

Berlin, im Juni 2012  
Stellungnahme Nr. 60/12

# **Stellungnahme des Deutschen Anwaltvereins**

**durch den Ausschuss Ausländer- und Asylrecht**

**zum**

**Vorbehalt der Bundesregierung gegen die Anwendung**

**des Europäischen Fürsorgeabkommens**

**auf die Grundsicherung für Arbeitssuchende**

Mitglieder des Ausschusses:

Rechtsanwältin Susanne Schröder, Hannover (Vorsitzende)

Rechtsanwalt Helmut Bäcker, Frankfurt/M.

Rechtsanwalt Dr. Wolfgang Breidenbach, Halle/Saale

Rechtsanwalt Dr. Marco Bruns, Frankfurt/M.

Rechtsanwältin Kerstin Müller, Köln

Rechtsanwalt Victor Pfaff, Frankfurt/M.

Rechtsanwältin Silke C. Schäfer, Göttingen

Rechtsanwalt Rainer Schmid, Nagold

Rechtsanwalt Rolf Stahmann, Berlin

Rechtsanwältin Eva Steffen, Köln (Berichterstatte(r)in)

zuständige DAV-Geschäftsführerin:

Rechtsanwältin Bettina Bachmann, Berlin

Verteiler:

- Bundesministerium für Arbeit und Soziales
- Bundesministerium der Justiz
- Bundesministerium des Innern
- Beauftragte der Bundesregierung für Migration, Flüchtlinge und Integration
- Landesministerien und Senatsverwaltungen für Arbeit und Soziales
- Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages
- Ausschuss für Arbeit und Soziales des Deutschen Bundestages
- Ausschuss für Auswärtige Angelegenheiten des Deutschen Bundestages
- Ausschuss für Angelegenheiten der Europäischen Union des Deutschen Bundestages
- Ausschuss für Menschenrechte und humanitäre Hilfe des Deutschen Bundestages
- CDU/CSU-Fraktion im Deutschen Bundestag
- SPD-Fraktion im Deutschen Bundestag
- FDP-Fraktion im Deutschen Bundestag
- Fraktion DIE LINKE im Deutschen Bundestag
- Fraktion Bündnis 90/Die Grünen im Deutschen Bundestag
- Arbeitsgruppen Recht der im Bundestag vertretenen Parteien
- Arbeitsgruppe Migration und Integration der SPD-Bundestagsfraktion
- UNHCR Deutschland
- Katholisches Büro in Berlin
- Bevollmächtigte des Rates der EKD bei der Bundesrepublik Deutschland
- Bundesrechtsanwaltskammer
- Deutscher Richterbund
- PRO ASYL, Bundesweite Arbeitsgruppe für Flüchtlinge e. V.
- Deutscher Gewerkschaftsbund (Bundesvorstand)
- Neue Richtervereinigung (NRV)
- Vorsitzende der DAV-Gesetzgebungsausschüsse
- Landesverbände des DAV
- Geschäftsführender Ausschuss der Arbeitsgemeinschaft Ausländer- und Asylrecht
- NVwZ
- ZAR
- Asylmagazin
- ANA
- Informationsbrief Ausländerrecht

*Der Deutsche Anwaltverein (DAV) ist der freiwillige Zusammenschluss der deutschen Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte. Der DAV mit derzeit ca. 67.000 Mitgliedern vertritt die Interessen der deutschen Anwaltschaft auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene.*

---

Der Deutsche Anwaltverein appelliert an die Bundesregierung, den am 15.12.2011 erklärten Vorbehalt zur Anwendung des SGB II auf die Staatsangehörigen der anderen Vertragsstaaten des EFA zurückzunehmen.

Das Europäische Fürsorgeabkommen (EFA)<sup>1</sup> regelt den Bezug von Fürsorgeleistungen für Staatsangehörige, die sich legal in einem anderen Unterzeichnerstaat aufhalten. Vertragsstaaten sind neben der Bundesrepublik Deutschland Frankreich, Belgien, Dänemark, Estland, Griechenland, Irland, Island, Italien, Luxemburg, Malta, Niederlande, Norwegen, Portugal, Schweden, Spanien, die Türkei und Großbritannien. Mit der Ratifizierung dieses völkerrechtlichen Vertrages hat sich die Bundesrepublik Deutschland zur Gleichbehandlung der Staatsangehörigen der Vertragsstaaten auf dem Gebiet der Fürsorgegesetzgebung verpflichtet.

Die Bundesregierung hat nunmehr am 15.12.2011 im Zusammenhang mit der Aktualisierung der Liste von Rechtsvorschriften, auf die das EFA Anwendung findet, einen Vorbehalt zur Anwendbarkeit des EFA auf die Leistungen nach SGB II sowie die Hilfe in besonderen Lebenslagen nach SGB XII erklärt. Die Vorbehalte sind seit dem 19.12.2011 in Kraft.

Hintergrund dieser Vorbehalte ist, dass Ausländer, deren Aufenthaltsrecht sich alleine aus dem Zweck der Arbeitsuche ergibt, und ihre Familienangehörigen gem. § 7 Abs. 1 Satz 2 SGB II von der Grundsicherung für Arbeitssuchende und durch § 23 Abs. 3 Satz 1 SGB XII von der Sozialhilfe ausgeschlossen sind. Das Bundessozialgericht (BSG) hatte allerdings entschieden,<sup>2</sup> dass die Ausschlussregelung im SGB II auf Angehörige der Vertragsstaaten des EFA wegen des dort in Art. 1 normierten Gleichbehandlungsgrundsatzes nicht anzuwenden ist. Der im nationalen Recht geregelte Leistungsausschluss für arbeitssuchende Unionsbürger wirkte sich daher für Personen aus den EFA – Staaten nicht mehr aus.

Als Reaktion auf diese Rechtsprechung hat die Bundesregierung daher obige Vorbehalte zum EFA erklärt und verweist darauf,<sup>3</sup> dass sie lediglich von der in Art. 16 lit b EFA eingeräumten Möglichkeit Gebrauch gemacht habe, einen Vorbehalt hinsichtlich der Anwendung neuer Rechtsvorschriften zu erklären, um den gesetzlich vorgesehenen Leistungsausschluss wieder herzustellen.

Dies sei auch kein Verstoß gegen die Wiener Vertragsrechtskonvention (Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge WVK), da die WVK auf nachträglichen Vorbehalte keine Anwendung finde und der Vorbehalt gestützt auf Art. 16 EFA einer eigenen völkerrechtlichen Ermächtigung folge.

Art. 16 EFA lautet:

- a) Die Vertragschließenden haben den Generalsekretär des Europarates über jede Änderung ihrer Gesetzgebung zu unterrichten, die den Inhalt von Anhang I und III berührt.

---

<sup>1</sup> Europäisches Fürsorgeabkommen vom 11.12.1953, BGBl. II 1956 S. 564.

<sup>2</sup> BSG, Urt. v. 19.10.2010 – B 14 AS 23/10 R.

<sup>3</sup> Siehe Bundestagsdrucksache 17/8699, S. 32 (Antwort auf die Schriftliche Frage Nr. 60 des Abg. Kurth), Plenarprotokoll des Deutschen Bundestages Nr. 17/167, 21.3.2012, S. 19823 A-D, Mitteilung des BMAS an die Bundesländer und die Kommunalen Spitzenverbände vom 9.2.2012 – lic3-29011/3

- b) Jeder Vertragschließende hat dem Generalsekretär des Europarates alle neuen Rechtsvorschriften mitzuteilen, die in Anhang I noch nicht aufgeführt sind. Gleichzeitig mit dieser Mitteilung kann der Vertragschließende Vorbehalte hinsichtlich der Anwendung dieser neuen Rechtsvorschriften auf die Staatsangehörigen der anderen Vertragschließenden machen.

Hierzu ist zunächst festzustellen, dass die Mitteilung der Bundesregierung nahezu 7 Jahre nach Inkrafttreten des SGB II/SGB XII zum 1.1.2005 eine – reichlich verspätete – Klarstellung der deutschen Rechtslage ist. Die Aufzählung der betroffenen Fürsorgegesetze in der Anlage I zum EFA wirkt allerdings ohnehin nicht konstitutiv, so dass das EFA nach Ansicht des BSG auch schon vorher auf die SGB II Leistungen anwendbar war. Insoweit dürfte es sich auch angesichts der Tatsache, dass die Regelwerke des SGB II/SGB XII bereits seit 2005 in Kraft sind, gleichwohl um „neue Rechtsvorschriften“ handeln.

Der in Artikel 16 lit b Satz 2 EFA ausdrücklich zugelassene Vorbehalt soll den Vertragsstaaten aber nur die Vorbehalte offen halten, die sie bei Vertragsschluss noch nicht machen konnten, weil es ein entsprechendes Fürsorgegesetz noch nicht gab, nicht aber den Vertragsstaaten erlauben, sich aus bereits vorbehaltlos eingegangenen Verpflichtungen nachträglich einseitig zu lösen.<sup>4</sup> Es gilt der allgemeine Rechtsgrundsatz *pacta sunt servanda*.<sup>5</sup> Einmal in Kraft getretene Verträge binden die Vertragsparteien und sind von ihnen nach Treu und Glauben zu erfüllen (Art. 26 WVK). Die Auslegungsgrundsätze der WVK sind als Ausdruck allgemeiner Regeln des Völkerrechts auch auf Verträge anzuwenden, die – wie das EFA - bereits vor dem Inkrafttreten der WVK geschlossen worden sind.<sup>6</sup>

Die Bundesregierung hat den Leistungsausschluss für arbeitssuchende Unionsbürger nach nationalem Recht (§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 und Nr. 2 SGB II) zum Anlass genommen, die vorbehaltlose Verpflichtung zur Gewährung existenzsichernder Leistungen auf der Grundlage des EFA nachträglich zu modifizieren. Eine Vertragspartei kann sich jedoch nicht auf ihr innerstaatliches Recht berufen, um die Nichterfüllung eines Vertrages zu rechtfertigen (Art. 27 WVK). Nichts anderes tut die Bundesregierung jedoch, wenn sie darauf abstellt, dass mit dem Vorbehalt nur der im SGB II geregelte Leistungsausschluss und damit die vor der BSG - Entscheidung bestehende Rechtslage wieder hergestellt worden sei. Die Bundesrepublik ist die Verpflichtung zur Gewährung der Fürsorgeleistungen (mit Ausnahme der Leistungen zur Überwindung besonderer Schwierigkeiten) seinerzeit vorbehaltlos eingegangen. Bei dem SGB II handelt es sich um ein das bis dahin geltende BSHG ablösendes Gesetz zur Grundsicherung für Arbeitssuchende. Die eingegangene Verpflichtung zur Gewährung existenzsichernder Leistungen nach dem BSHG galt unabhängig von der Frage, ob es sich um einen erwerbsfähigen Hilfebedürftigen handelt oder nicht. Denn auch dieser Personenkreis war vom BSHG erfasst. Insoweit handelt es sich bei dem SGB II zwar um eine neue Rechtsvorschrift, aber nicht um „neue Fürsorgeleistungen“.

Dies gilt zumindest für den Teil der Leistungen nach dem SGB II, der die Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhaltes regelt. Ließe man einen Ausschluss von diesen existenzsichernden Leistungen für erwerbsfähige Hilfebedürftige zu, würde die mit dem EFA beabsichtigte Gleichbehandlung im Bereich der Fürsorgeleistungen ins Leere laufen. Denn mit der Vorbehaltserklärung zum SGB II werden nicht nur einzelne Leistungen dieses Regelwerkes, sondern alle Leistungen der Grundsicherung für Arbeitssuchende ausgeschlossen.

<sup>4</sup> So auch ein vor dem Vorbehalt ergangener Beschluss des LSG Niedersachsen-Bremen v. 14.01.2008 - L 8 SO 88/07 ER unter Hinweis auf BVerwG, Urt. v. 18.5.2000 – 5 C 29/98.

<sup>5</sup> Siehe dazu Kirsten Schmalenbach, Article 26, in: O. Dörr/K. Schmalenbach (ed.) Vienna Convention on the Law of Treaties. A Commentary. 2012.

<sup>6</sup> BSG, Urteil vom 23.9.2004, B 10 EG 3/04 R

Der nachträgliche Vorbehalt zu den SGB II Leistungen darf aber nicht weiter gehen als der, der bei Abschluss des völkerrechtlichen Vertrages erklärt wurde. Andernfalls könnten durch eine Änderung der Gesetzeslage Vorbehalte angebracht werden, die die Unterzeichnerstaaten von den bereits eingegangenen Verpflichtungen wieder freistellen. Hätte das EFA dies mit der Regelung in Art. 16 lit b Satz 2 ermöglichen wollen, würde der Vertrag seinen eigenen rechtsverbindlichen Charakter in Frage stellen. Die Vorbehaltserklärung der Bundesregierung zum SGB II erfüllt die Voraussetzungen des Art. 16 lit b Satz 2 EFA zur Einlegung eines Vorbehaltes folglich nicht und ist bereits aus diesem Grund unzulässig.

Ginge man dagegen – entgegen der Ansicht der Bundesregierung - von einer Anwendbarkeit der WVK auch auf „nachträglich erklärte Vorbehalte“ aus, so dürfte der Vorbehalt an Art. 19 WVK zu messen sein. Nach Art. 19 lit c WVK sind Vorbehalte völkerrechtswidrig, wenn sie – wie hier - mit Ziel und Zweck des Abkommens unvereinbar sind. Insofern ist auf die obigen Ausführungen zu verweisen.

Die als Vorbehalt verpackte einseitige Modifizierung des Vertrages ändert zudem den Konsens der Vertragsparteien. Der Vorbehalt hätte daher zur Zulässigkeit nach Art. 39 ff WVK eines völkerrechtlichen Änderungsvertrages bedurft. Angesichts der Tragweite dieser Vorbehaltserklärung, die einer (Teil-) Kündigung des Vertrages gleichkommt, könnte jedenfalls nicht davon ausgegangen werden, dass dieser Änderungsvertrag allein durch Stillschweigen der Vertragsstaaten auf den Vorbehalt zustande kommt. Hier wären die Grenzen des völkerrechtlichen Konsensprinzips erreicht.

Der Vorbehalt gegen das EFA zur Anwendung des SGB II auf die Staatsangehörigen der anderen Vertragsstaaten ist mithin völkerrechtswidrig. Dies gilt nicht für den Vorbehalt zur Anwendung der Hilfen in besonderen Lebenslagen nach dem SGB XII, denn er wiederholt nur einen Vorbehalt, der seinerzeit im Zusammenhang mit der Ratifizierung des EFA durch die Bundesrepublik Deutschland bereits erklärt worden war.

Auch die Rechtsprechung hat bereits aus unterschiedlichen Gründen Zweifel an der völkerrechtlichen Zulässigkeit des Vorbehaltes angemeldet und in einstweiligen Rechtsschutzverfahren Leistungen zugesprochen.<sup>7</sup>

Sofern die Bundesregierung den vertraglichen Pflichten aus dem Abkommen nicht länger nachkommen will, hat sie die Möglichkeit, das Abkommen unter den Voraussetzungen des Art. 24 EFA zu kündigen, was jedoch die offensichtlich nicht gewollte Folge hätte, dass auch deutsche Staatsangehörige, die in einem der anderen Vertragsstaaten leben, dort keinen Anspruch auf Leistungen nach dem EFA mehr geltend machen könnten.

Der Deutsche Anwaltverein fordert die Bundesregierung daher auch vor dem Hintergrund des Grundsatzes der gegenseitigen finanziellen Solidarität der Mitgliedstaaten auf, umgehend den Vorbehalt gegen die Anwendung des EFA auf die SGB II Leistungen zurückzunehmen.

---

<sup>7</sup> SG Berlin: Verstoß gegen WVK, Beschluss v. 25.4.2012 – S 78 AS 8137/12 ER; LSG Berlin-Brandenburg, SGB II kein neues Gesetz i.S.d. Art. 16 EFA, Beschluss v. 9.5.2012 L 19 AS 794/12 B ER; SG Berlin wegen fehlender Transformation ins nationale Recht bzw. Verstoß gegen den Gesetzesvorbehalt bei Grundrechtseingriffen, Urteil v. 25.4.2012 – S 55 AS 9238/12; a.A. LSG Berlin-Brandenburg, Beschluss v. 5.3.2012 – L 29 AS 414/12 B ER