innen in Belgien, Großbritannien und Deutschland

Ziel

Verbesserung des Zugangs durch:

- Schulungen von Sozialarbeiter*innen
- Informationsbroschüren für wohnungslose Menschen in verschiedenen Sprachen

Umsetzung

Juristische Begutachtung der Umsetzung europäischer Vorgaben in nationalen „Fitness-Checks“

Beurteilung von Arbeitsverhältnissen

Belgien:

Kurzzeit-Arbeitsverträge, atypische Tätigkeiten finden häufig keine Anerkennung;
Arbeitnehmer/in muss die Arbeitnehmereigenschaft beweisen

Großbritannien:

2015 wurde ein sog. „Mindestlohngrenztest“ eingeführt, mit denen den Behörden die Beurteilung einer durch EU-Bürger/innen angegebenen Tätigkeit erleichtert werden soll

Beschäftigungen über 24 h / Woche begründen automatisch eine „echte, tatsächliche“ Tätigkeit; Arbeitsverhältnisse unter dem Mindestlohn bzw. der Mindestarbeitszeit müssen für eine Anerkennung gesondert bewiesen werden

Deutschland:

u.a. Indizien gegen Arbeitnehmereigenschaft u.a. bei Gelegenheitsarbeiten,
Arbeitszeiten unter 8 h / Woche, nicht ordnungsgemäße Abführung von Sozialabgaben und Steuern (Fachliche Hinweise der BuA für Arbeit, Rn. 7.11)

Erhalt des Erwerbstätigen-Status

Großbritannien:

Starker Fokus auf den Umstand der „Arbeitssuche“; die EU-Bürger/innen müssen tatsächliche Arbeitsangebote nachweisen

Deutschland:

Starker Fokus auf die frühere Tätigkeit aus der sich der Fortbestand des Aufenthaltsstatus ableitet, mit der Tendenz das Aufenthaltsrecht abzusprechen

taggenaue Ermittlung des Aufenthalts und keine Sozialleistungsgewährung darüber hinaus

Keine Prüfung tatsächlicher Arbeitsangebote oder der tatsächlichen Arbeitssuche, da das Tatbestandsmerkmal in Deutschland durch die Behörden als Auffangtatbestand benutzt wird

Status in den ersten 6 Monaten des Aufenthalts

EU-Recht:

Zweck der Arbeitssuche muss der Grund sein

Großbritannien:

Aufenthalt zur Arbeitssuche wird nur für 91 Tage gewährt, wobei frühere Aufenthalte innerhalb von 12 Monaten bei der Aufenthaltsermittlung mit berücksichtigt werden

Belgien:

Arbeitssuchende müssen beim Arbeitsamt gemeldet sein und müssen eine tatsächliche Chance der Anstellung nachweisen

Deutschland:

Aufenthaltszweck „Arbeitssuche“ wird grundsätzlich angenommen, da dies mit einem gesetzlichen Ausschluss von Sozialleistungen einhergeht

In allen beteiligten Projekt-Ländern:

***„ ...besorgniserregende generelle enge Auslegung
des Erwerbstätigen-Begriffs mit dem Ziel, die
Freizügigkeitsrechte mobiler EU-Bürger*innen
zu beschränken...“***

Fitness Check - Executive Summary

Grundsatz

Soziale Absicherung aller hilfebedürftigen Antragsteller*innen



SGB II

Erwerbsfähige



Ausschlussregelung für EU-Ausländer*innen



§ 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 – 2a-c SGB II



SGB XII

Nichterwerbsfähige



§ 23 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 bis 4 SGB XII

- Für die **ersten drei Monate des Aufenthalts** (Ausnahme: Erwerbstätige bzw. wenn ein früherer Status fortbesteht)
- Aufenthalt allein zum **Zweck der Arbeitssuche**
- Für **Eltern von die Schule besuchenden Kindern nach Art. 10 VO(EU) Nr. 492/2011** des Europäischen Parlaments und des Rates vom 05.04.2011
- Wenn **Einreisezweck: Sozialleistungsbezug**

Aufenthaltsrechte in § 2 Abs. 2 Nr. 1-7 FreizügG/EU

- Nr. 1 **Arbeitnehmer** und zur Berufsausbildung aufhaltende
- Nr. 1a **Arbeitssuchende** bis zu 6 Monaten und darüber hinaus nur, solange sie nachweisen können, dass sie weiterhin Arbeit suchen und begründete Aussicht haben, eingestellt zu werden
- Nr. 2 **niedergelassene selbständige Erwerbstätige**
- Nr. 3 **Erbringer von Dienstleistungen** (ohne niedergelassen zu sein)
- Nr. 5 **nicht erwerbstätige Unionsbürger unter den Voraussetzungen des § 4**
- Nr. 6 **Familienangehörige** unter den Voraussetzungen der §§ 3 und 4
- Nr. 7 **daueraufenthaltsberechtigte Unionsbürger und ihre Familienangehörigen**

Fortbestand des Freizügigkeitsrechts in § 2 Abs. 3 FreizügG/EU

Fortbestand des Aufenthaltsrechts als Erwerbstätiger , § 2 **Abs. 3** FreizügG/EU

Satz 1:

- Nr. 1) **vorübergehende Erwerbsminderung** infolge Krankheit oder Unfall
- Nr. 2) unfreiwillige, durch die zuständige Agentur für Arbeit bestätigte Arbeitslosigkeit oder Einstellung der selbständigen Arbeit infolge von Umständen, auf die der Selbständige keinen Einfluss hatte, nach mehr als **einem Jahr Tätigkeit**
- Nr. 3) Beginn einer **Berufsausbildung** mit Bezug zur früheren Tätigkeit oder auch ohne Bezug, bei unfreiwilligem Verlust der früheren Tätigkeit

Satz 2:

Unfreiwillige, durch die zuständige Agentur für Arbeit bestätigte Arbeitslosigkeit oder Einstellung der selbständigen Tätigkeit infolge von Umständen, auf die der Selbständige keinen Einfluss hatte nach weniger als einem Jahr, **6-monatiger Fortbestand** des Arbeitnehmer- oder Selbständigenstatus

NEU: Die besondere Bedeutung

des § 7 Abs. 1 S. 4 SGB II und des § 23 Abs. 3 S. 7 SGB XII

- in Kraft seit dem 29.12.2016
- Gesetzesneuregelung nach Entscheidungen des BSG (Urteil vom 03.12.2015, B 4 AS 44/15 R u.a.), dass EU-Bürger*innen sich nach *6 Monaten* in den deutschen Arbeitsmarkt integriert hätten und eine verfassungsrechtliche Verpflichtung zur Sicherung der Existenzgrundlage besteht
- der Gesetzgeber hat als Integrationsdauer *5 Jahre* im Gesetz verankert



Sozialleistungsanspruch nach 5 Jahre tatsächlichen Aufenthalts in Deutschland

Probleme:

Nachweisführung (Meldeanschrift, Kranken- oder Rentenversicherungszahlung, GKV, eidesstattliche Versicherung, Zeugen)

Gefahr der Verlustfeststellung des Aufenthaltsrechts (siehe Fachliche Hinweise der AA)

SGB II / SGB XII

Ausschlussgründe für Ausländer

- Erst 3 Monate in Deutschland
- Aufenthalts zur Arbeitssuche
- Sozialleistungsbezug = Einreisegrund **(P)**
- Eltern von Schulkindern **(P)**

FreizügG/EU

Alternative Aufenthaltsrechte für EU-Bürger*innen, § 2 Abs. 2, 3

aktuelle Praxisprobleme:

1. *lfd. Arbeitsvertrag*
2. *ausgeübtes Gewerbe*
3. *Frühere Arbeit o. Gewerbe*
4. *Familienangehörige gem. § 3*

nein

NEU: Rückausnahme im
§ 7 Abs. 1 S. 4 SGB II*

bei 5 Jahre tatsächlichen
Aufenthalts in Deutschland

ja

Anspruch auf Sozialleistungen

(P) – weitergehende Probleme

*entsprechend § 23 Abs. 3 S. 7 SGB XII

Europäische Fürsorgeabkommen (EFA)

EU-Bürger der
Unterzeichnerstaaten besitzen
Anspruch Sozialleistungen

Am 19.12.2011 erklärte die
Regierung der BRD einen sog.
Vorbehalt, so dass
das EFA in Zukunft nicht für
Leistungen des SGB II
Anwendung findet.

Im Ergebnis lässt sich ein
Anspruch aus dem EFA nur noch
für **SGB XII-Leistungen** stützen
(str.)

Abkommen zwischen Deutschland und Österreich über Fürsorge- und Jugendwohlfahrtspflege (DÖF)

Österreichische EU-Bürger können
sich bei ihrer Beantragung von
Sozialleistungen auf das DÖF
berufen, jedoch besteht **keine
einheitliche Rechtsprechung**

Pro: LSG M-V, Beschluss vom 07.03.2012, L 8 B
489/10 ER; SG München, Urteil vom 10.02.2017,
S 46 AS 204/15; SG Düsseldorf, Urteil vom
13.03.2017, S 43 AS 3864/14; Contra: LSG NRW,
Urteil vom 22.06.2010, L 1 AS 36/08

Herr L ist österreichischer Staatsbürger, obdachlos, lebt seit über 20 Jahren in Deutschland. Hatte zunächst eine Meldeanschrift, wurde obdachlos, kam für 1,2 Jahre ins Gefängnis und lebt seit dem bei einer Bekannten. Für diese vergangenen vier Jahre hat er lediglich die Bestätigung dieser Bekannten, dass er bei ihr gewohnt habe.



Adobe Acrobat
Document

Welche Lösungsansätze haben Sie?

Was ist ggf. zu tun?

Welche Probleme sehen Sie?

Praxisfall 1 - Lösungsansätze

Verfahren:

Widerspruch/ Klage; Eilverfahren

Lösungsansätze:

SGB II Leistungen für A: Aufenthalt allein zum Zweck der Arbeitssuche?

- **Frühere Beschäftigungsverhältnisse** gem. § 2 Abs. 3 FreizügG/EU (-)
- **Daueraufenthaltsrecht** gem. § 4a FreizügG/EU (-)
- **§ 7 Abs. 1 S. 4 SGB II** wg. 5-jährigen tatsächlichen Aufenthalts (+/-)
- deutsch-österreichisches Fürsorgeabkommen (+)
- bei Aufnahme einer **(geringfügigen) Beschäftigung** durch A (+)

Probleme:

Aufenthaltsnachweis; Verfahrensdauer; fehlende GKV-Leistungen

VI. Aufenthaltsrechte für mobile EU-Bürger*innen (1)

1. Praxisproblem: Arbeitnehmer gem. § 2 Abs. 2 Nr. 1 FreizügG/EU

Arbeitsverhältnis

- auch mündlicher Arbeitsvertrag (Beweisfrage)
- auch während der Probearbeitszeit
- auch Minijob, bezahlte Praktika
- keine Mindestdauer

Nicht völlig untergeordnet

Richtwerte lt. EuGH,

Urteil vom 04.02.2010, Rechtssache
Genc, C-14/09:

5,5 h/Woche

+

175 EUR/Monat

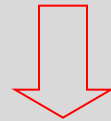
+

weitere Kriterien

(Lohnfortzahlung, Tarifvertrag,
Urlaubsanspruch etc.)

Hauptproblem bei Leistungsablehnung trotz Erwerbstätigkeit

Keine Anerkennung der Tätigkeit

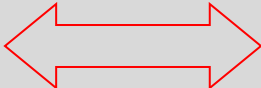


„völlig untergeordnet und unwesentlich“

- **geringer Lohn**
- **wenige Stunden**
- **kein schriftlicher Arbeitsvertrag**
- **keine Lohnabrechnung**
- **fehlender Nachweis der Lohnzahlung**
- **Zahlung in bar (gegen Quittung), trotz vereinbarter Überweisung im Arbeitsvertrag**
- **fehlende Mitwirkung durch den Arbeitgeber**

2. Praxisproblem: Selbständige, § 2 Abs. 2 Nr. 2 FreizügG/EU

Probleme:

- **Gewerbeanmeldung allein reicht nicht**
- **(noch) kein Gewinn erzielt**  **Gewinnerzielungsabsicht**
- **Betriebsausgaben in der Anlage EKS aufführen (Büromaterial, Werbungskosten, Arbeitsmittel, Telefonkosten etc.)**
- **Nachweis der Betriebseinnahmen: Quittung bei Barzahlung, besser Überweisung**
- **Bestimmte Tätigkeiten werden nicht anerkannt (z.B. **Flaschensammeln, Verkauf von Obdachlosenzeitungen**, da die Beteiligung am wirtschaftlichen Austausch zu gering ist)**
- **Problem: **Scheinselbständigkeit****
- **Nicht völlig untergeordnete Tätigkeit (Orientierung an Arbeitnehmervorgaben)**

VI. Aufenthaltsrechte (4) - Praxisfall 2

Eine bulgarische Familie ist seit Oktober 2018 in Deutschland. Der Vater arbeitet selbständig als Bauhelfer. Die Frau ist auf Arbeitssuche. Beide sind verheiratet und haben zwei Söhne, die die Schule besuchen. Vom 01.11.2018 bis zum 31.07.2019 bezogen sie ergänzende Leistungen vom Jobcenter. Die Weiterbewilligung wurde mit voraussichtlichen monatlichen Einnahmen des Vaters in Höhe von 300 EUR zum 01.08.2019 beantragt.



Adobe Acrobat
Document

Welche Lösungsansätze haben Sie?

Was ist ggf. zu tun?

Welche Probleme sehen Sie?

Praxisfall 2 - Lösungsansätze

Verfahren:

Widerspruch/ Klage; Eilverfahren

Lösungsansätze:

SGB II Leistungen für die Familie: Aufenthalt allein zum Zweck der Arbeitssuche?

- **Gewerbeausübung** gem. § 2 Abs. 2 Nr. 2 FreizügG/EU (+), da nicht völlig untergeordnete Tätigkeit
- **Daueraufenthaltsrecht** gem. § 4a FreizügG/EU (-)
- **§ 7 Abs. 1 S. 4 SGB II** wg. 5-jährigen tatsächlichen Aufenthalts (-)
- Rechtssicherheit bei Erhöhung der Umsätze des Vaters (+)

Probleme:

Höhe des Einkommens; Verfahrensdauer; fehlende GKV-Leistungen; drohende Obdachlosigkeit

VI. Aufenthaltsrechte (6) - Praxisfall 3

Herr B. und Frau A. sind polnische Staatsbürger. Sie haben Meldebestätigungen aus dem Jahr 2007 bzw. 2009 und für die Zeit danach schriftliche Aussagen, dass sie seit über fünf Jahren ständig in Berlin gesichtet wurden. Sie leben vom Verkauf von Obdachlosenzeitungen und erzielen nach eigenen Angaben dadurch jeweils gelegentlich 300 EUR Einkommen pro Monat.



Adobe Acrobat
Document

Welche Lösungsansätze haben Sie?

Was ist ggf. zu tun?

Welche Probleme sehen Sie?

Praxisfall 3 - Lösungsansätze

Verfahren:

Widerspruch/ Klage; Eilverfahren

Lösungsansätze:

SGB II Leistungen für Beide: Aufenthalt allein zum Zweck der Arbeitssuche?

- **Gewerbeausübung** gem. § 2 Abs. 2 Nr. 2 FreizügG/EU (+/-), da [nicht] völlig untergeordnete Tätigkeit
- **Daueraufenthaltsrecht** gem. § 4a FreizügG/EU (-)
- **§ 7 Abs. 1 S. 4 SGB II** wg. 5-jährigen tatsächlichen Aufenthalts (+)
- Rechtssicherheit bei Aufnahme einer **(geringfügigen) Beschäftigung** (+)

Probleme:

Höhe des Einkommens; Verfahrensdauer; fehlende GKV-Leistungen

3. Praxisproblem: Fortbestand des Aufenthaltsrechts Erwerbstätiger gem. § 2 **Abs. 3** FreizügG/EU

Satz 1 Nr. 2):

Unfreiwillige Beendigung, durch die zuständige Agentur für Arbeit bestätigt (!)
nach mehr als einem Jahr Tätigkeit => **Fortbestand 2-3 Jahre (str.)**

Satz 2:

Tätigkeit weniger als ein Jahr => **6-monatiger Fortbestand** des Erwerbstätigenstatus

Probleme:

- **Dauer des Fortbestands bei über einem Jahr Tätigkeit**
- **Mehrere unterbrochen Tätigkeiten, BSG, Urteil v. 13.07.2017, B 4 AS 17/16 R**
- **Ausstellung, Rechtscharakter und Richtigkeit der Feststellung der Bundesagentur (Problematik der Bindungswirkung)**
- **Arbeitsrechtlicher Einfluss auf Sozialleistungen der Betroffenen**

Praxisfall 4:

Der litauische Antragsteller P. kam 2014 nach Deutschland und war von 2014 bis 2016 selbständiger Solarmodulinstallateur. Er erhielt ergänzende Leistungen nach dem SGB II. Durch einen schweren Verkehrsunfall konnte er sein Gewerbe nicht mehr ausüben. Ihm wurde eine Arbeitsfähigkeit für eine sitzende Tätigkeit von 3 bis 4 Stunden täglich attestiert. April 2017 meldete er das Gewerbe ab. Der Weiterbewilligungsantrag vom Oktober 2017 wurde abgelehnt.



Adobe Acrobat
Document

Welche Lösungsansätze haben Sie?

Was ist ggf. zu tun?

Welche Probleme sehen Sie?

Praxisfall 4 - Lösungsansätze

Verfahren:

Widerspruch/ Klage; Eilverfahren

Lösungsansätze:

SGB II Leistungen für P: Aufenthalt allein zum Zweck der Arbeitssuche?

- **Gewerbeausübung** gem. § 2 Abs. 2 Nr. 2 FreizügG/EU (-)
- **Fortbestand des Selbständigenstatus nach § 2 Abs. 3 Nr. 2 FreizügG/EU (+)**
- **Daueraufenthaltsrecht** gem. § 4a FreizügG/EU (-)

Probleme:

Verfahrensdauer; fehlende GKV-Leistungen

4. Praxisproblem: Familienangehörige denen Unterhalt gewährt wird

§ 3 Abs. 1, 2 Nr. 2 FreizügG/EU

§ 3 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 Nr. 2: „*Familienangehörige...haben das Recht nach § 2 Abs. 1, wenn sie den Unionsbürger...nachziehen... Familienangehörige sind ...die Verwandten in gerader aufsteigender ...Linie der in § 2 Abs. 2...genannten Personen, denen diese Personen Unterhalt gewähren.*“

Problem:

Zurückgelassene Eltern folgen den hier integrierten EU-Bürger*innen und beantragen Sozialleistungen - Leistungsanspruch (str.)

- **Zweck der Einreise Sozialleistungsbezug?**
- **Höhe des Unterhalts? LSG NRW L 7 AS 372/15 B (28.05.15): 100€ / Mt.**
- **Zahlung bereits im Heimatland: LSG BB L 15 SO 181/18 Rn. 44 (11.07.19)**

- **Komplexe Materie**
- **In ständiger Entwicklung (vgl. Vorlagebeschluss des SG Mainz zum BVerfG, Urteil des LSG BB v. 11.07.2019, L 15 SO 181/18, Revision zum BSG: B 8 SO 7/19 R)**
- **Existenzielle Bedeutung für die Betroffenen, überlagert durch sprachliche Diversität**
- **Neuregelungen ab dem 29.12.2016 sind restriktiv, haben aber auch zur Rechtssicherheit beigetragen.**
- **Entscheidend ist die Umsetzung durch die Behörden, deren Handeln oft bewusst oder unbewusst rechtswidrig ist**

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!

Bei Fragen oder Anregungen kontaktieren Sie mich bitte unter:

030 76 210 711

ra.halatschew@hm-kanzlei.de