

Ausschluss arbeitssuchender Unionsbürger von Sozialleistungen

Rain Eva Steffen, Köln

Jeder Unionsbürger hat das Recht, sich vorbehaltlich der in dem EG-Vertrag und in den Durchführungsvorschriften vorgesehenen Beschränkungen und Bedingungen im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten (Art. 18 Abs. 1 EG). Dieses Recht zum Aufenthalt gilt in den ersten drei Monaten voraussetzungslos, danach muss ein Aufenthaltsgrund hinzukommen.

Art. 39 Abs. 3 EG gewährt einen Anspruch auf Einreise und Aufenthalt zu dem Zweck, sich in einem anderen Mitgliedstaat eine Arbeit zu suchen. Das Gemeinschaftsrecht kennt keine Fristen, die den Zeitraum der Arbeitssuche beschränken. Es gibt insbesondere keinen Automatismus dergestalt, dass etwa nach Ablauf von drei Monaten eine Verlassenspflicht bestünde, wenn innerhalb dieser Zeit kein Arbeitsplatz gefunden wurde. Solange ein Unionsbürger mit begründeter Aussicht auf Erfolg Arbeit sucht, darf er nach Art. 14 Abs. 4 Nr. 4 b) der Unionsbürgerrichtlinie nicht ausgewiesen werden.

Wenn aber nun die Arbeitssuche erfolglos bleibt, der Verdienst nicht ausreicht, um den Lebensunterhalt zu sichern, oder der Unionsbürger bereits nach kurzer Zeit unfreiwillig arbeitslos wird, stellt sich die Frage, ob ein (gegebenenfalls ergänzender) Anspruch auf Sozialleistungen besteht.

I. Rechtsgrundlagen

Nach § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 SGB II sind Ausländer, die weder in der Bundesrepublik Arbeitnehmer oder Selbstständige, noch auf Grund von § 2 Abs. 3 FreizügG/EU freizügigkeitsberechtigt sind, sowie ihre Familienangehörigen für die ersten drei Monate ihres Aufenthaltes von den Leistungen der Grundsicherung für Arbeitssuchende nach dem SGB II ausgeschlossen. Gleiches gilt nach § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II für Ausländer und ihre Familienangehörigen, deren Aufenthaltsrecht sich allein aus dem Zweck der Arbeitssuche ergibt. § 23 Abs. 3 SGB XII regelt dies für die Sozialhilfefälle. Hiernach haben Ausländer, die eingereist sind, um Sozialhilfe zu erlangen, oder deren Aufenthaltsrecht sich allein aus dem Zweck der Arbeitssuche ergibt, keinen Anspruch auf Sozialhilfe. Diese Vorschriften verfolgen den Zweck, sozialleistungsorientierten Wanderbewegungen innerhalb der EU zu begegnen.

Grundlage dieser Ausschlussstatbestände ist Art. 24 Abs. 2 der Richtlinie 2004/38/EG (sog. Unionsbürgerrichtlinie), die eine Abweichung vom Recht auf Gleichbehandlung aus Art. 12 und Art. 39 EG vorsieht. Nach Art. 24 Abs. 2 der Unionsbürgerrichtlinie ist der Aufnahmemitgliedstaat nicht verpflichtet, anderen als Arbeitnehmern oder Selbstständigen und Personen, denen dieser Status erhalten bleibt, und ihren Familienangehörigen während der ersten drei Monate ihres Aufenthaltes oder gegebenenfalls während des länge-

ren Zeitraums der Arbeitssuche einen Anspruch auf Sozialhilfe zu gewähren.

Diese Regelung stützt sich auf die Feststellung des EuGH, dass der Gleichbehandlungsanspruch aus Art. 12 EGV nicht ausschließt, den Anspruch auf Sozialhilfeleistungen von nichtdiskriminierenden Voraussetzungen abhängig zu machen.¹

Wer die nach europarechtlichen Maßstäben zu messende Arbeitnehmereigenschaft erfüllt, hat dagegen Zugang zu Sozialleistungen unter den gleichen Voraussetzungen wie ein Inländer (§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 SGB II). In diesem Fall besteht unstreitig – auch nach nationalem Recht – ein Anspruch auf (gegebenenfalls ergänzende) Leistungen. Dies gilt für einen Zeitraum von mindestens sechs Monaten auch für denjenigen, der bereits vor Ablauf des ersten Beschäftigungsjahres unfreiwillig arbeitslos wird. Denn die Arbeitnehmereigenschaft nach Art. 7 Abs. 3 der Unionsbürgerrichtlinie bleibt für den Zeitraum von sechs Monaten erhalten. Voraussetzung ist, dass der Unionsbürger dem zuständigen Arbeitsamt zur Verfügung steht.

II. Meinungsstand zur Vereinbarkeit des Leistungsausschlusses mit EU-Recht

Die europarechtliche Grundlage für den im SGB II/SGB XII geregelten Leistungsausschluss in Art. 24 Abs. 2 der Unionsbürgerrichtlinie muss als sekundäres EG-Recht mit dem Primärrecht aus Art. 12 und 39 EG vereinbar sein. Die Rechtsprechung zur Frage der Vereinbarkeit eines Ausschlusses arbeitssuchender Unionsbürger von Sozialleistungen mit Europarecht ist uneinheitlich.² Die Frage der Vereinbarkeit eines Leistungsausschlusses arbeitssuchender Unionsbürger lag nunmehr auch dem Europäischen Gerichtshof zur Entscheidung vor.

III. Ausgangsverfahren zum Vorabentscheidungsersuchen an den EuGH

Das Sozialgericht Nürnberg hatte über die Klagen zweier arbeitssuchender griechischer Staatsangehöriger gegen die ARGE Nürnberg auf Gewährung von SGB II-Leistungen zu entscheiden (S 19 AS 738/07). In beiden Fällen handelte es sich um Unionsbürger, die vor ihren Anträgen auf Leistungen nach dem SGB II weniger als ein Jahr beschäftigt waren und unfreiwillig arbeitslos wurden. Im Fall des

¹ EuGH, Urteil vom 23.3.2004 - C-138/02 (Collins) - (10 S., M5795).

² Keine Bedenken gegen den gesetzlichen Ausschluss haben: LSG NRW v. 15.6.2007 - L 20 B 9/07 AS ER -; LSG NRW v. 22.3.2007 - L 19 B 21/07 AS ER - (6 S., M9997); LSG Berlin-Brandenburg v. 5.9.2007 - L 29 B 828/07 AS ER - (8 S., M11922); LSG Hessen v. 13.09.2007 - L 9 AS 44/07 ER -; OVG Hamburg v. 15.1.2007 - S 2 B 426/07 -. Einen Verstoß gegen Gemeinschaftsrecht nehmen dagegen an: LSG Berlin-Brandenburg v. 25.4.2007 - L 19 B 116/07 AS ER - (11 S., M10077); LSG Niedersachsen-Bremen v. 2.11.2007 - L 6 AS 664/07 ER - (7 S., M12353). Zumindest im Eilverfahren im Rahmen einer Folgen- und Interessenabwägung kommen zu einem Leistungsanspruch: LSG Baden-Württemberg v. 23.7.2008 - L 7 AS 3031/08 ER-R -; LSG Bayern v. 05.11.2008 - L 11 B 771/08 AS ER - (7 S., M14422); LSG NRW v. 16.7.2008 - L 19 111/08 AS ER -.

Herrn Anthanasios Vatsouras verhielt es sich so, dass er einer nur geringfügigen Beschäftigung nachgegangen war und ergänzende Leistungen nach dem SGB II erhielt. Aufgrund der Arbeitslosigkeit versagte die ARGE Nürnberg ihm sodann die weitere Gewährung der Leistungen. Das Beschäftigungsverhältnis des Herrn Josif Koupatantze wurde bereits nach weniger als zwei Monaten seitens des Arbeitgebers wegen Auftragsmangels gekündigt. Auch hier versagte die ARGE die Gewährung von Leistungen nach dem SGB II auf der Grundlage des § 7 SGB II. Beide Kläger fanden innerhalb von weniger als sechs Monaten wieder eine neue und zwar existenzsichernde Beschäftigung.

Das Sozialgericht Nürnberg hatte die Klageverfahren der beiden Unionsbürger ausgesetzt und dem EuGH die aus seiner Sicht entscheidungserheblichen Auslegungsfragen zur Vereinbarkeit des Ausschlusses von Sozialleistungen arbeitssuchender Unionsbürger mit dem Gemeinschaftsrecht zur Vorabentscheidung vorgelegt. Das Sozialgericht Nürnberg ging davon aus, dass im Fall des Herrn Vatsouras wegen der Geringfügigkeit seiner Beschäftigung und im Falle des Herrn Koupatantze wegen der kurzen Dauer des Beschäftigungsverhältnisses bei Eintritt der Arbeitslosigkeit noch keine Arbeitnehmereigenschaft im Sinne von Art. 39 EG begründet worden war.

Es legte dem EuGH daher folgende Fragen vor:

1. Ist Art. 24 Abs. 2 der Richtlinie 2004/38/EG mit Art. 12 in Verbindung mit Art. 39 EG vereinbar?
2. Für den Fall, dass Frage 1 verneinend beantwortet wird: Stehen Art. 12 in Verbindung mit Art. 39 EG einer nationalen Regelung entgegen, die Unionsbürger vom Sozialhilfebezug ausschließt, sofern die nach Art. 6 der Richtlinie 2004/38/EG zulässige Höchstdauer des Aufenthaltes überschritten ist und auch nach anderen Vorschriften kein Aufenthaltsrecht besteht?
3. Für den Fall, dass Frage 1 bejahend beantwortet wird: Steht Art. 12 EG einer nationalen Regelung entgegen, die Staatsangehörige eines Mitgliedstaates der Europäischen Union selbst von den Sozialhilfeleistungen ausschließt, die illegalen Migranten gewährt werden?

IV. Urteil des EuGH

Der EuGH hat am 4.6.2009 über das Vorabentscheidungsersuchen des Sozialgerichts Nürnberg entschieden.³

1. Prüfung der Arbeitnehmereigenschaft

Bevor der EuGH sich mit den Fragen des Sozialgerichts Nürnberg zur Vereinbarkeit des Leistungsausschlusses mit EG-Primärrecht auseinandersetzt, stellt es die Prüfung voran, ob die beiden Unionsbürger vor Eintritt der Arbeitslosigkeit Arbeitnehmer im gemeinschaftsrechtlichen Sinne waren. Wäre die Arbeitnehmereigenschaft bereits durch die in Rede stehenden Beschäftigungsverhältnisse begründet worden, hätten sie innerhalb eines Zeitraumes von sechs Monaten nach Art. 24 Abs. 1 der Unionsbürgerrichtlinie

einen Anspruch auf Leistungen nach dem SGB II gehabt.

Entgegen der Einschätzung des Sozialgerichts Nürnberg – so die Ausführungen des EuGH in den Vorbemerkungen seiner Entscheidung – sei für die Annahme der Arbeitnehmereigenschaft weder die kurze Dauer der ausgeübten Tätigkeit noch die begrenzte Höhe der Vergütung maßgeblich. Auch eine geringfügige Beschäftigung, die das Existenzminimum nicht sichern könne und von nur kurzer Dauer sei, könne die Arbeitnehmereigenschaft begründen. Der EuGH erinnert daran, dass der Begriff »Arbeitnehmer« im Sinne des Art. 39 EG nicht eng auszulegen ist. Als Arbeitnehmer sei jeder anzusehen, der eine tatsächliche und echte Tätigkeit ausübe. Nur solche Tätigkeiten blieben außer Betracht, die einen so geringen Umfang hätten, dass sie sich als völlig untergeordnet und unwesentlich darstellten. Wesentliches Merkmal sei, dass jemand für eine bestimmte Zeit für einen anderen nach dessen Weisung Leistungen erbringe, für die er als Gegenleistung eine Vergütung erhalte. Die Bewertung der Frage, ob unter Beachtung dieser Grundsätze eine Arbeitnehmereigenschaft anzunehmen sei, falle allein in den Verantwortungsbereich der zuständigen nationalen Behörden bzw. des innerstaatlichen Gerichts. Der EuGH fordert daher das Sozialgericht Nürnberg zunächst dazu auf, die Arbeitnehmereigenschaft im Lichte dieser Grundsätze nochmals zu prüfen.

2. Vereinbarkeit eines Leistungsausschlusses nach dem SGB II

Anschließend hat der EuGH die Frage geprüft, ob die Möglichkeit besteht, arbeitssuchenden Unionsbürgern, die nicht die Arbeitnehmereigenschaft besitzen, auf der Grundlage des Art. 24 Abs. 2 der Unionsbürgerrichtlinie eine Sozialhilfeleistung zu versagen.

Art. 24 Abs. 2 der Unionsbürgerrichtlinie eröffnet die Möglichkeit, arbeitssuchende Unionsbürger in den ersten drei Monaten oder wenn der Aufenthalt zum Zweck der Arbeitssuche darüber hinaus noch länger dauert, von den Leistungen der Sozialhilfe auszuschließen. Es kommt also maßgeblich darauf an, ob SGB II-Leistungen überhaupt als Sozialhilfe im Sinne der Richtlinie anzusehen sind.

Der EuGH hat hierzu ausgeführt, dass arbeitssuchende Unionsbürger nicht von Leistungen ausgeschlossen werden dürfen, die den Zugang zum Arbeitsmarkt erleichtern sollen, da diese unmittelbar dem Anwendungsbereich des Diskriminierungsverbotes aus Art. 39 Abs. 2 EG unterfielen. Solche Leistungen könnten nicht als »Sozialhilfeleistungen« im Sinne von Art. 24 Abs. 2 der Unionsbürgerrichtlinie angesehen werden.⁴

Dies gelte jedoch nur unter der Einschränkung, dass der Unionsbürger bereits tatsächliche Verbindungen mit dem Arbeitsmarkt hergestellt habe. Das Bestehen einer solchen

³ EuGH, Urteil vom 4.6.2009 - C-22/08 u. a. (Vatsouras/Koupatantze gg. ARGE Nürnberg) - ASYLMAGAZIN 7-8/2009, S. 53 (in diesem Heft).

⁴ So schon EuGH v. 23.3.2004 - C-138/02 (Collins) - (10 S., M5795), wo es ebenfalls um eine Leistung der sozialen Sicherung, die Arbeitslosengeld und Sozialhilfe ersetzt, ging.

Verbindung könne sich u. a. aus der Feststellung ergeben, dass der Betroffene während eines angemessenen Zeitraums tatsächlich eine Beschäftigung in dem betreffenden Mitgliedstaat gesucht habe. Ob bereits eine tatsächliche Verbindung zum Arbeitsmarkt vorliege und ob es sich bei den im Streit befindlichen SGB II-Leistungen um Leistungen handele, die den Zugang zum Arbeitsmarkt erleichtern sollen, sei eine von den zuständigen nationalen Behörden und gegebenenfalls den innerstaatlichen Gerichten zu klärende Frage.

Entscheidend dafür, ob der Leistungsausschluss nach § 7 Abs. 1 S. 2 SGB II gemeinschaftsrechtskonform ist, ist damit die Frage, ob SGB II-Leistungen »Sozialhilfeleistungen« i. S. d. Art. 24 Abs. 2 der Unionsbürgerrichtlinie sind.

a) Qualifizierung der SGB II-Leistungen

Die Frage, ob SGB II-Leistungen Sozialhilfe im Sinne der Unionsbürgerrichtlinie sind, wurde von den Sozialgerichten vielfach nicht problematisiert bzw. einfach unterstellt.⁵ Das LSG Berlin-Brandenburg wertet die SGB II-Leistungen als Nachfolgeleistungen der Sozialhilfeleistungen nach dem BSHG als sozialhilferechtliche Absicherung.⁶ Das LSG NRW ordnet die SGB II-Leistungen in einer neueren Entscheidung dem Begriff der Fürsorgeleistungen nach dem EFA zu. Zwar seien die Leistungen nach dem SGB II nicht identisch mit denen des BSHG und des SGB XII, gleichwohl würden sie jedoch eine sozialhilferechtliche Nähe aufweisen. Sie seien beitragsunabhängig und knüpften an die Bedürftigkeit an.⁷ Das BayLSG hält SGB II-Leistungen für beitragsunabhängige Geldleistungen.⁸ Die SGB II-Leistungen seien durch VO (EG) Nr. 629/2006 vom 5.4.2006 in den Anhang II a aufgenommen worden. Dadurch seien sie nach Art. 4 Abs. 2 a der VO (EWG) Nr. 1408/71 als beitragsunabhängige Geldleistungen und nicht als Sozialhilfe einzustufen.

Nach überwiegender und zutreffender Ansicht handelt es sich bei den SGB II-Leistungen um eine Mischform beitragsunabhängiger Sonderleistungen.⁹ Der EuGH gibt insoweit vor, dass bereits die Zugangsvoraussetzung der Erwerbsfähigkeit für einen Leistungsanspruch nach dem SGB II ein Hinweis dafür sei könne, dass es sich um Leistungen zur Erleichterung der Arbeitssuche handele. Bei der rechtlichen Einordnung der Leistungen wird in der Literatur zwar problematisiert, dass das SGB II sowohl Elemente enthält, die der Sicherung des Lebensunterhaltes dienen, als auch solche, die auf die Integration in den Arbeitsmarkt gerichtet sind. Das SGB II unterscheidet in § 1 Abs. 2 SGB II sogar ausdrücklich zwischen diesen Leistungsarten.¹⁰ Durch die Schaffung zweier in sich geschlossener Regelwerke, namentlich der Grundsicherung für Arbeitssuchende im SGB II auf der einen Seite und der Grundsicherung im Alter und bei Erwerbsminderung im SGB XII auf der anderen Seite, hat der Gesetzgeber selbst eindeutig zwischen Leistungen zur Arbeitsmarktintegration und denen der reinen Existenzsicherung unterschieden. Es wäre daher angesichts

der Ausrichtung der SGB II-Leistungen auf die Integration in den Arbeitsmarkt nicht mit Art. 12 und Art. 39 Abs. 2 EG zu vereinbaren, innerhalb der Leistungsgewährung nach dem SGB II zwischen solchen der Existenzsicherung und denen der Eingliederung in Arbeit zu differenzieren. Sobald und solange der Arbeitssuchende eine tatsächliche Verbindung mit dem Arbeitsmarkt des Aufnahmemitgliedstaates nachweist, befindet er sich quasi auf halbem Weg zwischen Beschäftigungslosigkeit und wirtschaftlicher Betätigung. Das Gleichbehandlungsgebot aus Art. 39 Abs. 2 EG gewährleistet das Recht auf Zugang zum Arbeitsmarkt unter den gleichen Voraussetzungen und einer Förderung im gleichen Umfang. Arbeitssuchende Unionsbürger dürfen daher nicht von einem Teil dieser Leistungen ausgenommen werden, wenn diese insgesamt dem Ziel der Arbeitsmarktintegration dienen.

b) Tatsächliche Verbundenheit mit dem Arbeitsmarkt

Voraussetzung für den Zugang zu SGB II-Leistungen bleibt der Nachweis einer tatsächlichen Verbundenheit mit dem Arbeitsmarkt. Nach den Vorgaben des EuGH kann sich eine solche Verbindung u. a. aus der Feststellung ergeben, dass der Betroffene während eines angemessenen Zeitraums tatsächlich eine Beschäftigung gesucht hat. Aussagen darüber, welcher Zeitraum hier als angemessen anzusehen ist, trifft der EuGH in seiner Entscheidung vom 4.6.2009 nicht. In dem Zeitraum bis zur Aufnahme einer tatsächlichen Verbindung zum Arbeitsmarkt können arbeitssuchende Unionsbürger auch von solchen Leistungen ausgeschlossen werden, die den Zugang zum Arbeitsmarkt erleichtern sollen. Dies verstößt nach Ansicht des EuGH nicht gegen das Diskriminierungsverbot aus Art. 39 Abs. 2 EG.

Dies wiederum bedeutet, dass der Leistungsausschluss für Arbeitssuchende nach dem SGB II während der ersten drei Monate des Aufenthaltes nach § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 SGB II als gemeinschaftskonform anzusehen sein könnte.¹¹ Nach Gemeinschaftsrecht gilt als arbeitssuchend, wer nachweislich eine Arbeit sucht und dessen Bemühungen bei objektiver Betrachtungsweise nicht aussichtslos scheinen.¹²

Für die Neu-Unionsbürger wird an dieser Stelle problematisiert, dass die aufgrund des nachrangigen Arbeitsmarktzuganges nur abstrakt generelle Möglichkeit der Ertei-

⁵ So LSG NRW v. 3.11.2006 - L 20 B 248/06 AS ER - (10 S., M9595); LSG Niedersachsen-Bremen v. 2.8.2007; LSG Hessen v. 13.9.2007 - L 9 AS 44/07 ER -.

⁶ LSG Berlin-Brandenburg v. 5.9.2007 - L 29 B 828/07 AS ER -.

⁷ LSG NRW v. 6.5.2009 - L 20 B 15/09 AS ER -.

⁸ BayLSG v. 12.3.2008 - L 7 B 1104/07 AS ER - (11 S., M13475).

⁹ Dorothee Frings, Sozialrecht für Zuwanderer, Rn. 101; Gerenkamp in Mergler/Zink, SGB II, Teil I, § 7 Rn. 13; so wohl auch LSG Baden-Württemberg v. 23.7.2008 - L 7 AS 3031/08 ER-R -.

¹⁰ Vgl. Spellbrink in Eicher/Spellbrink SGB II, Grundsicherung für Arbeitssuchende, § 7 Rn. 17, 18.

¹¹ So Dorothee Frings, Sozialrecht für Zuwanderer, Rn. 102; a. A.: Gerenkamp in Mergler/Zink, SGB II, Rn. 13.

¹² Hoffmann, in: HK-AusIR, § 2 FreizügG/EU, Rn. 11.

lung einer Arbeitsgenehmigung EU nicht ausreichend sei.¹³ Nach der insoweit zutreffenden Auffassung des LSG NRW wird dagegen die hinreichende Aussicht auf eine Arbeitserlaubnis-EU zumindest für eine geringfügige Beschäftigung angenommen und damit die Erwerbsfähigkeit nach § 8 SGB II als Zugangsvoraussetzung für einen Leistungsanspruch nach dem SGB II bejaht.¹⁴ Den Neu-Unionsbürgern von vornherein eine hinreichende Aussicht auf dem Arbeitsmarkt und damit die Erwerbsfähigkeit abzusprechen, ließe sich mit dem insoweit unbeschränkten Recht zum Aufenthalt zum Zwecke der Arbeitsplatzsuche wohl auch kaum vereinbaren. Erforderlich ist jedenfalls die ernsthafte Absicht, eine Arbeit aufzunehmen, was objektiviert nach außen zum Ausdruck gebracht werden muss.¹⁵

3. Ausschluss von Leistungen für illegale Migranten

Die letzte Frage des Sozialgerichts Nürnberg, ob das Diskriminierungsverbot aus Art. 12 EG einer nationalen Regelung entgegensteht, die Staatsangehörige eines Mitgliedstaates der Europäischen Union selbst von solchen Sozialleistungen ausschließt, die illegalen Migranten gewährt würden, hat der EuGH eindeutig verneint. Das Diskriminierungsverbot aus Art. 12 EGV finde keine Anwendung im Fall einer etwaigen Ungleichbehandlung zwischen Angehörigen der Mitgliedstaaten und Drittstaatsangehörigen.

Die bisherige Rechtsprechung, die ein Verbot der Schlechterstellung der Unionsbürger im Vergleich mit ausreisepflichtigen Drittstaatsangehörigen angenommen hat, weil selbst den Leistungsberechtigten nach dem AsylbLG die unabweisbare Hilfe nach § 1 a AsylbLG nicht versagt werden könne, kann danach nicht mehr aufrechterhalten werden. Der Leistungsausschluss in §§ 7 Abs. 1 Satz 2 SGB II und 23 Abs. 3 Satz 1 SGB XII belässt es aber dem zuständigen Sozialhilfeträger, eine Ermessensentscheidung darüber zu treffen, in welchem Umfang Unionsbürgern unter Beachtung der Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG) und des Sozialstaatsprinzips (Art. 20 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG) vorübergehende Leistungen zur Überbrückung einer unmittelbaren persönlichen Notlage zu gewähren sind.¹⁶

V. Fazit und Ausblick

Die bisherige Annahme, dass die Arbeitnehmereigenschaft nach Vorgabe des BMI ein Mindesteinkommen von in der Regel 400 Euro voraussetze, kann nicht mehr aufrechterhalten bleiben. Auch bei einer noch so kurzfristigen Beschäftigung kann die Arbeitnehmereigenschaft begründet worden sein, so dass bei unfreiwilliger Arbeitslosigkeit innerhalb eines Zeitraums von sechs Monaten ein Anspruch auf ALG II selbst innerhalb der ersten drei Monate des Aufenthaltes eines Unionsbürgers nicht ausgeschlossen werden kann.

Die zuständigen Behörden und Gerichte werden künftig zu beachten haben, dass die SGB II-Leistungen nach zutreffender Ansicht insgesamt als Leistungen zur Erleichte-

rung der Arbeitssuche zu qualifizieren sind und damit nicht dem Anwendungsbereich des Art. 24 Abs. 2 der Unionsbürgerrichtlinie unterfallen. Der in § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 normierte Leistungsausschluss eines arbeitssuchenden Unionsbürgers, der sich rechtmäßig im Bundesgebiet aufhält, ist gem. Art. 39 Abs. 2 EGV europarechtswidrig. Dies gilt allerdings erst von dem Zeitpunkt an, ab dem der arbeitssuchende Unionsbürger eine tatsächliche Beziehung zum Arbeitsmarkt aufgenommen hat und solange die ernsthafte Absicht besteht, eine Arbeit aufzunehmen. Da es sich bei den SGB II-Leistungen nach zutreffender Ansicht nicht um Sozialleistungen handelt, sondern um Leistungen, die der Erleichterung der Arbeitssuche dienen, dürfte selbst ein längerer Bezug dieser Leistungen nicht zu einer Aufenthaltsbeendigung führen. Dies gilt jedenfalls solange ein Unionsbürger mit begründeter Aussicht auf Erfolg Arbeit sucht

Für die Beratungspraxis folgt daraus, dass nach der Einreise zum Zwecke der Arbeitssuche das ernsthafte Bemühen um einen Arbeitsplatz nachzuweisen ist. Dies erfolgt in Form der Ausstellung einer Bescheinigung der Bundesagentur für Arbeit und der Vorlage von Nachweisen über die Stellensuche in Form von Bewerbungsschreiben etc.

Gegen die Ablehnung eines Antrages auf Gewährung von SGB II-Leistungen ist unter Hinweis auf die Entscheidung des EuGH Widerspruch einzulegen. Dem SGB II-Leistungsträger ist Gelegenheit zur Abhilfe innerhalb einer kurzen angemessenen Frist zu geben. Nach Ablauf der Frist bzw. Aufrechterhalten der negativen Entscheidung ist ein Antrag auf Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes mit dem Ziel der Gewährung von SGB II-Leistungen hilfsweise SGB XII-Leistungen unter Beiladung des zuständigen Leistungsträgers beim Sozialgericht zu stellen. Dies gilt unter Hinweis auf die Ausführungen des LSG NRW in seiner Entscheidung v. 17.4.2008 - L 7 B 70/08 AS ER - auch für die Neu-Unionsbürger, da auch sie erwerbsfähig im Sinne des § 8 SGB II sind.

Bereits bestandskräftige Entscheidungen der SGB II-Leistungsträger können über einen Antrag auf Überprüfung dieses Bescheides nach Maßgabe des § 44 SGB X aufgehoben und vorenthaltene Leistungen nachgezahlt werden. Zu beachten ist jedoch, dass Leistungen nach dem SGB II einen (wenn auch formlosen) Antrag voraussetzen (§ 37 SGB II). Es werden keine Leistungen für die Zeit vor der Antragstellung erbracht. Ein beim unzuständigen Leistungsträger gestellter Antrag gilt jedoch nach § 16 Abs. 2 SGB I als beim zuständigen Leistungsträger gestellt.

¹³ So LSG Baden-Württemberg v. 23.07.2007 - L 7 AS 3031/08 ER-R -.

¹⁴ LSG NRW, v. 17.4.2008 - L 7 B 70/08 AS ER - (6 S., M13242).

¹⁵ Epe, in GK-AufenthG, § 2 FreizügG/EU Rn. 51; EuGH Urteil vom 23.3.2004 - C-138/02 (Collins) -.

¹⁶ Dorothee Fring, Sozialrecht für Zuwanderer, Rn. 105; Herbst in Mergler/Zink, SGB XII, § 23 Rn. 48; Adolph in Linhardt/Adolph, SGB II und XII, § 23 SGB XII Rn. 92.