



Deutscher**Anwalt**Verein
Arbeitsgemeinschaft
Ausländer- und Asylrecht

Fortbildungsveranstaltung am 14.02.2015 in Leipzig

Grundlagen des EU-Freizügigkeitsrechts

Referent:
Rechtsanwalt Thomas Oberhäuser, Ulm

Rechtsanwalt
Thomas Oberhäuser
Münsterplatz 13
89073 Ulm

to@KanzleiAmMuenster.de

„Grundlagen des EU-Freizügigkeitsrechts“

14. Februar 2015

Seaside Park Hotel Leipzig

Inhaltsverzeichnis	Seite
A. Unionsbürgerschaft	1
B. FreizügG/EU	7
§§ 1 und 2	7
§ 3	22
§ 4	32
§ 4a	35
§ 5	40
§ 11	47
C. Praktische Hinweise	51
D. Fälle	54
E. Anhang (soziale Rechte von Unionsbürgern)	60

Unionsbürger- und Freizügigkeitsrechte

A. Die „Unionsbürgerschaft“

1. Bedeutung der Unionsbürgerschaft in der Rechtsprechung des EuGH

Dass die Unionsbürgerschaft im Zusammenhang mit dem Gebrauchmachen einer der Grundfreiheiten eines Unionsbürgers, namentlich der Wanderung in einen anderen Mitgliedstaat zur Aufnahme einer Erwerbstätigkeit oder einer Ausbildung, Gewicht haben kann, liegt aus heutiger Sicht auf der Hand. Schließlich normiert Art. 20 AEUV das Reise- und Aufenthaltsrecht eines jeden Unionsbürgers, der sich folglich selbst ohne einen besonderen Grund zu haben oder gar geltend machen zu müssen, in allen Mitgliedstaaten der EU aufhalten und hierfür uneingeschränkt einreisen darf. Der Weg zu dieser „Selbstverständlichkeit“ war indes lang. Noch länger, weil noch nicht abgeschlossen, scheint der Weg zur Anerkennung eines aus der Unionsbürgerschaft abgeleiteten, umfassenden Diskriminierungsverbots in Fällen, in denen sich ein Unionsbürger ohne jede Wanderungsbewegung oder -absicht gegen seinen Aufnahmemitgliedstaat oder gar gegen den eigenen Mitgliedstaat auf seine Unionsbürgerschaft beruft. In allen diesen Konstellationen hat der EuGH bereits die Unionsbürgerschaft als rechtlich relevant angesehen.

a) Unionsbürgerstatus im Kontext mit Wanderung

aa) Aufenthaltsrecht und Diskriminierungsverbot

Fruchtbar gemacht wurde die Unionsbürgerschaft zunächst im Wesentlichen in aufenthaltsrechtlicher Hinsicht und zur Begründung eines daraus folgenden Diskriminierungsverbots.

(1) <Martinez Sala>¹

Erstmals hat der EuGH die Unionsbürgerschaft und ihre rechtlichen Konsequenzen im Jahre 1998 beleuchtet. Im Verfahren <Martinez Sala> ging es um eine 1956 geborene spanische Staatsangehörige, die seit 1968 in Deutschland lebt und dort – mit Unterbrechungen – zehn Jahre lang erwerbstätig war. Nachdem sie **Sozialhilfe** beantragt hatte, wurde ihre Aufenthaltserlaubnis nicht mehr verlängert. Sie erhielt nur Bescheinigungen des Inhalts, dass sie die Verlängerung ihrer Aufenthaltserlaubnis beantragt hatte. Ihren Antrag auf Bewilligung von **Erziehungsgeld** für ihr in diesem Zeitraum geborenes Kind lehnte der Freistaat Bayern ab mit der Begründung, Frau Martinez Sala sei weder im Besitz der deutschen Staatsangehörigkeit noch einer Aufenthaltsberechtigung oder Aufenthaltserlaubnis, was nach dem nationalen Recht Voraussetzung für den Bezug von Erziehungsgeld sei.

Der EuGH verwies zur Begründung seiner Entscheidung auf Art. 8a des EG-Vertrags (EGV), wonach jeder Unionsbürger das Recht habe, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten vorbehaltlich der in diesem Vertrag und den Durchführungsvorschriften vorgesehenen Beschränkungen und Bedingungen frei zu bewegen und aufzuhalten.

Da sich Frau Martinez Sala in Deutschland **erlaubter Weise aufhielt**, obwohl sie kein Aufenthaltspapier hatte, falle sie in den Anwendungsbereich der Vertragsbestimmungen über die Unionsbürgerschaft. Daher und gemäß **Art. 6 EGV** dürfe sie **nicht aus Gründen der Staatsangehörigkeit diskriminiert** werden. Die Verweigerung einer Leistung an eine Unionsbürgerin, die sich rechtmäßig in einem Mitgliedstaat aufhält mit der Begründung, sie verfüge nicht über ein Aufenthaltsdokument, während Angehörige des Aufnahmemitgliedstaats ein solches Dokument nicht benötigen, stelle eine Diskriminierung unmittelbar aus Gründen der Staatsangehörigkeit dar. Eine Rechtfertigung für eine solche Diskriminierung sei nicht ersichtlich.

(2) <Grzelczyk>²

2001 befasste sich der EuGH mit dem Fall eines französischen Studenten, der in Belgien einen **Antrag auf Gewährung des Existenzminimums** beantragt hatte, und stellte – wie im Verfahren <Martinez Sala> – fest,

¹ EuGH, Urt. v. 12.05.1998, Rs. C-85/96 (Martinez Sala), InfAuslR 1998, 316.

² EuGH, Urt. v. 20.9.2001, Rs. C-184/99 (Grzelczyk), InfAuslR 2001, 481.

dass das unionsrechtlich Aufenthaltsrecht eine Diskriminierung verbietet. Weil ein belgischer Student in der gleichen Situation wie Herr Grzelcyk die Voraussetzungen für die Gewährung dieses Existenzminimums erfülle, stelle es eine nach Art. 6 EGV verbotene Diskriminierung dar, Herrn Grzelcyk als französischem Student solche Leistungen zu verwehren. Letzterer kann sich auf Art. 6 EGV berufen, weil er sich rechtmäßig in Belgien aufhält und deshalb in den Anwendungsbereich der Vertragsbestimmungen über die Unionsbürgerschaft fällt.

„Der Unionsbürgerstatus ist nämlich dazu bestimmt, der grundlegende Status der Angehörigen der Mitgliedstaaten zu sein, der es denjenigen unter ihnen, die sich in der gleichen Situation befinden, erlaubt, unabhängig von ihrer Staatsangehörigkeit und unbeschadet der insoweit ausdrücklich vorgesehenen Ausnahmen die gleiche rechtliche Behandlung zu genießen.“³

Diese Definition der Unionsbürgerschaft ist seither ein „stehender Begriff“.

(3) <Collins>⁴

Im Verfahren <Collins> befasste sich der EuGH mit dem Fall eines auch irischen Staatsangehörigen, der 1998 in das Vereinigte Königreich reist, um dort eine Arbeit im Bereich der Sozialfürsorge zu suchen. Die von ihm beantragte **Beihilfe für Arbeitssuchende** verwehrt ihm die britische Behörde mit der Begründung, er habe seinen gewöhnlichen Aufenthalt nicht im Vereinigten Königreich. Auch hier verpflichtete der EuGH das Vereinigte Königreich, Herrn Collins nicht aus Gründen seiner Staatsangehörigkeit gegenüber eigenen Staatsangehörigen zu diskriminieren.

(4) <Trojani>⁵

Im gleichen Jahr bekräftigte der EuGH seine Rechtsprechung zum Diskriminierungsverbot in Bezug auf Unionsbürger, die sich rechtmäßig in einem anderen Mitgliedstaat als dem Heimatmitgliedstaat aufhalten, ohne dass sie eine entsprechende Bescheinigung dieses Mitgliedstaats vorweisen können und **ohne dass sie eine der Grundfreiheiten des EG-Vertrags in Anspruch genommen** haben. Allein auf Grund seiner Unionsbürgerschaft konnte sich der französische Staatsangehörige Trojani in Belgien aufhalten und sich auf das Diskriminierungsverbot berufen, jedenfalls so lange mögliche Beschränkungen und Bedingungen dieses Rechts nicht in einem unionsrechtlich vorgeschriebenen Verfahren ausgesprochen sind. Das heißt: Solange das allgemeine Aufenthaltsrecht auf Grund der Unionsbürgerschaft nicht aufgehoben ist, verbietet das Diskriminierungsverbot, Herrn Trojani vom **Bezug von Sozialleistungen** auszuschließen.

(5) <Bidar>⁶

2005 bekräftigt der EuGH diese, soeben genannten Leitlinien im Fall eines französischen Staatsangehörigen, der im Vereinigten Königreich zur Finanzierung seines Studiums ein **Studentendarlehen** beantragt hatte. Erstmals verweist der EuGH hierfür auf die kurz zuvor in Kraft getretene Freizügigkeitsrichtlinie⁷ und deren Art. 24, der im Wesentlichen die bisherige Rechtsprechung des EuGH in Worte fasst.

(6) <Huber>⁸

Auf die Unionsbürgerschaft und das damit einhergehende Diskriminierungsverbot beruft sich der EuGH auch im Verfahren des österreichischen Staatsangehörigen Huber, der sich in Deutschland niedergelassen hat und dessen **Daten im Ausländerzentralregister** gespeichert wurden. Solche Daten dürfen auf Grund des Diskriminierungsverbotes nur gespeichert werden, wenn sie auch von deutschen Staatsangehörigen gespeichert werden. Alles andere stellt eine verbotene Diskriminierung auf Grund der Staatsangehörigkeit dar, die schon wegen des Unionsbürgerstatus von Herrn Huber verboten ist.

³ EuGH, Urt. v. 20.9.2001, Rs. C-184/99 (Grzelcyk), Rz 31, InfAuslR 2001, 481

⁴ EuGH, Urt. v. 23.3.2004, Rs. C-138-02 (Collins), InfAuslR 2004, 375, insb. Rz 63.

⁵ EuGH, Urt. v. 7.9.2004, Rs. C-456/02 (Trojani), InfAuslR 2004, 417.

⁶ EuGH, Urt. v. 15.3.2005, Rs. C-209/03 (Bidar), InfAuslR 2005, 230

⁷ Richtlinie 2004/38/EG des Parlaments und des Rates vom 29.04.2004 über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten (Freizügigkeits-RL – ABl. EU Nr. L 229 S. 35).

⁸ EuGH, Urt. v. 16.12.2008, Rs. C-524/06 (Huber), InfAuslR 2009, 89.

(7) <Bressol>⁹

Seine Grundsätze, jetzt gestützt auf Art. 18 und 21 AEUV, bekräftigte der EuGH 2010 im Verfahren von französischen Studierenden, die im francophonen Teil Belgiens ein Studium aufnehmen wollten und hierbei durch eine belgische Regelung gehindert wurden, wonach nur ein bestimmter Prozentsatz an **nicht-belgischen Studierenden** eingeschrieben werde. Dass dies eine verbotene Diskriminierung von Unionsbürgern auf Grund ihrer Staatsangehörigkeit ist, hätten die belgischen Behörden wohl auch ohne Nachhilfe durch den EuGH erkennen können.

(8) <Vardyn>¹⁰

2011 hatte sich der EuGH mit der Verschiedenartigkeit der **Schreibweisen von Namen** von Unionsbürgern zu beschäftigen. Der Name einer lettischen Staatsangehörigen und polnischen Minderheitenangehörigen wurde in Litauen anders geschrieben als anlässlich der Eheschließung in Polen, wo das lateinische Alphabet ohne diakritische Zeichen verwendet wurde. Gegenüber den lettischen Behörden beantragte die Lettin vergeblich die Änderung ihres Namens entsprechend der polnischen Schreibweise und berief sich hierzu auf das Diskriminierungsverbot.

Der EuGH erkannte seine Zuständigkeit für die Entscheidung, da es sich nicht um einen rein innerstaatlichen Sachverhalt handelte. Die geänderten Urkunden wollte und will die Klägerin in einem anderen Mitgliedstaat verwenden, was ihr unmittelbar durch Art. 21 AEUV eingeräumtes Recht erleichtern würde. Im Übrigen ergebe sich, so der EuGH, dieses Recht bereits aus dem Unionsbürgerstatus gemäß Art. 20 AEUV und mit ihm das Recht, sich diskriminierungsfrei in einem anderen Mitgliedstaat aufzuhalten.

Sodann stellte der EuGH fest, dass die Vorschriften über die Umschrift von Vor- und Nachnamen in Personensurkunden zwar beim gegenwärtigen Stand des Unionsrechts in die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten fallen, doch müssten diese bei der Ausübung dieser Zuständigkeit das Unionsrecht beachten.

(9) <Kommission ./. Österreich>¹¹

Der Unionsbürgerstatus war für den EuGH auch maßgeblich in der Entscheidung <Kommission gegen Österreich>, in der es um die Ausgabe **ermäßigter Semestertickets an Studierende** geht, die bestimmte Eigenschaften aufweisen, die wiederum österreichische Staatsangehörige *leichter* erfüllen können als andere Unionsbürger.

Auch solche Formen der **mittelbaren Diskriminierung** sind vor dem Hintergrund der Art. 18, 20 AEUV verboten. Einschränkungen, wie sie die österreichische Regierung unter Hinweis auf Art. 24 Abs. 2 Freizügigkeits-RL zu begründen versuche, seien eng auszulegen und stets im Einklang mit den Vertragsbestimmungen, einschließlich denjenigen über die Unionsbürgerschaft, auszulegen. Zwar sei es zulässig, einen tatsächlichen Zusammenhang zwischen demjenigen, der die Leistung beantragt, und dem Staat zu fordern, der diese Leistung zu erbringen hat. Nicht jedes Kriterium für einen solchen tatsächlichen Zusammenhang sei aber legitim.

(10) <N>¹²

Im Verfahren eines anonym gebliebenen Unionsbürgers, der nicht in seinem Heimatstaat, sondern in Dänemark studieren wollte und dafür **Ausbildungsförderung** beantragt hat, wiederholt der EuGH seine Grundsätze zum Verbot einer jeden Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit auf Grund des Unionsbürgerstatus und erklärt, dass es **keine Vertragsbestimmung** gäbe, die die **Annahme rechtfertigen könne, dass Studierende**, die Unionsbürger sind, und sich zu Studienzwecken in einen anderen Mitgliedstaat begeben, **die ihnen als Unionsbürger verliehen Rechte verlieren würden**.

(11) <Brey>¹³

Im Verfahren Brey betont der EuGH das Recht von Unionsbürgern, sich auch dann in einem anderen Mitgliedstaat aufzuhalten, wenn **keine der Grundfreiheiten in Anspruch genommen** werden und auch das Existenzminimum nicht zur Verfügung steht. Allerdings darf dieses aus dem Unionsbürgerstatus abgeleitete Aufenthalts-

⁹ EuGH, Urt. v. 13.04.2010, Rs. C-73/08 (Bressol), <http://curia.europa.eu>.

¹⁰ EuGH, Urt. v. 12.05.2011, Rs. C-391/09 (Vardyn), <http://curia.europa.eu>.

¹¹ EuGH, Urt. v. 04.10.2012, Rs. C-75/11 (Komm. ./. Österreich), <http://curia.europa.eu>.

¹² EuGH, Urt. v. 21.02.2013, Rs. C-46/12 (N), <http://curia.europa.eu>.

¹³ EuGH, Urt. v. 19.9.2013, Rs. C-140/12 (Brey), InfAusLR 2013, 448

recht beschränkt werden, wobei die **Beschränkungen** ihrerseits **im Einklang mit dem Unionsrecht** stehen müssten. Eine gewisse finanzielle Solidarität des Aufnahmemitgliedstaats mit Angehörigen anderer Mitgliedstaaten sei anerkannt.

(12) <Dano>¹⁴

Zuletzt hat der EuGH im Verfahren <Dano> auf den Unionsbürgerstatus abgestellt, im Gegensatz zum Verfahren <Brey> aber ein **Aufenthaltsrecht nur für die ersten drei Monate** des Aufenthalts im anderen Mitgliedstaat anerkannt.

b) Unionsbürgerschaft und Unionsbürgerrechte ohne Wanderung, insbesondere gegen den Herkunftsmitgliedstaat.

Der Unionsbürgerstatus hat auch in den Fällen Bedeutung, in denen der Unionsbürger nicht von seinem Freizügigkeitsrecht Gebrauch gemacht hat, also nicht gewandert ist.

aa) <Garcia Avello>¹⁵

2002 musste sich der EuGH erstmals mit dem unterschiedlichen **Namensrecht** der Mitgliedstaaten beschäftigen. Herr Garcia Arvello, ein spanischer Staatsangehöriger, hatte eine in Belgien lebende belgische Staatsangehörige, Frau Weber, geheiratet. Die aus der Ehe hervorgegangenen Kinder besitzen sowohl die belgische als auch die spanische Staatsangehörigkeit. Entsprechend dem belgischen Recht trugen die belgischen Standesbeamten den Namen ihres Vaters als Familiennamen ein. Den Antrag der Eltern, den Familiennamen in „Garcia-Weber“ zu ändern, der nach dem spanischen Recht zutreffenden Namensführung, lehnten die belgischen Behörden ab.

Unter Berufung auf die Unionsbürgerschaft, die dazu bestimmt ist, der grundlegende Status der Angehörigen der Mitgliedstaaten zu sein und einen Anspruch auf gleiche rechtliche Behandlung mit Inländern gewährt, entschied der EuGH, dass der belgische Staat verpflichtet ist, das **Namensrecht des Mitgliedstaates anzuerkennen**, dem die Unionsbürger *ebenfalls* angehören, sofern diese einen entsprechenden Antrag stellen.

Zwar falle das **Namensrecht** bei dem gegenwärtigen Stand des Gemeinschaftsrechts in die **Zuständigkeit der Mitgliedstaaten**, doch müssten diese bei der Ausübung dieser Zuständigkeit gleichwohl das **Gemeinschaftsrecht beachten**.

Das Gemeinschaftsrecht findet auch dann Anwendung, wenn Unionsbürger zwei Staatsangehörigkeiten von Mitgliedstaaten besitzen und sich seit ihrer Geburt nur in einem Mitgliedstaat aufhalten. Andernfalls würden die Wirkungen der Verleihung der Staatsangehörigkeit eines anderen Mitgliedstaates dadurch beschränkt werden, dass eine zusätzliche Voraussetzung für die Anerkennung dieser Staatsangehörigkeit im Hinblick auf die Ausübung der im Vertrag vorgesehenen Grundfreiheiten verlangt wurde. Dies sei unzulässig.

bb) <Olivieri>¹⁶

2004 hatte der EuGH über den Fall des italienischen Staatsangehörigen Olivieri zu urteilen, der sich **seit seiner Geburt ununterbrochen in Deutschland** aufgehalten hat und wegen zahlreicher Delikte, insbesondere im Zusammenhang mit Betäubungsmitteln, ausgewiesen worden war. Der EuGH entschied, dass sich Herr Olivieri unmittelbar auf seine Rechte aus Art. 18 EG, also die **Unionsbürgerschaft**, berufen kann und sich deshalb auf die mit der Unionsbürgerschaft verbundenen Rechte *auch gegenüber Deutschland*.

cc) <Schempp>¹⁷

Die Unionsbürgerschaft war auch der entscheidende Grund, Herrn Schempp, einen deutschen Staatsangehörigen, der in Deutschland wohnt und an seine in Österreich wohnende, geschiedene Ehefrau Unterhalt zahlt, den Regeln des Gemeinschaftsrechts zu unterwerfen. Von einem rein internen Sachverhalt sei nach Ansicht des EuGH schon deshalb nicht auszugehen, weil die **Ehefrau von Herrn Schempp von ihrem Freizügigkeitsrecht Gebrauch gemacht** hatte.

¹⁴ EuGH, Urt. v. 11.11.2014, Rs. C-333/13 (Dano), NVwZ 2014, 1648.

¹⁵ EuGH, Urt. v. 2.10.2003, Rs. C-148/02 (Garcia Avello), <http://curia.europa.eu>.

¹⁶ EuGH, Urt. v. 29.04.2004, Rs. C-493/01 (Olivieri) u.a., InfAuslR 2004, 268.

¹⁷ EuGH, Urt. v. 12.07.2005, Rs. C-403/03 (Schempp), <http://curia.europa.eu>.

dd) <Kommission ./ Deutschland>¹⁸

Die immerhin **mögliche Ausübung des Freizügigkeitsrechts** von Kindern deutscher Staatsangehöriger war auch wesentlich für die Entscheidung des EuGH vom 11.09.2007, dem die Klage der Kommission gegen die Bundesrepublik Deutschland zu Grunde lag, weil Deutschland Schulgeldzahlungen für den Besuch von Schulen in anderen Mitgliedstaaten ausnahmslos vom Sonderausgabenabzug nach dem Einkommensteuergesetz ausgeschlossen hatte. Wegen der möglichen Beeinträchtigung der Freizügigkeitsrechte der Kinder, auf die sich nach der Entscheidung <Zhu und Chen>¹⁹ selbst Personen im Kleinkindalter berufen können, sei insoweit von einem nicht rein internen Sachverhalt auszugehen, so dass die streitige nationale Regelung schon deshalb unter das Unionsrecht falle. Außerdem sei die Regelung auch anhand von Art. 18 Abs. 1 EG zu prüfen, da die **Betroffenen Unionsbürger** sind und deshalb die mit diesem Status verbundenen Rechte besitzen.

ee) <Jipa>²⁰

2008 hatte der EuGH zu beurteilen, ob sich ein rumänischer Staatsangehöriger auch gegenüber seinem Herkunftsmitgliedstaat auf die mit der Unionsbürgerschaft verbundenen Rechte berufen kann. Dem zu Grunde lag das Verbot der Ausreise des rumänischen Staatsangehörigen Jipa aus Rumänien.

Unter Hinweis auf Art. 17 und 18 EG stellt der EuGH kurz und knapp fest, dass sich ein Unionsbürger **auch gegenüber seinem eigenen Herkunftsmitgliedstaat** auf die mit der Unionsbürgerschaft verbundenen Rechte berufen kann.

ff) <Ruiz Zambrano>²¹

2011 wiederholte der EuGH diese im Verfahren <Jipa> getroffene Aussage und erklärte, dass sich **belgische Kinder gegenüber dem belgischen Staat** auf die Rechte aus der Unionsbürgerschaft berufen können. In den Kernbestand dieser Rechte werde eingegriffen, wenn den drittstaatsangehörigen Eltern, die den Kindern Unterhalt gewähren, Aufenthalt und Arbeitserlaubnis verweigert werden mit der Folge, dass die Kinder faktisch gezwungen sind, das Unionsgebiet zu verlassen, um mit ihren Eltern zusammenleben zu können.

gg) <Prinz>²²

Ausbildungsförderung war Streitgegenstand eines vom EuGH 2013 entschiedenen Verfahrens, in dem zwei deutsche Staatsangehörige eine Benachteiligung geltend machten, weil sie von ihrer Freiheit, sich in einen anderen Mitgliedstaat zu begeben und dort aufzuhalten, Gebrauch gemacht hatten, und hierdurch von Ausbildungsförderungsleistungen nach den Gesetzen des Heimatstaates ausgeschlossen waren.

Auch insoweit entschied der EuGH, dass sich die **deutschen Staatsangehörigen gegenüber ihrem Herkunftsmitgliedstaat** auf ihre Rechte als Unionsbürger berufen können. Eine Benachteiligung, weil sie von ihrem Recht auf Mobilität Gebrauch gemacht hatten, stelle eine Beschränkung der Freiheiten dar, die Art. 21 Abs. 1 AEUV jedem Unionsbürger zuerkennt.²³ Zwar darf ein Mitgliedstaat eine hinreichend enge Verbindung des Auszubildenden mit dem Mitgliedstaat fordern, bevor Ausbildungsförderung bewilligt wird. Diese Voraussetzungen müssen ihrerseits aber mit objektiven, von der Staatsangehörigkeit der Betroffenen unabhängigen Erwägungen des Allgemeininteresses gerechtfertigt sein und in angemessenem Verhältnis zu dem mit dem nationalen Recht legitimerweise erfolgten Ziel stehen.

¹⁸ EuGH, Urt. v. 11.09.2007, Rs. C-318/05 (Komm. ./ Deutschland), <http://curia.europa.eu>.

¹⁹ EuGH, Urt. v. 19.10.2004, Rs. C-200/02 (Zhu und Chen), InfAuslR 2004, 413.

²⁰ EuGH, Urt. v. 10.07.2008, Rs. C-33/07 (Jipa), <http://curia.europa.eu>.

²¹ EuGH, Urt. v. 08.03.2011, Rs. C-34/09 (Ruiz Zambrano), InfAuslR 2011, 179.

²² EuGH, Urt. v. 18.07.2013, Rs. C-523/11 (Prinz), <http://curia.europa.eu>.

²³ EuGH, Urt. v. 18.07.2013, Rs. C-523/11 (Prinz), Rz. 27 m.w.N., <http://curia.europa.eu>.

c) Fazit

Ein Unionsbürger kann sich demnach auf die mit der Unionsbürgerschaft verbundenen Unionsbürgerrechte auch dann berufen, wenn er

- eine andere Staatsangehörigkeit besitzt, als diejenige seines Aufnahmemitgliedstaats, auch wenn er niemals gewandert ist (Olivieri), oder
- vorhaben könnte, von seinen Freizügigkeitsrechten Gebrauch zu machen (Kommission ./ Deutschland 2007), auch wenn er die Staatsangehörigkeit des Aufnahmemitgliedstaats besitzt (Jipa).

In all diesen Fällen ist derzeit – eine Fortentwicklung dergestalt, dass jeder Unionsbürger im gesamten Unionsgebiet die gleichen Rechte hat, ist nicht fernliegend – die aus dem Unionsbürgerstatus abgeleitete Unionsbürgerschaft zu berücksichtigen.

B. Das FreizügG/EU und seine Auslegung:

§ 1 Anwendungsbereich²⁴

Dieses Gesetz regelt die Einreise und den Aufenthalt von Staatsangehörigen anderer Mitgliedstaaten der Europäischen Union (Unionsbürger) und ihrer Familienangehörigen.

§ 2 Recht auf Einreise und Aufenthalt

(1) Freizügigkeitsberechtigte Unionsbürger und ihre Familienangehörigen haben das Recht auf Einreise und Aufenthalt nach Maßgabe dieses Gesetzes.

(2) Unionsrechtlich freizügigkeitsberechtigt sind:

1. Unionsbürger, die sich als Arbeitnehmer, zur Arbeitssuche oder zur Berufsausbildung aufhalten wollen,

1a. Unionsbürger, die sich zur Arbeitssuche aufhalten, für bis zu sechs Monate und darüber hinaus nur, solange sie nachweisen können, dass sie weiterhin Arbeit suchen und begründete Aussicht haben, eingestellt zu werden,

2. Unionsbürger, wenn sie zur Ausübung einer selbständigen Erwerbstätigkeit berechtigt sind (niedergelassene selbständige Erwerbstätige),

3. Unionsbürger, die, ohne sich niederzulassen, als selbständige Erwerbstätige Dienstleistungen im Sinne des Artikels 57 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union erbringen wollen (Erbringer von Dienstleistungen), wenn sie zur Erbringung der Dienstleistung berechtigt sind,

4. Unionsbürger als Empfänger von Dienstleistungen,

5. nicht erwerbstätige Unionsbürger unter den Voraussetzungen des § 4,

6. Familienangehörige unter den Voraussetzungen der §§ 3 und 4,

7. Unionsbürger und ihre Familienangehörigen, die ein Daueraufenthaltsrecht erworben haben.

(3) Das Recht nach Absatz 1 bleibt für Arbeitnehmer und selbständig Erwerbstätige unberührt bei

1. vorübergehender Erwerbsminderung infolge Krankheit oder Unfall,

2. unfreiwilliger durch die zuständige Agentur für Arbeit bestätigter Arbeitslosigkeit oder Einstellung einer selbständigen Tätigkeit infolge von Umständen, auf die der Selbständige keinen Einfluss hatte, nach mehr als einem Jahr Tätigkeit,

3. Aufnahme einer Berufsausbildung, wenn zwischen der Ausbildung und der früheren Erwerbstätigkeit ein Zusammenhang besteht; der Zusammenhang ist nicht erforderlich, wenn der Unionsbürger seinen Arbeitsplatz unfreiwillig verloren hat.

Bei unfreiwilliger durch die zuständige Agentur für Arbeit bestätigter Arbeitslosigkeit nach weniger als einem Jahr Beschäftigung bleibt das Recht aus Absatz 1 während der Dauer von sechs Monaten unberührt.

(4) Unionsbürger bedürfen für die Einreise keines Visums und für den Aufenthalt keines Aufenthaltstitels. Familienangehörige, die nicht Unionsbürger sind, bedürfen für die Einreise eines Visums nach den Bestimmungen für Ausländer, für die das Aufenthaltsgesetz gilt. Der Besitz einer gültigen Aufenthaltskarte, auch der eines anderen Mitgliedstaates der Europäischen Union, entbindet nach Artikel 5 Abs. 2 der Richtlinie 2004/38/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten und zur Änderung der Verordnung (EWG) Nr. 1612/68 und zur Aufhebung der Richtlinien 64/221/EWG, 68/360/EWG, 73/148/EWG, 75/34/EWG, 75/35/EWG, 90/364/EWG, 90/365/EWG und 93/96/EWG (ABl. EU Nr. L 229 S. 35) von der Visumpflicht.

(5) Für einen Aufenthalt von Unionsbürgern von bis zu drei Monaten ist der Besitz eines gültigen Personalausweises oder Reisepasses ausreichend. Familienangehörige, die nicht Unionsbürger sind, haben das gleiche Recht, wenn sie im Besitz eines anerkannten oder sonst zugelassenen Passes oder Passersatzes sind und sie den Unionsbürger begleiten oder ihm nachziehen.

(6) Für die Ausstellung des Visums werden keine Gebühren erhoben.

(7) Das Nichtbestehen des Rechts nach Absatz 1 kann festgestellt werden, wenn feststeht, dass die betreffende Person das Vorliegen einer Voraussetzung für dieses Recht durch die Verwendung von gefälschten oder verfälschten Dokumenten oder durch Vorspiegelung falscher Tatsachen vorgetäuscht hat. Das Nichtbestehen des Rechts nach Absatz 1 kann bei einem Familienangehörigen, der nicht Unionsbürger ist, außerdem festgestellt werden, wenn feststeht, dass er dem Unionsbürger nicht zur Herstellung oder Wahrung der familiären Lebensgemeinschaft nachzieht oder ihn nicht zu diesem Zweck begleitet. Einem Familienangehörigen, der nicht Unionsbürger ist, kann in diesen Fällen die Erteilung der Aufenthaltskarte oder des Visums versagt werden oder seine Aufenthaltskarte kann eingezogen werden. Entscheidungen nach den Sätzen 1 bis 3 bedürfen der Schriftform.

²⁴ §§ ohne Angabe des Gesetzes sind solche des FreizügG/EU

1. Inhalt des europarechtlichen Freizügigkeitsrechts (Abs. 1 und Art. 21 AEUV)

§ 2 Abs. 1 gibt den wesentlichen Inhalt des Freizügigkeitsrechts wieder, das Unionsbürger und ihre Familienangehörigen – unabhängig von deren Staatsangehörigkeit – besitzen: Liegen die Voraussetzungen von § 2 Abs. 1 vor, gewährt das Unionsrecht jedem Unionsbürger und seinen Familienangehörigen unmittelbar das Recht auf Einreise und Aufenthalt. Dies schließt das Recht ein, einen Arbeitsplatz frei von nationalen Behinderungen zu suchen und sich an einem frei gewählten Ort niederzulassen.²⁵ Dieses Freizügigkeitsrecht hat der EuGH wie folgt definiert:²⁶

„Zunächst ist daran zu erinnern, dass der Unionsbürgerstatus dazu bestimmt ist, der grundlegende Status der Angehörigen der Mitgliedstaaten zu sein. Nach Art. 18 Abs. 1 EG²⁷ hat jeder Unionsbürger das Recht, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten. Einem Angehörigen eines Mitgliedstaats, der im Aufnahmemitglied nicht kraft anderer Bestimmungen des EG-Vertrags oder seiner Durchführungsvorschriften ein Aufenthaltsrecht besitzt, kann dort bereits aufgrund seiner Unionsbürgerschaft in unmittelbarer Anwendung dieses Artikels ein Aufenthaltsrecht zustehen. Dieses Recht ist allerdings nicht uneingeschränkt. Art. 18 Abs. 1 EG bestimmt, dass es nur vorbehaltlich der im Vertrag und in den Durchführungsvorschriften vorgesehenen Beschränkungen und Bedingungen besteht.“²⁸

Folglich darf das Freizügigkeitsrecht, wie sich aus Art. 20 Abs. 2 S. 3, 21 Abs. 1 AEUV unmittelbar ergibt, zwar mittels „sekundärrechtlicher“ Durchführungsvorschriften beschränkt werden.²⁹ Für alle Arten von Beschränkungen des Freizügigkeitsrechts sind jedoch die allgemeinen Grundsätze des Unionsrechts, insbesondere der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu beachten³⁰ und solche daher nur in engen Ausnahmen zulässig,³¹ s.a. Art. 45, 52 GRC.³²

Die wirtschaftlichen Freizügigkeitsrechte werden im AEUV in den Art. 45 (Freizügigkeit der Arbeitnehmer), Art. 49 (Niederlassungsfreiheit für die Aufnahme und Ausübung selbständiger Erwerbstätigkeiten sowie die Gründung und Leitung von Unternehmen) und Art. 56 (freier Dienstleistungsverkehr) umschrieben sowie in der Freizügigkeits-RL konkretisiert, die bei der Auslegung von § 2 Abs. 2 vorrangig zu berücksichtigen sind. Unionsbürger und ihre Familienangehörige genießen das einmal erworbene Recht auf Freizügigkeit, solange nicht gem. § 6 der Verlust dieses Rechts festgestellt wurde.

Da Freizügigkeit auch ohne Gebrauchmachen der wirtschaftlichen Freizügigkeitsrechte für zumindest 3 Monate besteht (s. Rn 5), ist es grundsätzlich unabhängig von etwaigen Nachweisen. Für alle Unionsbürger und ihre Familienangehörigen gilt die Freizügigkeitsvermutung.³³ Im Streitfall obliegt den Unionsbürgern allerdings die Nachweisspflicht dafür, dass sie – nach Ablauf der ersten 3 Monate – die entsprechenden Bedingungen des einschlägigen Unionsrechts erfüllen.³⁴ Will der Mitgliedstaat in das zunächst weitgehend bedingungslose Aufenthaltsrecht eingreifen, darf er die Vorlage von ggf erforderlichen Belegen für das Bestehen des Freizügigkeitsrechts verlangen. Werden solche nicht vorgelegt, besteht die Möglichkeit von Beschränkungen durch das sekundäre Unionsrecht und einzelstaatliche Durchführungsvorschriften, die ihrerseits allerdings mit Blick auf Art. 21

25 Nr. 2.1 AVwV-FreizügG/EU.

26 St. Rspr des EuGH, vgl nur Ur. v. 7.6.2007, Rs. C-50/06 (Kommission/Niederlande), InfAuslR 2007, 266.

27 Jetzt Art. 21 Abs. 1 AEUV.

28 EuGH, Ur. v. 7.6.2007, Rs. C-50/06 (Kommission/Niederlande), Rn 32 f, InfAuslR 2007, 266; EuGH, Ur. v. 18.7.2006, Rs. C-406/04 (De Cuyper), NVwZ 2006, 1037.

29 EuGH, Ur. v. 19.10.2004, Rs. C-200/02 (Chen), InfAuslR 2004, 413; EuGH, Ur. v. 17.9.2002, Rs. C-413/99 (Baumbast), Rn 52-63, InfAuslR 2002, 463; EuGH, Ur. v. 7.9.2004, Rs. C-456/02 (Trojani), Rn 32, InfAuslR 2004, 417.

30 EuGH, Ur. v. 7.9.2004, Rs. C-456/02 (Trojani), InfAuslR 2004, 417, Rn 34; EuGH, Ur. v. 17.9.2002, Rs. C-413/99 (Baumbast), Rn 91, InfAuslR 2002, 463.

31 St. Rspr des EuGH seit 1974: Rs. 41/74 (van Duyn), Slg 1974, 1337; Rs. 36/75 (Rutili), Slg 1975, 1219 = DÖV 1976, 129; Rs. 30/77 (Bouchereau), Slg 1977, 1999 = NJW 1978, 479; Rs. C-482/01 und C-493/01 (Orfanopoulos und Oliveri), InfAuslR 2004, 268.

32 Maximowitz in: OK-MNet-FreizügG/EU (15.11.2010) § 2 FreizügG/EU III.1.

33 BT-Drucks. 15/420, 106; Reimann, Das Freizügigkeitsrecht der Unionsbürger, Asylmagazin 7/2012, 186, 187 mwN.

34 EuGH, Ur. v. 23.3.2006, Rs. C-408/03 (Kommission/Belgien), NVwZ 2006, 918; vgl auch Schlussantrag des Generalanwalts Mengozzi vom 5.7.2007 in Rs. C 291/05 (Eind), Rn 123.

AEUV verhältnismäßig sein müssen.³⁵ Eine zeitliche Beschränkung für die Vorlage der Nachweise besteht allerdings nicht.³⁶

Das Recht auf Aufenthalt bis zu drei Monaten im Gebiet eines anderen Mitgliedstaats als dem Heimatstaat des Unionsbürgers, hängt lediglich vom Besitz eines gültigen Personalausweises oder Reisepasses ab,³⁷ für drittstaatsangehörige Familienangehörige außerdem vom Nachweis, Familienangehöriger des Unionsbürgers zu sein, Art. 6 Freizügigkeits-RL, § 2 Abs. 5. Können Identität und Staatsangehörigkeit anderweitig glaubhaft gemacht werden, besteht das Einreise- und Aufenthaltsrecht auch dann, wenn kein Reisepass vorgelegt werden kann.³⁸ An weitere Bedingungen oder Formalitäten ist es nicht geknüpft. Das Recht besteht insb. auch dann, wenn schon bei der Einreise ein längerer als drei Monate dauernder Aufenthalt geplant ist. Auf eventuelle Absichten kommt es nicht an, wie sich schon im Umkehrschluss aus § 2 Abs. 2 Nr. 1 ergibt, wonach die Absicht, eine Arbeit aufzunehmen, zur spezifischen Arbeitnehmerfreizügigkeit führt.³⁹ Der Unionsbürger ist folglich nicht gehindert, einzureisen, sich drei Monate lang „umzuschauen“ und dann bspw. von seinen wirtschaftlichen Freizügigkeitsrechten Gebrauch zu machen oder weiterzureisen. Die Grenze dieses Rechts ist erst erreicht, wenn der Unionsbürger rechtsmissbräuchlich handelt, was allerdings nur in zwei Fallgruppen denkbar ist: Zum einen, wenn der Unionsbürger ausschließlich deshalb seine Grundfreiheiten nutzt, um sich dem nationalen Recht zu entziehen, zum anderen, wenn er damit an sozialen Sicherungssystemen teilhaben will, die ihm sonst nicht offen stünden.⁴⁰

Für einen Aufenthalt von mehr als drei Monaten besteht ein unionsrechtliches Aufenthaltsrecht zum einen, wenn einer der Anknüpfungspunkte von Art. 7 Abs. 1a bis c Freizügigkeits-RL vorliegt, der Unionsbürger also entweder Arbeitnehmer oder Selbständiger ist oder über ausreichende Existenzmittel und Krankenversicherungsschutz verfügt oder bei einer Ausbildungseinrichtung eingeschrieben ist. Besteht für den Unionsbürger ein solches Aufenthaltsrecht, besteht es auch für seinen Familienangehörigen, Art. 7 Abs. 1d Freizügigkeits-RL. In Rückkehrfällen besteht das Aufenthaltsrecht des Familienangehörigen unabhängig von einer Erwerbstätigkeit des zurückgekehrten Deutschen oder sonstiger Freizügigkeitsvoraussetzungen. Dies hat der EuGH ausdrücklich klargestellt.⁴¹ Liegen die Voraussetzungen des Aufenthaltsrechts des Unionsbürgers oder seines Familienangehörigen nicht vor, kann zwar der Verlust gem. §§ 5 Abs. 4 oder 2 Abs. 7 festgestellt werden. Bis dahin kann sich der Unionsbürger für seinen Aufenthalt aber weiterhin auf Art. 20 Abs. 2a, 21 Abs. 1 AEUV und sein Grundrecht auf Aufenthalt gem. Art. 45 Abs. 1 GRC berufen,⁴² der Familienangehörige auf ein vom Unionsbürger abgeleitetes Aufenthaltsrecht. Nach § 1 gilt das Freizügigkeitsrecht für alle Unionsbürger und ihre Familienangehörigen, unabhängig davon, ob sie die Voraussetzung der §§ 2 bis 4 FreizügG/EU erfüllen⁴³ und geht damit über die Freizügigkeits-RL hinaus. Diese „Freizügigkeitsvermutung“⁴⁴ führt folglich zwar zur Rechtmäßigkeit des Aufenthalts nach nationalem Recht, aber nicht zur Freizügigkeit nach Unionsrecht.

Bei der Auslegung von § 2 ist im Übrigen nicht nur das sekundäre Unionsrecht in Form der Freizügigkeits-RL zu beachten, sondern insb. die oben angesprochenen, vom EuGH konturierten Grundsätze.⁴⁵ Das im Unionsrecht und im FreizügG/EU geregelte Recht auf Einreise und Aufenthalt ist nicht von der Erteilung einer Bescheini-

35 So auch Hailbronner, AusLR (10/2007), D 1 § 2 Rn 4 („Rechtstechnisch wird ein Grundrecht der Unionsbürgerfreizügigkeit aus Art. 18 abgeleitet, das seinerseits als Prüfungsmaßstab für das konkretisierende Gemeinschaftsrecht dient“).

36 S. § 5 Rn 4; EuGH, Urt. v. 23.3.2006, Rs. C-408/03 (Kommission/Belgien), NVwZ 2006, 918.

37 So im Ergebnis bereits BVerwG, Urt. v. 10.11.1999, 6 C 30.98, Rn 43 der Entscheidung.

38 EuGH, Urt. v. 17.2.2005, Rs. C-215/03 (Oulane), InfAusLR 2005, 126; OVG Bremen, Beschl. v. 31.7.2009, 1 B 169/09, BeckRS 2009, 41391; OVG Bremen, Urt. v. 28.9.2010, OVG 1 A 116/09, BeckRS 2010, 55134.

39 EuGH, Urt. v. 23.3.1982, Rs. 53/81 (Levin), InfAusLR 1983, 102; OVG Hmb, Beschl. v. 5.1.2012, 3 Bs 179/11, BeckRS 2012, 46983.

40 VG Karlsruhe, Urt. v. 27.3.2008, 5 K 1015/06, BeckRS 2008, 35313 mwN auf die Rspr des EuGH; zu objektiven und subjektiven Bedingungen für die Annahme eines Missbrauchs: EuGH, Urt. v. 12.3.2014, C-456/12 (O u. B), InfAusLR 2014, 171.

41 EuGH, Urt. v. 12.3.2014, C-456/12 (O u. B), InfAusLR 2014, 171; EuGH, Urt. v. 11.12.2007, Rs. C-291/05 (Eind), InfAusLR 2008, 114; OVG Bremen, Beschl. v. 17.8.2010, 1 B 166/10, BeckRS 2010, 52709; aA: OVG NRW, Beschl. v. 24.4.2012, 18 B 1572/11, juris, wonach eine entsprechende Anwendung von §§ 3 Abs. 1 S. 2, 4 S. 1 FreizügG/EU geboten sei.

42 So iE auch Maximowitz in: OK-MNet-FreizügG/EU (15.11.2010) § 2 FreizügG/EU III.1. mwN und unter zutreffendem Hinweis auf eine für grundrechtliche Beschränkungen erforderliche „Schrankenprüfung“.

43 OVG Bremen, Beschl. v. 21.1.2011, 1 B 242/10, BeckRS 2011, 46289 mwN; OVG Hmb, Beschl. v. 6.3.2008, 3 Bs 281/07, BeckRS 2008, 33599; einschränkend: VG Freiburg, Beschl. v. 19.7.2010, 5 K 762/10, BeckRS 2010, 51864: Freizügigkeitsvermutung nur, wenn zumindest früher freizügigkeitsberechtigt; aA, aber ohne jede Begründung: BayVG, Urt. v. 21.12.2011, 10 B 11.182, Rn 29 des juris-Abdrucks.

44 VG Darmstadt, Urt. v. 3.3.2011, 5 K 11/10.DA, BeckRS 2011, 56066.

45 Zu Recht weist GK-AufenthG/Epe, XI-§ 2 FreizügG/EU Rn 20 darauf hin, dass im FreizügG/EU die Begrifflichkeiten vorausgesetzt und nicht modifiziert werden (können); s.a. zur Auslegung: Dienelt in: Renner, AusLR, 9. Aufl., Vorb. zum FreizügG/EU Rn 34 ff.

gung abhängig. Eine solche ist vielmehr deklaratorisch.⁴⁶ Sie wirkt zwar zugleich als den Rechtsstatus feststellend, allerdings – jedenfalls hinsichtlich Unionsbürgern – nicht regelnd und daher nicht in Form eines VA, da das Freizügigkeitsrecht ohnehin bis zu einer Verlustfeststellung besteht. Für Familienangehörige, die ebenfalls Staatsangehörige eines Mitgliedstaats sind, gilt dies ebenso, da sie über ein eigenes Freizügigkeitsrecht verfügen. Die Freizügigkeitsrechte drittstaatsangehöriger Familienangehöriger sind akzessorisch zu denjenigen des freizügigkeitsberechtigten Unionsbürgers und bestehen unmittelbar aufgrund Unionsrechts, sofern und solange der Unionsbürger zum Aufenthalt berechtigt, ihm gegenüber also keine Nichtbestehens- oder Verlustfeststellung ergangen ist. Die (nationale) Behördenentscheidung des jeweiligen Aufnahmemitgliedstaates hat nach neuerer Rspr des EuGH unionsrechtlich keinen konstitutiven Charakter, auch nicht insoweit, als mit ihr das Bestehen des Rechts, bspw. das dem Recht zugrunde liegende Verhältnis als Familienangehöriger iSv § 3 festgestellt werden würde.⁴⁷

Gemäß Art. 3 Abs. 1 Freizügigkeits-RL gilt die Berechtigung zur Freizügigkeit unmittelbar nur für Unionsbürger, die sich in einen anderen als den Mitgliedstaat, dessen Staatsangehörigkeit sie besitzen, begeben und sich dort aufhalten sowie für ihre Familienangehörigen im Sinne von Art. 2 Nr. 2, die ihn begleiten oder ihm nachziehen. Eine analoge Anwendung der Vorschriften ist jedoch geboten in Rückkehrfällen.

2. „Arbeitnehmer“ und „Arbeitsverhältnis“ (Abs. 2 Nr. 1)

a) Inhalt der Arbeitnehmerfreizügigkeit

Gemäß Art. 45 Abs. 3 AEUV ist Inhalt der Freizügigkeit der Arbeitnehmer – vorbehaltlich der aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit gerechtfertigten Beschränkungen – das Recht,

- sich um tatsächlich angebotene Stellen zu bewerben;
- sich zu diesem Zweck im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen;
- sich in einem Mitgliedstaat aufzuhalten, um dort nach den für die Arbeitnehmer dieses Staates geltenden Rechts- und Verwaltungsvorschriften eine Beschäftigung auszuüben;
- nach Beendigung einer Beschäftigung im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaates unter Bedingungen zu verbleiben, welche in Durchführungsverordnungen festgelegt sind.

b) Begriff „Arbeitnehmer“

Das Unionsrecht definiert nicht unmittelbar, wer als Arbeitnehmer gilt.⁴⁸ Nach ständiger Rspr des EuGH wird der Begriff bestimmt durch drei Merkmale:

- Vorliegen eines konkreten Arbeitsverhältnisses (cc),
- Tätigkeit im Wirtschaftsleben (dd),
- Berührung zu einem anderen Mitgliedstaat (ee).

Der EuGH fordert darüber hinaus, dass der Begriff nicht eng ausgelegt werden dürfe.⁴⁹ Unter Arbeitnehmern sind Personen zu verstehen, die während einer bestimmten Zeit für einen anderen nach dessen Weisung Leistungen erbringen und hierfür als Gegenleistung eine Vergütung erhalten.⁵⁰ Die Benennung des Kriteriums „Weisungsgebundenheit“ und des Bestehens eines „Unterordnungsverhältnisses“ grenzt das Arbeitsverhältnis und damit zugleich die Arbeitnehmerfreizügigkeit zur Niederlassungs- und (aktiven) Dienstleistungsfreiheit ab, die selbständig Erwerbstätigen zusteht. Die Arbeitnehmereigenschaft iSd Abs. 2 hat als Anknüpfungspunkt nur eine tatsächliche Beschäftigung als Arbeiter oder Angestellter. Es kommt nicht darauf an, wo der Arbeitgeber seinen Sitz hat⁵¹ oder in welcher Rechtsform er organisiert ist.⁵² Weil der Begriff „Arbeitnehmer“ weit auszulegen ist, bleibt die Eigenschaft als Arbeitnehmer erhalten, wenn eine Tätigkeit bewusst vorübergehend aufgegeben wird, bspw. wegen Schwangerschaft, weil die Tätigkeit zu schwer geworden ist.⁵³

46 Näher § 5 FreizügG/EU Rn 3 und Dienelt in: Renner, AuslR, 9. Aufl., § 5 FreizügG/EU Rn 5.

47 Ausführlich: § 5 FreizügG/EU Rn 3.

48 GK-AufenthG/Epe, IX-2 § 2 Rn 26; EuGH, Urt. v. 6.11.2003, Rs. C-413/01 (Ninni-Orasche zum Begriff „Arbeitnehmer-tätigkeit“), InfAuslR 2004, 89; EuGH, Urt. v. 22.3.2004, Rs. C-138/02 (Collins), InfAuslR 2004, 375.

49 St. Rspr des EuGH seit Urt. v. 23.3.1982, Rs. 53/81 (Levin), Rn 11, InfAuslR 1983, 102; zuletzt: EuGH, Urt. v. 19.6.2014, C-507/12 (Saint Prix), ANA-ZAR 2014, 39 (Dok. 2138).

50 EuGH, Urt. v. 4.2.2010, Rs. C-14/09 (Genc), Rn 19 mwN, InfAuslR 2010, 225.

51 Hailbronner, AuslR (10/2007), D 1 § 2 Rn 20.

52 GK-AufenthG/Epe, IX-2 § 2 Rn 32 zu Beschäftigungen bei internationalen Organisationen.

53 EuGH, Urt. v. 19.6.2014, C-507/12 (Saint Prix), ANA-ZAR 2014, 39 (Dok. 2138).

Bei der Prüfung, ob die Voraussetzungen von Abs. 2 vorliegen, sind objektive Kriterien und eine Gesamtbeurteilung aller Umstände entscheidend, die die Art der in Rede stehenden Tätigkeiten und des fraglichen Arbeitsverhältnisses betreffen.⁵⁴ Unerheblich für die Beurteilung der Arbeitnehmereigenschaft sind die Umstände, die sich auf das Verhalten des Betroffenen vor und nach der Beschäftigungszeit beziehen, also zB, ob er erst einige Jahre nach Einreise in den Aufnahmemitgliedstaat eine Beschäftigung aufgenommen oder sich nach Ende eines Beschäftigungsverhältnisses erneut um Beschäftigung bemüht hat.⁵⁵ Die Arbeitnehmereigenschaft besteht auch dann, wenn die Person sich arbeitsvertraglich nicht zu einer Mindeststundenzeit verpflichtet mit der Folge, dass sie nur sehr wenige Tage pro Woche oder Stunden pro Tag arbeitet und der Arbeitgeber zur Entlohnung nur der tatsächlich erbrachten Arbeitsleistung verpflichtet war.⁵⁶ Beziehungen persönlicher Art (zB Ehegatten) schließen nicht aus, dass ein Arbeitsverhältnis vorliegt.⁵⁷ Zweck oder Motiv dafür, eine wirtschaftliche Betätigung aufzunehmen, sind ohne Bedeutung.⁵⁸ Abgelehnt wurde vom EuGH das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses, sofern der Beschäftigung in erster Linie eine therapeutische und soziale Zielsetzung zugrunde liegt.⁵⁹ Allerdings kann ein Aufenthaltsrecht als Arbeitnehmer im Sinne von Art. 45 AEUV nur beansprucht werden, wenn es sich bei der ausgeübten unselbständigen Tätigkeit um eine „tatsächliche und echte Tätigkeit handelt“.⁶⁰ Das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses erfordert, dass eine nicht völlig untergeordnete, unbedeutende und unwesentliche Tätigkeit vorliegt, sondern es sich um wirkliche und echte Erwerbstätigkeit handelt, die allerdings auch als Teilzeitbeschäftigung ausgeübt werden kann.⁶¹ Die unionsrechtliche Freizügigkeitsgarantie gilt zB auch für die Ausübung von Prostitution, sofern sie nicht aufgrund nationaler Vorschriften verboten ist – unabhängig von der Frage, ob sie möglicherweise nationalstaatlich als „sittenwidrig“ angesehen wird.⁶² Die Beschäftigung im öffentlichen Dienst begründet ein Arbeitsverhältnis, ohne dass es darauf ankäme, ob im konkreten Fall das Rechtsverhältnis öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich gestaltet ist.⁶³ Selbst wenn ein Beschäftigungsverhältnis von der Ausnahmeklausel des Art. 45 Abs. 4 AEUV (Beschäftigung in öffentlicher Verwaltung) erfasst wird, können die Beschäftigten Arbeitnehmer im Sinne von Abs. 1 sein.⁶⁴ Ausgeschlossen werden durch diese eng auszulegende Klausel nur Tätigkeiten, die der Mitgliedstaat ausschließlich eigenen Staatsangehörigen vorbehalten hat.⁶⁵

aa) Erwerbstätigkeit und Existenzminimum

Für die Frage, ob ein Arbeitsverhältnis vorliegt, ist es grundsätzlich unerheblich, ob das durch die Erwerbstätigkeit erzielte Einkommen als „Existenzminimum“ ausreicht oder ob es zur Sicherung des Lebensunterhalts erforder-

54 EuGH, Urt. v. 6.11.2003, Rs. C-413/01 (Ninni-Orasche), InfAuslR 2004, 89. Die Arbeitnehmerin war insgesamt zweieinhalb Monate befristet beschäftigt während einer insgesamt zweieinhalbjährigen Aufenthaltszeit.

55 EuGH, Urt. v. 6.11.2003, Rs. C-413/01 (Ninni-Orasche), InfAuslR 2004, 89.

56 EuGH, Urt. v. 26.2.1992, Rs. C-357/89 (Raulin), NJW 1992, 1493; EuGH, Urt. v. 6.6.1985, Rs. 157/84 (Frasco), Slg 1985, 1739, Rn 25 und EuGH, Urt. v. 21.6.1988, Rs. 197/86 (Brown), EZAR 830 Nr. 10; BVerwG, Urt. v. 19.9.2000, 1 C 13.00, InfAuslR 2001, 61.

57 EuGH, Urt. v. 8.6.1999, Rs. C-337/97 (Meeusen), Slg 1999, I-3304, Rn 14 = EZAR 811 Nr. 41.

58 EuGH, Urt. v. 23.2.1982, Rs. 53/81 (Levin), InfAuslR 1983, 102 und Urt. v. 23.5.1996, Rs. C-237/94 (O'Flinn), EZAR 831 Nr. 25.

59 Urt. v. 21.5.1989, Rs. 344/87 (Bettray), Slg 1989, 1621, Rn 17; GK-AufenthG/Epe, IX-2 § 2 Rn 32. Nach VGH Mannheim, Urt. v. 11.10.1995, InfAuslR 1996, 131 nehmen Freigänger, die bei einer außerhalb der Haftanstalt liegenden Firma beschäftigt sind, am Wirtschaftsleben teil und sind deshalb Arbeitnehmer im Sinne des Gemeinschaftsrechts; aA OVG Hmb, Urt. v. 14.12.2005, 3 Bs 79/05: Tätigkeiten, die während der Strafhaft innerhalb der Haftanstalt verrichtet wurden, begründen keine Arbeitnehmerfreizügigkeit.

60 EuGH, Urt. v. 7.9.2004, Rs. C-456/02 (Trojani), Rn 29, InfAuslR 2004, 417. Das Gericht überlässt es dem Tatsachengericht, die tatsächlichen Prüfungen vorzunehmen, deren es zur Beurteilung der Frage bedarf, ob eine ausgeübte unselbständige Tätigkeit eine tatsächliche und echte Tätigkeit in diesem Sinne darstellt.

61 EuGH, Urt. v. 23.3.1982, Rs. 53/81 (Levin), InfAuslR 1983, 102; EuGH, Urt. v. 6.3.1986, Rs. 139/85 (Kempf), Slg 1986, 1741, Rn 14 f: 12 Wochenstunden; zuletzt: EuGH, Urt. v. 4.2.2010, Rs. C-14/09 (Genc), InfAuslR 2010, 225 und BVerwG, Urt. v. 19.4.2012, 1 C 10.11, InfAuslR 2012, 194.

62 VGH Kassel, Urt. v. 26.1.1989, 10 U 479/87, InfAuslR 1989, 148; VGH Mannheim, Urt. v. 19.4.2000, 11 S 1387/99, EZAR 034 Nr. 8 = NVwZ 2000, 1070. AA noch: BVerwG, Urt. v. 15.7.1980, 1 C 45.77, NJW 1981, 1168 zu Rechtslage, bevor der Gesetzgeber mit dem Gesetz zur Verbesserung der rechtlichen und sozialen Situation der Prostituierten (BGBl. 2001 I, 3983) klargestellt hat, dass die Ausübung der Prostitution nicht sittenwidrig ist. Entsprechend hat der EuGH entschieden, dass Prostitution als entgeltliche Dienstleistung unter den Begriff Erwerbstätigkeit im Sinne des Europaabkommens mit Polen fällt: EuGH, Urt. v. 20.11.2001, Rs. C-268/99 („Jany u.a.“), Slg 2001, I-8615 = InfAuslR 2002, 57; s.a. GK-AufenthG/Epe, IX-2 § 2 Rn 45 und zu sozialrechtlichen Ansprüchen sog. (selbständiger!) „Straßenprostituiertes“: LSG Bln-Bbg, B. v. 28.1.2013, L 14 AS 3133/12 B ER, Rn 11 des juris-Abdrucks.

63 EuGH, Urt. v. 12.2.1974, Rs. 152/73 (Sotgiu), Slg 1974, 153, Rn 5 f.

64 Ausführlich: GK-AufenthG/Epe, IX-2 § 2 Rn 36 ff.

65 Dienelt in: Renner, AuslR, 9. Aufl., § 2 FreizügG/EU Rn 53.

derlich ist, eigenes Vermögen, Beiträge Dritter oder öffentlicher Mittel ergänzend zu beziehen.⁶⁶ Die vereinbarte Vergütung muss nicht oder nicht vollständig in Geld, sondern kann auch durch Sachleistungen erbracht werden.⁶⁷ Maßgeblich ist eine Gesamtbewertung des Arbeitsverhältnisses, wobei „nicht nur Gesichtspunkte wie die Arbeitszeit und die Höhe der Vergütung zu berücksichtigen (sind), sondern auch solche wie der Anspruch auf bezahlten Urlaub (...) Lohnfortzahlung im Krankheitsfall, die Anwendung des Tarifvertrags (...) auf den Arbeitsvertrag“⁶⁸ sowie die Dauer des Arbeitsverhältnisses beim selben Unternehmen – und der Begriff nicht eng ausgelegt werden darf.

bb) Praktikanten, Volontäre und Auszubildende

(...)

cc) „Konkretes Arbeitsverhältnis“ und Arbeitssuche

Das unionsrechtliche Freizügigkeitsrecht fordert nicht, dass stets bereits ein konkretes Arbeitsverhältnis vorliegt. Art. 45 Abs. 3a und b AEUV erfasst ausdrücklich auch die Arbeitssuche. Allerdings muss nicht nur die ernsthafte Absicht bestehen, eine Arbeit aufzunehmen, sondern dies auch nach außen objektivierbar zum Ausdruck gebracht werden.⁶⁹ Da das Freizügigkeitsrecht in den ersten drei Monaten ohne Weiteres besteht, ist sein Bestehen aufgrund der Arbeitssuche gerade für die weiteren Monate von Bedeutung, insb. weil es unabhängig vom Nachweis von Existenzmitteln ist. Es besteht, solange der Unionsbürger im Aufnahmestaat ernsthaft einen Arbeitsplatz sucht und seine Bemühungen bei objektiver Betrachtungsweise nicht aussichtslos erscheinen.⁷⁰ Die in der Praxis festzustellende Grenze von sechs Monaten, bis zu der jedenfalls grundsätzlich keine Aussichtslosigkeit anzunehmen ist, darf nicht als Maximum verstanden werden. Vielmehr dürfen arbeitssuchende Unionsbürger auch danach nicht aus dem Gebiet eines Aufnahmemitgliedstaates entfernt/abgeschoben werden, wenn sie nachweisen können, dass sie ihre Arbeitssuche fortsetzen und eine begründete Aussicht besteht, als Arbeitnehmer tätig sein zu können.⁷¹ Nach Art. 7 Abs. 3 Freizügigkeits-RL geht die Arbeitnehmereigenschaft und damit das Freizügigkeitsrecht bei einem Arbeitsplatzverlust nicht verloren, insb. bei unfreiwilliger Arbeitslosigkeit oder vorübergehender Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit oder Unfalls. Aber auch bei freiwilliger Arbeitslosigkeit verliert der Betroffene das unionsrechtliche Freizügigkeitsrecht nicht, sofern er nur ernsthaft und nicht von vornherein aussichtslos um Arbeit nachsucht, selbst wenn die Suche länger als drei Monate dauert.⁷²

dd) Tätigkeit im Wirtschaftsleben

(...)

ee) Berührung mit anderem Mitgliedstaat?

Freizügigkeit als Arbeitnehmer genießt zwar jeder Unionsbürger. Darauf berufen soll sich aber nach bisher hM nur derjenige dürfen, der in einem „anderen Mitgliedstaat“ iSv § 1 als dem seiner eigenen Staatsangehörigkeit (Heimatstaat) tätig ist oder sein will. Solange die damit verbundene Inländerdiskriminierung Bestand hat, setzt die Anerkennung als freizügigkeitsberechtigter Arbeitnehmer voraus, dass der zu beurteilende Sachverhalt mit irgendeinem wesentlichen Element einen grenzüberschreitenden Bezug hat.⁷³ Dies ist unstreitig bei Angehörigen anderer Mitgliedstaaten, selbst wenn diese sich stets im Aufnahmemitgliedstaat aufgehalten haben.⁷⁴ Aber auch

66 EuGH Urt. v. 23.3.1982, Rs. 53/81 (Levin), InfAuslR 1983, 102; EuGH, Urt. v. 6.3.1986, Rs. 139/85 (Kempf) Slg 1986, 1741; EuGH, Urt. v. 7.9.2004, Rs. C-456/02 (Trojani), InfAuslR 2004, 417; BVerwG, Urt. v. 19.4.2012, 1 C 10.11, InfAuslR 2012, 243.

67 GK-AufenthG/Epe, IX-2 § 2 Rn 35 mwN.

68 EuGH, Urt. v. 4.2.2010, Rs. C-14/09 (Genc), InfAuslR 2010, 225; nach VG Stuttgart, Urt. v. 8.12.2011, 11 K 2142/11, BeckRS 2012, 53036, sollen gesetzliche Urlaubs- und Lohnfortzahlungsansprüche unberücksichtigt bleiben; eine Begründung, weshalb zwar tariflich, nicht aber gesetzlich einer Gruppe zugesprochene Rechte zu berücksichtigen sind, enthält die Entscheidung nicht; eine solche ist auch nicht ersichtlich, die Unterscheidung vielmehr zufällig.

69 GK-AufenthG/Epe, IX-2 § 2 Rn 50 mwN; EuGH, Urt. v. 26.2.1991, Rs. C-292/89 (Antonissen), Slg 1991, I-745 und Urt. v. 23.3.2004, Rs. C-138/02 (Collins), InfAuslR 2004, 375.

70 EuGH, Urt. v. 26.5.1993, Rs. C-171/91 (Tsiotras), InfAuslR 1993, 252.

71 Hailbronner, ZAR 2004, 259 ff, 262; Dienelt in: Renner, AuslR, 9. Aufl., § 2 FreizügG/EU Rn 56; GK-AufenthG/Epe, IX-2 § 2 Rn 50.

72 EuGH, Urt. v. 12.5.1998, Rs. C-85/96 (Sola), Slg 1998, I-2691, Rn 32; Hailbronner, ZAR 2004, 259 ff, 262; zu Schwangerschaft s. Rn 10.

73 St. Rspr des EuGH bis zum Urt. v. 8.3.2011, Rs. C-34/09 (Ruiz Zambrano), InfAuslR 2011, 179, mit dem dieses Element zugunsten von Kindern aufgegeben, in den Urt. v. 5.5.2011, Rs. C-434/09 (McCarthy), InfAuslR 2011, 268 und v. 15.11.2011, Rs. C-256/11 (Dereci), InfAuslR 2012, 47 aber zu Lasten von Eheleuten wieder hochgehalten wird.

74 EuGH, Urt. v. 27.9.1988, Rs. 235/87 (Matteucci), curia.

gegenüber dem eigenen Staat kann sich ein Unionsbürger auf sein Freizügigkeitsrecht berufen, jedenfalls dann, wenn er nach einer Tätigkeit in einem anderen Mitgliedstaat in den Staat zurück kehrt, dessen Staatsangehörigkeit er besitzt („**Rückkehrfall**“) und – bezogen auf den Familiennachzug – in diesem anderen Mitgliedstaat mehr als drei Monate mit seinem Familienangehörigen zusammengelebt hat.⁷⁵ Nach Ansicht des EuGH hat hingegen derjenige Familienangehörige kein abgeleitetes Freizügigkeitsrecht, dessen Stammberechtigter (nur) als Grenzgänger tätig ist oder war.⁷⁶ Allerdings kann sich der Grenzgänger selbst gegenüber seinem Heimatstaat sehr wohl auf das Freizügigkeitsrecht und das mit ihm verbundene Recht auf Inländergleichbehandlung berufen, sogar wenn er aus berufsfremden Gründen seinen Wohnsitz in einen anderen Mitgliedstaat verlegt.⁷⁷ Selbst derjenige, der von seinem Heimatstaat aus in anderer, grenzüberschreitender Weise als durch eine Arbeitnehmertätigkeit von einer der Grundfreiheiten des AEUV Gebrauch macht, kann oder muss als Freizügigkeitsberechtigter behandelt werden.⁷⁸ Das Kriterium des „grenzüberschreitenden Bezugs“ hat somit Kontur eingebüßt, aber nicht in allen Fällen Bedeutung verloren.⁷⁹

Zu diesem relativierenden kommt ein eher paradox anmutender Befund: Unkritisch wird stets vom Art. 18 AEUV entsprechenden, unionsrechtlichen Gebot der Inländerbehandlung, also der „Gleichbehandlung“⁸⁰ eines Unionsbürgers aus einem anderen Mitgliedstaat in Deutschland mit einem Deutschen gesprochen. Dies müsste allerdings dazu führen, dass der Unionsbürger nicht als Freizügigkeitsberechtigter behandelt werden darf, da sich der Deutsche gegenüber seinem Heimatstaat gerade nicht per se auf die Freizügigkeitsrechte berufen können soll; man denke nur an Familienangehörige. Richtiger Weise müsste deshalb von einem Mindestniveau gesprochen werden, das der Aufnahmemitgliedstaat bei der Behandlung von Unionsbürgern anderer Mitgliedstaaten nicht unterschreiten darf. Gleich behandeln muss er sie nicht, vielmehr darf, ggf. muss er sie sogar besser stellen.

ff) Entsandte Arbeitnehmer

(...)

gg) Schutz durch Art. 45 AEUV für Arbeitgeber

(...)

3. Niedergelassene selbständige Erwerbstätige (Abs. 2 Nr. 2 und Art. 49 AEUV)

(...)

b) Rechtsfolgen

aa) Diskriminierungsverbot

Die Niederlassungsfreiheit bewirkt ein Verbot unterschiedlicher Behandlung oder der Auferlegung von Beschränkungen aus Gründen der Staatsangehörigkeit.⁸¹ Erfasst werden sowohl offene und unmittelbare Diskriminierungen, welche ausdrücklich an die Staatsangehörigkeit anknüpfen, als auch versteckte oder mittelbare.⁸² Unter einer mittelbaren Diskriminierung ist zu verstehen, dass sie die Niederlassung nicht ausschließt, den betroffenen Ausländer aber im Zusammenhang mit seiner Niederlassung im Hinblick auf die Begleitumstände schlechterstellt, also zB den Familiennachzug behindert.⁸³ Versteckte Diskriminierung liegt vor, wenn Bestimmungen über die Niederlassung Voraussetzungen oder Anforderungen schaffen, die Inländer leichter erfüllen können, zB die Dauer eines Voraufenthaltes im Inland oder Sprachkenntnisse.⁸⁴ In diesem Zusammenhang sind insbesondere von Bedeutung die Zugangsvoraussetzungen durch Vorlage nationaler Befähigungsnachweise,

75 EuGH, Urt. v. 11.12.2007, Rs. C-291/05 (Eind), InfAuslR 2008, 114; EuGH, Urt. v. 12.03.2014, C-456/12 (O u. B), InfAuslR 2014, 171.

76 EuGH, Urt. v. 12.3.2014, C-457/12 (S u. G), InfAuslR 2014, 169.

77 EuGH, Urt. v. 21.2.2006, Rs. C-152/03 (Ritter-Coulais), NJW 2006, 1045; EuGH, Urt. v. 18.7.2007, Rs. C-212/05 (Hartmann), InfAuslR 2007, 369.

78 EuGH, Urt. v. 11.7.2002, Rs. C-60/00 (Carpenter), InfAuslR 2002, 373.

79 S.a. GA Sharpston, Schlussanträge vom 30.9.2010, Rs. C-34/09 (Ruiz Zambrano), Rn 84 ff, insb. 94 ff, curia..

80 S. nur GK-AufenthG/Epe, IX-2 § 2 Rn 46.

81 Zu den Einzelheiten der Beschränkungsmöglichkeiten ausführlich: Grabitz-Hilf, Das Recht der EU, Art. 43, Rn 83 ff.

82 EuGH, Urt. v. 5.12.1989, Rs. C-3/88 (Kommission/Italien), Slg 1989, I-4035, Rn 8 f.

83 EuGH, Urt. v. 7.7.1992, Rs. C-370/90 (Singh), Slg 1992, I-4265, EZAR 814 Nr. 3; GK-AufenthG/Epe, IX-2 § 2 Rn 65 mwN.

84 GK-AufenthG/Epe, IX-2 § 2 Rn 65.

Diplome o.ä. Art. 53 Abs. 1 AEUV räumt dem Rat die Kompetenz ein, Richtlinien betreffend die gegenseitige Anerkennung von Diplomen, Prüfungszeugnissen und sonstigen Befähigungsnachweisen zu erlassen. Dies ist geschehen durch die RL über die Anerkennung von Berufsqualifikationen⁸⁵ und – lange nach Ablauf der Umsetzungsfrist – im nationalen Recht durch das Berufsqualifikationsfeststellungsgesetz.⁸⁶ Fehlt eine einschlägige Richtlinie, sind die Mitgliedstaaten verpflichtet, im Einzelfall sorgfältig zu prüfen, ob und inwieweit die durch Befähigungsnachweis und praktische Berufserfahrungen nachgewiesenen Kenntnisse und Fertigkeiten den jeweiligen inländischen Voraussetzungen entsprechen.⁸⁷ Zugangshindernisse ohne diskriminierende Auswirkungen sind nur zulässig, sofern sie aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt werden können und geeignet sind, die Verwirklichung des mit ihnen angestrebten Ziels zu gewährleisten und nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung des (jeweiligen) Ziels erforderlich ist.⁸⁸

bb) Aufenthaltsrecht

Aus dem Niederlassungsrecht folgt ein Recht auf Einreise und Aufenthalt, da das Recht zur Gründung einer Niederlassung nicht effektiv wahrgenommen werden könnte, wenn der Mitgliedstaat für die Einreise oder den Aufenthalt weitere Voraussetzungen als die Absicht der Gründung einer Niederlassungserlaubnis aufstellen könnte.⁸⁹ Ferner beinhaltet das Niederlassungsrecht, das auch juristischen Personen zusteht, deren satzungsmäßiger Sitz, Hauptniederlassung oder Hauptverwaltung sich in einem Mitgliedstaat befindet,⁹⁰ zum einen das Recht, Zweigniederlassungen in anderen Mitgliedstaaten zu gründen. Des Weiteren genießen ihr sog. „Schlüsselpersonal“, also ihre Führungskräfte iSv § 3 BeschV, gemäß Art. 50 Abs. 2f AEUV Freizügigkeit, auch wenn sie Drittstaatsangehörige sind.⁹¹ Außerdem umfasst das Niederlassungsrecht, vergleichbar dem Recht von Arbeitgebern im Rahmen der Arbeitnehmerfreizügigkeit (s. Rn 19) nach hiesiger Ansicht das Recht, in nicht diskriminierender Weise die Früchte seiner Tätigkeit in andere Mitgliedstaaten zu exportieren. Zwar mag dieses Recht in jedem Einzelfall von anderen Rechten, namentlich der Dienstleistungs-, Kapital- oder Warenverkehrsfreiheit geschützt sein. Ähnlich wie „Korrespondenzdienstleistungen“ (hierzu Rn 25) sind solche aus Anlass der Wahrnehmung einer Freiheit in Anspruch genommene Freizügigkeitsrechte aber der originären Freiheit zuzurechnen, da andernfalls deren Schutz nicht umfassend wäre.

4. Erbringer von Dienstleistungen (Abs. 2 Nr. 3 und Art. 56 f AEUV)

a) Begriff

(...)

b) Dienstleistungsfreiheit und Arbeiterlaubnispflicht

(...)

c) Erfordernis „grenzüberschreitender“ Dienstleistungen

Wie oben ausgeführt ist der Schutzbereich von Art. 56 AEUV nur eröffnet, wenn der Dienstleister in einem anderen Mitgliedstaat geschäftsmäßig als derjenige, der die Dienstleistung empfängt. Unerheblich ist hingegen, wie das grenzüberschreitende Element ausgestaltet ist. Dienstleistungsfreiheit besteht, wenn der Erbringer zum Empfänger reist ebenso wie im umgekehrten Fall oder dann, wenn nur die Dienstleistung selbst die Grenze „überschreitet“, bspw bei der Vermittlung von Sportwetten.⁹² Nicht ausreichend ist demgegenüber die Erbringung einer Dienstleistung an einen Empfänger in einem Drittstaat oder von einem Drittstaat aus in einen Staat der Union hinein.⁹³ Ebenfalls nicht von der Dienstleistungsfreiheit erfasst wird die Überlassung von Leiharbeitern an Empfänger in einem anderen Mitgliedstaat. Denn diese treten in direkte Konkurrenz zu den dortigen

85 RL 2005/37/EG vom 7.9.2005 (ABl. L 255 vom 30.9.2005, S. 22).

86 In Kraft getreten am 1.4. bzw – s. Art. 62 Abs. 2 des Gesetzes – am 1.12.2012 (BGBl. I, S. 2515).

87 EuGH, Urt. v. 7.5.1991, Rs. C 340/89 (Vlassopoulou), NJW 1991, 2073; Urt. v. 30.11.1995, Rs. C-55/94 (Gebhard), NJW 1996, 579.

88 GK-AufenthG/Epe, IX-2 § 2 Rn 67 mwN.

89 Dienelt in: Renner, AuslR, 9. Aufl., § 2 FreizügG/EU Rn 69.

90 GK-AufenthG/Epe, IX-2 § 2 Rn 71; s.a. Dienelt in: Renner, AuslR, 9. Aufl., § 2 FreizügG/EU Rn 67.

91 GK-AufenthG/Epe, IX-2 § 2 Rn 71 mwN; Dienelt in: Renner, AuslR, 9. Aufl., § 2 FreizügG/EU Rn 69 f, auch zu damit verbundenen Möglichkeiten des Missbrauchs.

92 Ausführlich: GK-AufenthG/Epe, IX-2 § 2 Rn 79 mwN.

93 GK-AufenthG/Epe, IX – FreizügG/EU, Stand November 2006, § 2 Rn 69.

Arbeitnehmern und unterfallen daher – allenfalls – den Regelungen über die Arbeitnehmerfreizügigkeit.⁹⁴ Voraussetzung für die Erbringung einer Dienstleistung ist im Übrigen nicht, dass sie unter Beachtung sämtlicher für eine Niederlassung nach nationalem Recht aufgestellten Voraussetzungen zugelassen wird, da sonst die Dienstleistungsfreiheit praktisch nicht wirksam werden könnte, weil unterschiedliche Voraussetzungen im jeweils nationalen Recht dies ausschließen würden.⁹⁵ Art. 49 EGV kann jedoch im Einzelfall auch anwendbar sein, wenn Dienstleistungserbringer und -empfänger im selben Mitgliedstaat ihren Geschäftssitz haben und der Dienst ebenfalls dort geleistet wird, dennoch aber ein grenzüberschreitender Sachverhalt vorliegt.⁹⁶ Welche Erleichterung Dienstleistungserbringer durch die RL 2006/123/EG vom 12.12.2006 erfahren, die bislang im Wesentlichen in der Etablierung eines „Einheitlichen Ansprechpartners“⁹⁷ zu erkennen ist, bleibt abzuwarten.

5. Dienstleistungsempfänger (Abs. 2 Nr. 4)

Im Unterschied zu Abs. 2 Nr. 3 betrifft Nr. 4 die sogenannte „passive Dienstleistungsfreiheit“. Gemeint ist damit, dass sich ein Unionsbürger zum Empfang von Dienstleistungen in einen anderen Mitgliedstaat begibt.⁹⁸ Die passive Dienstleistungsfreiheit wird sehr weit ausgelegt und privilegiert bspw. Touristen, Patienten, Studien- und Geschäftsreisende.⁹⁹ Faktisch führt die Rspr. des EuGH dazu, dass durch die passive Dienstleistungsfreiheit weitgehend ein allgemeines Recht auf Einreise vermittelt wird. Es obliegt dem Dienstleistungsempfänger lediglich noch, seine Freizügigkeitsberechtigung nachzuweisen.¹⁰⁰ Die Dauer der Inanspruchnahme der Dienstleistung spielt keine Rolle,¹⁰¹ solange sie nur nicht auf unbestimmte Zeit empfangen werden soll.¹⁰² Schon daher kann auch die Ansicht nicht überzeugen, die gleichsam zwingende Befriedigung elementarer Grundbedürfnisse anlässlich eines nicht touristisch motivierten Besuchs in einem anderen Mitgliedstaat sei kein Empfang einer Dienstleistung, die zur Freizügigkeitsberechtigung führe.¹⁰³

30

Bei Studierenden kommt es darauf an, ob sie an staatlichen oder privaten Hochschulen studieren. Geschieht es an staatlichen Hochschulen, sind sie in dieser Eigenschaft keine Empfänger von Dienstleistungen, weil staatlicher Unterricht keine geschäftliche Erwerbstätigkeit darstellt, sondern im Rahmen der Daseinsvorsorge als sozialpolitische Aufgabe erfüllt wird.¹⁰⁴ In anderen (Geschäfts-)Beziehungen können sie jedoch selbstredend Dienstleistungsempfänger sein.

6. Nicht erwerbstätige Unionsbürger (Abs. 2 Nr. 5)

Für einen Zeitraum von bis zu drei Monaten haben Unionsbürger gemäß Abs. 5¹⁰⁵ ein weitgehend bedingungsloses Recht auf Einreise und Aufenthalt, danach, wenn sie die Voraussetzungen von § 4 erfüllen, also über „ausreichende Existenzmittel“ und „ausreichenden Krankenversicherungsschutz“ verfügen,¹⁰⁶ Art. 7 Abs. 1b Freizügigkeits-RL.¹⁰⁷ Hieraus ergibt sich jedoch kein Recht, in den anderen Mitgliedstaat zu reisen, um dort für drei Monate Sozialhilfeleistungen in Anspruch zu nehmen. Vielmehr regelt Art. 14 Abs. 1 Freizügigkeits-RL, dass Unionsbürger bei einem Aufenthalt bis zu drei Monaten gemäß Art. 6 Freizügigkeits-RL – also nicht, wenn sie freizügigkeitsberechtigt iSv. Abs. 2 Nr. 1 bis 4, bspw. arbeitssuchend sind!¹⁰⁸ – Sozialhilfeleistungen des Aufnah-

94 EuGH, Urt. v. 27.3.1990, Rs. C-113/89 (Rush Portuguesa), Slg 1990, I-1417 Rn 16.

95 EuGH, Urt. v. 26.2.1991, Rs. C-154/89 (Kommission/Frankreich), Slg 1991, I-659 = EuZW 1991, 352; EuGH, Urt. v. 25.7.1991, Rs. C-76/90 (Säger), Slg 1991, I-4221 = NJW 1991, 2693.

96 EuGH, Urt. v. 11.7.2002, Rs. C-60/00 („Carpenter“), InfAusLR 2002, 373.

97 Siehe: www.dienstleisten-leicht-gemacht.de.

98 Ist der Erbringer ebenfalls Unionsbürger, können sich beide auf die Dienstleistungsfreiheit berufen.

99 Dienelt in: Renner, AusLR, 9. Aufl., § 2 FreizügG/EU Rn 77 mwN; Nr. 2.2.4 AVwV-FreizügG/EU.

100 GK-AufenthG/Epe, IX-2 § 2 Rn 78.

101 Nach EuGH, Urt. v. 6.12.1988, Rs. 186/87 (Cowan) genügt ein „kurzer Aufenthalt in Paris“ (Rn 2 der Entscheidung), aus einem Briten einen Freizügigkeitsberechtigten zu machen.

102 EuGH, Urt. v. 19.10.2004, Rs. C-200/02 (Zhu und Chen), InfAusLR 2004, 413.

103 So aber GK-AufenthG/Epe, IX-2 § 2 Rn 78 unter Verweis auf OVG Hmb, Urt. v. 22.3.2005, 3 Bf 294/04, EZAR NF 014 Nr. 3 und jetzt EuGH, Urt. v. 12.3.2014, Rs. C-456/12 (O u. B), InfAusLR 2014, 171.

104 EuGH, Urt. v. 27.9.1988, Rs. 263/86 (Humbel und Edel), Slg 1988, 5365 (5383) und EuGH, Urt. v. 7.12.1993, Rs. C-109/92 (Wirth), Slg 1993, I-6447 = NVwZ 1994, 366; GK-AufenthG/Epe, IX-2 § 2 Rn 81; diese Differenzierung fehlt in Nr. 2.2.5 AVwV-FreizügG/EU.

105 Korrekte Umsetzung von Erwägungsgrund Nr. 9 und Art. 6 Abs. 1 Freizügigkeits-RL.

106 Zur Definition der Begriffe: § 4 FreizügG/EU.

107 Zur Bedeutung von Art. 21 AEUV als Stillhalteklausele: GK-AufenthG/Epe, IX-2 § 2 Rn 95.

108 Siehe Art. 14 Abs. 4 Freizügigkeits-RL und, mit Blick auf die teilweise diskriminierende Praxis der Bundesagentur, Reimann, Das Freizügigkeitsrecht der Unionsbürger, Asylmagazin 7/2012, 186, 191.

memitgliedstaates nicht unangemessen in Anspruch nehmen dürfen.¹⁰⁹ Allerdings darf die Inanspruchnahme von Sozialhilfeleistungen keinesfalls automatisch zum Verlust des unionsrechtlichen Freizügigkeitsrechts führen, auch nicht in den ersten drei Monaten des Aufenthalts. Vielmehr muss stets festgestellt werden, dass die Inanspruchnahme „unangemessen“ ist und das Aufenthaltsrecht muss durch einen konstitutiv wirkenden VA – siehe § 7 Abs. 1 – entzogen werden.¹¹⁰ Das Adjektiv „unangemessen“ wird weder im Gesetz noch in der Freizügigkeits-RL näher erläutert. Es obliegt daher der Rechtsauslegung im jeweiligen Mitgliedstaat, ob Sozialhilfeleistungen in „unangemessenem Umfang“ in Anspruch genommen werden. Kriterien dafür können sein, ob es sich im Einzelfall um vorübergehende Schwierigkeiten oder eine Krisensituation handelt, die kurzfristig durch entsprechende Sozialhilfegewährung behoben werden kann, oder ob der Unionsbürger dauerhaft unfähig ist, für seinen Lebensunterhalt aufzukommen¹¹¹ oder gar keine ernsthaften Anstrengungen unternimmt, eine Beschäftigung in Deutschland aufzunehmen.¹¹² Arbeitsuchende Unionsbürger und ihre Familienangehörigen dürfen nicht aus dem Staatsgebiet entfernt/abgeschoben werden, solange sie nachweisen können, dass sie weiterhin Arbeit suchen und eine begründete Aussicht besteht, einen Arbeitsplatz zu finden.¹¹³

7. Familienangehörige (Abs. 2 Nr. 6)

Die Freizügigkeit erstreckt sich auf Familienangehörige iSd Unionsrechts, die allerdings weder im FreizügG/EU noch in der FZF-RL abschließend benannt werden. Das Freizügigkeitsrecht des Unionsbürgers verpflichtet darüber hinaus die Mitgliedstaaten, bestimmten sonstigen Familienangehörigen die Einreise zum Unionsbürger zu erleichtern, Art. 3 Abs. 2 Freizügigkeits-RL. Dies betrifft Familienangehörige, denen der primär aufenthaltsberechtigte Unionsbürger Unterhalt gewährt hat oder mit denen er im Herkunftsland in häuslicher Gemeinschaft gelebt hat, oder wenn schwerwiegende gesundheitliche Gründe die persönliche Pflege des Familienangehörigen des Unionsbürgers zwingend erforderlich machen (Art. 3 Abs. 2a Freizügigkeits-RL) Allerdings besteht nur eine Pflicht der Mitgliedstaaten, Einreise und Aufenthalt nach Maßgabe der jeweiligen innerstaatlichen Rechtsvorschriften zu erleichtern.¹¹⁴ Hierfür muss er gemäß Art. 3 Abs. 2 Freizügigkeits-RL eine eingehende Untersuchung der persönlichen Umstände durchführen und eine etwaige Verweigerung der Einreise oder des Aufenthalts dieser Personen begründen. Im FreizügG/EU finden sich indes keine Regelungen zur Art und Weise der Durchführung einer solchen „eingehenden Untersuchung der persönlichen Umstände“. Hierin liegt ein gesetzgeberisches Versäumnis, da die durch die Richtlinie begünstigten Familienangehörigen von Unionsbürgern nicht anhand des deutschen Rechts erkennen können, wie ihre Rechte gestaltet sind und wie sie diese erforderlichenfalls vor einem deutschen Gericht geltend machen können.¹¹⁵ Ferner bestimmt der ergänzend anzuwendende – s. § 11 Abs. 1 S. 1 – § 36 AufenthG, dass eine AE an sonstige Familienangehörige (nur) zur Vermeidung einer außergewöhnlichen Härte erteilt werden darf und eröffnet ein weites Ermessen, während Art. 3 Abs. 2 Freizügigkeits-RL die Erleichterung der Einreise sonstiger Familienangehöriger vorschreibt. Insoweit ist der im AufenthG enthaltene unbestimmte Rechtsbegriff („außergewöhnliche Härte“) unionsrechtskonform auszulegen und das Ermessen mit Blick auf das Ziel von Art. 3 Abs. 2 Freizügigkeits-RL auszuüben. Zu einer Konformität mit unionsrechtlichen Vorgaben führt dies allein allerdings schon deshalb nicht, weil kein Betroffener ohne fachkundige Unterstützung von seinen Rechten erfährt – diese sogar den meisten Behörden verschlossen bleiben¹¹⁶ – und der Familienangehörige nur eine AE, keine Aufenthaltskarte erhält.¹¹⁷

8. Daueraufenthaltsberechtigte (Abs. 2 Nr. 7)

Sie und ihre Familienangehörigen, die ein Daueraufenthaltsrecht erworben haben, sind freizügigkeitsberechtigt nach Abs. 2 Nr. 7. Das „Daueraufenthaltsrecht“ löst das frühere „Verbleiberecht“ (geregelt in der VO (EWG) Nr. 1251/70) ab und wurde durch die Freizügigkeits-RL neu eingeführt. Die Besonderheit dieses neuen Rechts

109 S.a. Erwägungsgrund Nr. 16 Freizügigkeits-RL; zu einem etwaigen Anspruch auf Sozialleistungen: Anh. 1 zum AufenthG Rn 18 ff.

110 GK-AufenthG/Epe, IX-2 § 2 Rn 96 mwN.

111 GK-AufenthG/Epe, IX-2 § 2 Rn 97.

112 VGH München, Beschl. v. 16.1.2009, 19 C 08.3271, InfAuslR 2009, 144.

113 Hailbronner, ZAR 2004, 259 ff, 262.

114 Zu alledem: EuGH, Urt. v. 5.9.2012, Rs. C-83/11 (Rahman), curia; s.a. VG Berlin, Urt. v. 13.5.2009, 3 V 17/08, BeckRS 2010, 49358: kein subjektiver Anspruch.

115 Daher hat das von der EU-Kommission gegen Deutschland eingeleitete Vertragsverletzungsverfahren inzwischen die 2. Stufe erreicht, s. Migration News Sheet, July 2012 S. 3.

116 Die AVwV-FreizügG/EU postulieren in Nr. 3.2.1 die „Legaldefinition“ des Familienangehörigen, sprechen aber außer beim Verweis in Nr. 11.1.1 auf § 36 AufenthG nirgends von sonstigen Familienangehörigen, geschweige denn von deren Privilegierung.

117 S. hierzu auch: Pressemitteilung der EU-Kommission vom 21.6.2012: „Freizügigkeit: Kommission fordert Österreich, Deutschland und Schweden zur Wahrung der Bürgerrechte auf“.

gegenüber dem allgemeinen Freizügigkeitsrecht besteht in der Unabhängigkeit von den Voraussetzungen, von denen nach sekundärem Unionsrecht das Bestehen eines unionsrechtlichen Freizügigkeitsrechts abhängt, insb. für Nicht-Erwerbstätige. Die Voraussetzungen für den Erwerb des Daueraufenthaltsrechts regelt § 4a (vgl. Kommentierung dort), mit dem Art. 16 u. 17 Freizügigkeits-RL umgesetzt werden sollte.

9. Aufrechterhaltung des Freizügigkeitsrechts (Abs. 3)

Die Vorschrift schützt Arbeitnehmer und Selbständige vor einem – für den Schutz vor Aufenthaltsbeendigung und den Erwerb eines Daueraufenthaltsrechts wichtigen – Verlust ihrer Rechtsstellung als Freizügigkeitsberechtigte, nicht nur ihres Aufenthaltsrechts.¹¹⁸ Sie entspricht weitgehend Art. 7 Abs. 3 Freizügigkeits-RL, mit dem die Rspr des EuGH hinsichtlich der Rechte abhängig Beschäftigter umgesetzt wurde, die nicht mehr in einem Arbeitsverhältnis stehen oder kurzzeitig arbeitsunfähig sind.¹¹⁹ Ihrer Rechtsstellung angeglichen wurde diejenige vorübergehend erwerbsunfähig gewordener Selbständiger.

a) Folgen vorübergehender Erwerbsminderung infolge Krankheit oder Unfall (Abs. 3 S. 1 Nr. 1)

(...)

b) Unfreiwillige Arbeitslosigkeit (Abs. 3 S. 1 Nr. 2)

Diese liegt vor, wenn das Arbeitsverhältnis aus Gründen, die der Arbeitnehmer nicht zu vertreten hat, vom Arbeitgeber oder wegen eines legitimen Grundes durch den Arbeitnehmer beendet wurde.¹²⁰ (...) Eine Bestätigung der unfreiwilligen Arbeitslosigkeit durch die örtlich zuständige Agentur für Arbeit ist in der Regel Voraussetzung dafür, dass das Freizügigkeitsrecht erhalten bleibt.¹²¹ Die im SGB II für Arbeitnehmer geregelten Obliegenheiten gelten nicht uneingeschränkt für die Erhaltung des Freizügigkeitsrechts.¹²² Ein Verstoß gegen die Obliegenheit, sich – trotz längerer Kündigungsfrist – umgehend nach Erhalt der Kündigung bei der Agentur für Arbeit als arbeitsuchend zu melden, mag zu nationalen Leistungseinschränkungen berechtigen. Rückschlüsse auf eine Freiwilligkeit des Arbeitsplatzverlusts und ein fehlendes „Zur-Verfügung-Stellen“ iSv Art. 7 Abs. 3b und c Freizügigkeits-RL sind damit nicht gestattet, jedenfalls solange die Vorsprache bei der Agentur für Arbeit noch vor dem Ende des gekündigten Arbeitsverhältnisses erfolgt. Denn freizügigkeitsberechtigt ist der Unionsbürger solange er arbeitet und sobald er sich arbeitsuchend meldet, so dass keine „Fehlzeiten“ zu verzeichnen sind. Jedenfalls lebt die Rechtsposition als Freizügigkeitsberechtigter wieder auf, sobald sich der Unionsbürger auf Arbeitsuche begibt, § 2 Abs. 2 Nr. 1, so dass die gegenteilige Auffassung erst beim Erwerb des Daueraufenthaltsrechts nach § 4a Folgen zeitigt.

Die in Abs. 3 Nr. 2 für **Selbständige** genannten Voraussetzungen für den Erhalt des Freizügigkeitsrechts finden in der Freizügigkeits-RL keine Entsprechung. Sie sind gleichwohl unionsrechtlich auszulegen, da sie nur der Klarstellung dienen (können), wann vom Fortbestehen eines Art. 49 AEUV entsprechenden Freizügigkeitsrechts auszugehen ist, dieses Recht aber nicht begründen.

Das Freizügigkeitsrecht bleibt bei unfreiwilliger, ordnungsgemäß gemeldeter Arbeitslosigkeit für mindestens 6 Monate bestehen, § 2 Abs. 3 S. 2 und Art. 7 Abs. 3c FZF-RL. War der Unionsbürger mehr als 1 Jahr beschäftigt, erlischt es auch nach Ablauf dieses Zeitraums nur, wenn der Unionsbürger aus dem Arbeitsleben ausgeschieden ist, bspw. weil er nicht mehr vermittelbar ist und auch keine Ansprüche auf ALG I-Leistungen mehr bestehen, § 2 Abs. 3 S. 1 Nr. 2.¹²³ Weder Abs. 3 noch Art. 7 Abs. 3b Freizügigkeits-RL regeln jedoch, ob diese **Beschäftigung ununterbrochen** gewesen sein muss. Der Wortlaut der Normen lässt sowohl die Auslegung zu, dass Kalendermonate¹²⁴ gemeint seien, als auch, dass es um Beschäftigungsmonate geht. Gesetzesbegründung, Erwägungsgründe der Freizügigkeits-RL und die Rspr des EuGH geben für eine einschränkende, auf Kalendermonate abstellende Auffassung nichts her. Daher ist es nach hiesiger Ansicht und unter Orientierung an der Situation auf

118 GK-AufenthG/Epe, IX-2 § 2 Rn 114.

119 EuGH, Urt. v. 24.9.1998, Rs. C-35/97 (Kommission/Frankreich), Slg 1998, I-5325 und EuGH, Urt. v. 6.11.2003, Rs. C-413/01 (Ninni-Orasche), InfAuslR 2004, 89.

120 EuGH, Urt. v. 10.1.2006, Rs. C-230/03 (Sedef), InfAuslR 2006, 106 und Urt. v. 26.10.2006, Rs. C-4/05 (Güzeli), InfAuslR 2007, 1.

121 S. Art. 7 Abs. 3b u. c Freizügigkeits-RL; GK-AufenthG/Epe, IX-2 § 2 Rn 117.1 mwN: Hat der Unionsbürger bereits einen neuen Arbeitsvertrag abgeschlossen oder ernsthafte Aussicht auf einen solchen, entfällt ausnahmsweise die Meldepflicht.

122 AA die hM, siehe nur Dienelt in: Renner, AuslR, 9. Aufl., § 2 FreizügG/EU Rn 93.

123 VGH Mannheim, Urt. v. 15.2.1989, 11 S 3126/87, InfAuslR 1989, 188.

124 So Dienelt in: Renner, AuslR, 9. Aufl., § 2 FreizügG/EU Rn 92; GK-AufenthG/Epe, IX-2 § 2 Rn 122.

dem Arbeitsmarkt sowie dem Prinzip, Freizügigkeitsrechte weit, Einschränkungen eng auszulegen, geboten, Zeiten mehrerer Beschäftigungen, die von Zeiten der Arbeitslosigkeit unterbrochen wurden, für die Zwölfmonatsfrist zusammenzurechnen.

c) Aufnahme einer Berufsausbildung (Abs. 3 S. 1 Nr. 3)

(...)

10. Visumfreie Einreise und Aufenthaltsrecht für Unionsbürger (Abs. 4 S. 1)

Von Unionsbürgern darf für die Einreise kein Visum und für den Aufenthalt kein AT verlangt werden, Abs. 4 S. 1 und Art. 5 ff. Freizügigkeits-RL. Auch für einen Aufenthalt, der länger als drei Monate dauert, ist gem. Art. 8 Abs. 1 Freizügigkeits-RL nur die Anmeldung vorgesehen. Das Aufenthaltsrecht bis zu drei Monaten ist für Unionsbürger ohnehin lediglich vom Besitz eines gültigen Personalausweises oder Reisepasses abhängig. Da sich das Aufenthaltsrecht freizügigkeitsberechtigter Unionsbürger unmittelbar aus dem AEUV ergibt, handelt es sich nur um eine Modalität, keine Bedingung des Aufenthalts oder gar der Einreise.¹²⁵ Kann der Unionsbürger keinen gültigen Personalausweis oder Reisepass vorlegen, seine Staatsangehörigkeit¹²⁶ aber zweifelsfrei mit anderen Mitteln nachweisen, darf der Aufnahmemitgliedstaat das Aufenthaltsrecht nicht schon aus der Erwägung anzweifeln, dass weder das eine noch das andere Dokument vorgelegt wurde.¹²⁷ Das Unionsrecht verbietet einem Mitgliedstaat aber nicht, zu kontrollieren, ob die Verpflichtung zur Vorlage eines Ausweispapiers eingehalten wird. Allerdings müsste der Mitgliedstaat seinen eigenen Staatsangehörigen hinsichtlich ihrer Personalausweise dieselbe Verpflichtung auferlegen,¹²⁸ da es andernfalls zu einer verbotenen Diskriminierung käme. Unzulässig sind im Übrigen alle Förmlichkeiten bei der Einreise, die über die Kontrolle des Personalausweises oder Reisepasses hinausgehen.¹²⁹ Unzulässig ist es ebenfalls, die Freizügigkeitsberechtigung durch Vorlage einer Aufenthaltsbescheinigung o.ä. an der Grenze nachweisen zu lassen oder dort bereits Auskünfte zum Aufenthaltszweck zu verlangen.¹³⁰

11. Visumpflicht drittstaatsangehöriger Familienmitglieder (Abs. 4 Satz 2)

Familienangehörige von Unionsbürgern, die nicht ihrerseits Unionsbürger sind, sollen nach Abs. 4 S. 2 für die Einreise den Vorschriften des AufenthG unterfallen und grundsätzlich eines Visums bedürfen.¹³¹ Drei Ausnahmen sind unstrittig:

- Der Gesetzgeber hat in Abs. 4 S. 3 die Visumfreiheit für Inhaber von Aufenthaltskarten normiert. Mit dem FreizügG/EU-ÄndG hat er klargestellt, dass nicht nur Aufenthaltskarten, die von anderen Mitgliedstaaten ausgestellt wurden, von der Visumpflicht entbinden, sondern auch von Deutschland ausgestellte. Damit entspricht das Gesetz nun Art. 5 Abs. 2 S. 2 Freizügigkeits-RL.
- Ferner bedürfen nach Art. 5 Abs. 2 S. 1 Freizügigkeits-RL Angehörige der im Anhang II (Gemeinsame Liste gemäß Art. 1 Abs. 2) der VO-539/2001 (Visum-VO)¹³² genannten Staaten keines Visums, ebenso Angehörige verschiedener Gruppen nach Art. 1 Abs. 2 S. 2 und Art. 4 dieser VO. Diese Regelung der RL hat im nationalen Recht keine Entsprechung gefunden, gilt aber zugunsten der von ihr Begünstigten unmittelbar.
- Sonstige Drittstaatsangehörige, die einen AT eines (anderen) Mitgliedstaats besitzen, dürfen jedenfalls für längstens drei Monate visumfrei einreisen, Art. 21 Abs. 1 SDÜ.

Ungeklärt ist, ob für die soeben genannten sonstigen Drittstaatsangehörigen die Visumpflicht gilt, wenn sie länger als drei Monate bleiben wollen und hierauf einen unionsrechtlichen Anspruch haben. § 39 Nr. 6 AufenthV ist

125 Hailbronner, AuslR (10/2007), D 1 § 2 Rn 87.

126 Der Identität kommt erst bei der Anmeldung Bedeutung zu, da erst dann geprüft werden darf, ob das Freizügigkeitsrecht beschränkt wurde oder werden kann, s. Art. 27 Abs. 3 Freizügigkeits-RL, wiewohl die Feststellung der Staatsangehörigkeit in aller Regel die der Identität voraussetzt.

127 EuGH, Urt. v. 17.2.2005, Rs. C-215/03 (Oulane), InfAuslR 2005, 126.

128 EuGH, Urt. v. 30.4.1998, Rs. C-24/97 (Kommission/Deutschland), Slg 1998, I-2133 und EuGH, Urt. v. 27.4.1989, Rs. 321/87 (Kommission/Belgien), Slg 1989, 997/1007.

129 EuGH, Urt. v. 3.7.1980, Rs. 157/97 (Pick), Slg 1980, 2171 und EuGH, Urt. v. 27.4.1989, Rs. 321/87 (Kommission/Belgien), Slg 1989, 997/1007.

130 EuGH, Urt. v. 30.5.1991, Rs. C-68/89 (Kommission/Niederlande), Slg 1991, I-2637.

131 Dass sie für ihren Aufenthalt keines AT bedürfen, wird in Abs. 4 S. 2 – anders als für Unionsbürger in S. 1 – zwar nicht erklärt, ergibt sich aber aus § 5 Abs. 1 FreizügG/EU.

132 VO (EG) Nr. 539/2001 des Rates zur Aufstellung der Liste der Drittländer, deren Staatsangehörige beim Überschreiten der Außengrenzen im Besitz eines Visums sein müssen, sowie der Liste der Drittländer, deren Staatsangehörige von dieser Visumpflicht befreit sind, vom 15.3.2001.

nicht einschlägig, da er weder die Befreiung vom Erfordernis eines Visums bestimmt, noch nach der Einreise ein Anspruch auf Erteilung eines AT besteht, da der Drittstaatsangehörige ja dem FreizügG/EU unterfällt, das keine AT kennt. Aus dem Vorrang des Unionsrechts wird man wohl auch die Visumfreiheit dieses sich rechtmäßig in der Union aufhaltenden Personenkreises folgern müssen.¹³³ Offen ist allerdings, ob die Visum-VO in diesen – aber auch in allen übrigen, Drittstaatsangehörige betreffenden – Fällen überhaupt Anwendung finden kann. Denn zum einen regelt sie nur den Übertritt an den Außengrenzen und für einen Kurzaufenthalt, Art. 1 Abs. 1, Art. 2 Visum-VO. Zum anderen sind Familienangehörige Freizügigkeitsberechtigter gemäß Art. 2 Nr. 5 SGK selbst freizügigkeitsberechtigt und folglich bis zum Verlust dieses Rechts zur Einreise berechtigt, § 6.¹³⁴ In dieses Recht kann nur durch einen Rechtsakt eingegriffen werden, der im Mitbestimmungsverfahren gemäß Art. 294 AEUV ergangen ist. Die Visum-VO ist hingegen im Verfahren nach Art. 67 EGV ergangen und daher nur im Anhörungsverfahren.¹³⁵ Auch über den Verweis auf „einzelstaatliche Rechtsvorschriften“ in Art. 5 Abs. 2 S. 1 Freizügigkeits-RL lässt sich eine Visumpflicht nicht begründen, da hierdurch nur die Mitgliedstaaten angesprochen werden sollten, für die die Visum-VO keine Geltung beansprucht.¹³⁶

Selbst wenn man eine „Visumpflicht“ bejaht, ist Art. 5 Abs. 2 S. 3 Freizügigkeits-RL zu berücksichtigen. Danach ist „Visum“ in diesem Sinn kein solches iSd §§ 4 Abs. 1, 6 AufenthG, sondern ein „**Einreisevisum**“, das unentgeltlich, in einem beschleunigten Verfahren¹³⁷ und „nach Möglichkeit bei der Einreise“¹³⁸ durch die Grenzpolizei¹³⁹ zu erteilen ist, wobei die Mitgliedstaaten verpflichtet sind, alle erforderlichen Maßnahmen zu treffen, um diesen Personen die Beschaffung der erforderlichen Visa zu erleichtern. Zulässig ist allein eine formale Überprüfung der unionsrechtlichen Voraussetzungen der Einreise, also ob die betreffende Person Familienangehöriger eines Freizügigkeitsberechtigten ist und deswegen ein abgeleitetes Freizügigkeitsrecht beanspruchen kann. Unzulässig ist die Prüfung weiterer, gar nationalstaatlicher Einreisevoraussetzungen,¹⁴⁰ zB von Sprachkenntnissen oder der Absicht der Aufnahme einer ehelichen Lebensgemeinschaft. Ohne Bedeutung ist außerdem, ob sich der Familienangehörige bereits – ggf illegal – im Gebiet der Union aufhält oder aus einem Drittstaat einreist.¹⁴¹ Auch § 31 AufenthV findet keine Anwendung.¹⁴²

Alle weiteren Fragen, das Aufenthaltsrecht des Familienangehörigen betreffend, etwa weil der Verdacht auf eine „Scheinehe“ besteht oder der Familienangehörige im SIS zur Fahndung ausgeschrieben ist, sind **nach der Einreise zu prüfen** und zu bewerten.¹⁴³ Die Einreise selbst muss zugelassen werden. Selbst ein etwaiger Verstoß gegen Visumvorschriften, insbesondere die illegale Einreise des drittstaatsangehörigen Familienangehörigen, hat auf sein Recht zum Aufenthalt keine Auswirkungen, solange er nicht aus anderen Gründen eine Gefahr im unionsrechtlichen Sinn darstellt. Bereits 2002 hat der EuGH dies unmissverständlich festgestellt: Danach ist es einem „Mitgliedstaat nicht gestatte(t), dem Staatsangehörigen eines Drittstaats, der seine Identität und die Tatsache, dass er mit einem Staatsangehörigen eines Mitgliedstaats verheiratet ist, nachweisen kann, die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis zu verweigern und ihm gegenüber eine Maßnahme zur Entfernung aus dem Hoheitsgebiet zu ergreifen, nur weil er illegal in das Hoheitsgebiet des betreffenden Mitgliedstaats eingereist ist“.¹⁴⁴

12. Freizügigkeitsrecht trotz Ausschreibung gem. Art. 96 SDÜ

Die Erteilung eines Visums oder die Einreise in das Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats darf drittstaatsangehörigen Familienangehörigen von Unionsbürgern insb. nicht schon deshalb verweigert werden, weil sie im Schengen-Informationssystem zur Einreiseverweigerung ausgeschrieben sind, wenn nicht zuvor festgestellt wurde, dass von der Anwesenheit dieser Personen eine tatsächliche, gegenwärtige und erhebliche Gefahr für ein Grundinter-

133 Gutmann, InfAuslR 2006, 165 und GK-AufenthG/Epe, IX-2 § 2 Rn 135.

134 S.a. Winkelmann, InfAuslR 2009, 45, 48.

135 Hierzu: Westphal/Stoppa, Ausländerrecht für die Polizei, 3. Aufl. 2007, S. 320; Dienelt in: Renner, AuslR, 9. Aufl., § 2 FreizügG/EU Rn 13.

136 GK-AufenthG/Epe, IX-2 § 2 Rn 140 mit Nachweisen auf die Entstehungsgeschichte.

137 Insb. ohne vorherige Beteiligung der ABH gem. § 31 AufenthV, s. Nr. 2.4.4 AVV-FreizügG/EU.

138 EuGH, Urt. v. 25.7.2002, Rs. C-459/99 (MRAX), InfAuslR 2002, 417; EuGH, Urt. v. 14.4.2005, Rs. C-157/03 (Kommission/Spanien), InfAuslR 2005, 229.

139 Gem. § 14 Abs. 2 AufenthG, der über § 11 Abs. 1 S. 1 FreizügG/EU entsprechend anwendbar ist (s. GK-AufenthG/Epe, IX-2 § 2 Rn 137), und gem. Art. 11, 12 Abs. 1 iVm Art. 17 Abs. 3c SDÜ auch an der Grenze als sogenanntes „Schengen-Visum“ zu erteilen.

140 EuGH, Urt. v. 14.4.2005, Rs. C-157/03 (Kommission/Spanien), InfAuslR 2005, 229.

141 GK-AufenthG/Epe, IX-2 § 2 Rn 136.

142 OVG Bln-Bbg, Urt. v. 13.4.2011, OVG 12 B 37/09, Rn 20 und 14, juris; Welte, ZAR 2009, 61, 63.

143 S.a. unten Rn 45 und § 5 FreizügG/EU Rn 8.

144 EuGH, Urt. v. 25.7.2002, Rs. C-459/99 (MRAX), InfAuslR 2002, 417; im Ergebnis ebenso: EuGH, Urt. v. 25.7.2008, Rs. C-127/08 (Metock), InfAuslR 2008, 377, insb. Rn 66, wonach auch der illegal Eingereiste nach Heirat mit freizügigkeitsberechtigter Unionsbürgerin zum Freizügigkeitsberechtigten wird.

esse der Gesellschaft ausgeht.¹⁴⁵ Der Begriff der öffentlichen Ordnung im Sinne von Art. 27 Freizügigkeits-RL entspricht nämlich nicht dem von Art. 96 SDÜ, wonach für die Ausschreibung zur Einreiseverweigerung genügt, dass der Betroffene wegen einer Straftat verurteilt wurde, die mit Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr bedroht ist, oder wenn gegen ihn eine Maßnahme ergangen sei, die auf der Nichtbeachtung des nationalen Rechts über die Einreise und den Aufenthalt von Ausländern beruhe. Dementsprechend darf ein Vertragsstaat die Ausschreibung eines Drittstaatsangehörigen, der mit einem Unionsbürger verheiratet sei, erst dann vornehmen, **wenn feststeht**, dass die Anwesenheit dieser Person eine tatsächliche, gegenwärtige und hinreichend schwere Gefährdung darstellt, die ein Grundinteresse der Gesellschaft berührt.¹⁴⁶

13. Dreimonatiges voraussetzungsloses Aufenthaltsrecht (Abs. 5)

Die Vorschrift setzt das in Art. 6 Freizügigkeits-RL enthaltene, für drei Monate voraussetzungslose Aufenthaltsrecht für Unionsbürger und ihre Familienangehörigen um, die im Besitz eines gültigen Ausweisdokuments sind. Sofern der Betroffene keinen gültigen Personalausweis oder Reisepass vorlegen, seine Staatsangehörigkeit aber zweifelsfrei mit anderen Mitteln nachweisen kann, darf der Aufnahmemitgliedstaat das Aufenthaltsrecht nicht schon deshalb anzweifeln, weil weder das eine noch das andere Dokument vorgelegt wurde.¹⁴⁷ Die Beschränkung auf drei Monate gilt zudem nicht für Arbeitsuchende, die sich (s. Rn 14) für einen längeren Zeitraum in Deutschland aufhalten dürfen.

14. Gebührenbefreiung (Abs. 6)

(...)

15. Missbrauchsklausel (Abs. 7)

Mit dem FreizügG/EU-ÄndG vom 21.1.2013 wurde für die Fälle des Erschleichens der Rechtsposition als freizügigkeitsberechtigter Unionsbürger oder Familienangehöriger in § 2 ein siebter Absatz eingefügt. Dies wurde als erforderlich angesehen, um gemäß Art. 35 Freizügigkeits-RL entsprechende Maßnahmen ergreifen zu können, wofür es zuvor an einer Rechtsgrundlage mangelte.¹⁴⁸ Zugleich wurden in S. 3 – teilweise unionsrechtswidrige – Rechtsfolgen und in S. 4 formelle Anforderungen an eine Verlustfeststellung normiert. Die in Art. 35 S. 1 Freizügigkeits-RL genannten Begriffe „Rechtsmissbrauch und Betrug“ werden nicht übernommen oder gar legal definiert, sondern die beiden wohl häufigsten Fallgruppen benannt: Täuschung durch Verwendung ge- oder verfälschter Dokumente oder durch Vorspiegelung falscher Tatsachen, insb. über das „Nachziehen“ oder „Begleiten“ des Unionsbürgers. Sonstige Verhaltensweisen, die gelegentlich als Rechtsmissbrauch angesehen werden – bspw. Gebrauchmachen einer Grundfreiheit, um dem Familienangehörigen eine günstigere Rechtsposition zu vermitteln –, werden nicht genannt und sind daher nicht als rechtsmissbräuchlich anzusehen,¹⁴⁹ können also dem Freizügigkeitsrecht insb. des Familienangehörigen nicht entgegengesetzt werden.

a) S. 1: Täuschung über das Bestehen des Freizügigkeitsrechts

Klargestellt wird mit S. 1 zunächst, dass das Freizügigkeitsrecht unabhängig von etwaigen Täuschungshandlungen besteht, solange sein Nichtbestehen nicht festgestellt ist.¹⁵⁰ Festgestellt werden kann es ausschließlich und erst, wenn feststeht, dass über das Vorliegen seiner Voraussetzungen getäuscht wurde. Diese Maßgaben bestimmen auch die Beweislastverteilung: Ist das Freizügigkeitsrecht (vermeintlich) entstanden, muss die zuständige Behörde belegen, dass es tatsächlich nicht besteht. Da der (vermeintlich) Freizügigkeitsberechtigte nicht dem AufenthG unterfällt, ist er auch nicht nach dessen § 82 zur Mitwirkung an der Feststellung seiner Rechtsposition verpflichtet. Eine Mitwirkungspflicht lässt sich auch nicht aus anderen Vorschriften entnehmen. Aus einer „Mitwirkungsobliegenheit“¹⁵¹ lässt sich keine Pflicht zur Mitwirkung an der Ermöglichung des Beweises kon-

145 EuGH, Urt. v. 31.1.2006, Rs. C-503/03 (Kommission/Spanien), InfAusLR 2006, 169.

146 EuGH, Urt. v. 31.1.2006, Rs. C-503/03 (Kommission/Spanien), InfAusLR 2006, 169.

147 EuGH, Urt. v. 17.2.2005, Rs. C-215/03 (Oulane), Slg 2005, I-1215.

148 OVG Bln-Bbg, Urt. v. 13.4.2011, OVG 12 B 37/09, juris; unwirksam erklärt worden nach übereinstimmenden Erledigungserklärungen im Revisionsverfahren durch BVerwG, Beschl. v. 30.3.2012, 1 C 11.11, www.bverwg.de.

149 Nach OVG Bln-Bbg, Urt. v. 13.4.2011, OVG 12 B 37/09, Rn 23, juris, ist ein Rückgriff auf einen allgemeinen Missbrauchsvorbehalt seit Inkrafttreten der Freizügigkeits-RL nicht mehr zulässig; s. hierzu jetzt EuGH, Urt. v. 12.3.2014, Rs. C-456/12 (O u. B), InfAusLR 2014, 171.

150 So auch die Gesetzesbegründung: BR-Drucks. 461/12, 14.

151 BR-Drucks. 461/12, 14: Obliegenheit zur Mitwirkung an einer Befragung, die die Beweisführung der Behörde ermöglichen soll.

struieren, dass das Freizügigkeitsrecht nicht besteht. Gelingt der Behörde auch ohne Mitwirkung der Betroffenen – dem es (erst) dann obliegt, den Gegenbeweis zu führen – die zweifelsfreie Feststellung des Nichtbestehens, hat sie nach Ermessen zu entscheiden, ob eine und ggf welche Nichtbestehensfeststellung getroffen wird. Will sie eine solche Entscheidung treffen, muss sie entscheiden und begründen, auf welchen Zeitpunkt bezogen diese rückwirken soll. Bestand das Freizügigkeitsrecht zwar nicht zum Zeitpunkt der erstmaligen Berufung hierauf, ist es aber später entstanden,¹⁵² berechtigt dies nicht zur Feststellung, dass es bis zum Entstehen nicht bestanden hat. Hierauf kommt es nur bei der Verfestigung an, also bei der Entscheidung über die Ausstellung einer Daueraufenthaltskarte.

b) S. 2: „Scheinehe“

Der EuGH hat bereits entschieden, dass das Unionsrecht nicht rechtsmissbräuchlich in Anspruch genommen werden darf und insb. „Scheinehen“ nicht zur Umgehung der Einreisevorschriften genutzt werden dürfen.¹⁵³ Entsprechend sieht Art. 35 Freizügigkeits-RL die Möglichkeit von innerstaatlichen Maßnahmen vor, die bei Bestehen eines Verdachts des Rechtsmissbrauchs ergriffen werden können.¹⁵⁴ Für die nach der Einreise getroffene bzw zu treffende Feststellung des Nichtbestehens des Freizügigkeitsrechts (s. Rn 52) und die Verweigerung der Ausstellung einer Aufenthaltskarte entspricht Abs. 7 dieser Rechtsgrundlage. Mit Abs. 7 werden aber nur Rechtsfolgen eines Rechtsmissbrauchs normiert, keine Befugnisse zur Feststellung des Vorliegens eines solchen. Nach wie vor (s. Rn 49) lässt sich daher keine Pflicht zur Mitwirkung an Maßnahmen erkennen, die der Feststellung dienen, dass das Freizügigkeitsrecht nicht besteht, bspw durch Teilnahme an einer sog. „getrennten Ehegattenbefragung“.

Des Weiteren berechtigt das Visumerfordernis für Drittstaatsangehörige nicht, für die Erteilung dieses Visums mehr als den Nachweis der Unionsbürgerschaft und der Familienangehörigeneigenschaft zu verlangen (s. Rn 43 f). Das nach Art. 5 Abs. 2 S. 3 Freizügigkeits-RL zu erteilende „Einreisevisum“ setzt also nicht den Nachweis der Absicht der Aufnahme einer ehelichen Lebensgemeinschaft voraus, ebensowenig die Zustimmung der Ausländerbehörde gem. § 31 AufenthV.¹⁵⁵ Folglich ist Abs. 7 S. 2 und S. 3 unionsrechtlich einschränkend so auszulegen, dass – auch erhebliche oder vermutlich durchgreifende – Zweifel an der behaupteten Absicht der Aufnahme einer ehelichen Lebensgemeinschaft der Erteilung des Visums nicht entgegen stehen und jegliche erforderlich erscheinende Überprüfung der Ausländerbehörde nach der Einreise vorbehalten ist,¹⁵⁶ wobei der Freizügigkeitsberechtigte mangels Anwendbarkeit von § 82 AufenthG nicht verpflichtet ist, an der Untersuchung mitzuwirken.

c) S. 3 und 4: Rechtsfolgen und formelle Anforderungen

Wie oben (Rn 49 f) bereits aufgezeigt, darf ein Einreisevisum nur versagt werden, wenn der Rechtsmissbrauch feststeht, nicht aber bei bloßen Zweifeln oder der fehlenden Mitwirkung an etwaigen Untersuchungsmaßnahmen. Steht Rechtsmissbrauch und damit das Nichtbestehen des Freizügigkeitsrechts zweifelsfrei fest, hat die Behörde¹⁵⁷ nach Ermessen zu entscheiden, ob eine und ggf welche Nichtbestehensfeststellung getroffen wird und ob sowie ggf bezogen auf welchen Zeitpunkt diese rückwirken soll. Hierbei ist zu berücksichtigen, dass der Wegfall eines Tatbestandsmerkmals des Freizügigkeitsrechts nicht gleichsam automatisch zum Verlust des Rechts führt, sondern das Recht besteht, bis der Verlust festgestellt ist. In bereits rechtmäßig erworbene Rechte – bspw nach §§ 4a oder 3 Abs. 3 bis 5 – darf sie nicht eingreifen.¹⁵⁸ Bezüglich Familienangehörigen hat die ABH sodann, sinnvoller Weise in der gleichen Verfügung, nach dem Wortlaut von S. 3 eine weitere Ermessensentscheidung zu treffen, nämlich, ob sie die Aufenthaltskarte versagen oder einziehen will. Dies mag der Regelfall sein, entschieden und begründet muss es gleichwohl werden. Dass solche Entscheidungen der Schriftform bedürfen, folgt aus Art. 35 S. 2 Freizügigkeits-RL; da es Ermessensentscheidungen sind, ergibt sich dies allerdings auch aus §§ 37 Abs. 2, 39 Abs. 1 S. 3 (L)VwVfG.

152 Beispiel: Drittstaatsangehörige beruft sich für ihr Freizügigkeitsrecht auf Ehe mit Unionsbürger, die Heiratsurkunde ist aber gefälscht; später bekommt sie von ihrem „Mann“ ein Kind, für das sie sorgeberechtigt ist und das die Unionsbürgerschaft besitzt.

153 EuGH, Urt. v. 23.9.2003, Rs. C-109/01 (Akrich), InfAuslR 2003, 409.

154 Ein Rückgriff auf einen wie auch immer hergeleiteten, allgemeinen Missbrauchsvorbehalt ist seit Inkrafttreten der Freizügigkeits-RL nicht mehr zulässig, s. OVG Bln-Bbg, Urt. v. 13.4.2011, OVG 12 B 37/09, Rn 23, juris.

155 OVG Bln-Bbg, Urt. v. 13.4.2011, OVG 12 B 37/09, Rn 20 und 14, juris.

156 OVG Bln-Bbg, Urt. v. 13.4.2011, OVG 12 B 37/09, Rn 20, juris.

157 Zuständig ist nach BVerwG, Urt. v. 28.6.2011, 1 C 18.10, InfAuslR 2011, 417, die für Ausländer allgemein zuständige ABH.

158 EuGH, Urt. v. 8.11.2012, Rs. C-268/11 (Gülbahce), InfAuslR 2013, 11.

§ 3 Familienangehörige

(1) Familienangehörige der in § 2 Abs. 2 Nr. 1 bis 5 genannten Unionsbürger haben das Recht nach § 2 Abs. 1, wenn sie den Unionsbürger begleiten oder ihm nachziehen. Für Familienangehörige der in § 2 Abs. 2 Nr. 5 genannten Unionsbürger gilt dies nach Maßgabe des § 4.

(2) Familienangehörige sind

1. der Ehegatte, der Lebenspartner und die Verwandten in gerader absteigender Linie der in § 2 Abs. 2 Nr. 1 bis 5 und 7 genannten Personen oder ihrer Ehegatten oder Lebenspartner, die noch nicht 21 Jahre alt sind,
2. die Verwandten in gerader aufsteigender und in gerader absteigender Linie der in § 2 Abs. 2 Nr. 1 bis 5 und 7 genannten Personen oder ihrer Ehegatten oder Lebenspartner, denen diese Personen oder ihre Ehegatten oder Lebenspartner Unterhalt gewähren.

(3) Familienangehörige, die nicht Unionsbürger sind, behalten beim Tod des Unionsbürgers ein Aufenthaltsrecht, wenn sie die Voraussetzungen des § 2 Abs. 2 Nr. 1 bis 3 oder Nr. 5 erfüllen und sich vor dem Tod des Unionsbürgers mindestens ein Jahr als seine Familienangehörigen im Bundesgebiet aufgehalten haben. § 3 Abs. 1 und 2 sowie die §§ 6 und 7 sind für Personen nach Satz 1 nicht anzuwenden; insoweit ist das Aufenthaltsgesetz anzuwenden.

(4) Die Kinder eines freizügigkeitsberechtigten Unionsbürgers und der Elternteil, der die elterliche Sorge für die Kinder tatsächlich ausübt, behalten auch nach dem Tod oder Wegzug des Unionsbürgers, von dem sie ihr Aufenthaltsrecht ableiten, bis zum Abschluss einer Ausbildung ihr Aufenthaltsrecht, wenn sich die Kinder im Bundesgebiet aufhalten und eine Ausbildungseinrichtung besuchen.

(5) Ehegatten oder Lebenspartner, die nicht Unionsbürger sind, behalten bei Scheidung oder Aufhebung der Ehe oder Aufhebung der Lebenspartnerschaft ein Aufenthaltsrecht, wenn sie die für Unionsbürger geltenden Voraussetzungen des § 2 Abs. 2 Nr. 1 bis 3 oder Nr. 5 erfüllen und wenn

1. die Ehe oder die Lebenspartnerschaft bis zur Einleitung des gerichtlichen Scheidungs- oder Aufhebungsverfahrens mindestens drei Jahre bestanden hat, davon mindestens ein Jahr im Bundesgebiet,

2. ihnen durch Vereinbarung der Ehegatten oder der Lebenspartner oder durch gerichtliche Entscheidung die elterliche Sorge für die Kinder des Unionsbürgers übertragen wurde,

3. es zur Vermeidung einer besonderen Härte erforderlich ist, insbesondere weil dem Ehegatten oder dem Lebenspartner wegen der Beeinträchtigung seiner schutzwürdigen Belange ein Festhalten an der Ehe oder der Lebenspartnerschaft nicht zugemutet werden konnte, oder

4. ihnen durch Vereinbarung der Ehegatten oder der Lebenspartner oder durch gerichtliche Entscheidung das Recht zum persönlichen Umgang mit dem minderjährigen Kind nur im Bundesgebiet eingeräumt wurde.

§ 3 Abs. 1 und 2 sowie die §§ 6 und 7 sind für Personen nach Satz 1 nicht anzuwenden; insoweit ist das Aufenthaltsgesetz anzuwenden.

(6) (weggefallen)

Leseprobe aus dem Konzept der 2. Auflage des HK-AuslR (Hrsg. R. M. Hofmann, NOMOS-Verlag):

I. Allgemeines

(...)

II. Im Einzelnen

1. Abs. 2: Der Begriff „Familienghöriger“

Die Eigenschaft als Familienangehöriger wird in Art. 2 Nr. 2 Freizügigkeits-RL ausschließlich formal bestimmt. Auf etwaige Absichten, bspw eine familiäre Gemeinschaft einzugehen oder in einer solchen zu leben, stellt das Recht nicht ab (s. aber Rn 21). Familienangehörige sind danach unstreitig der Ehegatte und seit dem FreizügG/EU-ÄndG der Lebenspartner des Unionsbürgers (a), seine und die noch nicht 21 Jahre alten Kinder und Enkelkinder seines Ehegatten bzw Lebenspartners (b und c) sowie seine und die direkten Verwandten seines Ehegatten bzw Lebenspartners, denen Unterhalt gewährt wird (d und e). Umstritten ist die Rechtsstellung der direkt mit dem Unionsbürger verwandten Personen, die ihm Unterhalt gewähren (f) und von weiter entfernten Verwandten des Unionsbürgers (g).

a) Ehegatte und Lebenspartner des Unionsbürgers (Abs. 2 Nr. 1)

Wer „Ehegatte“ und damit nach Art. 2 Nr. 2a Freizügigkeits-RL „Familienangehöriger“ ist, richtet sich materiell nach dem Recht der Herkunftsstaaten der Verlobten oder dem Recht am Ort der Eheschließung,¹⁵⁹ Art. 13 Abs. 1, 11 Abs. 1 EGBGB. Belegt wird es rein formell, nämlich anhand der der Meldebehörde vorzulegenden Heiratsurkunde oder einer anderen Bescheinigung über das Bestehen einer Ehe. Weitere Nachweispflichten bestehen nach dem 14. Erwägungsgrund und Art. 10 Abs. 2b Freizügigkeits-RL nicht.¹⁶⁰ Ausreichend ist eine „Bescheinigung“ über das Bestehen der familiären Gemeinschaft; maßgeblich für die Beweiskraft einer ausländischen Urkunde § 438 ZPO, nach dessen Absatz 1 ein Gericht frei ist, sie ohne näheren Nachweis als echt anzusehen.¹⁶¹ Ungeklärt sind allerdings die Folgen einer möglichen oder tatsächlichen Mehrehe,¹⁶² insb. die Eheschließung in einem Mitgliedstaat (bspw. Dänemark oder Schweden), die in einem anderen nicht anerkannt wird, weil dieser höhere Anforderungen an den Nachweis der Ehefähigkeit (zB eine frühere Scheidung betreffend) stellt, als der Mitgliedstaat, in dem die Ehe geschlossen wurde. Anders gefragt: Kann es richtig sein, dass die Ehe in einem Mitgliedstaat anerkannt wird, im anderen von ihr aber keine Rechtswirkungen ausgehen sollen? Dass damit das Freizügigkeitsrecht des Unionsbürgers gefährdet wäre, wüsste er nicht, ob sein Familienangehöriger bei einem Grenzüberschritt dieser Eigenschaft verlustig ginge, liegt auf der Hand, ebenso die Schlussfolgerung, dass dies einen Eingriff darstellt, der gerechtfertigt werden müsste und gegen den der effet utile des Unionsrechts streitet. Jedenfalls solange nicht feststeht, dass der Eheschließung ein Hindernis entgegen stand, ist die Ehe daher in allen Mitgliedstaaten anzuerkennen. Dem entsprechen iÜ auch §§ 1314, 1313 BGB, die eine solche Ehe nur für „aufhebbar“, nicht aber – wie früher – für nichtig erklären und ausdrücklich regeln, dass die Ehe erst mit Rechtskraft der richterlichen Entscheidung aufgelöst, bis dahin also wirksam ist und Rechtsfolgen zeitigt. (...)

Hinsichtlich des dem Ehegatten und anderen Familienangehörigen gemäß § 3 Abs. 1 zustehenden Rechts auf Einreise und Aufenthalt ist zu berücksichtigen, dass das Unionsrecht den Begriff „Familienangehöriger“ in einer eher formalen Betrachtungsweise verwendet.¹⁶³ Anders als im nationalen, deutschen Recht ist das unionsrechtliche Einreise- und Aufenthaltsrecht nicht vom Bestehen einer Lebensgemeinschaft oder auch nur der Absicht der Herstellung einer solchen abhängig. Vielmehr besteht es bspw. auch für getrennt lebende Ehegatten und zwar bis zur formellen Scheidung.¹⁶⁴ Wenn die Trennung – zumindest vorübergehend – nicht zum Erlöschen des Aufenthaltsrechts führt, kann auch im Übrigen nicht gefordert werden, dass eine Lebensgemeinschaft besteht oder gar nachgewiesen wird. Die Grenze des Einreise- und Aufenthaltsrechts wird vielmehr dadurch gezogen, dass es nur unter der weiteren Voraussetzung des „Begleitens oder Nachziehens“ – s. Rn 19 f – besteht und es nicht missbraucht wird, weil von vorneherein von beiden Ehegatten kein eheliches Zusammenleben gewünscht ist („Scheinehe“, s. hierzu § 2 Rn 48 ff).¹⁶⁵ Bis zum Inkrafttreten des FreizügG/EU-ÄndG v. 21.1.2013 ist zu berücksichtigen, dass Deutschland von der nach Art. 35 Freizügigkeits-RL eröffneten Möglichkeit, Maßnahmen gegen Rechtsmissbrauch zu erlassen, keinen Gebrauch gemacht hatte, so dass es für etwaige, mit einer Prüfung verbundene Eingriffe keine Rechtsgrundlage gab und solche folglich rechtswidrig waren.¹⁶⁶

b) Noch nicht 21 Jahre alte Verwandte in gerader absteigender Linie des Unionsbürgers (Abs. 2 Nr. 1)

Freizügigkeitsberechtigt sind Kinder, Enkel, Urenkel etc. des Unionsbürgers, sofern sie das 21. Lebensjahr noch nicht vollendet haben. Das Recht besteht unabhängig von etwaigen Unterhaltszahlungen und ist nur vom „Begleiten oder Nachziehen“ iSv § 3 Abs. 1 S. 1 abhängig, sofern der Unionsbürger einer anderen Gruppe als derjenigen der nicht Erwerbstätigen iSv § 2 Abs. 2 Abs. 5 angehört, wie sich im Umkehrschluss zu § 3 Abs. 1 S. 2 ergibt.

¹⁵⁹ VGH Mannheim, Beschl. v. 14.5.2007, 11 S 1640/06, InfAuslR 2007, 350; GK-AufenthG/Epe, IX-2 § 3 Rn 11.

¹⁶⁰ S.a. Dienelt in: Renner, AuslR, 9. Aufl., § 3 FreizügG/EU Rn 27 f mit Hinweisen auf die Entstehungsgeschichte.

¹⁶¹ Zutreffend: VG Stuttgart, Urt. v. 5.4.2013, 11 K 3419/12, AuAS 2013, 115 = ANA-ZAR 2013, 24, Dok. 1852.

¹⁶² S. hierzu auch § 28 AufenthG Rn 7 ff und GK-AufenthG/Epe, IX-2 § 3 Rn 20.

¹⁶³ GK-AufenthG/Epe, IX-2 § 3 Rn 11.

¹⁶⁴ EuGH, Urt. v. 10.7.2014, Rs. C-244/13 (Ogieriakhi), curia; EuGH, Urt. v. 13.2.1985, Rs. 267/83 (Diatta), NJW 1985, 2087; BVerwG, Urt. v. 23.5.1995, 1 C 3.94, InfAuslR 1995, 349.

¹⁶⁵ Dienelt in: Renner, AuslR, 9. Aufl., § 3 FreizügG/EU Rn 31 ff; GK-AufenthG/Epe, IX-2 § 3 Rn 12 ff.

¹⁶⁶ OVG Bln-Bbg, Urt. v. 13.4.2011, OVG 12 B 37.09, juris; im Revisionsverfahren Erledigung eingetreten und Urteil für unwirksam erklärt, s. BVerwG, Beschl. v. 30.3.2012, 1 C 11.11, www.bverwg.de.

c) Noch nicht 21 Jahre alte Verwandte in gerader absteigender Linie des Ehegatten des Unionsbürgers (Abs. 2 Nr. 1)

Auch Kinder, Enkel, Urenkel etc. des Ehegatten des Unionsbürgers sind freizügigkeitsberechtigt, sofern sie das 21. Lebensjahr noch nicht vollendet haben und zum Unionsbürger nachziehen wollen oder ihn begleiten.¹⁶⁷ Damit sind Angehörige des Ehegatten vom Freizügigkeitsrecht ausgeschlossen, die nur zum Ehegatten nachziehen wollen, bspw weil dieser sich vom Unionsbürger getrennt hat oder der Unionsbürger verstorben ist. Gleichwohl haben diese Angehörigen einen unionsrechtlich geprägten Anspruch auf Nachzug aufgrund einer sog. „Beziehungskette“.¹⁶⁸ § 3 Abs. 3 – 5 regelt im Wesentlichen das Recht von Personen, die sich bereits mit dem Unionsbürger zusammen im Mitgliedstaat aufgehalten haben, nicht aber das Recht auf Nachzug zu solchen Personen. Zu Letzterem enthält auch die Freizügigkeits-RL keine ausdrückliche Regelung. Allerdings sind das in Art. 24 Abs. 1 S. 2 Freizügigkeits-RL normierte Inländergleichbehandlungsgebot und die – jedenfalls subsidiär – zu beachtende FZF-RL zu berücksichtigen. Nach Art. 24 Abs. 1 S. 2 Freizügigkeits-RL sind Familienangehörige von Unionsbürgern zumindest gleich wie Inländer zu behandeln, sofern sie das Recht auf (Dauer-)Aufenthalt besitzen. Dieses Recht haben Ehegatten von Unionsbürgern im Fall der Trennung jedenfalls bis zur Scheidung, s.o. Rn 8 sowie § 3 Abs. 4, Abs. 5 und gem. Abs. 3 unter weiteren Voraussetzungen auch im Fall des Todes des Unionsbürgers, in jedem Fall aber nach fünfjährigem Aufenthalt nach § 4a. Dieses unmittelbar anwendbare Gebot der Inländergleichbehandlung gilt im gesamten „Anwendungsbereich des Vertrags“ (Art. 24 Abs. 1 S. 1 Freizügigkeits-RL). Da Art. 79 Abs. 2a AEUV ausdrücklich das Recht auf Familienzusammenführung als Politikfeld der Union benennt, erstreckt sich das Gebot der Inländergleichbehandlung nach Art. 24 Abs. 1 Freizügigkeits-RL auch auf das Recht auf Familienzusammenführung. Daher hat der unionsrechtlich zum Aufenthalt berechnete Familienangehörige einen Anspruch auf Nachzug seiner Abkömmlinge entsprechend einem deutschen Staatsangehörigen und damit bis zur Volljährigkeit unabhängig von der Sicherung des Lebensunterhalts.¹⁶⁹ Ältere Abkömmlinge haben weder nach der FZF-RL noch nach § 28 Abs. 1 AufenthG ein Recht zum Nachzug, so dass sie auch nicht zum Ehegatten eines Unionsbürgers nachziehen dürfen.

d) Verwandte in gerader aufsteigender und absteigender Linie des Unionsbürgers, denen der Unionsbürger oder sein Ehegatte Unterhalt gewährt (Abs. 2 Nr. 2)

Verwandte des Unionsbürgers in direkter aufsteigender Linie (Eltern, Großeltern) haben ebenso wie seine Abkömmlinge, die das 21. Lebensjahr bereits vollendet haben, einen Anspruch auf Einreise und Aufenthalt, wenn ihnen vom Unionsbürger oder seinem Ehegatten Unterhalt gewährt wird (zum umgekehrten Fall: unten Rn 17). „Unterhalt gewähren“ bedeutet in diesem Zusammenhang, dass der Betroffene **materieller Unterstützung bedarf**, um seine Grundbedürfnisse in seinem Herkunftsstaat in dem Zeitpunkt zu decken, in dem er beantragt, dem Unionsbürger zu folgen.¹⁷⁰ Nicht erforderlich ist hingegen, dass der Familienangehörige einen Unterhaltsanspruch gegen den Unionsbürger oder dessen Ehegatten hat.¹⁷¹ Der Unterhaltsbedarf kann mit jedem geeigneten Mittel nachgewiesen werden (zB behördliche Bestätigung des Herkunftsstaats, dass dort bekannt ist, dass Unterhalt gewährt wird und dieser benötigt wird, die Kosten des Lebensunterhalts zu begleichen). Eine Verpflichtungserklärung des Unionsbürgers oder seines Ehegatten, dem Familienmitglied Unterhalt zu gewähren, genügt allerdings als alleiniger Nachweis nicht für die Anerkennung einer tatsächlichen Bedürftigkeit.¹⁷² Die „Sorge“ für ein Kind schließt eine Unterhaltsgewährung ein.¹⁷³

Nach dem Wortlaut von Abs. 2 ist **kein „voller Unterhalt“** im Sinne eines nach nationalen Regeln bestimmten Unterhalts geschuldet. Vielmehr ist ausreichend, dass Unterhaltsleistungen tatsächlich gewährt werden, sofern diese einen Umfang haben, der es ermöglicht, zumindest einen Teil des Lebensunterhalts – gegebenenfalls auch in natura, bspw durch Zurverfügungstellung kostenloser Verpflegung; ergänzender Bezug von Sozialleistungen schadet nicht, die Unterhaltszahlung darf aber nicht gänzlich unbedeutend sein¹⁷⁴ – regelmäßig zu decken,¹⁷⁵

167 GK-AufenthG/Epe, IX-2 § 3 Rn 21.

168 S. hierzu auch Oberhäuser, Der unionsrechtlich, aber nicht geregelte Anspruch auf Familiennachzug, Asylmagazin 7-8/2011, 223, 225.

169 AA VG Berlin, Urt. v. 19.4.2012, 3 K 1153/10 V, ANA-ZAR 2012, 20, Dok. 1652 im Internet: „Nur“ Anspruch nach der unmittelbar anwendbaren FZF-RL; deshalb aber keine Sprachkenntnisprüfung erforderlich.

170 EuGH, Urt. v. 16.1.2014, Rs. C-423/12 (May Reyes), InfAusLR 2014, 85; EuGH, Urt. v. 9.1.2007, Rs. C-1/05 (Jia), InfAusLR 2007, 178 noch zu Art. 6 b der RL 73/148.

171 Dienelt in: Renner, AusLR, 9. Aufl., § 3 FreizügG/EU Rn 40 ff.

172 EuGH, Urt. v. 9.1.2007, Rs. C-1/05 (Jia), InfAusLR 2007, 178.

173 VG Frankfurt, Beschl. v. 28.12.2006, 5 L 426/06, juris; VG Ansbach, Beschl. v. 18.8.2006, AN 19 K 06.01397, juris.

174 GK-AufenthG/Epe, IX-2 § 3 Rn 23.

zumal andernfalls das Bestehen eines Nachzugsrechts von Staat zu Staat unterschiedlich wäre, was einer unionsrechtlich gebotenen einheitlichen Auslegung des Begriffs der Unterhaltsgewährung zuwider liefe.¹⁷⁶ Nicht entscheidend ist, warum Unterhalt gewährt wird, insb. warum der Familienangehörige bedürftig ist und ob er seine Bedürftigkeit vermeiden könnte.¹⁷⁷ Daher besteht kein unionsrechtliches Aufenthaltsrecht, wenn zwar ein Rechtsanspruch auf Leistung von Unterhalt besteht, tatsächlich aber kein „Unterhalt gewährt“ wird.¹⁷⁸ Nicht von Belang ist allerdings, woher die Mittel stammen.¹⁷⁹ Insb. müssen die Zahlungen nicht von einer Person kommen, die zu Unterhaltsleistungen verpflichtet ist, sondern können auch aus dem Vermögen oder Einkommen Dritter stammen.¹⁸⁰

Nach Art. 23 Freizügigkeits-RL ist mit der Anerkennung eines Freizügigkeitsrechts das Recht auf Aufnahme einer Beschäftigung verbunden. Mit Aufnahme einer Beschäftigung würde allerdings die Bedürftigkeit entfallen, so dass dem Familienangehörigen angeraten werden müsste, vom Beschäftigungsrecht keinen Gebrauch zu machen, um sein Aufenthaltsrecht nicht zu verlieren. Das Beschäftigungsrecht stünde folglich nur auf dem Papier und hätte keinen praktischen Anwendungsbereich. Daher muss Abs. 2 Nr. 2 einschränkend so ausgelegt werden, dass die Voraussetzung der Unterhaltsgewährung nur für den Zeitraum bis zum ersten Zugang zum Arbeitsmarkt besteht.¹⁸¹

e) Kinder in Ausbildung und deren drittstaatsangehöriger Elternteil

Das drittstaatsangehörige Kind eines Unionsbürgers, das eine Ausbildung in dem Mitgliedstaat aufgenommen hat, in dem der Unionsbürger beschäftigt ist oder war, hat nach Art. 12 VO 1612/68/EWG – der durch die Freizügigkeits-RL nicht aufgehoben wurde¹⁸² – ein Aufenthaltsrecht bis zum Abschluss seiner Ausbildung. Das Recht setzt zwar das Bestehen eines Aufenthaltsrechts vor Beginn der Ausbildung und eine – zumindest frühere – Arbeitstätigkeit des Unionsbürger-Elternteils voraus,¹⁸³ besteht aber über Abs. 4 hinaus auch nach Eintritt der Volljährigkeit¹⁸⁴ und ist unabhängig vom Vorhandensein ausreichender Existenzmittel oder eines Krankenversicherungsschutzes.¹⁸⁵

Vom Recht des Kindes leitet sich das Aufenthaltsrecht seines anderen Elternteils ab, da die Versagung der Möglichkeit für die Eltern, während der Ausbildung ihrer Kinder im Aufnahmemitgliedstaat zu bleiben, geeignet sein könnte, den Kindern ein ihnen vom Unionsgesetzgeber zuerkanntes Recht zu nehmen.¹⁸⁶ Solange das Kind der Anwesenheit und der Fürsorge des sorgeberechtigten Elternteils bedarf, um seine Ausbildung im Aufnahmemitgliedstaat fortsetzen und abschließen zu können, hat dieser ein abgeleitetes Aufenthaltsrecht in dem betreffenden Staat,¹⁸⁷ auch wenn er vom anderen Elternteil geschieden ist.¹⁸⁸ Ist das Kind volljährig, seine Ausbildung aber noch nicht beendet, wird widerleglich vermutet, dass das Kind in der Lage ist, für seinen Unterhalt zu sorgen. Das Aufenthaltsrecht des Elternteils besteht aber fort, wenn das Kind weiterhin der Anwesenheit und der Fürsorge des Elternteils bedarf, um seine Ausbildung fortsetzen und abschließen zu können.¹⁸⁹

f) Verwandte in gerader aufsteigender und absteigender Linie des Ehegatten des Unionsbürgers, denen der Ehegatte oder der Unionsbürger Unterhalt gewährt (Abs. 2 Nr. 2)

175 BVerwG, Urt. v. 20.10.1993, 11 C 1.93, InfAuslR 1994, 82; vgl auch EuGH, Urt. v. 18.6.1987, Rs. 316/85 (Lebon), Slg 1987, 2811.

176 EuGH, Urt. v. 18.6.1987, Rs. 316/85 (Lebon), Rn 21, Slg 1985, 2811; Dienelt in: Renner, AuslR, 9. Aufl., § 3 FreizügG/EU Rn 42.

177 EuGH, Urt. v. 16.1.2014, Rs. C-423/12 (May Reyes), InfAuslR 2014, 85; EuGH, Urt. v. 18.6.1987, Rs. 316/85 (Lebon), Rn 22, Slg 1987, 2811; Urt. v. 23.3.2006, Rs. C-408/03 (Kommission/Belgien), DVBl. 2006, 691.

178 Hailbronner, AuslR, 10/2007, § 3 FreizügG/EU 3 Rn 26.

179 EuGH, Urt. v. 19.10.2004, Rs. C-200/02 (Zhu und Chen), InfAuslR 2004, 413; Urt. v. 23.3.2006, Rs. C-408/03 (Kommission/Belgien), DVBl. 2006, 691.

180 EuGH, Urt. v. 19.10.2004, Rs. C-200/02 (Zhu und Chen), InfAuslR 2004, 413.

181 EuGH, Urt. v. 16.1.2014, Rs. C-423/12 (May Reyes), InfAuslR 2014, 85; so bereits Epe, GK-AufenthG IX-2 § 1 FreizügG/EU Rn 25 mwN.

182 EuGH, Urt. v. 23.2.2010, Rs. C-310/08 (Ibrahim), Rn 46, AuAS 2010, 98.

183 EuGH, Urt. v. 23.2.2010, Rs. C-310/08 (Ibrahim), Rn 34 und 40, AuAS 2010, 98.

184 EuGH, Urt. v. 23.2.2010, Rs. C-480/08 (Teixeira), InfAuslR 2010, 180.

185 EuGH, Urt. v. 23.2.2010, Rs. C-310/08 (Ibrahim), Rn 56, AuAS 2010, 98.

186 EuGH, Urt. v. 23.2.2010, Rs. C-310/08 (Ibrahim), AuAS 2010, 98.

187 EuGH, Urt. v. 23.2.2010, Rs. C-480/08 (Teixeira), InfAuslR 2010, 180.

188 EuGH, Urt. v. 8.5.2013, Rs. C-529/11 (Alarape), Rn 27 mwN, InfAuslR 2013, 262.

189 EuGH, Urt. v. 23.2.2010, Rs. C-480/08 (Teixeira), Rn 86, InfAuslR 2010, 180.

Besonders augenfällig wird die Diskriminierung von Inländern gegenüber Freizügigkeitsberechtigten beim Blick auf die Gruppe der Familienangehörigen des Ehegatten des Unionsbürgers, denen – ggf nur in geringem Umfang (s. Rn 12) – Unterhalt gewährt wird. Für diese Gruppe (bspw Eltern, erwachsene Kinder oder Kinder, für die der im Ausland lebende andere Elternteil einen letzten Rest elterlicher Personensorge besitzt¹⁹⁰) des Ehegatten eines Deutschen enthält das AufenthG bestenfalls die Ermessen eröffnende Vorschrift von § 36 Abs. 2 mit seinen außergewöhnlich hohen tatbestandlichen Anforderungen. Die Angehörigen des Ehegatten eines Unionsbürgers haben hingegen nicht nur ein Recht auf Einreise, sondern sind freizügigkeitsberechtigt mit allen Vergünstigungen in Bezug auf bedingungsloses Recht auf Einreise, Schutz vor Aufenthaltsbeendigung, Erwerb eines eigenständigen Aufenthaltsrechts, verbundene Rechte iSv Art. 23 Freizügigkeits-RL und Anspruch auf Inländergleichbehandlung. Da Art. 18 AEUV jedenfalls im Bereich der FZF-RL zu beachten ist, ist die oben aufgezeigte Diskriminierung Deutscher gegenüber Unionsbürgern nach hiesiger Ansicht nicht zu rechtfertigen und verfassungswidrig.

g) Verwandte in gerader aufsteigender und absteigender Linie des Unionsbürgers oder seines Ehegatten, die dem Unionsbürger Unterhalt gewähren

Eltern sind nicht stets Familienangehörige ihres Kindes – so lässt sich die Rspr. des EuGH zur unionsrechtlichen Stellung von Unterhalt leistenden Eltern (überspitzt) zusammenfassen. Begründung des EuGH: In Art. 2 Nr. 2 Freizügigkeits-RL wird nur der Unterhalt leistende Unionsbürger genannt, nicht der Unterhalt empfangende. Entsprechend kann sich der seinem Unionsbürgerkind Unterhalt leistende Elternteil auch dann nicht auf die Freizügigkeits-RL berufen, wenn das Kind von seinem Freizügigkeitsrecht Gebrauch gemacht hat.¹⁹¹ Die Richtlinie sei auch nicht ohne Weiteres analog anwendbar.

Dies überzeugt allerdings nicht: es ist doch geradezu offenkundig, dass nach Ziel und Zweck der Richtlinie sowie Art. 7 GRC der Elternteil jedenfalls dann als Familienangehöriger gelten sollte, wenn er zum Kind nachzieht oder es begleitet, erst recht, wenn er auch die Personensorge für sein Kind ausübt. Dies ergibt sich nicht zuletzt aus Art. 12 Abs. 3 und Art. 13 Abs. 2 b) und d) Freizügigkeits-RL, die dem drittstaatsangehörigen Elternteil ein Recht auf Aufenthalt zuerkennen, bspw. wenn der Unionsbürgerelternanteil verstirbt, der drittstaatsangehörige Elternteil aber elterliche Verantwortung übernimmt. Wird er in diesen Fällen ausdrücklich als freizügigkeitsberechtigter Familienangehöriger angesehen, dann sollte dies erst recht gelten, wenn der andere Elternteil noch lebt.

Anders jedoch der EuGH: Eine analoge Anwendung der Freizügigkeits-RL sei nur angezeigt, wenn der Elternteil aus dem Recht des Unionsbürgerkindes aus Art. 20, 21 AEUV ein eigenes Recht auf Aufenthalt ableiten kann. Dies sei nur **in drei Fallkonstellationen** anzunehmen:

- Zum einen, wenn das Unionsbürgerkind ein auf **Art. 21 AEUV** gestütztes Aufenthaltsrecht hat, also die Voraussetzungen der Freizügigkeits-RL erfüllt, namentlich gewandert ist und über ausreichendes Einkommen – sei es auch in Form von Unterhaltszahlungen bspw. durch den drittstaatsangehörigen Elternteil – verfügt sowie krankenversichert ist.¹⁹² Dem Aufenthaltsrecht des Unionsbürgerkindes würde nämlich jede praktische Wirksamkeit genommen, wenn sein sorgeberechtigter Elternteil nicht unter den selben Voraussetzungen ein Aufenthaltsrecht hätte, wie das Unionsbürgerkind, so dass der Elternteil analog Art. 10 Freizügigkeits-RL eine Aufenthaltskarte beanspruchen kann, auch wenn nur der Unterhalt des Kindes gesichert ist.

- Zum anderen, wenn die Verweigerung eines solchen Rechts in den „Kernbestand der Unionsbürgerschaft“ des Kindes gem. **Art. 20 AEUV** eingreifen würde.¹⁹³ Ein solcher Eingriff sei aber nur zu bejahen, wenn die Verweigerung des Aufenthaltsrechts des Elternteils das Kind de facto zwingen würde, das Gebiet der gesamten EU zu verlassen; denn dadurch würde die Unionsbürgerschaft ihrer praktischen Wirksamkeit beraubt.¹⁹⁴ Der bloße, nicht erfüllte Wunsch, zusammen zu leben, genügt indes ebensowenig, um von einem faktischen Zwang auszu-

190 So jedenfalls BVerwG, Urt. v. 7.4.2009, 1 C 17/08, InfAusLR 2009, 270 und Urt. v. 1.12.2009, 1 C 32/08, www.bverwg.de.

191 EuGH, Urt. v. 8.11.2012, Rs. C-40/11 (Iida), InfAusLR 2013, 6; ohne Gebrauchmachen der Freizügigkeitsrechte scheidet die direkte Anwendung der Freizügigkeits-RL ohnehin aus, s. EuGH, Urt. v. 8.5.2013, Rs. C-87/12 (Ymeraga), Rn 30, InfAusLR 2013, 259.

192 EuGH, Urt. v. 10.10.2013, Rs. C-86/12 (Alokpa), Rn 29 f, InfAusLR 2013, 410 und Urt. v. 19.10.2004, Rs. C-200/02 (Zhu und Chen), Rn 45 ff, InfAusLR 2004, 413.

193 EuGH, Urt. v. 8.3.2011, Rs. C-34/09 (Ruiz Zambrano), InfAusLR 2011, 179.

194 EuGH, Urt. v. 8.5.2013, Rs. C-87/12 (Ymeraga), Rn 36, InfAusLR 2013, 259.

gehen, wie ausschließlich wirtschaftliche Gründe für die Wahl des Aufenthaltsstaats.¹⁹⁵ Selbst wenn angesichts dieser Anforderungen ein abgeleitetes, der Freizügigkeits-RL entsprechendes Aufenthaltsrecht ausscheidet, ist der Mitgliedstaat aber in jedem Fall verpflichtet, zu prüfen, „ob gestützt auf eine Prüfung im Licht der Bestimmungen der (EMRK) den (...) betroffenen Drittstaatsangehörigen ein Recht auf Aufenthalt nicht verweigert werden kann“.¹⁹⁶

- Zum Dritten ist das Aufenthaltsrecht der Eltern eines Unionsbürgerkindes bis zum Abschluss von dessen **Ausbildung** anerkannt, uU auch noch nach Erreichen der Volljährigkeit. Zwar endet das Aufenthaltsrecht des Elternteils grundsätzlich mit der Volljährigkeit des Unionsbürgerkindes, ausnahmsweise besteht es jedoch danach fort, nämlich sofern Betreuungsbedarf besteht.¹⁹⁷

Fest steht insoweit ferner, dass es nicht auf Blutsverwandtschaft oder darauf ankommt, dass das Unionsbürgerkind und ein Elternteil unter einem Dach zusammenwohnen.¹⁹⁸

Hingegen ist noch ungeklärt, aber mit Blick auf Art. 24 Abs. 3 GRC und die Bedeutung des Zusammenlebens mit beiden Elternteilen für das Kind zu bejahen, das Bestehen des Freizügigkeitsrechts eines drittstaatsangehörigen Elternteils, wenn dieser nicht nur gelegentlich Umgang mit seinem Unionsbürgerkind hat.¹⁹⁹ Jedenfalls sofern der andere Elternteil an den Aufnahmestaat gebunden ist, bspw. weil seine anderen Kinder in patchwork mit aufenthaltsberechtigten Familienangehörigen leben, besteht ein unionsrechtliches Aufenthaltsrecht des drittstaatsangehörigen Elternteils, da es dem Unionsbürgerkind nicht zuzumuten ist, sich zwischen den Elternteilen entscheiden zu müssen, selbst wenn der drittstaatsangehörige Elternteil in einem anderen Mitgliedstaat lebt und damit das Kind das Unionsgebiet nicht verlassen müsste.

Neben dem unionsrechtlichen Aufenthaltsrecht stets zu berücksichtigen ist das in § 11 Abs. 1 S. 11 enthaltene und das allg. Diskriminierungsverbot des Art. 18 AEUV widerspiegelnde Meistbegünstigungsgebot. Danach sind Unionsbürgerkinder wie deutsche Kinder zu behandeln, so dass sorgeberechtigte Eltern jedenfalls ein – nationales – Aufenthaltsrecht gem. § 11 Abs. 1 S. 11 i.V.m. § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 AufenthG haben, zumindest aber beanspruchen können.

h) Sonstige Verwandte

Wie bei § 2 Abs. 2 Nr. 6 (S. 16) bereits ausgeführt, sind die Mitgliedstaaten nach Art. 3 Abs. 2 Freizügigkeits-RL verpflichtet, bestimmten sonstigen, nicht bereits von Art. 2 Nr. 2 Freizügigkeits-RL erfassten Familienangehörigen²⁰⁰ die Einreise zum Unionsbürger zu erleichtern. Dies begünstigt entferntere Familienangehörige,

- denen der Unionsbürger zum Zeitpunkt ihrer Ausreise aus dem Herkunftsstaat²⁰¹ Unterhalt gewährt (hat),
- mit denen er im Herkunftsland in häuslicher Gemeinschaft gelebt hat und
- wenn schwerwiegende gesundheitliche Gründe die persönliche Pflege des Familienangehörigen des Unionsbürgers zwingend erforderlich machen; außerdem
- Lebenspartner, wenn die Lebenspartnerschaft zwar ordnungsgemäß bescheinigt, aber – wie in Deutschland (s. Rn 5) – nicht der Ehe gleichgestellt ist.

Die Mitgliedstaaten sind zwar nicht verpflichtet, Einreise und Aufenthalt zu erlauben, sie müssen diese aber nach Maßgabe der jeweiligen innerstaatlichen Rechtsvorschriften gegenüber den Bestimmungen für sonstige Drittstaatsangehörige **erleichtern**.²⁰² Überdies müssen sie gemäß Art. 3 Abs. 2 S. 2 Freizügigkeits-RL eine ein-

195 EuGH, Urt. v. 8.5.2013, Rs. C-87/12 (Ymeraga), Rn 38, InfAuslR 2013, 259, EuGH, Urt. v. 10.10.2013, Rs. C-86/12 (Alokpa), InfAuslR 2013, 410.

196 EuGH, Urt. v. 8.5.2013, Rs. C-87/12 (Ymeraga), Rn 44, InfAuslR 2013, 259.

197 EuGH, Urt. v. 8.5.2013, Rs. C-529/11 (Alarape), InfAuslR 2013, 262; EuGH, Urt. v. 23.2.2010, Rs. C-480/08 (Teixeira), InfAuslR 2010, 180; Urt. v. 17.9.2002, Rs. C-413/99 (Baumbast), InfAuslR 2002, 463; s.a. Raschka, ZAR 2012, 231, 232.

198 EuGH, Urt. v. 12.3.2014, Rs. C-456/12 (O u. B), InfAuslR 2014, 171 und hierzu: Tewocht, Von Zambrano bis O. und S. – Zur (Weiter-)Entwicklung der Kernbereichsrechtsprechung des EuGH, Zeitschrift für europarechtliche Studien, 16 (2013), pp. 219-237.

199 In ihren Schlussanträgen vom 15.5.2012 (Rs. C-40/11 [Iida], Rn 66, 79 und 87 f, curia) hält GA in Trstenjak eine primärrechtlich gebotene Einbeziehung des sorgeberechtigten Elternteils in den Anwendungsbereich des Unionsrechts für zumindest nicht ausgeschlossen.

200 Dass sie „Familienangehörige“ sind, die „Legaldefinition“ in § 3 Abs. 2 FreizügG/EU also nicht abschließend ist, folgt zwingend aus Art. 3 Abs. 2a Freizügigkeits-RL, da die dort genannte Person ebenfalls als Familienangehöriger bezeichnet wird.

201 EuGH, Urt. v. 5.9.2012, Rs. C-83/11 (Rahman), Rn 33, curia.

202 EuGH, Urt. v. 5.9.2012, Rs. C-83/11 (Rahman), Rn 25, curia.

gehende Untersuchung der persönlichen Umstände durchführen und eine etwaige Verweigerung der Einreise oder des Aufenthalts dieser Personen in gerichtlich überprüfbarer Weise begründen. Im FreizügG/EU finden sich indes keine Regelungen zur Art und Weise der Durchführung einer solchen „eingehenden Untersuchung der persönlichen Umstände“. Hierin liegt, wie in § 2 Rn 32 erläutert, ein gegen Unionsrecht verstößendes Versäumnis des Gesetzgebers. Art. 3 Abs. 2 Freizügigkeits-RL begründet daher einen Anspruch auf unionsrechtskonforme Auslegung und dem entsprechender, also die „Erleichterung“²⁰³ widerspiegelnde Anwendung von § 36 Abs. 2 AufenthG: Der unbestimmte Rechtsbegriff der „außergewöhnlichen Härte“ ist unionsrechtskonform so auszulegen, dass dieser in den in Art. 3 Abs. 2a Freizügigkeits-RL genannten Fällen stets vorliegt. Das der ABH eröffnete Ermessen ist mit Blick auf das Ziel von Art. 3 Abs. 2 Freizügigkeits-RL intendiert, also grundsätzlich in Richtung der Ermöglichung einer Einreise auszuüben, auch wenn der Mitgliedstaat bei der Wahl der Kriterien zur Bestimmung, welche Familienangehörigen zu Einreise und Aufenthalt berechtigt sein sollen, einen großen Ermessensspielraum hat.²⁰⁴ Andernfalls wird der Verpflichtung aus Art. 3 Abs. 2a Freizügigkeits-RL nicht hinreichend Rechnung getragen. Wird der Aufenthalt gestattet, hat der Familienangehörige einen Anspruch auf Ausstellung einer Aufenthaltskarte gem. § 5 Abs. 2.²⁰⁵

2. Voraussetzungen des Freizügigkeitsrechts (§ 3 Abs. 1)

Der Gesetzgeber unterscheidet – entsprechend Art. 7 Abs. 2 Freizügigkeits-RL, aber ohne gem. § 2 Abs. 2 Nr. 7 Daueraufenthaltsberechtigte zu berücksichtigen – zwei Gruppen von Freizügigkeitsberechtigten: Familienangehörige von Arbeitnehmern, Selbständigen, Dienstleistungserbringern und -empfängern sind ohne Weiteres freizügigkeitsberechtigt, Angehörige nicht erwerbstätiger oder auszubildender Unionsbürger nur, sofern ihr Lebensunterhalt gesichert ist. Beiden Gruppen ist gemein, dass das Freizügigkeitsrecht nur besteht, wenn die Familienangehörigen den Unionsbürger „begleiten oder ihm nachziehen“, § 3 Abs. 1, oder dies zumindest beabsichtigen.²⁰⁶ Damit wird klargestellt, dass Familienangehörige ein abgeleitetes Aufenthaltsrecht haben,²⁰⁷ dessen Bestand abhängig ist vom Status des Unionsbürgers.

Die aus Art. 7 Abs. 2 Freizügigkeits-RL übernommene Formulierung „begleiten oder ... nachziehen“ ersetzt die frühere Formulierung, wonach Familienangehörige bei dem Unionsbürger „Wohnung nehmen“ mussten. Schon zu Art. 10 VO 1612/68/EWG (durch die Freizügigkeits-RL geändert) hatte der EuGH entschieden, dass Freizügigkeit von Familienangehörigen eines Arbeitnehmers das Recht umfasst, im gesamten Hoheitsgebiet des betreffenden Mitgliedstaates zu arbeiten, und zwar auch dann, wenn diese Tätigkeit an einem vom gewöhnlichen Aufenthalt des Wanderarbeitnehmers entfernten Ort ausgeübt wird.²⁰⁸ Eine gemeinsame Wohnung ist daher für den Unionsbürger und ihn begleitende oder ihm nachziehende Familienangehörige nicht erforderlich.²⁰⁹

Keine Norm der Freizügigkeits-RL berechtigt einen Mitgliedstaat, die Anerkennung des Aufenthaltsrechts eines Familienangehörigen von der **Glaubhaftmachung bestimmter Ziele** abhängig zu machen, bspw. „in familiärer Gemeinschaft zusammen zu leben“. Die Grenze wird erst durch Art. 35 Freizügigkeits-RL gezogen, wonach in Fällen, in denen ein Rechtsmissbrauch feststeht, das Aufenthaltsrecht verweigert, aufgehoben oder widerrufen werden darf (s.a. § 2 Rn 48 ff). Daher mag es zutreffen, dass sich aus Sinn und Zweck der Vorschriften zum Familiennachzug sowie aus der Entstehungsgeschichte ergibt, dass im Regelfall eine familiäre Gemeinschaft gefordert werden kann.²¹⁰ Entscheidend ist dann aber, wann und von wem geprüft werden darf, ob ein Regel- oder Ausnahmefall vorliegt und welche Konsequenzen hieraus folgen. Darf die Prüfung erst nach der Einreise erfolgen, bedingt dies – logisch zwingend – ein Einreiserecht. Schon mangels Grenzkontrollen kann aber einem Familienangehörigen, der den Unionsbürger beim Überschreiten von Binnengrenzen begleitet oder ihm nachzieht, das Einreiserecht nicht verwehrt werden. Zur Einreise ist er also stets berechtigt. Da Einreise und Aufenthalt aber schon nach dem Wortlaut von § 2 Abs. 1 kongruent sind, hängt auch das Aufenthaltsrecht nicht von der vorherigen Prüfung und Verneinung eines Ausnahmefalls ab. Einreise und Aufenthalt des Familienangehörigen sind also grundsätzlich erlaubt. Erst nach der Einreise darf geprüft werden, ob gewichtige Anhaltspunkte für

203 Nach EuGH, Urt. v. 5.9.2012, Rs. C-83/11 (Rahman), Rn 24, curia, darf die nationale Auslegung des Begriffs dem gewöhnlichen Sprachverständnis nicht zuwiderlaufen und muss der Grundsatz des *effet utile* beachtet werden.

204 EuGH, Urt. v. 5.9.2012, Rs. C-83/11 (Rahman), Rn 37 ff, curia; Deutschland hat bislang allerdings noch gar nichts geregelt, s. Rn nnn.

205 EuGH, Urt. v. 5.9.2012, Rs. C-83/11 (Rahman), Rn 44 f, curia; so bereits GK-AufenthG/Epe, IX-2 § 3 Rn 30.

206 Letzteres gilt für die Gruppe der Familienangehörigen, die nicht in § 3 Abs. 2 und Art. 2 Nr. 2 Freizügigkeits-RL genannt sind und folgt letztlich aus Art. 7 GRC und Art. 8 EMRK.

207 EuGH, Urt. v. 12.3.2014, Rs. C-456/12 (O u. B), Rn 39, InfAuslR 2014, 171.

208 EuGH, Urt. v. 13.12.1985, Rs. 267/83 (Diatta), NJW 1985, 2087.

209 EuGH, Urt. v. 10.7.2014, Rs. C-244/13 (Ogierakhi), curia.

210 So GK-AufenthG/Epe, IX-2 § 3 Rn 35.

einen Rechtsmissbrauch zu erkennen sind (siehe § 2 Abs. 7). Würde dies anders gesehen,²¹¹ wäre zum einen die nach Art. 6 Abs. 2 und 7 Abs. 2 Freizügigkeits-RL weitgehend voraussetzungslose Einreise des Familienangehörigen nicht zu gewährleisten und zum anderen eine unionsweite Einheitlichkeit der Umsetzung der Freizügigkeits-RL nicht realisierbar. Außerdem ginge damit eine unionsrechtswidrige Einschränkung des Freizügigkeitsrechts des Unionsbürgers einher, da er nie sicher sein kann, dass auch seine Familienangehörigen mit einreisen können und er damit von der Wahrnehmung seiner Freizügigkeitsrechte abgehalten werden könnte.

Dies ergibt sich ferner aus Art. 35 Freizügigkeits-RL, wonach die Mitgliedstaaten diejenigen Maßnahmen erlassen können, die notwendig sind, um die durch diese Richtlinie verliehenen Rechte im Falle von Rechtsmissbrauch oder Betrug – wie zB durch Eingehung von Scheinehen – zu verweigern, aufzuheben oder zu widerrufen, sofern die Verhältnismäßigkeit gewahrt ist und die Verfahrensgarantien nach Art. 30 und 31 Freizügigkeits-RL gewährleistet sind. Folglich ist das Zusammenleben keine Voraussetzung des Freizügigkeitsrechts, sondern sein Fehlen ein Grund, das Fortbestehen des Rechts zu hinterfragen. Daher wird man auch mit Blick auf die die Diatta-Rspr des EuGH nachzeichnenden Regelungen von Art. 13 Abs. 2a Freizügigkeits-RL und § 3 Abs. 5 zu folgern haben, dass eine (nur noch) formal bestehende Ehe genügt, das Aufenthaltsrecht zu begründen.²¹² Demzufolge ist es bspw nicht zulässig, die Einreise wegen des (bloßen) Verdachts des Vorliegens einer Scheinehe zu verweigern. Bestätigt sich dieser Verdacht aber, darf das Aufenthaltsrecht entzogen werden.

a) Familienangehörige von Arbeitnehmern und Selbständigen (§ 3 Abs. 1 S. 1)

Diese sind – unabhängig von ausreichenden Existenzmitteln und Krankenversicherungsschutz, wie sich im Umkehrschluss zu Abs. 1 S. 2 ergibt – solange freizügigkeitsberechtigt, wie der abhängig beschäftigte oder selbständig erwerbstätige Unionsbürger nicht aus dem Arbeitsleben ausgeschieden oder erwerbsunfähig geworden ist (s. § 2 Rn 14 und 24).

b) Familienangehörige von Dienstleistungserbringern und -empfängern

Familienangehörige sind sowohl für die Dauer der Erbringung als auch des Empfangs von Dienstleistungen des bzw an den Unionsbürger freizügigkeitsberechtigt. Dauert die Erbringung oder der Empfang von Dienstleistungen länger als drei Monate, ist sie bzw er aber weiterhin nur vorübergehend, ändert dies nichts am Bestehen des Aufenthaltsrechts.²¹³ Da der Unionsbürger aber jedenfalls beim Empfang von Dienstleistungen nicht zwingend „erwerbstätig“ iSv § 2 Abs. 2 Nr. 5 sein muss, stellt sich die Frage, ob sein Familienangehöriger sich auf S. 1 oder S. 2 von § 3 Abs. 1 berufen kann, also sein Freizügigkeitsrecht von ausreichenden Existenzmitteln abhängt, oder es auch ohne solche besteht. Aus gesetzessystematischen Gründen – hierzu sogleich – ist Letzteres zu bejahen.

c) Familienangehörige nicht erwerbstätiger Unionsbürger

Familienangehörige Nichterwerbstätiger haben nur dann ein Aufenthaltsrecht für mehr als drei Monate, wenn nachgewiesen wird, dass der Unionsbürger, von dem sie ihr Aufenthaltsrecht ableiten, über **ausreichende Existenzmittel und** einen umfassenden **Krankenversicherungsschutz** verfügt, Art. 7 Abs. 1b Freizügigkeits-RL. Ausgenommen von dieser Nachweispflicht sind neben Arbeitnehmern und Selbständigen auch Arbeitssuchende, sich zur Berufsausbildung aufhaltende Unionsbürger, Dienstleistungserbringer und Dienstleistungsempfänger. In § 2 Abs. 2 Nr. 1 – 5, auf den § 3 Abs. 1 verweist, wird eindeutig zwischen „nicht erwerbstätigen“ (Nr. 5) und arbeitssuchenden oder sich zur Berufsausbildung aufhaltenden Unionsbürgern (Nr. 1) sowie Dienstleistungserbringern/-empfängern (Nr. 3 und 4) differenziert. Das Erfordernis ausreichender Existenzmittel und ausreichenden Krankenversicherungsschutzes als Voraussetzung des Freizügigkeitsrechts des Familienangehörigen gilt nach dem Wortlaut von §§ 3 Abs. 1 S. 2, 2 Abs. 2 Nr. 5 nur für solche Unionsbürger, die nicht bereits einer der anderen Ziffern von § 2 Abs. 2 zuzuordnen sind, nämlich nicht Arbeitssuchende, Dienstleistungserbringer oder -empfänger oder Auszubildende sind. Nur sie, also die in § 2 Abs. 2 Nr. 5 Genannten, müssen für das Freizügigkeitsrecht ihrer Familienangehörigen über ausreichende Existenzmittel und einen umfassenden Krankenversicherungsschutz im Aufnahmemitgliedstaat verfügen. Dem entspricht Art. 7 Abs. 3 Freizügigkeits-RL, nach dem und

211 Hailbronner, AuslR (10/2007), D 1 § 3 Rn 12, der dies aus Text und Erwägungsgründen der Freizügigkeits-RL ableiten will.

212 EuGH, Urt. v. 13.2.1985, Rs. 267/83 (Diatta), NJW 1985, 2087; EuGH, Urt. v. 10.7.2014, Rs. C-244/13 (Ogieriakhi), curia; VGH BW, Beschl. v. 2.1.1995, 11 S 3379/94, InfAuslR 1995, 97; auch ein getrennt lebender Ehegatte besitzt bis zur Scheidung ein Aufenthaltsrecht.

213 So auch Hailbronner, AuslR (10/2007), D 1 § 3 Rn 7.

dessen Abs. 1d ausdrücklich auch der Arbeitssuchende Arbeitnehmer ist und seinem Familienangehörigen – ohne Weiteres – das Freizügigkeitsrecht vermitteln kann. Schon dies erschließt, dass § 2 Abs. 2 Nr. 5 nicht die Unionsbürger betreffen kann, die den vorangehenden Ziffern zuzuordnen sind. Dieser Befund wird auch nicht dadurch in Frage gestellt, dass Art. 7 Abs. 1c Freizügigkeits-RL für den Familienangehörigen des Auszubildenden weitere Voraussetzungen für die Erlangung der Rechtsposition als Freizügigkeitsberechtigter aufstellt, als der Gesetzgeber in §§ 3 Abs. 1 S. 1, 2 Abs. 2 Nr. 1 normiert hat. Der Gesetzgeber darf gemäß Art. 37 Freizügigkeits-RL günstigere Regeln vorsehen, hinter die Regelungen der Freizügigkeits-RL zurückbleiben darf er hingegen nicht.²¹⁴

d) Familienangehörige studierender Unionsbürger

(...)

e) Familienangehörige von Daueraufenthaltsberechtigten iSv § 2 Abs. 2 Nr. 7

Diese sind zwar in § 3 Abs. 1 nicht erwähnt. Insoweit handelt es sich aber um ein Versehen des Gesetzgebers, das eine analoge Anwendung von § 3 Abs. 1 gebietet.²¹⁵ Weder lässt sich eine Ausgrenzung der Daueraufenthaltsberechtigten vom Recht auf Aufenthalt ihrer Familienangehörigen der Freizügigkeits-RL oder der Rspr des EuGH entnehmen, noch wäre begründbar, dass das Recht auf Wahrung oder Herstellung der Familieneinheit endet, wenn sich das Aufenthaltsrecht des Unionsbürgers verfestigt hat. Die Einbeziehung der Daueraufenthaltsberechtigten in den Kreis der zum Familiennachzug Berechtigten entspricht im Übrigen auch der europäischen Rspr²¹⁶ und gebietet eine Gleichbehandlung von Daueraufenthaltsberechtigten mit Freizügigkeitsberechtigten iSv § 2 Abs. 1 Nr. 1 bis 4, also das Bestehen eines Nachzugs- und Aufenthaltsrechts der Familienangehörigen auch dann, wenn der Zusammenführende auf Sozialhilfe angewiesen ist.²¹⁷

3. Verbleiberechte der Familienangehörigen eines Unionsbürgers (Abs. 3)

(...)

6. Fortbestand des Aufenthaltsrechts von Ehegatten nach Scheidung vom Unionsbürger (Abs. 5)

a) Unionsbürger

Ist der Ehegatte ebenfalls Unionsbürger, behält er nach Aufhebung der Ehe gem. Art. 13 Abs. 1 Freizügigkeits-RL – wie nach dem Tod oder dem Wegzug des Stammberechtigten (s. Rn 33, 31) – sein Aufenthaltsrecht unabhängig von der Dauer des Zusammenlebens und vom Vorhandensein ausreichender Existenzmittel. Auch dieses weitreichende Aufenthalts- bzw Verbleiberecht **lässt sich dem FreizügG/EU nicht entnehmen**, sondern fließt unmittelbar aus der Freizügigkeits-RL.²¹⁸

b) Drittstaatsangehörige

Nach Art. 13 Abs. 1 Freizügigkeits-RL behält der drittstaatsangehörige Partner eines Unionsbürgers sein Aufenthaltsrecht nach dem Ende der Partnerschaft – Scheidung bzw Aufhebung der Ehe –, sofern einer der vier nachfolgend dargestellten Privilegierungstatbestände erfüllt ist und er „die für Unionsbürger geltenden Voraussetzungen des § 2 Abs. 2 Nr. 1 bis 3 oder Nr. 5“ erfüllt. Soweit im Folgenden von „Ehe“ bzw „Scheidung“ gesprochen wird, erfolgt dies allein der besseren Lesbarkeit wegen und gelten die Ausführungen entsprechend für die Aufhebung der Ehe und die Beendigung einer Lebenspartnerschaft.

214 AA Hailbronner, AuslR (10/2007), D 1 § 3 Rn 6: Ein solches Aufenthaltsrecht bestehe nur dann, wenn die in § 4 oder Art. 7 Abs. 1 b oder c Freizügigkeits-RL niedergelegten Voraussetzungen erfüllt seien. Auch Hailbronner räumt allerdings ein, dass sich dafür im Text des Freizügigkeitsgesetzes Erkenntnisse nicht gewinnen lassen, sondern argumentiert teleologisch für die Anwendung der Voraussetzungen des § 3.

215 GK-AufenthG/Epe, IX-2 § 3 Rn 33.

216 Für EWR-Freizügigkeitsberechtigte: EFTA-Court, Urt. v. 26.7.2011, E-4/11 (Clauder), ANA-ZAR 2011, 26 f, Dok. 1514, m. zutreffenden Anm. Hofmann.

217 Reimann, Das Daueraufenthaltsrecht der Unionsbürger, Asylmagazin 12/2012, 406, 411.

218 S.a. GK-AufenthG/Epe, IX-2 § 3 Rn 59.

aa) Nr. 1: Bestandszeit der Ehe

Die Bestandszeit der Ehe muss mindestens drei Jahre betragen, davon mindestens ein Jahr in Deutschland. Beginn dieses Zeitraums ist die förmliche Eingehung der Ehe, Ende die Einleitung des gerichtlichen Scheidungsverfahrens. Maßgeblich für Letzteres ist nicht bereits der Eingang des Scheidungsantrags – ein isolierter Verfahrenskostenhilfeantrag ist allerdings kein Scheidungsantrag und diesem auch nicht gleichzusetzen – bei Gericht, sondern erst die Bearbeitung dieses Antrags durch das Gericht, in der Regel in Form einer Verfügung, bspw. Auftrag zur Zustellung an den Antragsgegner. Entscheidend für das Bestehen eines Aufenthalts- bzw. Verbleiberechts ist, anders als im nationalen Recht, nicht die „eheliche Lebensgemeinschaft“, sondern das formelle Bestehen der Ehe. Ausgeschlossen sind nur nachgewiesene „Scheinehen“, also Fälle des Rechtsmissbrauchs. Trennen sich die Eheleute, ohne dass einer von ihnen einen Scheidungsantrag stellt, hat dies weder auf das Aufenthalts-²¹⁹ noch das Verbleiberecht Auswirkungen.

bb) Nr. 2: Übertragung der elterlichen Sorge für die Kinder des Unionsbürgers

Die elterliche Sorge besitzt, wer zumindest mitsorgeberechtigt ist. Die Übertragung der elterlichen (Mit-)Sorge auf den anderen Elternteil erfolgt in Deutschland entweder durch das Familiengericht oder durch öffentlich beurkundete Erklärung iSv § 1626d BGB. Da die zu beurkundende „Sorgeerklärung“ nur die gleichberechtigte gemeinsame Sorge betrifft, kann eine nur eingeschränkte Sorgerechtsübertragung, bspw. mit Ausnahme des Aufenthaltsbestimmungsrechts, nur durch das Gericht erfolgen, nicht aber aufgrund Vereinbarung der Eltern. Das zur Ausübung der tatsächlichen Personensorge²²⁰ bestehende Aufenthaltsrecht ist unabhängig vom Vorhandensein eines Krankenversicherungsschutzes und ausreichender Existenzmittel.²²¹

cc) Nr. 4: Umgang mit minderjährigem Kind

Sofern der persönliche Umgang eines Elternteils mit dem minderjährigen Kind nur in Deutschland stattfinden darf, sei es aufgrund einer Vereinbarung der Eltern, sei es aufgrund gerichtlicher Entscheidung, hat der Geschiedene ebenfalls weiterhin ein Aufenthaltsrecht. Wie sich aus dem bestimmten Artikel „dem“ (minderjähriges Kind) und der Voraussetzung erschließt, dass das Umgangsrecht eingeräumt worden sein muss, stellt die Norm, wie Nr. 2, nur auf Kinder des Unionsbürger ab. Das Aufenthaltsrecht von Stiefkindern wird durch die Scheidung des Unionsbürgers vom Elternteil der Kinder selbst dann nicht tangiert, wenn sie nicht selbst Unionsbürger sind. Für Kinder in (Schul-)Ausbildung folgt dies aus der Rspr des EuGH,²²² für alle Kinder aus dem bei der Durchführung des Unionsrechts zu beachtenden Art. 24 GRC, insb. dessen Abs. 3, solange der Unionsbürger den Aufnahmemitgliedstaat nicht verlassen hat. Haben die Kinder ein Aufenthaltsrecht, besteht dieses im Regelfall bei gebührender Beachtung von Art. 24 GRC auch für den Elternteil, der nicht personensorgeberechtigt ist.

Art. 13 Abs. 2d Freizügigkeits-RL verlangt über die Umgangsregelung hinaus, dass das Gericht zu der Auffassung gelangt ist, dass der Umgang, solange es für nötig erachtet wird, ausschließlich im Mitgliedstaat stattfinden darf. Demgegenüber benennt Abs. 5 Nr. 4 die Vereinbarung der Ehegatten oder die gerichtliche Entscheidung über ein auf das Bundesgebiet beschränktes Umgangsrecht als maßgebliches Kriterium. Es erscheint geboten, dieses Kriterium nur in besonderen Fällen anzuwenden, in denen ein vereinbartes oder gerichtlich verfügbares Umgangsrecht deshalb nur in Deutschland wahrgenommen werden kann, weil andernfalls unkalkulierbare Risiken für die Rückführung des Kindes entstehen würden.²²³

dd) Nr. 3: Vermeidung einer besonderen Härte

Ähnlich wie in § 31 Abs. 2 AufenthG, aber nicht in erster Linie auf eine Rückkehr in den Herkunftsstaat oder auch nur eine Ausreiseverpflichtung abstellend, bleibt das unionsrechtliche Aufenthaltsrecht erhalten, wenn das Festhalten an der Ehe unzumutbar ist.

219 EuGH, Urt. v. 13.2.1985, Rs. 267/83 (Diatta), NJW 1985, 2087.

220 EuGH, Urt. v. 17.9.2002, Rs. C-413/99 (Baumbast), Rn 71 ff, InfAusLR 2002, 463.

221 EuGH, Urt. v. 23.2.2010, Rs. C-480/08 (Teixeira), Rn 70, InfAusLR 2010, 180.

222 EuGH, Urt. v. 17.9.2002, Rs. C-413/99 (Baumbast), Rn 53 ff, 56 f, 61, InfAusLR 2002, 463; nach Inkrafttreten der Freizügigkeits-RL EuGH, Urt. v. 23.2.2010, Rs. C-480/08 (Teixeira), InfAusLR 2010, 180: Aufenthaltsrecht bis zum Abschluss der Ausbildung, unabhängig von Minderjährigkeit des Kindes und für den Elternteil, solange Betreuungsbedarf.

223 So auch Hailbronner, AusLR (10/2007), D 1 § 3 Rn 48.

c) Bedeutung von Halbsatz 1 und S. 2

Nach Abs. 5 S. 1 Hs 1 – entsprechend Art. 13 Abs. 2 UA 2 S. 1 Freizügigkeits-RL – bedingt das Fortbestehen des Aufenthaltsrechts über die in S. 1 Hs 2 genannten Voraussetzung hinaus, dass der Familienangehörige eine Tätigkeit ausübt, die einen Unionsbürger gem. §§ 2 Abs. 2 Nr. 1 – 3, 5 zum Freizügigkeitsberechtigten machen würde. Erst mit Erwerb des Daueraufenthaltsrechts, § 4a Abs. 5, ist dies nicht mehr erforderlich. Das nach Scheidung erhaltene Aufenthaltsrecht besteht allerdings zunächst nur „auf persönlicher Grundlage“, Art. 13 Abs. 2 UA 3 Freizügigkeits-RL. Nach S. 2 sollen damit in den Bereichen Familiennachzug und Aufenthaltsbeendigung die Regelungen des AufenthG, nicht des FreizügG/EU Anwendung finden. Dies widerspricht dem Unionsrecht, wonach der Drittstaatsangehörige trotz Scheidung bspw ein Daueraufenthaltsrecht erwerben kann, Art. 18 Freizügigkeits-RL und § 4a Abs. 5, er also weiterhin der Freizügigkeits-RL unterfällt. Ein Aufenthaltsrecht auf persönlicher Grundlage ist daher kein Aufenthaltsrecht nach dem AufenthG, sondern ein „individuelles“²²⁴ Aufenthaltsrecht, das den Drittstaatsangehörigen zwar nicht zum Freizügigkeitsberechtigten macht, dessen Familienangehörigen ein weitgehend voraussetzungsloses Recht auf Aufenthalt haben. Als nur „individuell“ begünstigt kann sich der Geschiedene aber weiterhin auf das FreizügG/EU berufen. Daher gelten für eine etwaige Aufenthaltsbeendigung nicht die §§ 53 ff. AufenthG, sondern die Vorgaben des Unionsrechts, umgesetzt in §§ 6 und 7.²²⁵

§ 4 Nicht erwerbstätige Freizügigkeitsberechtigte

Nicht erwerbstätige Unionsbürger und ihre Familienangehörigen, die den Unionsbürger begleiten oder ihm nachziehen, haben das Recht nach § 2 Abs. 1, wenn sie über ausreichenden Krankenversicherungsschutz und ausreichende Existenzmittel verfügen. Hält sich der Unionsbürger als Student im Bundesgebiet auf, haben dieses Recht nur sein Ehegatte, Lebenspartner und seine Kinder, denen Unterhalt gewährt wird.

Leseprobe aus dem Konzept der 2. Auflage des HK-AusIR (Hrsg. R. M. Hofmann, NOMOS-Verlag):

I. Allgemeines

(...)

Die Absicht des nicht erwerbstätigen Unionsbürgers und seiner Familienangehörigen, sich länger als 3 Monate im Aufnahmemitgliedstaat aufzuhalten, führt nicht dazu, dass das Aufenthaltsrecht bereits in den ersten drei Monaten von weiteren Voraussetzungen als der Unionsbürgerschaft bzw der Familienangehörigeneigenschaft abhängt, etwa vom Nachweis ausreichender Existenzmittel. Das Recht auf Aufenthalt bis zu 3 Monaten besteht nach Art. 6 Freizügigkeits-RL grundsätzlich ohne Weiteres, sofern und solange keine Nichtbestehens- oder Verlustfeststellung erfolgt ist. Den Status als Freizügigkeitsberechtigter erwirbt der Unionsbürger bspw bereits bei einem touristischen Aufenthalt in einem anderen Mitgliedstaat, durch die Entgegennahme von Dienstleistungen oder die Arbeitssuche dort (s. § 2 Rn 14 und 29). Dieses Einreise- und Aufenthaltsrecht hängt nach ständiger Rspr des EuGH nicht von der Voraussetzung ab, dass der Lebensunterhalt gesichert ist. Vielmehr wäre ein solches Verlangen nicht nur geeignet, den Unionsbürger von der Wahrnehmung seiner Grundfreiheiten abzuhalten, sondern in vielen Fällen ein direkter Eingriff in Art. 20 Abs. 2a AEUV. Auch wer länger als 3 Monate in einem Mitgliedstaat verbleiben will, hat für zumindest 3 Monate ein Aufenthaltsrecht und ist nicht verpflichtet, in diesem Zeitraum Nachweise über seine Lebensunterhaltssicherung beizubringen. Allerdings kann die Beantragung von Sozialleistungen dazu führen, das Vorliegen der Voraussetzungen einer Verlustfeststellung zu prüfen, wobei nach dem 10. Erwägungsgrund der Freizügigkeits-RL nur „unangemessene“ Sozialhilfeleistungen zu Einschränkungen des Freizügigkeitsrechts berechtigten, also selbst die Inanspruchnahme solcher Leistungen nicht zum gleichsam automatischen Verlust des Freizügigkeitsrechts führt.

224 Brinkmann in: Huber, AufenthG, § 3 FreizügG/EU Rn 27 und 16.

225 GK-AufenthG/Epe, IX-2 § 3 Rn 57.

II. Im Einzelnen

1. Voraussetzungen nach Satz 1

a) „Ausreichender Krankenversicherungsschutz“

Nach der Gesetzesbegründung²²⁶ ist der notwendige, unionsrechtlich vorausgesetzte Krankenversicherungsschutz als ausreichend anzusehen, wenn er im Umfang der gesetzlichen Krankenversicherung folgende Leistungen umfasst:²²⁷

- Ärztliche und zahnärztliche Behandlung
- Versorgung mit Arznei, Verbands-, Heil- und Hilfsmitteln
- Krankenhausbehandlung
- Medizinische Leistungen zur Rehabilitation
- Leistungen bei Schwangerschaft und Geburt

Art. 7 Abs. 1b Freizügigkeits-RL fordert, dass der Unionsbürger für sich und seine Familienangehörigen über einen „umfassenden Krankenversicherungsschutz im Aufnahmemitgliedstaat“ verfügt. Die Festschreibung in § 4 S. 1, mit der ein „ausreichender Krankenversicherungsschutz“ nachgewiesen werden muss, bleibt hinter dieser Forderung zurück. Allerdings muss jedenfalls dieser Krankenversicherungsschutz für alle in § 4 genannten Personen vorliegen. Dies ergibt sich aus der Formulierung von Art. 7 Abs. 1b Freizügigkeits-RL.

b) „Ausreichende Existenzmittel“

Art. 7 Abs. 1b Freizügigkeits-RL verlangt, dass der Unionsbürger, der kein Arbeitnehmer oder Selbständiger ist (s. oben Rn 3), für sich und seine Familienangehörigen, die ihm nachziehen oder ihn begleiten, über ausreichende Existenzmittel verfügt, so dass keine Sozialhilfeleistungen in Anspruch genommen werden müssen. Nicht erforderlich ist, dass die Familienangehörigen selbst über ausreichende Existenzmittel verfügen. Nach § 4 S. 1 hängt das Aufenthaltsrecht des nicht erwerbstätigen Unionsbürgers nicht davon ab, dass er auch über die notwendigen Existenzmittel für seine Familienangehörigen verfügt. Nur deren Freizügigkeitsrecht ist davon abhängig, nicht das des Unionsbürgers. Ob die damit einher gehende Vergünstigung gegenüber dem Unionsrecht gewollt war, lässt sich den Gesetzgebungsmaterialien zwar nicht entnehmen.²²⁸ Sie widerspricht aber dem Unionsrecht nicht, da das Aufenthaltsrecht des Unionsbürgers sofort wieder besteht, sobald die Familienangehörigen mangels Aufenthaltsrecht ausgereist sind.

Der Begriff „Existenzmittel“ wird in der Gesetzesbegründung definiert als „alle gesetzlich zulässigen Einkommen und Vermögen in Geld- oder Geldeswert oder sonstige eigene Mittel, insbesondere Unterhaltsleistungen von Familienangehörigen oder Dritten, Stipendien, Ausbildungs- oder Umschulungsbeihilfen, Arbeitslosengeld, Invaliditäts-, Hinterbliebenen-, Vorruhestands- oder Altersrenten, Renten wegen Arbeitsunfall, Berufs- oder Erwerbsunfähigkeit oder sonstige auf einer Beitragsleistung beruhender öffentlicher Mittel“. Die Einschränkung auf öffentliche Mittel, die auf einer Beitragsleistung beruhen, findet sich in der Freizügigkeits-RL nicht. Ausgeschlossen wären danach wohl Leistungen nach SGB II, aber auch die in § 2 Abs. 3 S. 2 AufenthG genannten Familienleistungen, soweit sie nicht auf Beitragszahlungen beruhen. Wenn die letztgenannten Mittel aber für Drittstaatsangehörige „unschädlich“ sind, kann anderes mit Blick auf § 11 Abs. 1 S. 11 und Art. 18 AEUV nicht für Unionsbürger und ihre Familienangehörige gelten.²²⁹

Wann Existenzmittel ausreichen, folgt aus Art. 8 Abs. 4 Freizügigkeits-RL. Nach dessen S. 1 dürfen die Mitgliedstaaten keinen festen Betrag festlegen, den sie als ausreichend betrachten, sondern müssen stets die persönliche Situation des Betroffenen berücksichtigen. Nach S. 2 darf dieser Betrag in keinem Fall über dem jeweiligen „Schwellenbetrag“ liegen, den der Aufnahmemitgliedstaat seinen Staatsangehörigen als Sozialhilfe gewährt oder, wenn dieses Kriterium nicht anwendbar ist, über der Mindestrente der Sozialversicherung des Aufnahmemitgliedstaats. Ausgeschlossen ist daher zum einen, ein Existenzminimum zu errechnen, das über dem Regelsatz nach SGB II liegt.²³⁰ Zum anderen sind stets die individuellen Umstände zu berücksichtigen, insb. der tatsächli-

226 BT-Drucks. 15/420, 104.

227 BT-Drucks. 15/420, 104.

228 Maximowitz in: OK-MNet-FreizügG/EU (15.11.2010) § 4 FreizügG/EU Nr. VII.

229 Strittig; so: Brinkmann in: Huber, AufenthG, § 4 FreizügG/EU Rn 7 aE; aA Hailbronner, AuslR (10/2007), D 1 § 4 Rn 5.

230 Erwerbstätigenbonus gem. §§ 11 Abs. 1, 11b ist nicht zu berücksichtigen, s. OVG Dresden, Beschl. v. 15.12.2011, 3 B 122/11, Asylmagazin 2012, 272.

che Bedarf. Hat der nicht erwerbstätige Unionsbürger nur geringe finanzielle Bedürfnisse, bspw weil er günstig in einer Wohngemeinschaft oder einem Campingbus lebt, und verfügt er über Einkünfte, bspw eine (Witwen-, Waisen- oder Erwerbsunfähigkeits-)Rente, die seinen Bedarf decken, sind diese ausreichend iSv Art. 8 Abs. 4 Freizügigkeits-RL. Erst wenn der Unionsbürger durch einen Antrag auf Unterstützung zu verstehen gibt, dass ihm die eigenen Mittel nicht (mehr) genügen, darf davon ausgegangen werden, dass sie nicht ausreichend sind und kann das Nichtbestehen des Freizügigkeitsrechts festgestellt werden. Für einen restriktiveren Ansatz fehlt im Übrigen ein Bedürfnis. Der Unionsbürger, der von seinem allgemeinen Freizügigkeitsrecht nach Art. 20 AEUV Gebrauch macht und sich selbst unterhält, stellt keine „Gefahr“ für das wirtschaftliche Gefüge eines Mitgliedstaats dar, die einen Eingriff erforderlich macht. Eingriffe, die nicht erforderlich sind, sind aber stets unionsrechtswidrig.

Die Herkunft der Mittel, die zur Existenzsicherung genutzt werden, ist unerheblich. Insbesondere ist nicht erforderlich, dass eine Rechtsposition vorliegt, die der eines „Eigentümers der Existenzmittel“ gleichkommt. Der EuGH hatte zur inzwischen aufgehobenen RL 90/364/EWG entschieden, dass der Betroffene nicht selbst über derartige Mittel verfügen muss, sondern sich auf die Mittel eines ihn begleitenden Familienangehörigen berufen kann.²³¹ Erforderlich ist allerdings, dass eine solche Unterstützung regelmäßig geleistet wird und einen nicht unerheblichen Teil des Lebensunterhalts deckt.²³² Entsprechendes gilt für die Auslegung des Begriffs „ausreichende Existenzmittel“ in der Freizügigkeits-RL. Ausreichend ist ferner, wenn sich ein Unionsbürger auf die Einkünfte seines im Aufnahmemitgliedstaat wohnenden Partners beruft, auch wenn dieser rechtlich nicht verpflichtet ist, Unterhalt zu zahlen.²³³ Das Risiko des Wegfalls ausreichender Existenzmittel besteht unabhängig davon, ob es sich um eigene Mittel handelt, um solche eines Unterhaltspflichtigen oder eines Dritten.

Die Art und Weise des Nachweises, dass über ausreichende Existenzmittel verfügt wird, ist in § 4 nicht bestimmt. § 5 Abs. 2 erlaubt, vor Ausstellung einer Bescheinigung über das Aufenthaltsrecht die Glaubhaftmachung des Vorliegens der Voraussetzungen des Rechts nach § 2 Abs. 1 zu verlangen, allerdings erst 3 Monate nach der Einreise. Nur wenn besondere Umstände vorliegen, die etwa auf das Nichtvorhandensein von Existenzmitteln hinweisen, bspw weil ein Antrag auf Bewilligung von Sozialleistungen gestellt wird, darf gem. § 5 Abs. 3 ausnahmsweise das Vorliegen der Voraussetzungen des Aufenthaltsrechts geprüft werden. Die ABH ist dann berechtigt, die in § 5a Abs. 1 S. 1 Nr. 3 genannten Nachweise zu fordern. Ergeben diese, dass das Einkommen des Nichterwerbstätigen (zB eines Rentners) nicht ausreicht, ist für eine Verlustfeststellung durch die ABH zweierlei erforderlich:²³⁴ Zum einen muss festgestellt werden, welche Belastung dem nationalen Sozialhilfesystem in seiner Gesamtheit aus der Gewährung der dem Nichterwerbstätigen zustehenden Leistungen konkret entstände. Sozialhilfebezug ist nämlich nur ein Anhaltspunkt für die Prüfung der Frage, ob eine Belastung des Staates zur „Ausweisung“ berechtigt, mehr nicht. Des Weiteren muss es nicht nur verhältnismäßig, sondern auch ermessensgerecht sein, eine Verlustfeststellung zu treffen. Bei diesem Schritt muss eine individuelle Prüfung der Lebenssituation des Nichterwerbstätigen vorgenommen und dabei auch eine Prognose zur Dauerhaftigkeit des Leistungsbezugs abgegeben werden. Nur den aktuellen Leistungsbezug zu sehen, verkennt die Freizügigkeitsregeln. Eine gewisse finanzielle Solidarität der Staatsangehörigen des Aufnahmemitgliedstaats mit denen der anderen Mitgliedstaaten erkennt die Freizügigkeits-RL nämlich an.²³⁵

231 EuGH, Urt. v. 19.10.2004, Rs. C-200/02 (Zhu und Chen), InfAusLR 2004, 413 ff; ebenso EuGH, Urt. v. 23.3.2006, Rs. C-408/03 (Kommission/Belgien), Slg 2006, I-2647.

232 BVerwG, Urt. v. 20.10.1993, 11 C 1.93, InfAusLR 1994, 82; VG Düsseldorf, Beschl. v. 19.5.2006, 24 L 481/06, NVwZ-RR 2007, 280; vgl auch Hailbronner, AusLR (10/2007), D 1 § 4 Rn 11 mwN.

233 EuGH, Urt. v. 23.3.2006, Rs. C-408/03 (Kommission/Belgien), Slg 2006, I-2647.

234 EuGH, Urt. v. 19.9.2013, Rs. C-140/12 (Brey), Rn 64 ff, InfAusLR 2013, 448.

235 EuGH, Urt. v. 19.9.2013, Rs. C-140/12 (Brey), Rn 72, InfAusLR 2013, 448; aA Thym, ZAR 2014, 220 ff. und ders., NZS 2014, 81 ff; dagegen Oberhäuser, ASR 5/2014.

§ 4a Daueraufenthaltsrecht

(1) Unionsbürger, die sich seit fünf Jahren ständig rechtmäßig im Bundesgebiet aufgehalten haben, haben unabhängig vom weiteren Vorliegen der Voraussetzungen des § 2 Abs. 2 das Recht auf Einreise und Aufenthalt (Daueraufenthaltsrecht). Ihre Familienangehörigen, die nicht Unionsbürger sind, haben dieses Recht, wenn sie sich seit fünf Jahren mit dem Unionsbürger ständig rechtmäßig im Bundesgebiet aufgehalten haben.

(2) Abweichend von Absatz 1 haben Unionsbürger nach § 2 Abs. 2 Nr. 1 bis 3 vor Ablauf von fünf Jahren das Daueraufenthaltsrecht, wenn sie

1. sich mindestens drei Jahre ständig im Bundesgebiet aufgehalten und mindestens während der letzten zwölf Monate im Bundesgebiet eine Erwerbstätigkeit ausgeübt haben und

a)

zum Zeitpunkt des Ausscheidens aus dem Erwerbsleben das 65. Lebensjahr erreicht haben oder

b)

ihre Beschäftigung im Rahmen einer Vorruhestandsregelung beenden oder

2. ihre Erwerbstätigkeit infolge einer vollen Erwerbsminderung aufgeben,

a)

die durch einen Arbeitsunfall oder eine Berufskrankheit eingetreten ist und einen Anspruch auf eine Rente gegenüber einem Leistungsträger im Bundesgebiet begründet oder

b)

nachdem sie sich zuvor mindestens zwei Jahre ständig im Bundesgebiet aufgehalten haben oder

3. drei Jahre ständig im Bundesgebiet erwerbstätig waren und anschließend in einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union erwerbstätig sind, ihren Wohnsitz im Bundesgebiet beibehalten und mindestens einmal in der Woche dorthin zurückkehren; für den Erwerb des Rechts nach den Nummern 1 und 2 gelten die Zeiten der Erwerbstätigkeit in einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union als Zeiten der Erwerbstätigkeit im Bundesgebiet.

Soweit der Ehegatte oder der Lebenspartner des Unionsbürgers Deutscher nach Artikel 116 des Grundgesetzes ist oder diese Rechtsstellung durch Eheschließung mit dem Unionsbürger bis zum 31. März 1953 verloren hat, entfallen in Satz 1 Nr. 1 und 2 die Voraussetzungen der Aufenthaltsdauer und der Dauer der Erwerbstätigkeit.

(3) Familienangehörige eines verstorbenen Unionsbürgers nach § 2 Abs. 2 Nr. 1 bis 3, die im Zeitpunkt seines Todes bei ihm ihren ständigen Aufenthalt hatten, haben das Daueraufenthaltsrecht, wenn

1. der Unionsbürger sich im Zeitpunkt seines Todes seit mindestens zwei Jahren im Bundesgebiet ständig aufgehalten hat,

2. der Unionsbürger infolge eines Arbeitsunfalls oder einer Berufskrankheit gestorben ist oder

3. der überlebende Ehegatte oder Lebenspartner des Unionsbürgers Deutscher nach Artikel 116 des Grundgesetzes ist oder diese Rechtsstellung durch Eheschließung mit dem Unionsbürger vor dem 31. März 1953 verloren hat.

(4) Die Familienangehörigen eines Unionsbürgers, der das Daueraufenthaltsrecht nach Absatz 2 erworben hat, haben ebenfalls das Daueraufenthaltsrecht, wenn sie bei dem Unionsbürger ihren ständigen Aufenthalt haben.

(5) Familienangehörige nach § 3 Abs. 3 bis 5 erwerben das Daueraufenthaltsrecht, wenn sie sich fünf Jahre ständig rechtmäßig im Bundesgebiet aufhalten.

(6) Der ständige Aufenthalt wird nicht berührt durch

1. Abwesenheiten bis zu insgesamt sechs Monaten im Jahr oder

2. Abwesenheit zur Ableistung des Wehrdienstes oder eines Ersatzdienstes sowie

3. eine einmalige Abwesenheit von bis zu zwölf aufeinander folgenden Monaten aus wichtigem Grund, insbesondere auf Grund einer Schwangerschaft und Entbindung, schweren Krankheit, eines Studiums, einer Berufsausbildung oder einer beruflichen Entsendung.

(7) Eine Abwesenheit aus einem seiner Natur nach nicht nur vorübergehenden Grund von mehr als zwei aufeinander folgenden Jahren führt zum Verlust des Daueraufenthaltsrechts.

I. Allgemeines

(...)

II. Im Einzelnen

1. Berechtigte

a) Satz 1 – Unionsbürger

Um zum Daueraufenthalt berechtigt zu sein, muss sich ein Unionsbürger zu irgendeinem Zeitpunkt fünf Jahre ununterbrochen als Freizügigkeitsberechtigter in Deutschland aufgehalten haben.²³⁶ Erforderlich ist also, dass der Unionsbürger „irgendwann einmal“ fünf Jahre lang ständig freizügigkeitsberechtigt war, nicht aber, dass er das im Antragszeitpunkt noch ist, schon weil die Entstehung des Rechts nicht von einem Antrag abhängt. Wie das BVerwG jüngst entschieden hat, soll die Bezugnahme auf § 2 Abs. 2 bedeuten, dass dessen Voraussetzungen im gesamten, maßgeblichen Zeitraum vorliegen müssen.²³⁷ Mit dieser Auslegung stützt das BVerwG die eher schlichte Begründung des Gesetzgebers zur 2013 erfolgten Einfügung von S. 2 in § 4a Abs. 1,²³⁸ wonach dieser Art. 16 Abs. 2 Freizügigkeits-RL umsetze. Zuvor entsprach Abs. 1 dem ausdrücklichen Willen des Gesetzgebers, ein „über das bisherige Europarecht hinausgehendes“²³⁹ Recht auf Aufenthalt nach fünfjährigem Aufenthalt in Deutschland zu schaffen, das unabhängig vom weiteren Vorliegen der Voraussetzungen des Unionsrechts war. Auf diesen, sonst gerade vom BVerwG besonders betonten Willen des Gesetzgebers kommt es nach der Entscheidung vom 31.5.2012 nicht mehr an, da er, wie das BVerwG meint, u.a. durch § 11 Abs. 3 widerlegt sei.

Umso bedeutsamer ist die Feststellung, wer freizügigkeitsberechtigt ist. Das BVerwG verweist nur auf § 2 Abs. 2. Es verkennt dabei § 2 Abs. 5 und die dem FreizügG/EU immanente, indes nur national wirkende Freizügigkeitsvermutung. Nach § 2 Abs. 5 ist jeder Aufenthalt eines Angehörigen eines Mitgliedstaats in einem anderen Mitgliedstaat für zumindest 3 Monaten kraft Unionsrechts erlaubt, Art. 6 Freizügigkeits-RL (s. hierzu § 2 Rn 46). Auch wenn die Voraussetzungen des Rechts auf einen weiteren Aufenthalt nicht mehr vorliegen, besteht das Freizügigkeitsrecht nach dem FreizügG/EU fort, bis es durch eine Verlustfeststellungsentscheidung erlischt („Freizügigkeitsvermutung“).²⁴⁰ Dieser Wille des Gesetzgebers ist bei der Auslegung von § 4a zu beachten, da es den Mitgliedstaaten frei steht, für Unionsbürger und ihre Familienangehörigen günstigere Regelungen zu schaffen, als die Mindestvorgaben der Richtlinie, Art. 37 Freizügigkeits-RL. Demnach sind die ersten drei Monate des Aufenthalts ohne Weiteres, alle weiteren Aufenthaltszeiten solange als rechtmäßig und für die Erfüllung der nach § 4a erforderlichen Zeiten anzurechnen, wie keine Nichtbestehens- oder Verlustfeststellungsentscheidung getroffen wurde. Allerdings gilt dies nur national, da der Gesetzgeber zwar günstigere Regeln für den Erwerb des Daueraufenthaltsrechts normieren, das Unionsrecht aber nicht ändern kann. Der nur nach § 4a, mangels Erfüllung der Voraussetzungen von Art. 7 Freizügigkeits-RL aber nicht nach Art. 16 Freizügigkeits-RL Begünstigte kann folglich auch seinen Familienangehörigen nur die im FreizügG/EU normierten Rechte vermitteln, nicht die unionsrechtlichen.

Die Dauer der Rechtmäßigkeit des Aufenthalts kann, da das unionsrechtliche Aufenthaltsrecht nicht bescheinigt werden muss (s. § 5 Rn 2), in jeder beliebigen Weise belegt werden; in der Regel genügt die vor 5 Jahren erfolgte ordnungsgemäße Anmeldung und das Fortbestehen dieser Meldeanschrift bis zum Stichtag, sofern keine Hinweise auf eine Aufgabe der Anmeldewohnung hindeuten. Für vor dem Beitritt eines Staates zur EU von einem Angehörigen dieses Staates in einem Mitgliedstaat zurück gelegte Aufenthaltszeiten hängt die Anrechenbarkeit allerdings davon ab, dass der Aufenthalt des (jetzigen) Unionsbürger die Voraussetzungen von Art. 7 Abs. 1

236 BVerwG, Urt. v. 31.5.2012, 10 C 8.12, AuAS 2012, 217, 219; zur Entstehungsgeschichte: Maximowitz in: OK-MNet-FreizügG/EU (15.11.2010) § 4a FreizügG/EU Nr. I. f; sehr anschaulich: Reimann, Das Daueraufenthaltsrecht der Unionsbürger, Asylmagazin 2012, 406, 407.

237 BVerwG, Urt. v. 31.5.2012, 10 C 8.12, InfAuslR 2012, 348.

238 Bis 27.1.2013: „Unionsbürger, ihre Familienangehörigen und Lebenspartner, die sich seit fünf Jahren ständig rechtmäßig im Bundesgebiet aufgehalten haben, haben unabhängig vom weiteren Vorliegen der Voraussetzungen des § 2 Abs. 2 das Recht auf Einreise und Aufenthalt“.

239 BT-Drucks. 16/5065, 405 zur ab 28.8.2007 geltenden Fassung von § 4a FreizügG/EU.

240 BT-Drucks. 15/420, 106; Dienelt in: Renner, AuslR, 9. Aufl., § 4a FreizügG/EU Rn 14 f; Reimann, Das Freizügigkeitsrecht der Unionsbürger, Asylmagazin 7/2012, 186, 187 mwN.

Freizügigkeits-RL erfüllt hatte.²⁴¹ Wiewohl das BVerwG in Umsetzung der Entscheidung des EuGH nun fordert, dass der Betroffene „über den gesamten Zeitraum freizügigkeitsberechtigt war“²⁴², kann damit nicht gemeint sein, dass nur Zeiten nach dem Beitritt berücksichtigungsfähig sind. Zwar wurde und wird ein Drittstaatsangehöriger nicht allein aufgrund einer Arbeitnehmertätigkeit freizügigkeitsberechtigt. Angesichts der eindeutigen Aussage des EuGH zur Anerkennungsfähigkeit vor dem Beitritt liegender Aufenthaltszeiten und der Umsetzung gerade dieser Entscheidung durch das BVerwG kann insoweit aber nur von einer Unschärfe bei der Formulierung der Entscheidungsgründe ausgegangen werden. Ausreichend für die Anrechnungsfähigkeit der Aufenthaltszeiten ist, dass ein Drittstaatsangehöriger eine der in Art. 7 Freizügigkeits-RL genannten Voraussetzungen erfüllt.²⁴³

Der rechtmäßige Aufenthalt wird nicht dadurch unterbrochen, dass ein nicht erwerbstätiger Unionsbürger während seines Aufenthalts in Deutschland Leistungen nach SGB II/XII in Anspruch nimmt.²⁴⁴ Art. 14 Abs. 2 Freizügigkeits-RL setzt zwar voraus, dass Unionsbürgern und ihren Familienangehörigen das Aufenthaltsrecht nach den Art. 7, 12 und 13 nur zusteht, „solange sie die dort genannten Voraussetzungen erfüllen“. Art. 7 Freizügigkeits-RL verlangt für einen über drei Monate hinausgehenden Aufenthalt in einem anderen Mitgliedstaat den Nachweis ausreichender Existenzmittel. Gem. Art. 14 Abs. 3 Freizügigkeits-RL darf jedoch die Inanspruchnahme von Sozialhilfeleistungen durch einen Unionsbürger oder einen seiner Familienangehörigen nicht automatisch zu einer Ausweisung führen.²⁴⁵ Ein automatisches Erlöschen des Aufenthaltsrechts ist dem Unionsrecht also fremd. Vielmehr setzt es eine Nichtbestehens- oder Verlustfeststellung voraus. Erst ab dann ist der Aufenthalt nicht mehr rechtmäßig.

Hingegen wird die Kontinuität des Aufenthalts unterbrochen, wenn und solange der Unionsbürger eine Haftstrafe verbüßt.²⁴⁶ Der EuGH begründet dies damit, dass der Grad der Integration die wesentliche Grundlage des Daueraufenthaltsrechts sei und niemand integriert sein könne, der die durch das nationale Strafrecht zum Ausdruck gebrachten Werte einer Gesellschaft nicht beachtet und deshalb von einem nationalen Gericht zu einer Freiheitsstrafe ohne Bewährung verurteilt wird. Eine solche Verurteilung hindert den Erwerb des Daueraufenthaltsrechts, weil die Kontinuität des Aufenthalts unterbrochen wird. Der maßgebliche 5-Jahreszeitraum beginnt erst wieder mit der Haftentlassung. Für Familienangehörige kann dies u.a. gem. Art. 17 Abs. 3 Freizügigkeits-RL bedeutsam werden, wenn nämlich der Unionsbürger in der Anwartschaftsphase inhaftiert wird. Hat der Familienangehörige das Daueraufenthaltsrecht bereits erworben, ändert sich für ihn allerdings nichts allein dadurch, dass der Unionsbürger das Daueraufenthaltsrecht verliert (s. aber Rn 10). Ist das Daueraufenthaltsrecht erworben worden, wird es durch eine Inhaftierung des Unionsbürgers oder seines Familienangehörigen nicht tangiert. Der EuGH hat Rechtsnachteile aus einer Inhaftierung ausdrücklich nur für den Ausweisungsschutz des Art. 28 Abs. 3 Freizügigkeits-RL und für den Erwerb, nicht für den Fortbestand des Daueraufenthaltsrechts gefolgert.²⁴⁷ Auch – und gerade – der inhaftierte Unionsbürger kann sich folglich weiterhin auf den Ausweisungsschutz nach Art. 28 Abs. 2 Freizügigkeits-RL berufen.

b) Satz 2 – Familienangehörige

Nach dem mit dem FreizügG/EU-ÄndG eingeführten S. 2 erwerben drittstaatsangehörige Familienangehörige von Unionsbürgern das Daueraufenthaltsrecht grundsätzlich ohne Weiteres nach fünfjährigem, rechtmäßigem Aufenthalt (s. aber unten Rn 25 f). Begünstigt sind nicht nur die Angehörigen der Kernfamilie, sondern alle Familienangehörige iSv Art. 3 Nr. 2 Freizügigkeits-RL. Familiäres Zusammenleben wird nach dem Wortlaut von Art. 16 Abs. 2 Freizügigkeits-RL nicht gefordert, es reicht die Gleichzeitigkeit des Aufenthalts,²⁴⁸ sofern nach der RL das Aufenthaltsrecht nicht vom Stammberechtigten losgelöst ist, wie bspw nach Art. 12 Abs. 2 UA 3, 13 Abs. 2 UA 3 Freizügigkeits-RL. „Mit dem Unionsbürger“ hält sich der Familienangehörige demnach nicht nur auf, wenn er mit ihm zusammen wohnt, sondern zB der Ehegatte nach einer Trennung, solange die Ehe nicht

241 EuGH, Urt. v. 21.12.2011, Rs. C-424/10 (Ziolkowski), InfAuslR 2012, 86 und BVerwG, Urt. v. 31.5.2012, 10 C 8.12, AuAS 2012, 217, 219.

242 BVerwG, Urt. v. 31.5.2012, 10 C 8.12, AuAS 2012, 217, 219.

243 Anschaulich zur schwierigen Feststellung solcher Zeiten: Reimann, Das Daueraufenthaltsrecht der Unionsbürger, Asylmagazin 12/2012, 406, 409.

244 Hailbronner, AuslR, Freizügigkeitsgesetz/EU, § 4a, Rn 11; GK-AufenthG/Epe, IX-2 § 4a Rn 12.

245 EuGH, Urt. v. 20.9.2001, Rs. C-184/99 (Grzelczyk), InfAuslR 2001, 481; Urt. v. 15.3.2005, Rs. C-209/03 (Bidar), InfAuslR 2005, 230; Urt. v. 19.9.2013, Rs. C-140/12 (Brey), ANA-ZAR 2013, 48 (Dok. 1950a); vgl auch Hailbronner, AuslR (10/2007), D 1 § 4a Rn 11.

246 EuGH, Urt. v. 16.1.2014, Rs. C-400/12 (M.G.), InfAuslR 2014, 82.

247 EuGH, Urt. v. 16.1.2014, Rs. C-400/12 (M.G.), Rn 31 f, InfAuslR 2014, 82.

248 EuGH, Urt. v. 8.5.2013, Rs. C-529/11 (Alarape), InfAuslR 2013, 262 und Schlussanträge GA Bot v. 15.1.2013, Rs. C-529/11 (Alarape u.a.), Rn 41: „Kriterium des gemeinsamen Wohnsitzes (nicht) entscheidend“, curia.

geschieden wurde, da das Aufenthaltsrecht in dieser Zeit fortbesteht.²⁴⁹ Allerdings genügt nicht, dass der Familienangehörige sich zwar 5 Jahre rechtmäßig im Inland aufgehalten hat, aber keine 5 Jahre Familienangehöriger des Unionsbürgers ist. Sowohl Art. 16 Abs. 2 Freizügigkeits-RL, als auch § 2 Abs. 1 S. 2 sprechen vom Aufenthalt „mit dem Unionsbürger“ und verknüpfen damit die Aufenthaltszeit mit der Angehörigeneigenschaft. Daher wird bspw das Stiefkind eines Unionsbürgers, das den Fünfjahreszeitraum erst nach dem 21. Lebensjahr vollendet hat, nur begünstigt, wenn der Unionsbürger oder sein Ehegatte/Lebenspartner ihm bis zum maßgebliche Zeitpunkt Unterhalt gewährt.²⁵⁰

Wie das BVerwG für den Unionsbürger entschieden hat (s. Rn 3), soll die Bezugnahme auf § 2 Abs. 2 bedeuten, dass dessen Voraussetzungen im gesamten, maßgeblichen Zeitraum vorliegen müssen.²⁵¹ Demzufolge muss auch der Familienangehörige während dieses Zeitraums Freizügigkeitsberechtigter iSv § 2 Abs. 2 Nr. 6 sein.²⁵² Zu beachten ist allerdings, dass das Freizügigkeitsrecht nach Art. 6 Freizügigkeits-RL und § 2 Abs. 5 für zunächst drei Monate grundsätzlich voraussetzungslos besteht – ohne dass § 3 Abs. 1 hierauf Bezug nimmt –, nach der im deutschen Recht geltenden Freizügigkeitsvermutung erst erlischt, wenn eine Verlustfeststellung getroffen wurde und auch der Daueraufenthaltsberechtigte – entgegen dem Wortlaut von § 3 Abs. 1 (s. § 3 Rn 27) – seinem Familienangehörigen das Freizügigkeitsrecht vermitteln kann.

Anzurechnen sind sämtliche Zeiten des rechtmäßigen Aufenthalts des Familienangehörigen, in denen der Stammberechtigte freizügig war, auch solche, in denen der Familienangehörige sich zwar rechtmäßig aufgehalten hat, aber bspw keine Aufenthaltskarte, sondern nur eine Bescheinigung gem. § 5 Abs. 1 S. 2 besaß, eine solche nur beantragt hatte oder nur über ein nationales Aufenthaltsrecht verfügt hat, aber schon Familienangehöriger des Unionsbürgers war und sich „mit“ diesem im Bundesgebiet ausgehalten hat. Zeiten, die vor dem Beitritt des Staates zur EU liegen, dem der Stammberechtigte angehört, können angerechnet werden, wenn der Stammberechtigte die Voraussetzungen von Art. 7 Abs. 1 Freizügigkeits-RL erfüllt und hierdurch das Daueraufenthaltsrecht erworben hat (s. Rn 4). Nachdem der EuGH zugunsten des Unionsbürgers die Anrechnungsfähigkeit anerkennt hat, spricht mit Blick auf Art. 16 Abs. 2 Freizügigkeits-RL und die Begründung des EuGH zur Anerkennungsfähigkeit dieser Zeiten nichts dafür, dass sich das vom Stammberechtigten direkt abgeleitete Aufenthaltsrecht seines Familienangehörigen nicht ebenfalls verfestigen kann, sobald der Stammberechtigte das Daueraufenthaltsrecht unter Anrechnung von vor dem Beitritt liegenden Zeiten erwirbt. Immerhin soll ja die fortgeschrittene Integration des Unionsbürgers dazu führen, dass das Aufenthaltsrecht nur noch unter erschwerten Bedingungen verloren geht. Dies gilt in gleicher Weise für seine Familienangehörigen.

Verbüßt der Familienangehörige des Unionsbürgers eine Freiheitsstrafe, führt dies dazu, dass die Kontinuität seines Aufenthalts und damit der für die Erlangung des Daueraufenthaltsrechts maßgeblichen Zeitraum unterbrochen wird.²⁵³ Dies gilt allerdings nur für verbüßte Freiheitsstrafen, nicht für vollstreckte Ersatzfreiheitsstrafen und auch nicht für Freiheitsstrafen, die zur Bewährung ausgesetzt wurden, sofern die Bewährung nicht widerrufen wird. Ein bereits erworbenes Daueraufenthaltsrecht wird von der Inhaftierung nicht tangiert, da die Inhaftierung nur die „Zwecke des Erwerbs“²⁵⁴ des Daueraufenthaltsrechts tangiert. Andernfalls käme es gleichsam durch die Hintertür zu einer gravierenden Erweiterung der „Ausweisungsgründe“, weil sich der inhaftierte Familienangehörige weder auf sein früheres Daueraufenthaltsrecht, noch auf seine Eigenschaft als „Familienangehöriger“ berufen könnte und deshalb vor aufenthaltsbeendenden Maßnahmen nur geschützt wäre, wenn er anderweitige Schutzbeziehungen geltend machen könnte. Verhältnismäßig wären solche Folgen einer Inhaftierung nicht. Andererseits kann die Inhaftierung des Unionsbürgers den Erwerb des Daueraufenthaltsrechts des Familienangehörigen beeinträchtigen. „Für die Anwendung von Art. 16 Abs. 2 der Richtlinie 2004/38 hängt der Erwerb des Rechts der Familienangehörigen (...) auf Daueraufenthalt in jedem Fall davon ab, dass der Unionsbürger selbst die in Art. 16 Abs. 1 der Richtlinie genannten Voraussetzungen erfüllt, und vom gemeinsamen Aufenthalt der Angehörigen mit ihm im betreffenden Zeitraum“.²⁵⁵ Verbüßt also der Unionsbürger eine Freiheitsstrafe während der Anwartschaftsphase des Familienangehörigen iS von Art. 16 Abs. 2 Freizügigkeits-RL, wird der 5-Jahreszeitraum des § 4a Abs. 1 S. 2 unterbrochen. Hat der Familienangehörige das Daueraufenthaltsrecht bereits erworben, hat die Inhaftierung des Unionsbürgers insoweit keine Auswirkungen.

249 EuGH, Urt. v. 13.2.1985, Rs. 267/83 (Diatta), NJW 1985, 2087.

250 So iE auch VG Darmstadt, Beschl. v. 7.12.2007, 8 G 1624/07, BeckRS 2008, 30332.

251 BVerwG, Urt. v. 31.5.2012, 10 C 8.12, AuAS 2012, 217, 219.

252 EuGH, Urt. v. 8.5.2013, Rs. C-529/11 (Alarape), Rn 35, InfAuslR 2013, 262.

253 EuGH, Urt. v. 16.1.2014, Rs. C-378/12 (Onuekwere), Rn 32, InfAuslR 2014, 81.

254 EuGH, Urt. v. 16.1.2014, Rs. C-378/12 (Onuekwere), Rn 26, InfAuslR 2014, 81.

255 EuGH, Urt. v. 8.5.2013, Rs. C-529/11 (Alarape), Rn 34, InfAuslR 2013, 262.

2. Abs. 2: Daueraufenthaltsrecht vor Ablauf von fünf Jahren

(...)

3. Abs. 3: Familienangehörige eines verstorbenen Unionsbürgers

4. Abs. 4: Familienangehörige eines daueraufenthaltsberechtigten Unionsbürgers

Der für den Unionsbürger mögliche, erleichterte Erwerb des Daueraufenthaltsrecht gem. Abs. 2 erstreckt sich nach Abs. 4 und Art. 17 Abs. 3 Freizügigkeits-RL auf seine Familienangehörigen. Sofern diese sich mit dem Unionsbürger im Aufnahmemitgliedstaat aufhalten, erwerben sie das Daueraufenthaltsrecht zeitgleich und ohne Weiteres mit dem Erwerb dieses Rechts durch den Unionsbürger. Handelt es sich für den Unionsbürger nicht um den Erwerb nach Abs. 2, erwerben die Familienangehörigen das Daueraufenthaltsrecht nicht nach Abs. 4, sondern allenfalls nach Abs. 1, 3 oder 5.

Während Art. 17 Abs. 3 Freizügigkeits-RL so ausgelegt werden kann, dass das Daueraufenthaltsrecht des Familienangehörigen nur entsteht, wenn dieser sich im Zeitpunkt des Entstehens des Daueraufenthaltsrechts des Unionsbürgers gem. Art. 17 Abs. 1 Freizügigkeits-RL mit diesem im Aufnahmemitgliedstaat ausgehalten hat, verbietet sich eine solch einschränkende Auslegung bei § 4a Abs. 4. Dem eindeutigen Wortlaut nach entsteht danach das Daueraufenthaltsrecht des Familienangehörigen auch dann, wenn der Unionsbürger das Daueraufenthaltsrecht bereits erworben hat und der Familienangehörige erst dann zu ihm zieht.²⁵⁶ Das bedeutet ferner, dass derjenige, der erst zum Familienangehörigen eines Daueraufenthaltsberechtigten iS von Abs. 2 wird, bspw durch Eheschließung, sofort und ohne Weiteres selbst zum Daueraufenthaltsberechtigten wird.

Für den Begriff „Familienangehörige“ gilt Art. 2 Abs. 2 Freizügigkeits-RL. Art. 2 Nr. 2c und d Freizügigkeits-RL verlangen nicht, dass Verwandte, denen Unterhalt gewährt wird, mit dem Unionsbürger, von dem sie ihr Aufenthaltsrecht ableiten, zusammenleben. Auch Art. 17 Abs. 3 Freizügigkeits-RL setzt nur voraus, dass sich die Familienangehörigen gemeinsam mit dem Unionsbürger im Hoheitsgebiet des Aufnahmemitgliedstaates aufhalten.

5. Abs. 5: Familienangehörige mit eigenständigem Aufenthaltsrecht

Besitzen Familienangehörige nach der Scheidung vom Unionsbürger, nach seinem Wegzug oder nach seinem Ableben ein eigenständiges, nicht mehr vom Aufenthalt mit dem Unionsbürger abhängiges Aufenthaltsrecht (§ 3 Abs. 3 bis 5), erwerben sie nach Abs. 5 ein Daueraufenthaltsrecht, sobald sie sich fünf Jahre ständig in Deutschland aufgehalten haben und – mit Ausnahme von Kindern, s.u. – ein Freizügigkeitskriterium iS von § 2 Abs. 2 Nr. 1 bis 3 oder Nr. 5 bzw Art. 7 Abs. 1 lit. a), b) oder d) Freizügigkeits-RL erfüllen. Abs. 5 entspricht im Wesentlichen Art. 18 Freizügigkeits-RL, geht jedoch teilweise weiter:

Vorausgesetzt wird von Abs. 5 nicht der ununterbrochen rechtmäßige, sondern nur der ständig rechtmäßige Aufenthalt im Aufnahmemitgliedstaat, so dass nach nationalem Recht Unterbrechungszeiten unschädlich sein können.²⁵⁷

Kinder des freizügigkeitsberechtigten Unionsbürgers und deren personensorgeberechtigter, drittstaatsangehöriger Elternteil behalten nach Wegzug des Unionsbürgers ein Aufenthaltsrecht (§ 3 Abs. 4 und Art. 12 Abs. 3 Freizügigkeits-RL), können aber nur nach dem nationalen Recht ein Daueraufenthaltsrecht erwerben, da zwar § 3 Abs. 4 von Abs. 5 einbezogen wird, Art. 18 Freizügigkeits-RL aber nicht auf Art. 12 Abs. 3 Freizügigkeits-RL verweist.

Zu beachten ist, dass der Familienangehörige nach dem Tod des Unionsbürgers oder bei Einleitung des Scheidungsverfahrens – nicht bereits bei Trennung! – und bis zum Erreichen des Stichtags (Ablauf des 5. Aufenthaltsjahres)²⁵⁸ in seiner Person ein Freizügigkeitskriterium (s.o.) erfüllen muss, er also Arbeitnehmer, Selbständiger, Dienstleistungserbringer oder hinreichend vermögend sein muss. Insoweit darf aus Gründen der praktischen Wirksamkeit der unionsrechtlichen Vorschriften nicht verlangt werden, dass der Familienangehörige bspw schon

²⁵⁶ Andernfalls hätte formuliert werden müssen: „Die Familienangehörigen eines Unionsbürgers, der das Daueraufenthaltsrecht nach Absatz 2 erwirbt“.

²⁵⁷ Brinkmann in: Huber, AufenthG, § 4a FreizügG/EU Rn 4.

²⁵⁸ GK-AufenthG/Epe, IX-2 § 4a Rn 52.

am Tag nach dem Ableben des Unionsbürgers Arbeit sucht oder gar in Arbeit steht, um von einem ununterbrochen oder ständig rechtmäßigen Aufenthalt ausgehen zu können. Ausreichend ist ein „unverzügliches“, die persönlichen Umstände berücksichtigendes Bemühen um Arbeit. Nach der Freizügigkeits-RL – anders §§ 4a Abs. 5 iVm 3 Abs. 4 (s.o.) – genügen allerdings Aufenthaltszeiten, die nicht auf Grundlage der Freizügigkeits-RL, sondern aus anderen, unionsrechtlich anerkannten Gründen, zB nach Art. 12 VO 1612/68/EWG bezüglich drittstaatsangehörigen Eltern des schulpflichtigen Kindes eines Unionsbürgers²⁵⁹ oder aufgrund abgeleiteten Primärrechts²⁶⁰ zurückgelegt wurden, nicht für den Erwerb des Daueraufenthaltsrechts.

6. Abs. 6: Ständiger Aufenthalt und Abwesenheitszeiten

(...)

7. Abs. 7: Verlust des Daueraufenthaltsrechts

(...)

§ 5 Aufenthaltskarten, Bescheinigung über das Daueraufenthaltsrecht

(1) ¹Freizügigkeitsberechtigten Familienangehörigen, die nicht Unionsbürger sind, wird von Amts wegen innerhalb von sechs Monaten, nachdem sie die erforderlichen Angaben gemacht haben, eine Aufenthaltskarte für Familienangehörige von Unionsbürgern ausgestellt, die fünf Jahre gültig sein soll. ²Eine Bescheinigung darüber, dass die erforderlichen Angaben gemacht worden sind, erhält der Familienangehörige unverzüglich.

(2) ¹Die zuständige Ausländerbehörde kann verlangen, dass die Voraussetzungen des Rechts nach § 2 Abs. 1 drei Monate nach der Einreise glaubhaft gemacht werden. ²Für die Glaubhaftmachung erforderliche Angaben und Nachweise können von der zuständigen Meldebehörde bei der meldebehördlichen Anmeldung entgegengenommen werden. ³Diese leitet die Angaben und Nachweise an die zuständige Ausländerbehörde weiter. ⁴Eine darüber hinausgehende Verarbeitung oder Nutzung durch die Meldebehörde erfolgt nicht.

(3) Das Vorliegen oder der Fortbestand der Voraussetzungen des Rechts nach § 2 Absatz 1 kann aus besonderem Anlass überprüft werden.

(4) ¹Sind die Voraussetzungen des Rechts nach § 2 Abs. 1 innerhalb von fünf Jahren nach Begründung des ständigen rechtmäßigen Aufenthalts im Bundesgebiet entfallen oder liegen diese nicht vor, kann der Verlust des Rechts nach § 2 Abs. 1 festgestellt und bei Familienangehörigen, die nicht Unionsbürger sind, die Aufenthaltskarte eingezogen werden. ²§ 4a Abs. 6 gilt entsprechend.

(5) ¹Auf Antrag wird Unionsbürgern unverzüglich ihr Daueraufenthaltsrecht bescheinigt. ²Ihren daueraufenthaltsberechtigten Familienangehörigen, die nicht Unionsbürger sind, wird innerhalb von sechs Monaten nach Antragstellung eine Daueraufenthaltskarte ausgestellt.

(6) Für den Verlust des Daueraufenthaltsrechts nach § 4a Abs. 7 gilt Absatz 4 Satz 1 entsprechend.

259 EuGH, Urt. v. 8.5.2013, Rs. C-529/11 (Alarape), Rn 39 f, InfAuslR 2013, 262.

260 EuGH, Urt. v. 12.3.2014, C-457/12 (S u. G), Rn 36 ff, InfAuslR 2014, 169.

I. Allgemeines/ Entstehungsgeschichte

(...)

II. Im Einzelnen

1. Anmeldebestätigung der Meldebehörde für Unionsbürger

Seit dem 29.1.2013 benötigen Unionsbürger keine "Bescheinigung über das Aufenthaltsrecht" mehr. Sie unterliegen wie Deutsche und Drittstaater aber der Verpflichtung, sich nach den jeweils geltenden Meldegesetzen der Bundesländer bei den örtlich zuständigen Meldebehörden anzumelden. Hierbei ist zu beachten, dass von Bundesland zu Bundesland unterschiedliche Fristen gelten, die auch für Unionsbürger zu beachten sind. Bei der Anmeldung von Unionsbürgern wenden die Meldebehörden **ausschließlich Melderecht** an; die Prüfung aufenthaltsrechtlicher Voraussetzungen nach dem FreizügG/EU oder der Freizügigkeits-RL fällt nicht in ihren Zuständigkeitsbereich. Daher dürfen sie auch die Ausstellung der melderechtlichen Anmeldebestätigung ("Meldebestätigung"²⁶¹) nicht etwa deswegen verweigern, weil sie uU an der Freizügigkeitsberechtigung des Unionsbürgers zweifeln oder zunächst auf einen Nachweis der Freizügigkeitsberechtigung bestehen.²⁶² Die Prüfung des Vorliegens oder des Fortbestandes der Voraussetzungen des § 2 Abs. 1 (dh des Rechts auf Freizügigkeit) bleibt den Ausländerbehörden vorbehalten und kann aus besonderem Anlass überprüft werden, s. Abs. 3 und Abs. 2 S. 3.

2. Absatz 1 S. 1 und S. 2 – Aufenthaltskarte für (Drittstaats-)Familienangehörige eines Unionsbürgers und Bescheinigung über die Einreichung des Antrags

Familienangehörigen eines Unionsbürgers, die nicht Staatsangehörige eines Mitgliedstaats sind, wird von Amts wegen eine Aufenthaltskarte ausgestellt (diese hieß nach dem FreizügG/EU 2005 zunächst „Aufenthaltserteilnis-EU“, siehe oben Rn 1 und § 15). Sie ist kein AT. Das Freizügigkeitsrecht der Familienangehörigen folgt wie dasjenige der Unionsbürger unmittelbar aus den unionsrechtlichen Bestimmungen. Die Aufenthaltskarte hat daher rein deklaratorischen Charakter.²⁶³ Was die Rechtsnatur dieser rein deklaratorischen Aufenthaltskarte angeht, wird nach der neueren Rechtsprechung des EuGH **nicht** mehr davon ausgegangen werden können, dass es sich hierbei um einen **feststellenden Verwaltungsakt handelt**.²⁶⁴ In der verbundenen Rechtssache O., B., S. und G. hat der EuGH unter Verweis auf die Rechtssache Dias vom 21.7.2011 sinngemäß klargestellt, dass ihr Inhaber die freizügigkeitsrechtlichen Voraussetzungen nicht mehr erfüllt) kein unionsrechtliches Aufenthaltsrecht mit der Argumentation beanspruchen könne, dass die Feststellungswirkung der Aufenthaltskarte so lange gelte, bis die Karte noch gültig und nicht widerrufen sei. Der EuGH machte deutlich, dass der Aufenthalt eines Familienangehörigen ebenso wenig allein deshalb als illegal eingestuft werden dürfe, weil er keine Aufenthaltskarte besitze, wie er allein deshalb als im Sinne des Unionsrechts legal angesehen werden dürfe, weil dem Familienangehörigen eine solche Aufenthaltskarte rechtmäßig erteilt wurde.²⁶⁵ Die im deutschen Recht zur Begründung eines feststellenden VA vorgebrachte Argumentation, dass die Aufenthaltskarte verbindlich feststelle, dass

²⁶¹ Zum Begriff siehe zB § 18 Abs. 7 Meldegesetz BW; § 17 Abs. 5 Meldegesetz NRW.

²⁶² Vgl. Renner, AuslR, § 5 FreizügG/EU Rn 13.

²⁶³ Vgl. EuGH, Urt. v. 12.3.2014, verb. Rs. C-456/12 und C-457/12 (O., B., S. und G.) Rn 60 mit Verweis auf EuGH, Urt. v. 21.7.2011, Rs. C-325/09 (Dias) Rn 49; EuGH, Rs. C-459/99 (MRAX), NVwZ – Beilage I 12/2002, 121 = InfAuslR 2002, 417 = EZAR 814 Nr. 8; EuGH, Rs. C-157/03 (Kommission/Spanien), InfAuslR 2005, 229; OVG Hamburg, InfAuslR 2004, 57; OVG Hamburg, NVwZ-RR 2000, 187 = InfAuslR 1999, 286; VG Aachen, Urt. v. 9.5.2005 – 8 K 3072/03 -, ANA-ZAR 2005, 23; Welte, InfAuslR 2005, 8; Fischer-Lescano, ZAR 2005, 288; Dienelt, InfAuslR 2002, 113; vgl. auch Ziff. 5.2.1 AVV-FreizügG/EU.

²⁶⁴ So noch in der Voraufgabe des HK-AuslR, § 5 FreizügG/EU Rn 6; Kloesel/Christ/Häußer, AuslR, § 5 FreizügG/EU Rn 22; differenzierend Renner, AuslR, § 5 FreizügG/EU Rn 27ff, der danach unterscheidet, ob die Aufenthaltskarte nach "altem", dh bis Januar 2013 geltenden Recht (dann feststellender VA) oder nach "neuem" Recht (dann kein feststellender VA) ausgestellt wurde. Dies kann jedoch nicht überzeugen, da in beiden Fällen das nationale Recht der Umsetzung des Art. 10 Freizügigkeits-RL diene und die Richtlinie als solche unverändert geblieben ist. Die Vorgaben des EuGH zum richtigen Verständnis der Rechtsnatur der Aufenthaltskarte gelten daher seit Inkrafttreten der RiLi unbeeinflusst von nationalen Rechtsänderungen.

²⁶⁵ Siehe EuGH, Urt. v. 12.3.2014, verb. Rs. C-456/12 und C-457/12 (O., B., S. und G.) Rn 60 mit Verweis auf EuGH, Urt. v. 21.7.2011, Rs. C-325/09 (Dias) Rn 49 (zum Verständnis lies Rn 44-55).

die Voraussetzungen des § 2 Abs.1 und § 3 in der Person des betroffenen Familienangehörigen erfüllt seien²⁶⁶ und sie daher eine Maßnahme zur Regelung eines Einzelfalls mit unmittelbarer Rechtswirkung nach außen iSd § 35 VwVfG sei, kann angesichts dieser EuGH-Rechtsprechung **nicht mehr gehalten werden**.

Nach den Vorgaben von Art. 10 Abs. 1 S. 1 Freizügigkeits-RL wird die Aufenthaltskarte **sechs Monate nach Einreichung des Antrags** ausgestellt. Eine Bescheinigung über die Einreichung des Antrags auf Ausstellung der Aufenthaltskarte ist nach Art. 10 Abs. 1 S. 2 Freizügigkeits-RL unverzüglich auszustellen. Von dieser klaren Vorgabe der RiLi weicht der Wortlaut des § 5 Abs. 1 S. 1 und S. 2 ab. Nach dem FreizügG/EU soll nicht die Einreichung des Antrags, sondern der Zeitpunkt, in welchem „*die erforderlichen Angaben gemacht*“ worden sind, entscheidend für Ausstellung der Bescheinigung sein. Dieser Unterschied kann in der Praxis von Bedeutung sein, da die Betroffenen in der Zeit zwischen Einreichung des Antrags und der Vorlage aller im Einzelfall erforderlicher Dokumente keine Möglichkeit haben, gegenüber Vermietern, Arbeitgebern oder anderen Behörden (zB Polizei) nachzuweisen, dass sie ihrer Pflicht zur Beantragung der Aufenthaltskarte (vgl. Art. 9 Abs. 3 Freizügigkeits-RL) nachgekommen sind. Bedenkt man ferner, dass die Berechtigung zum Aufenthalt und zum unbeschränkten Zugang zum Arbeitsmarkt unmittelbar aus Unionsrecht folgt (siehe Art. 23 Freizügigkeits-RL) und nicht von der Ausstellung der Aufenthaltskarte abhängig ist (siehe oben Rn 3), müssen die faktischen Beeinträchtigungen - insbesondere für die Arbeitsaufnahme -, die aus der gesetzlichen Vorenthaltung der Bescheinigung über die Einreichung des Antrags folgen, als unzulässige Beschränkung des Freizügigkeitsrechts angesehen werden. **Richtlinienkonform** ist § 5 Abs. 1 S. 1 und S. 2 daher dahin auszulegen, dass die Bescheinigung nach § 5 Abs. 1 S. 2 unmittelbar bei der Einreichung des Antrags auszustellen ist, nicht erst dann, wenn „*die erforderlichen Angaben gemacht*“ worden sind.²⁶⁷ Nach Art. 9 Abs. 2 der Freizügigkeits-RL müssen die Mitgliedstaaten den Betroffenen mindestens drei Monate Zeit lassen (ab dem Zeitpunkt der Einreise), um den Antrag auf Ausstellung der Karte einzureichen. Nichts hindert sie jedoch, den Antrag schon früher einzureichen und den Behörden muss es freistehen, sowohl die Bescheinigung über die Einreichung des Antrags als auch die Aufenthaltskarte **schon vor Ablauf von drei Monaten auszustellen**. Nach Maßgabe der Freizügigkeits-RL und des FreizügG/EU ist die Aufenthaltskarte grundsätzlich fünf Jahre lang gültig. Eine kürzere Gültigkeitsdauer ist nur zulässig, wenn die geplante Aufenthaltsdauer des Unionsbürgers weniger als fünf Jahre beträgt, Art. 11 Abs. 1 Freizügigkeits-RL. Bei Abwesenheiten von bis zu sechs Monaten im Jahr, oder längere Abwesenheiten wegen der Erfüllung militärischer Pflichten oder bei einer einzigen Abwesenheit von höchstens 12 aufeinander folgenden Monaten aus wichtigen Gründen wie Schwangerschaft und Niederkunft, schwere Krankheit, Studium oder Berufsbildung oder berufliche Entsendung in einen anderen Mitgliedstaat oder Drittstaat, bedarf es – bei Rückkehr in das Bundesgebiet – keiner Neuausstellung der Aufenthaltskarte, s. Art. 11 Abs. 2 Freizügigkeits-RL.

3. Absatz 2 – Glaubhaftmachung

Nach Abs. 2 S. 1 kann die Ausländerbehörde verlangen, dass das Vorliegen der Voraussetzungen des Freizügigkeitsrechts nach § 2 Abs. 1 glaubhaft gemacht wird. Abs. 2 bezieht sich sowohl auf Unionsbürger als auch auf deren Familienangehörige aus einem Drittstaat. Glaubhaftmachung bedeutet nicht die Erbringung des vollen Beweises. Erforderlich, aber auch ausreichend ist, dass sich aus den Angaben und Nachweisen mit überwiegender Wahrscheinlichkeit die Freizügigkeitsberechtigung feststellen lässt.²⁶⁸ Bei der konkreten Anwendung des Gesetzes müssen alle beteiligten Stellen stets Erwägungsgrund 11 der Freizügigkeits-RL beachten: Das elementare und persönliche Recht auf Aufenthalt in einem anderen Mitgliedstaat erwächst den Unionsbürgern unmittelbar aus dem Vertrag und hängt nicht von der Einhaltung von Verwaltungsverfahren ab. Damit wird kein neuer Programmsatz aufgestellt, sondern lediglich die ständige Rechtsprechung des EuGH, die dieser in Rn 78 seines Urteils MRAX ausdrücklich auf Familienangehörige aus Drittstaaten übertragen hat, verdichtet wiedergegeben.²⁶⁹ Welche Dokumente die Behörde für die Glaubhaftmachung der Voraussetzungen des Freizügigkeitsrechts verlangen darf, ist seit In-Kraft-Treten des 2. ÄndG abschließend²⁷⁰ in § 5 a geregelt. Im Zuge des 2. ÄndG wurde in Abs. 2 S. 1 ferner eine bestimmte **Frist** eingefügt. Zuvor war die Berechtigung „innerhalb angemessener Fristen“ glaubhaft zu machen. Nunmehr hat dies „**drei Monate nach der Einreise**“ zu erfolgen. Der Gesetzgeber des 2. ÄndG meinte, dadurch Art. 8 Abs. 1 Freizügigkeits-RL umzusetzen.²⁷¹ Hierin irrte er jedoch.

²⁶⁶ Mit dieser Begründung: Renner, AuslR, § 5 FreizügG/EU Rn 27; ebenso in der Voraufgabe des HK-AuslR, § 5 FreizügG/EU Rn 2.

²⁶⁷ So auch Renner, AuslR, 10. Aufl., § 5 FreizügG/EU Rn 18.

²⁶⁸ Kloesel/Christ/Häußer, AuslR, § 5 FreizügG/EU Rn 61.

²⁶⁹ Erwägungsgrund 11 der RL 2004/38/EG; EuGH, Rs. 48/75 (Royer), NJW 1976, 2065; EuGH, EuGH, Rs. C-459/99 (MRAX), NVwZ – Beilage I 12/2002, 121 = InfAuslR 2002, 417 = EZAR 814 Nr. 8.

²⁷⁰ Vgl. Renner, AuslR § 5 FreizügG/EU Rn 25 ("Die Glaubhaftmachung erstreckt sich ausschließlich auf die vorzulegenden Nachweise nach 5a II").

²⁷¹ BT-Drucks. 16/5065, S. 210.

Überdies dürfte er unionsrechtswidriges Recht geschaffen haben. Art. 8 Abs. 1 der Richtlinie besagt lediglich, dass Unionsbürger sich anmelden müssen, wenn sie beabsichtigen, länger als drei Monate in einem Mitgliedstaat zu bleiben. Vor Ablauf der Frist besteht keinerlei Verpflichtung sich überhaupt behördlich zu melden, vgl. Art. 6 Freizügigkeits-RL. Zu verfahrensrechtlichen Fristen enthält Art. 8 der Richtlinie nichts. Im Übrigen ist hinsichtlich der neu geschaffenen starren Frist in Abs. 3 S. 1 daran zu erinnern, dass der EuGH eine ähnlich inflexible Regelung des belgischen Rechts für unvereinbar mit dem Freizügigkeitsrecht erklärt hat und auch die Freizügigkeits-RL hinsichtlich der Einreise vorgibt, dass Behörden die Beibringung von Nachweisen stets nur in „angemessener Frist“ verlangen dürfen, vgl. Art. 5 Abs. 4 der Richtlinie.²⁷² Je nach Lage des Einzelfalles ist den Betroffenen daher auch eine längere Frist als drei Monate einzuräumen. Im Ergebnis hätte es der Gesetzgeber daher besser bei der flexiblen gesetzlichen Regelung des Abs. 3 S. 1 aF belassen sollen.

a) Hinweise zum Verfahren bei Unionsbürgern

§ 5 Abs. 2 S. 1 verpflichtet die Ausländerbehörde nicht, die Glaubhaftmachung zu verlangen, vielmehr steht dies in ihrem Ermessen („kann“). Bei der Entscheidung ist sie jedoch nicht völlig frei. Die beabsichtigte Verfahrensvereinfachung ist nur zu erreichen, wenn ohne weitere Nachweise im Regelfall vom Bestehen des Freizügigkeitsrechts ausgegangen wird; insoweit besteht eine **Vermutung für Freizügigkeit**.²⁷³ Die Behörden sind daher gehalten, grundsätzlich auf die Vorlage von Dokumenten zur Glaubhaftmachung zu verzichten.²⁷⁴ Vgl. für Einzelheiten die Kommentierung zu § 5 a.

Soweit den Ausländerbehörden angeraten wird zu prüfen²⁷⁵, ob dem Aufenthaltsrecht von Anfang an Gründe der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit entgegenstehen könnten (§ 6 Abs. 1 S. 2), ist darauf hinzuweisen, dass es **nicht** zu den Vorbedingungen für den Erwerb des Rechts auf Einreise und Aufenthalt gehört, dass der den Schutz der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit betreffende Vorbehalt nach Art. 39 Abs. 3, Art. 46 Abs. 1 EGV **nicht** eingreift. Dieser Vorbehalt stellt lediglich eine Handhabe dar, im Einzelfall bei Vorliegen geeigneter Gründe die Ausübung eines unmittelbar aus dem Vertrag fließenden Rechts einzuschränken.²⁷⁶ Das Freizügigkeitsrecht entsteht dessen ungeachtet. Ausreisepflichtig sind Unionsbürger gem. § 7 Abs. 1 erst nach einer entsprechenden behördlichen Feststellung. Der Verlust des Freizügigkeitsrechts nach § 6 Abs. 1 aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit tritt ferner nicht zwangsläufig ein, sondern steht im Ermessen der Behörde. Selbst das Vorhandensein einer **Einreisesperre** wegen einer in der Vergangenheit erfolgten Ausweisung oder Abschiebung rechtfertigt **als solche** nicht zur der Annahme, dass die Voraussetzungen für das Freizügigkeitsrecht nicht vorliegen.²⁷⁷ Vielmehr hat die Behörde zunächst zu prüfen, ob die Sperrwirkung so zu befristen ist, dass sich das dem Unionsbürger zustehende Freizügigkeitsrecht sogleich, insbesondere ohne vorherige Ausreise, entfalten kann. Eine solche sofortige Befristung der Sperrwirkung ist geboten, wenn die Gründe, die zu der Sperre geführt haben, zwischenzeitlich weggefallen sind oder die das Wiedereinreiseverbot auslösende Maßnahme **unionsrechtswidrig** gewesen ist. Letzteres betrifft insbesondere die vielen in der Vergangenheit auf § 47 AuslG 1990 gestützten unionsrechtswidrigen Ist- bzw. Regelausweisungen²⁷⁸ von Unionsbürgern, und zwar ungeachtet einer etwaigen **Bestandskraft**.²⁷⁹ Des Weiteren begründet eine **durchgeführte Abschiebung** – anders als nach dem AuslG – **keine** Sperrwirkung mehr.²⁸⁰

²⁷² EuGH, Rs. C-408/03 (Kommission/Belgien), NVwZ 2006, 918; vgl. schon Fischer, NVwZ 1990, 1150.

²⁷³ Vgl. BVerwG, Urt. v. 16.11.2010, 1 C 17.09, NVwZ 2011, 495 = InfAuslR 2011, 186 = ZAR 2011, 195; OVG Bremen, Beschl. v. 21.1.2011, 1 B 242/10, ANA-ZAR 2011, 11; VG Darmstadt, Urt. v. 3.3.2011, 5 K 11/10.DA, juris; Informations- und Schulungsmaterial des Innenministeriums Niedersachsen, August 2004, Anm. C.3., S. 88; Innenministerium Nordrhein-Westfalen, Erlass v. 28.12.2004, Az 15-39.1.08-2; Groß, ZAR 2005, 81 (84); Reimann, Asylmagazin 2012, 186 (187). Vgl. auch BT-Drucks. 17/10746, 9 und BT-Drucks. 18/2581, S. 16.

²⁷⁴ Vgl. Ziff. 5.3.1.1.1 AVV-FreizügG/EU; Renner, AuslR, § 5 FreizügG/EU Rn 49; GK-AufenthG/Epe, IX, § 5 FreizügG/EU Rn 34; aA Kloesel/Christ/Häuber, AuslR, § 5 FreizügG/EU Rn 44 (routinemäßige Aufforderung zur Glaubhaftmachung sei erlaubt).

²⁷⁵ Ziff. 5.3.1.1.4 AVV-FreizügG/EU; Welte, InfAuslR 2005, 8; erhebliche Einwände gegen die Speicherung und Verarbeitung von personenbezogenen Daten von Unionsbürgern im AZR hat GA Maduro formuliert. Rs. C-524/06 (Huber), 3.4.2008.

²⁷⁶ EuGH, Rs. 48/75 (Royer), NJW 1976, 2065; OVG Hamburg, NVwZ-RR 2000, 187 = InfAuslR 1999, 286.

²⁷⁷ AA Welte, InfAuslR 2005, 8 (11), der die gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben diesbezüglich nicht hinreichend berücksichtigt; zu undifferenziert auch Zimmermann-Kreher, in: Storr, ZuwG, § 5 FreizügG/EU Rn 5.

²⁷⁸ EuGH, Rs. C-482/01 und C-493/01 (Orfanopoulos und Oliveri), NVwZ 2004, 1099 = InfAuslR 2004, 268; BVerwG, NVwZ 2005, 220 = InfAuslR 2005, 18; vgl. auch EuGH, Rs. C-441/02 (Kommission/Deutschland), NVwZ 2006, 1151 = DVBl. 2006, 1029.

²⁷⁹ Im Einzelnen § 7 FreizügG/EU Rn XX; VG Hamburg, InfAuslR 2005, 186; vgl. auch Gutmann, InfAuslR 2005, 125; aA VG Sigmaringen, Urt. v. 22.2.2005 – 4 K 16/05 – juris; OVG Hamburg, Urt. v. 22.3.2005 – 3 Bf 294/04 – juris, NordÖR 2006, 38; OVG Hamburg, InfAuslR 2006, 305; vgl. zum Ganzen schließlich auch BVerwG InfAuslR 2008, 1 = NVwZ 2008, 82 = DÖV 2008, 74; BVerwG, InfAuslR 2008, 116 = DVBl. 2008, 189 und ihm folgend VGH Mannheim, Urt. v. 30.4.2014, 11 S 244/14, juris. Soweit das BVerwG in dieser Entscheidung festgestellt hat, dass bei Inkrafttreten des FreizügG/EU

b) Hinweise zum Verfahren bei Familienangehörigen aus einem Drittstaat - Ausstellung der Aufenthaltskarte nach Absatz 1

Vgl zunächst a). Die Behörden sind von Amts wegen verpflichtet, die Aufenthaltskarte auszustellen. Eines Antrags bedarf es nicht. Welche Nachweise die Behörde zum Nachweis der Berechtigung verlangen darf, ergibt sich nunmehr aus § 5 a, vgl die Kommentierung dort. Ferner sind die durch den EuGH entwickelten Grundsätze zu beachten: die unerlaubte Einreise oder der unerlaubte Aufenthalt nach Ablauf der Gültigkeit eines AT rechtfertigen es nicht, dem Familienangehörigen die Aufenthaltskarte zu verweigern. Selbst ein fehlender Reisepass ist unschädlich, sofern der Nachweis über Identität und Familienangehörigkeit auf andere Weise erbracht werden kann.²⁸¹ Auch eine Ausschreibung im Schengener Informationssystem (SIS) gestattet es den zuständigen Behörden nicht ohne weiteres, die Einreise des Familienangehörigen zu verweigern. Zusätzlich bedarf es der Prüfung, ob dessen Anwesenheit im Bundesgebiet eine tatsächliche, gegenwärtige und hinreichend schwere Gefährdung für ein Grundinteresse der Gesellschaft darstellt.²⁸² Beschränkungen des Freizügigkeitsrechts der Familienangehörigen sind ungeachtet ihrer Staatsangehörigkeit nur unter den für Unionsbürger geltenden engen Voraussetzungen zulässig (vgl § 6 Abs. 1, Art. 27 Freizügigkeits-RL). Aus diesem Grund gilt das bei Rn X Dargestellte entsprechend.²⁸³ Das Fehlen entgegenstehender Gründe der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit ist auch hier keine Vorbedingung für den Erwerb des Freizügigkeitsrechts: die lediglich deklaratorische Aufenthaltskarte darf nicht vorenthalten werden.

4. Absatz 3 – Überprüfung des Vorliegens oder des Fortbestandes der Voraussetzungen des Freizügigkeitsrechts

Eine Überprüfung nach Abs. 3 ist stets nur **aus besonderem Anlass** zulässig. Wann ein besonderer Anlass vorliegt, ist im Gesetz nicht näher definiert. Die Gesetzesbegründung zum ZuwG²⁸⁴ benennt beispielhaft die Inanspruchnahme von Sozialhilfe nicht erwerbstätiger Unionsbürger. Hierbei dürfte es sich in der Tat um einen besonderen Anlass handeln, wenngleich dieser Umstand nicht automatisch zu einem Verlust des Freizügigkeitsrechts führen muss.²⁸⁵ Darüber hinaus sieht die Gesetzesbegründung einen besonderen Anlass aber auch in der Entscheidung über die Verlängerung einer befristeten Bescheinigung. Dieses Beispiel hat sich mit Abschaffung der "Bescheinigung über das Freizügigkeitsrecht" (s. hierzu Rn 1) erledigt. Stets ist zu beachten, dass Art. 14 Abs. 2 S. 3 der Freizügigkeits-RL eine systematische Überprüfung der Freizügigkeitsvoraussetzungen verbietet. Es müssen vielmehr "begründete Zweifel" in "bestimmten Fällen" bestehen. Seit dem FreizügG/EU-ÄndG v. 21.1.2013 kann nicht nur der "Fortbestand" der Voraussetzungen des Freizügigkeitsrechts in diesem Sinne überprüft werden, sondern auch das erstmalige Vorliegen. Diese Ergänzung nimmt Bezug auf den ebenfalls durch das FreizügG/EU-ÄndG v. 21.1.2013 neu geschaffenen § 2 Abs. 7. Dieser neue Absatz dient ausweislich der Gesetzesbegründung der "Bekämpfung von Rechtsmissbrauch und Betrug"²⁸⁶. Ein "besonderer Anlass" in diesem Normzusammenhang ist daher dann gegeben, wenn begründete Zweifel an der Absicht bestehen, dass das Begleiten oder Nachziehen von Familienangehörigen erfolgt, um eine eheliche oder familiäre Lebensgemeinschaft im Bundesgebiet zu führen oder bei begründetem Anlass zu der Vermutung, dass gefälschte/verfälschte Dokumente vorgelegt werden oder andere Arten von Täuschungen gegeben sind.²⁸⁷ Zur Beweislast in diesem Fällen, siehe unten III. Praktische Hinweise zum behördlichen und gerichtlichen Verfahren.

Eine Überprüfung ist nur innerhalb der ersten fünf Jahre nach Begründung des ständigen Aufenthalts zulässig, § 5 Abs. 4. Das Datum der Ausstellung eines Dokuments ist somit nicht maßgeblich, es kommt auf die tatsächli-

(1.1.2005) bereits bestandskräftige Alt-Ausweisungen nach vormaligem Recht als Verlustfeststellungen iSd § 6 Abs. 1 FreizügG/EU fortgelten, sich nicht durch die Änderung der Rechtslage erledigt haben und deren Sperrwirkung daher weiterhin via § 7 Abs. 1 Satz 1 FreizügG/EU Geltung beansprucht, ist zu beachten, dass dies nur für nach altem Recht rechtmäßige Ausweisungsverfügungen gilt. Für (unions-)rechtswidrige Altausweisungen gilt das im Haupttext Dargestellte.

²⁸⁰ Vgl Welte, InfAusIR 2005, 8 (13, Fn 15); ebenso VGH Mannheim, Urt. v. 30.4.2014, 11 S 244/14, juris (siehe letzter Absatz vor der Kostenentscheidung).

²⁸¹ EuGH, Rs. C-459/99 (MRAX), InfAusIR 2002, 417 = EZAR 814 Nr. 8; EuGH, Rs. C-60/00 (Carpenter), NVwZ-Beilage I 10/2002, 105 = InfAusIR 2002, 373 = EZAR 812 Nr. 19; EuGH, Rs. C-157/03 (Kommission/Spanien), InfAusIR 2005, 229; OVG Münster, Beschl. v. 17.3.2005 – 19 B 265/05 – ANA-ZAR 2005, 16; VG Aachen, Urt. v. 9.5.2005 – 8 K 3072/03 -, ANA-ZAR 2005, 23; vgl auch Dienelt, InfAusIR 2002, 113.

²⁸² EuGH, Rs. C-503/03 (Kommission/Spanien), InfAusIR 2006, 169 = DVBl. 2006, 584.

²⁸³ Daher: keine unerlaubte Einreise trotz Sperrwirkung, OVG Hamburg, InfAusIR 2004, 57.

²⁸⁴ BT-Drucks. 15/420, S. 104.

²⁸⁵ Vgl zum Freizügigkeitsrecht und der Inanspruchnahme von Sozialhilfe Rn XX.

²⁸⁶ BT-Drucks. 17/10746, S. 8.

²⁸⁷ Siehe BT-Drucks. 17/10746, S. 9.

che Begründung des Aufenthalts an.²⁸⁸ Schließlich ist zu beachten, dass sich das materielle Freizügigkeitsrecht aus verschiedenen Aspekten ergeben, sich anderweitig oder vollständig neu begründen kann.²⁸⁹ Die behördliche Überprüfung des Fortbestands des Freizügigkeitsrechts darf sich daher nicht darauf beschränken, ob die bei der *erstmaligen* Begründung des Freizügigkeitsrechts gegebenen Voraussetzungen weiterhin vorliegen. Es kommt vielmehr entscheidend auf das materielle Freizügigkeitsrecht im Zeitpunkt der Überprüfung und nicht darauf an, ob der Unionsbürger Freizügigkeit aus demselben Grund wie bei erstmaliger Ausstellung der Bescheinigung genießt.

5. Absatz 4 – Feststellung des Rechtsverlusts/Einziehung der Aufenthaltskarte

Sind die Voraussetzungen des Rechts nach § 2 Abs. 1 innerhalb von fünf Jahren nach Begründung des ständigen Aufenthalts im Bundesgebiet entfallen, kann der Verlust dieses Rechts festgestellt und, bei Familienangehörigen, die nicht Unionsbürger sind, die Aufenthaltskarte eingezogen werden. Die Verlustfeststellung bildet die Grundlage der Ausreisepflicht nach § 7. Wegfall der Voraussetzungen des Rechts nach § 2 Abs. 1 erfordert, dass sich das materielle Freizügigkeitsrecht aus keiner denkbaren Alternative ergibt (siehe Rn XYZ). Das **allgemeine Freizügigkeitsrecht** des Art. 20, 21 AEUV, § 4 FreizügG/EU ist hierbei stets im Auge zu behalten: wer krankenversichert ist und über ausreichende Existenzmittel verfügt, ist freizügigkeitsberechtigt. Ferner ist § 2 Abs. 3 zu berücksichtigen: wer vorübergehend gehindert ist, seiner abhängigen oder selbständigen Tätigkeit nachzugehen, verliert dadurch nicht zwangsläufig seine Eigenschaft als Arbeitnehmer oder Selbständiger (vgl auch Art. 7 Abs. 3 Freizügigkeits-RL). Selbst die Inanspruchnahme von **Sozialhilfeleistungen** vermag nicht automatisch einen möglichen Verlust des Freizügigkeitsrechts zu begründen. Erforderlich ist vielmehr eine **unangemessene** Inanspruchnahme.²⁹⁰ Wann die Inanspruchnahme unangemessen ist, richtet sich nach den konkreten Umständen des Einzelfalls unter Berücksichtigung der persönlichen Situation des Betroffenen. Eine schematische Betrachtung scheidet aus.²⁹¹ Anders als noch nach § 11 AufenthG/EWG und der entsprechenden Regelung in § 51 Abs. 1 Nr. 6 bzw Nr. 7 AufenthG erlischt die Aufenthaltskarte nach geltendem Recht **nicht kraft Gesetz** durch einen mehr als **sechs Monate dauernden Aufenthalt** außerhalb des Geltungsbereichs des FreizügG/EU. Eine Parallelvorschrift zum alten § 11 AufenthG/EWG findet sich im FreizügG/EU nicht. § 51 Abs. 1 Nr. 6 bzw Nr. 7 AufenthG sind gem. § 11 Abs. 1 FreizügG/EU, § 1 Abs. 2 Nr. 1 AufenthG nicht anwendbar. Bei Abwesenheit kann das Freizügigkeitsrecht zwar entfallen, dies muss die insoweit beweisbelastete Behörde jedoch durch Verwaltungsakt feststellen. Hierbei ist der gesetzliche Verweis auf die Bestimmung des § 4 a Abs. 6 zu berücksichtigen, s. Abs. 4 S. 2. Abwesenheitszeiten bis zu insgesamt sechs Monaten im Jahr sind ohne weiteres unschädlich. Ebenso eine längere Abwesenheit zur Ableistung eines Wehr- oder Ersatzdienstes. Schließlich hat kraft Gesetzes auch eine einmalige Abwesenheit von bis zu zwölf Monaten aus wichtigem Grund keinen Einfluss auf den Bestand des Freizügigkeitsrechts. Beispielfhaft und nicht abschließend wird Schwangerschaft, schwere Krankheit, Berufsausbildung, Studium oder berufliche Entsendung genannt²⁹².

Nach Ablauf eines Zeitraums von **fünf Jahren** seit Begründung des ständigen Aufenthalts im Bundesgebiet ist § 5 Abs. 4 unanwendbar. Der Begriff des **ständigen Aufenthalts** ist weder gleichzusetzen mit dem gewöhnlichen Aufenthalt iSd § 8 oder § 10 StAG noch mit dem dauernden Aufenthalt iSd Art. 2 AG-StlMindÜbk.²⁹³ Es handelt sich vielmehr um einen unionsrechtlichen Begriff aus der VO 1251/70/EWG.²⁹⁴ In § 4 a findet er sich im FreizügG/EU wieder; zu Einzelheiten vgl die Kommentierung dort. Für den Beginn der Frist kommt es nach dem Wortlaut des Gesetzes nicht auf das Ausstellungsdatum der Aufenthaltskarte an. Der Aufenthalt muss auch **nicht** fünf Jahre ununterbrochen **rechtmäßig** gewesen sein, solange er nur ständig iSv § 4 Abs. 5 war. Diesbe-

²⁸⁸ Vgl Ferner Rn XY.

²⁸⁹ Vgl EuGH, Rs. C-482/01 und C-493/01 (Orfanopoulos und Oliveri), NVwZ 2004, 1099 = InfAusIR 2004, 268; BT-Drucks. 15/420, S. 104, zu § 5 letzter Abs.; Westphal/Stoppa, InfAusIR 2004, 133.

²⁹⁰ Siehe maßgeblich EuGH, Urt. v. 19.9.2013, Rs. C-140/12 (Brey) und insbesondere Rn 63 -72 (Besprechung des Urteils zB von Thym, NZS 2014, 81); EuGH, Rs. C-184/99 (Grzelczyk), InfAusIR 2001, 481 = DVBl. 2001, 1662 = EZAR 2001, 481; EuGH, Rs. C-456/02 (Trojani), InfAusIR 2004, 417 = EZAR 811 Nr. 54; EuGH, Rs. 139/85 (Kempf), EuGHE 1986, 1741; vgl auch EuGH, Rs. C-209/03 (Bidar), InfAusIR 2005, 230, sowie Erwägungsgründe 10 und 16, Art. 14 Abs. 1, Abs. 3 der Freizügigkeits-RL; Groß, ZAR 2005, 81 (82 f); Schönberger, ZAR 2006, 226; Hailbronner, JZ 2005, 1138 (1141), der die genannte Rechtsprechung des EuGH im Übrigen jedoch heftig kritisiert, vgl ders., NJW 2004, 2189 und ZaöRV 64 (2004), 603; ebenfalls eher kritisch Steinberg/Kanitz, EuR 2003, 1013. Vgl aus der deutschen Rechtsprechung zB VGH München, Beschl. v. 16.1.2009, 19 C 08.3271, InfAusIR 2009, 144 = NVwZ-RR 2009, 697Instruktiv zum Ganzen (auch wenn schon etwas veraltet) Hatje/Huber (Hrsg.), Unionsbürgerschaft und soziale Rechte, EuR-Beiheft Nr. 1, 2007.

²⁹¹ Vgl. EuGH, Urt. v. 19.9.2013, Rs. C-140/12 (Brey) und insbesondere Rn 63 -72; siehe auch schon Fehrenbacher, ZAR 2004, 241. Zu den hierbei zu berücksichtigten Aspekten siehe zB die Hinweise in der Mitteilung der Kommission v. 2.7.2009, KOM 2009, 313, Kapitel 2.3.1.

²⁹² Vgl auch VGH Mannheim, InfAusIR 2007, 373 und EuGH, Urt. v. 19.6.2014, Rs. C-507/12 (Prix).

²⁹³ Gesetz zur Vermeidung von Staatenlosigkeit vom 29.7.1977, BGBl. I S. 1101.

²⁹⁴ Vom 29.6.1970, ABl. Nr. 1251 S. 70 (Verbleibeberechtigte).

züglich unterscheidet das Gesetz an verschiedenen Stellen ganz bewusst zwischen „ständig“ (zB § 5 Abs. 4, § 4 a Abs. 2 Nr. 1, § 4 a Abs. 2 Nr. 2b) und „ständig rechtmäßig“ (zB § 4 a Abs. 1 und § 4 a Abs. 5). Für die Annahme eines Redaktionsversehens ist daher kein Raum.²⁹⁵ Zur Berechnung der Aufenthaltszeit und unschädlichen Unterbrechungen siehe oben.

Die behördliche Feststellung nach § 5 Abs. 4 ist Verwaltungsakt, iSd § 35 S. 1 VwVfG. Ihrer bedarf es sowohl bei Unionsbürgern als auch bei ihren Familienangehörigen aus Drittstaaten.²⁹⁶ Die Entscheidung über die Verlustfeststellung steht im **Ermessen der Behörde**. Der Wegfall der Freizügigkeitsvoraussetzungen muss daher nicht zwingend oder automatisch zu einer Verlustfeststellung führen. Ohne Verlustfeststellung, besteht schon keine Ausreisepflicht (siehe § 7 Abs. 1). Entscheidet sich die Behörde zum Erlass einer Verlustfeststellung, muss sie den Bescheid im Einzelfall begründen und Ermessenserwägungen anstellen.²⁹⁷ Die unionsrechtlichen Verfahrensgarantien der Art. 30 und 31 Freizügigkeits-RL finden auf die Verlustfeststellung sinngemäß Anwendung und müssen beachtet werden (Art. 15 Freizügigkeits-RL). Die Einziehung der Aufenthaltskarte folgt der Feststellung des Rechtsverlusts nach und kann nicht isoliert angeordnet werden; sie ist daher eine Annexmaßnahme zu der Feststellung, ohne eigenständigen Regelungsgehalt; dies insb. auch deswegen, weil - wie oben Rn X dargestellt - die Erteilung der Aufenthaltskarte schon kein VA ist. Dieser Befund wird auch dadurch unterstrichen, dass mit dem FreizügG/EU-ÄndG v. 21.1.2013 in Abs. 4 nicht mehr von einem *Widerruf* der Aufenthaltskarte die Rede ist, sondern von der *Einziehung*.

6. Absatz 5 – Bescheinigung über Daueraufenthaltsrecht

Abs. 5 wurde durch das 2. ÄndG neu eingefügt und dient der Umsetzung der Art. 19 und 20 der Freizügigkeits-RL. Die Bestimmung ist im Zusammenhang mit den unionsrechtlichen Regelungen zum Daueraufenthaltsrecht zu lesen. Diese sind nunmehr in §4 a zusammengefasst. Zum Nachweis der Daueraufenthaltsberechtigung wird Unionsbürgern **auf Antrag** unverzüglich eine **Bescheinigung des Daueraufenthalts**, ihren Familienangehörigen, die nicht Unionsbürger sind, auf Antrag eine **Daueraufenthaltskarte** ausgestellt. Zur äußeren Gestaltung dieser Dokumente, vgl § 58 Nr. 14 AufenthV. Bereits der Wortlaut macht deutlich, dass auch diese Dokumente lediglich deklaratorische Bedeutung haben, das Daueraufenthaltsrecht also nicht begründen, sondern nur bescheinigen. Aus den oben, Rn X, dargelegten Gründen können diese Dokumente nicht als (feststellende) Verwaltungsakte angesehen werden.²⁹⁸

7. Absatz 6 – Verlust des Daueraufenthaltsrechts

Ebenso wie die Regelung in Abs. 5 wurde auch diejenige in Abs. 6 erst durch das 2. ÄndG in das FreizügG/EU aufgenommen (damals noch in ihrer Zählung als Abs. 6 und Abs. 7). Hinsichtlich der in § 4 a Abs. 7 enthaltenen Regelung über den Verlust des Daueraufenthaltsrecht erklärt Abs. 6 den Abs. 4 S. 1 für entsprechend anwendbar und trifft damit eine sehr bedeutende Regelung: der Wortlaut des § 4 a Abs. 7 für sich genommen könnte nämlich so verstanden werden, als führe allein die Abwesenheit aus einem seiner Natur nach nicht vorübergehenden Grund von mehr als zwei aufeinander folgenden Jahren zu einem automatischen Verlust des Daueraufenthaltsrechts. Erst der in § 5 Abs. 6 enthaltene Verweis auf § 5 Abs. 4 S. 1 macht deutlich, dass es auch in diesem Fall

²⁹⁵ Im Ergebnis ebenso VG Osnabrück, Beschl. v. 31.8.2009, 5 A 63/09, ANA-ZAR 2009, 34; aA OVG Lüneburg, Beschl. v. 11.7.2013, 8 LA 148/12, juris.

²⁹⁶ Mit Streichung des alten § 7 Abs. 1 S. 2 aF durch das FreizügG/EU-ÄndG v. 21.1.2013 kann diese Frage als geklärt gelten. Zuvor erschien es nicht gänzlich ausgeschlossen, aus dem Wortlaut dieser gestrichenen Bestimmung zu folgern, dass bei Familienangehörigen aus Drittstaaten allein der Widerruf der Aufenthaltskarte ausreichen könnte und es keiner zusätzlichen Feststellung des Verlusts des Freizügigkeitsrechts bedürfte (siehe zum Ganzen noch die Voraufage des HK-AuslR, § 5 FreizügG/EU Rn 14).

²⁹⁷ Vgl. Renner, AuslR § 5 FreizügG/EU Rn 60; ebenso GK-AufenthG/Epe, IX, § 5 FreizügG/EU Rn 62, der darauf hinweist, dass eine Verlustfeststellung zB dann unverhältnismäßig sein kann, wenn bis zur Erlangung des Daueraufenthaltsrechts nur noch kurze Zeit zurückzulegen ist. Siehe auch Welte, ZAR 2014, 190 (192): "Solange gemäß den Verfahrensgarantien (Art. 15, 30 und 31 Freizügigkeits-RL) keine schriftliche Verlustfeststellung (...) erfolgt, ist der Aufenthalt des Unionsbürgers auch aus Gründen des Vertrauensschutzes als rechtmäßig einzustufen (...)" ; auch Welte ZAR 2009, 336 (344) Aus all diesen Zusammenhängen wird deutlich, dass die Verlustfeststellung konstitutiven und nicht nur deklaratorischen Charakter hat. Die gegenteilige von Thym vertretene Einzelmeinung (NZZ 2014, 81; ZAR 2014, 220) vermag nicht zu überzeugen.

²⁹⁸ Für Daueraufenthaltsbescheinigungen und Daueraufenthaltskarten ab 2013 auch Renner, AuslR § 5 FreizügG/EU Rn 40 und 45; aA (feststellende Verwaltungsakte) Kloesel/Christ/Häußer, AuslR, § 5 FreizügG/EU Rn 143 ff. Vgl. zum Ganzen auch BVerwG, Urt. v. 31.5.2012, 10 C 8.12, NVwZ-RR 2012, 821 = InfAuslR 2012, 348: Ausstellung der Bescheinigung über das Bestehen des Daueraufenthaltsrechts ist schlicht hoheitliches Handeln, richtige Klageart daher die allgemeine Leistungsklage; ebenso bereits OVG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 28.4.2009, 2 B 22.07, juris.

der **ausdrücklichen behördlichen Feststellung** des Verlusts bedarf.²⁹⁹ Der Verweis auf die entsprechende Anwendung des Abs. 4 bezieht sich ferner auf die Einziehung der Daueraufenthaltsbescheinigung und der Daueraufenthaltskarte.

§ 11 Anwendung des Aufenthaltsgesetzes

(1) *1* Auf Unionsbürger und ihre Familienangehörigen, die nach § 2 Abs. 1 das Recht auf Einreise und Aufenthalt haben,

(...)

¹¹Das Aufenthaltsgesetz findet auch dann Anwendung, wenn es eine günstigere Rechtsstellung vermittelt als dieses Gesetz.

(2) Hat die Ausländerbehörde das Nichtbestehen oder den Verlust des Rechts nach § 2 Abs. 1 festgestellt, findet das Aufenthaltsgesetz Anwendung, sofern dieses Gesetz keine besonderen Regelungen trifft.

(3) Zeiten des rechtmäßigen Aufenthalts nach diesem Gesetz unter fünf Jahren entsprechen den Zeiten des Besitzes einer Aufenthaltserlaubnis, Zeiten über fünf Jahren dem Besitz einer Niederlassungserlaubnis.

Leseprobe aus dem Konzept der 2. Auflage des HK-AuslR (Hrsg. Hofmann, NOMOS-Verlag):

I. Allgemeines

Abs. 1 benennt Vorschriften des AufenthG, die auch auf Freizügigkeitsberechtigte allgemein Anwendung finden sollen. In den Sätzen 2, 8 und 9 wird dies sogleich wieder eingeschränkt. Mit den Sätzen 3 – 7 und 10 werden bestimmte Vorgaben zur Gestaltung von Aufenthaltskarten für anwendbar erklärt. Schließlich wird in Satz 11, etwas versteckt, das „**Günstigkeitsprinzip**“ normiert.

Abs. 2 erklärt das AufenthG zur Gänze für anwendbar, sofern die ABH das Nichtbestehen von Freizügigkeitsrechten festgestellt hat. Abs. 3 enthält eine Anrechnungsregel, mit der Voraufenthaltszeiten von Freizügigkeitsberechtigten den Aufenthaltszeiten nach dem AufenthG gleichgestellt werden.

Während nach dem AufenthG/EWG nahezu alle Vorschriften des allgemeinen Ausländerrechts auch auf Freizügigkeitsberechtigte Anwendung finden sollten, soweit das Spezialgesetz keine abweichenden Vorschriften enthielt (§ 1 Abs. 2 AuslG 1990, § 15 AufenthG/EWG), wählte der Gesetzgeber des ZuwG einen anderen Ansatz: Mit dem FreizügG/EU sollte ein Gesetz geschaffen werden, welches im Wesentlichen für sich alleine steht; nur noch für bestimmte Lebenssachverhalte sollen einzelne, ausdrücklich benannte Vorschriften aus dem AufenthG subsidiär herangezogen werden. Mit dem FreizügG-ÄndG wurde dieser Wechsel teilweise rückgängig gemacht wurde, indem nun so viele Normen des AufenthG gelten sollen, dass von Ausnahmen kaum noch gesprochen werden kann; darüber hinaus findet das AufenthG auf Freizügigkeitsberechtigte grds. (Ausnahme: Richterrecht, s. Rn 4) keine Anwendung, § 1 Abs. 2 Nr. 1 AufenthG.

Obwohl dieser Ansatz europarechtlich der richtige Weg ist, gibt es eine ganze Reihe von Koordinationsproblemen bei der Anwendung von § 11. Nicht immer zeitigen die durch Verweisung auf Vorschriften des AufenthG beabsichtigten Wirkungen auch europarechtlich zulässige Ergebnisse. In diesem Zusammenhang ist besonders bedauerlich, dass das FreizügG/EU nicht – wie noch die Vorgängervorschrift des § 15a AufenthG/EWG³⁰⁰ –

299 Vgl auch BT-Drucks. 15/5065, S. 211; Kloesel/Christ/Häußer, AuslR, § 5 FreizügG/EU Rn 161.

³⁰⁰ § 15 a AufenthG/EWG hatte (auszugsweise) folgenden Wortlaut:

„Verordnungen und Richtlinien der EG

(1) Die Verordnung der Kommission der Europäischen Gemeinschaften über das Recht der Arbeitnehmer, nach Beendigung einer Beschäftigung im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaates zu verbleiben, (...) bleibt unberührt; insoweit haben § 1 Abs. 1 Nr. 5, § 1 Abs. 2 S. 1, § 2 Abs. 2, §§ 6 a und 7 Abs. 2, 3, 4 und 8 nur deklaratorische Bedeutung.

(2) Der Bundesminister des Innern wird ermächtigt, dieses Gesetz durch Rechtsverordnung mit Zustimmung des Bundesrates nachfolgenden Verordnungen der Europäischen Gemeinschaften zur Regelung von Einreise und Aufenthalt von Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten anzupassen.

ausdrücklich ausweist, dass das supranationale Europarecht der nationalen Kodifikation im Konfliktfall vorgeht. Die sich aus dem **Diskriminierungsverbot** gem. Art. 24 Freizügigkeits-RL ergebende und in Abs. 1 S. 11 bestätigte Verpflichtung zur Gleichbehandlung von Freizügigkeitsberechtigten mit Inländern, ausgenommen dort, wo europäisches (nicht deutsches!) Recht Abweichungen ausdrücklich erlaubt, wird so nicht völlig deutlich. Dabei ist genau dies der „Lackmus-Test“ zur Überprüfung der richtigen Umsetzung der Freizügigkeits-RL. Trotz des Fehlens eines solchen gesetzgeberischen Hinweises, besteht aber kein Streit über den Vorrang europäischer Rechtsnormen/Gesetze.³⁰¹ Meinungsverschiedenheiten bestehen allenfalls in Einzelfällen darüber, in welchem Umfang europäisches Recht Abweichungen gegenüber dem deutschen Recht enthält. Hierüber zu entscheiden ist im Einzelfall ggf der EuGH berufen.

II. Im Einzelnen

1. Abs. 1 – Anwendung des AufenthG im Einzelfall

(...)

i) Satz 11 – Günstigkeitsprinzip

Dass günstigere Regelungen, die im allgemeinen Ausländerrecht bestehen, auch auf Freizügigkeitsberechtigte Anwendung finden müssen, ergibt sich bereits aus europäischem Recht, insb. Art. 18 AEUV, dem allg. Diskriminierungsverbot aus Gründen der Staatsangehörigkeit. Zum Diskriminierungsverbot gehört auch die Meistbegünstigung.³⁰² Das betrifft im Übrigen nicht nur das AufenthG, sondern jede sonstige ausländerrechtliche Regelung, auch soweit sie in anderen Rechtsvorschriften enthalten ist. Mit Satz 11 geht der Gesetzgeber über Art. 24 Freizügigkeits-RL hinaus, der nur eine Gleichstellung mit Deutschen verlangt.³⁰³ Dies ist ihm aber ausdrücklich gestattet, Art. 37 Freizügigkeits-RL. Das Günstigkeitsprinzip bewirkt, dass immer dann das AufenthG analog Anwendung findet, wenn es für Deutsche, Drittstaatsangehörige oder ihre Familienangehörigen eine bessere Rechtsstellung vermittelt, als die speziellen Vorschriften des FreizügG/EU oder der Freizügigkeits-RL.³⁰⁴ So klar dieser Grundsatz ist, so leicht wird er übersehen, vielleicht, weil er in der Rspr ein Schattendasein fristet. Bspw. können **folgende Vorschriften** günstigere Rechtsfolgen zeitigen.³⁰⁵

(1) § 9 Abs. 2 S. 3, 6 AufenthG: Daueraufenthaltsrecht für verfrüht, also vor Erreichen der in § 4a, insb. Abs. 2, aus dem Erwerbsleben Ausgeschiedene und ihre Familienangehörige, bei Vorliegen der in § 9 Abs. 2 S. 3 AufenthG genannten Voraussetzungen.

(2) §§ 19, 18b, 19a Abs. 6 und 21 Abs. 4 AufenthG: Daueraufenthaltsrecht für Hochqualifizierte ohne oder nach nur kurzer Wartezeit, ebenso für Absolventen deutscher Hochschulen und erfolgreiche Selbständige.

(3) § 28 Abs. 2 AufenthG: Daueraufenthaltsrecht für Ehegatten von Unionsbürgern nach drei Jahren; der rechtmäßige Aufenthalt iS von §§ 3 Abs. 2, Abs. 1, 2 entspricht dem Besitz einer AE iS von § 28 Abs. 2.

(4) § 38 AufenthG: (Dauer-)Aufenthaltsrecht für ehemalige Unionsbürger, die zu dem Zeitpunkt in Deutschland leben, als sie ihren Unionsbürgerstatus, bspw durch Rücknahme der Einbürgerung in den Staatsverband eines Mitgliedstaats, verloren haben.

(5) § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 AufenthG: Nachzugs- bzw Zuzugsanspruch eines jeden sorgeberechtigten Elternteils eines Unionsbürgerkindes; nach der Fassung des FreizügG/EU und der Freizügigkeits-RL hat das Unionsbürgerkind nur Anspruch auf Aufenthalt desjenigen Elternteils, dem es selbst Unterhalt gewährt. Das über § 28 Auf-

(3) Der Bundesminister des Innern kann durch Rechtsverordnung mit Zustimmung des Bundesrates die Einreise und den Aufenthalt anderer als der in § 1 Abs. 1 und 2 bezeichneten Personen regeln, soweit es zur Ausführung der Richtlinien des Rates der Europäischen Gemeinschaften (...) erforderlich ist.

³⁰¹ Das sind Verordnungen, die direkt anwendbar sind, und Richtlinien spätestens nach Ablauf der Umsetzungsfrist, sofern die in ihnen enthaltenen Vorschriften klar und eindeutig sind. Soweit allerdings eine (neue) Richtlinie eine Zusammenfassung bisher versprengter Einzelvorschriften darstellt, bedarf es des Zuwartens auf den Ablauf der Umsetzungsfrist nicht. So zu Recht Gutmann, Die neue Unionsbürger-Richtlinie 2004/38/EG und ihr Verhältnis zu Art. 14 Abs. 1 ARB 1/80, InfAuslR 2005, 401, 402 (Fn 11) unter Berufung auf Hess.VGH, Beschl. v. 2.5.2005, 12 TG 1205/05, InfAuslR 2005, 295. S. auch EuGH, Urt. v. 22.11.2005, C-144/04 (Mangold), der festhält, dass auch vor Ablauf der Umsetzungsfrist erlassenes nationales Recht vom Richter unangewendet bleiben muss, wenn es einer Richtlinie widerspricht (im konkreten Fall ein Diskriminierungsverbot).

³⁰² S. hierzu auch die Gesetzesbegründung BT-Drucks. 15/420, 105 f.

³⁰³ Dienelt in: Renner, AuslR, 10. Aufl., § 11 FreizügG/EU Rn 29.

³⁰⁴ Dienelt in: Renner, AuslR, 10. Aufl., § 11 FreizügG/EU Rn 35 schränkt den Grundsatz dahingehend ein, dass nur solche Regelungen zu übertragen seien, die nicht untrennbar mit der geregelten Rechtsstellung verbunden sind und stellt damit mutmaßlich auf Privilegierungen ab, die nur bestimmten Drittstaatsangehörigen zugute kommen, bspw § 26 Abs. 3 AufenthG.

³⁰⁵ S. hierzu auch GK-AufenthG/Epe, IX-2 § 11 Rn 44 ff.

enthG bestehende Aufenthaltsrecht des für ein Unionsbürgerkind Sorgeberechtigten ist analog § 28 AufenthG unabhängig von der Sicherung des Lebensunterhalts.³⁰⁶

(6) § 31 AufenthG: eigenständiges Aufenthaltsrecht von Ehegatten. Nach § 31 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 AufenthG aF betrug die Ehebestandszeit bis zum 30.6.2011 nur 2 Jahre; für Altfälle ist dies die günstigere Regelung. Gemäß § 31 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 AufenthG erwirbt ein Drittstaatsangehöriger ein eigenständiges Aufenthaltsrecht, sobald sein Ehegatte verstirbt; nach § 3 Abs. 3 S. 1 frühestens nach mindestens einjährigem Zusammenleben in Deutschland. Nach § 31 Abs. 2 S. 1, S. 4 AufenthG entsteht das eigenständige Aufenthaltsrecht – zumindest im ersten Jahr – im Gegensatz zu § 3 Abs. 5 unabhängig von einer Erwerbstätigkeit des Getrenntlebenden.

(7) §§ 34 Abs. 2, 35 AufenthG: eigenständiges Aufenthaltsrecht von Kindern. Sofern drittstaatsangehörige Kinder von Unionsbürgern kein Daueraufenthaltsrecht nach § 4a Abs. 1 erwerben, haben sie mit Erreichen der Volljährigkeit nur dann ein europäisches Aufenthaltsrecht, wenn sie sich in einer Ausbildung befinden (s. § 3 Rn 14). Insoweit kann das AufenthG günstiger sein.

(8) § 27 Abs. 5 AufenthG: Arbeitserlaubnis für Familienangehörige von Unionsbürgern, die nur eingeschränkten Arbeitsmarktzugang haben, wie derzeit Kroaten. Weil Familienangehörige nicht nur, wie früher, entsprechend dem Stammberechtigten, sondern stets vollen Zugang zum Arbeitsmarkt haben, gilt zwar für den kroatischen Stammberechtigten die eingeschränkte Arbeitnehmerfreizügigkeit, für seine Familienangehörigen aber § 27 Abs. 5 AufenthG. Familienangehörige haben daher uneingeschränkten Arbeitsmarktzugang. Ferner findet für kroatische Studierende § 16 Abs. 3 AufenthG entsprechende Anwendung.

(9) § 25 Abs. 4a AufenthG: Aufenthaltsrecht für Opfer von Menschenhandel.³⁰⁷ Die erwerbsunfähige, auf Sozialleistungen angewiesene Unionsbürgerin, die Opfer einer Straftat nach §§ 232 – 233a StGB wurde, kann deshalb auch für einen mehr als dreimonatigen Aufenthalt einen entsprechenden Anspruch geltend machen.

(10) § 44 IV AufenthG: Anspruch auf kostenlose Teilnahme an einem Integrationskurs, da Spätaussiedler einen solchen gem. § 9 Abs. 1 BFVG haben (s.a. Rn 14).³⁰⁸

(11) § 82 Abs. 3 AufenthG: besondere Belehrungspflichten, sofern diese nicht schon durch Art. 41 GRC geboten sind.

Auf die Freizügigkeitsberechtigung des Unionsbürgers kommt es für die entsprechende Anwendung des AufenthG nicht an. Zwar gilt das Diskriminierungsverbot von Art. 24 Freizügigkeits-RL nur für nach der RL Berechtigte. Für Unionsbürger streitet nach dem FreizügG/EU aber zum einen die Freizügigkeitsvermutung. Zum anderen gilt für nicht (mehr) Freizügigkeitsberechtigte das AufenthG gemäß Abs. 2 zur Gänze.

2. Absatz 2 – Generelle Anwendbarkeit des AufenthG

Die Vorschrift sieht vor, dass – unter Berücksichtigung der Anrechnungsregel des Absatzes 3 – das „allgemeine Ausländerrecht“ auf solche (ehemals) Freizügigkeitsberechtigte Anwendung findet, bei denen das Nicht(mehr)bestehen des Freizügigkeitsrechts förmlich, also durch Verlustfeststellungs- (§§ 6 Abs. 1, 5 Abs. 4, Abs. 6) oder Nichtbestehensentscheidung (§ 2 Abs. 7), festgestellt wurde, sofern das FreizügG/EU keine besonderen Regelungen trifft.

Angesichts des allumfassenden Freizügigkeitsrechts, niedergelegt in Art. 21 AEUV, darf Absatz 2 allerdings erst Anwendung finden, wenn die ABH (in seltenen Fällen) auch **zulässigerweise** den Verlust dieses Rechts vollziehbar festgestellt hat. Soweit die Gesetzesbegründung³⁰⁹ und Teile der Kommentarliteratur³¹⁰ die Möglichkeit in Betracht ziehen, das AufenthG zur Gänze schon anzuwenden, bevor die Feststellung bestandskräftig oder zumindest vollziehbar ist, bleibt festzuhalten: Dies wäre **unionsrechtswidrig** (str.). Ein europäisches „Grundrecht“ darf nicht nach Maßgabe unkontrollierter exekutiver Entscheidungen zur Disposition gestellt werden. Erst wenn die dahin gehende Feststellung der ABH gerichtlich überprüft und für begründet erklärt oder auf andere Weise bestandskräftig oder vollziehbar geworden ist, darf ein Unionsbürger, EWR-Bürger oder dessen Familienangehöriger mit Maßnahmen nach dem AufenthG überzogen werden.³¹¹

Dies ist auch zwingend aufgrund des **Diskriminierungsverbots**, was folgendes Beispiel erhellt: Würde einem Deutschen sein in der Verfassung verbrieftes Recht auf Freizügigkeit durch die Auferlegung eines Ausreiseverbotes bestritten, hätten, sofern nicht die sofortige Vollziehung angeordnet ist, von ihm eingelegte Rechtsmittel

³⁰⁶ Dienelt in: Renner, AuslR, 10. Aufl., § 11 FreizügG/EU Rn 38.

³⁰⁷ Erlass IM NRW „Behördlicher Umgang mit ausländischen Opfern von Menschenhandel“ vom 24.11.2010 (15-39.12.06-1-10-075), nv, S. 2.

³⁰⁸ Dienelt in: Renner, AuslR, 10. Aufl., § 11 FreizügG/EU Rn 31.

³⁰⁹ BT-Drucks. 15/420, 106.

³¹⁰ S. zB GK-AufenthG/Epe, IX-2 § 11 Rn 48: Wirksamkeit einer Verlustfeststellungsentscheidung genügt; so iE auch Dienelt in: Renner, AuslR, 10. Aufl., § 11 FreizügG/EU Rn 13 f.

³¹¹ S. auch Welte, Freizügigkeitsrecht der Unionsbürger nach dem FreizügG/EU, InfAuslR 2005, 8, 12; Brinkmann in: Huber, AufenthG, §11 FreizügG/EU Rn 33 mwN.

aufschiebende Wirkung, § 80 Abs. 1 S. 1 VwGO. Beim Freizügigkeitsberechtigten folgt das Recht auf Einreise und Aufenthalt ebenfalls aus höherrangigem Recht, dem AEUV und der Freizügigkeits-RL. Wird dieses Recht bestritten, etwa durch eine Feststellungsverfügung nach § 6, muss spiegelbildlich auch dieses Rechtsmittel aufschiebende Wirkung haben, sofern nicht wirksam die sofortige Vollziehung angeordnet worden ist. Die Gesetzesänderung in § 7 Abs. 1 S. 1, mit der das Wort „unanfechtbar“ gestrichen worden ist, hat deshalb zwar bewirkt, dass nicht stets die Bestandskraft maßgeblich ist. Vielmehr kann – in seltenen Fällen – auch gegenüber Unionsbürgern und ihren Familienangehörigen der Sofortvollzug angeordnet werden. Ist dies aber nicht geschehen, bleibt es beim Suspensiveffekt eines gegen die Verlustfeststellung eingelegten Rechtsmittels.

Eine **besondere Regelung** iS von Abs. 2 enthält nur § 7 Abs. 1 S. 4 zur Abschiebungsandrohung in Bezug auf die Länge der Ausreisefrist und die Wirkung eines Aussetzungsantrags gem. § 80 Abs. 5 VwGO. Wird allein auf die Wirksamkeit einer Verlustfeststellung, nicht auf die Vollziehbarkeit abgestellt, kann deshalb ein Bescheid rechtmäßig sein, der zum einen den Verlust des Freizügigkeitsrechts feststellt und des weiteren, gestützt auf § 11 Abs. 2, § 59 AufenthG, die Abschiebung unter Fristsetzung anordnet, wobei aber jedenfalls die Ausreisefrist gem. § 7 Abs. 1 S. 3 grds. mindestens 1 Monat betragen muss.³¹²

Vor dem Hintergrund der durch das europäische Recht gestellten Aufgabe ist allerdings jedem Versuch zu widerstehen, weitere vom FreizügG/EU nicht in Bezug genommene Vorschriften des allgemeinen Ausländerrechts auf Unionsbürger und ihre Familienangehörigen anzuwenden, sofern diese nicht vorteilhaft iS von Abs. 1 S. 11 sind.³¹³

Zu beachten ist außerdem der unterschiedliche Umfang des Anwendungsbereichs von Abs. 2 auf Personen, bei denen eine Feststellung hinsichtlich des Nichtbestehens oder Verlustes des Freizügigkeitsrechts vollziehbar erfolgt ist:

Eine Feststellung nach §§ 2 Abs. 7 und 5 Abs. 4, Abs. 6 mit dem Inhalt, dass das Freizügigkeitsrecht nicht oder nicht mehr besteht, wirkt nur so lange, bis der Freizügigkeitsberechtigte das Bundesgebiet freiwillig verlassen hat. Dieser Freizügigkeitsberechtigte ist auch nicht gehindert, gem. Art. 21 AEUV und Art. 6 Freizügigkeits-RL jederzeit wieder erneut einzureisen. Für einen solchen (ehemals) Freizügigkeitsberechtigten gilt das Prinzip der Anwendung des AufenthG nur vom Zeitpunkt der Bestandskraft (oder in den seltenen Fällen nach Anordnung der sofortigen Vollziehung: ab Vollziehbarkeit) der Feststellungsverfügung bis zu seiner Ausreise. Reist er anschließend wieder ein, gilt selbstverständlich erneut die Freizügigkeits-RL und auch das FreizügG/EU.

Anders ist es mit Personen, bei denen aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit ein Verlust des Freizügigkeitsrechts festgestellt worden ist (§ 6). Diese dürfen so lange nicht erneut in das Bundesgebiet einreisen, bis auf entsprechenden Antrag das Einreiseverbot befristet wurde (§ 7 Abs. 2). Auf einen solchen (ehemals) Freizügigkeitsberechtigten findet das Aufenthaltsgesetz Anwendung vom Zeitpunkt der Bestandskraft (oder im Falle der Anordnung der sofortigen Vollziehung: ab Vollziehbarkeit) bis zur rechtskräftigen Aufhebung des Einreise- und Aufenthaltsverbots. Dies begegnet allerdings unionsrechtlichen Zweifeln, weil die RüFuRL verlangt, dass Einreiseverbote mit Wirksamwerden befristet werden und hierfür kein Antrag notwendig ist (s. § 11 AufenthG Rn 2 ff, 7). Wenn aber schon jeder Drittstaatsangehörige einen antragsunabhängigen Befristungsanspruch hat, dann erst recht jeder Unionsbürger und sein Familienangehöriger. Nicht zuletzt folgt dies aus Abs. 1 S. 11. Insoweit begegnet die Beachtlichkeit eines nicht befristeten Einreiseverbots erheblichen unionsrechtlichen Bedenken. Jedenfalls ist eine etwaige Strafbarkeit bei Zuwiderhandlung gegen ein solches Verbot ausgeschlossen.³¹⁴

3. Absatz 3 – Anrechnungsregel

Die Vorschrift hat nur einen begrenzten Anwendungsbereich. Dafür ist sie allerdings hilfreich. Sie stellt klar, dass Zeiten des Aufenthalts eines Unionsbürgers oder seines Familienangehörigen in der Bundesrepublik bis zu einer bestandskräftigen oder vollziehbaren Verlustfeststellungs- oder Nichtbestehensentscheidung iSv § 2 Abs. 7, § 5 Abs. 4, Abs. 6 und § 6,³¹⁵ den Zeiten des rechtmäßigen Aufenthalts nach dem AufenthG gleichgesetzt werden. Hat der Unionsbürger oder sein Familienangehöriger weniger als 5 Jahre in Deutschland gelebt, so zäh-

³¹² So HessVGH, Beschl. v. 18.8.2011, 6 B 821/11, BeckRS 2011, 54795.

³¹³ S. dazu die bedauerliche Entscheidung des BVerwG v. 4.9.2007, 1 C 21.07, InfAuslR 2008, 1 und die zutreffende Kommentierung in § 102 AufenthG Rn 2.

³¹⁴ S. zu diesem Gedanken: AG Bersenbrück, Beschl. v. 5.6.2014, 6 Cs 602/13, ANA-ZAR 2014, 32, Dok. 3021.

³¹⁵ Dienelt in: Renner, AuslR, 10. Aufl., § 11 FreizügG/EU Rn 43.

len die hier zurückgelegten Zeiten als Zeiten des Besitzes der Aufenthaltserlaubnis. Hat er länger als 5 Jahre in Deutschland gelebt, so wird er behandelt, als besäße er eine Niederlassungserlaubnis.

Die Begrenztheit des Anwendungsbereichs ergibt sich daraus, dass aufgrund vieler europäischer Regelungen über das Aufenthaltsrecht (zB Verbleiberecht, Daueraufenthaltsrecht) Fälle relativ selten sein werden, in denen sich überhaupt eine Anrechnungsnotwendigkeit ergibt. Praktisch kann die Vorschrift nur dort Anwendung finden, wo die Freizügigkeitsberechtigung entfallen ist und der Unionsbürger oder sein Familienangehöriger trotzdem in der Bundesrepublik verbleiben oder nach hier zurückkehren möchte. Das betrifft vor allem Familienangehörige von Unionsbürgern/EWR-Bürgern mit Drittstaatsangehörigkeit, wenn eine Scheidung rechtskräftig geworden ist³¹⁶ oder Kinder von Unionsbürgern/EWR-Bürgern mit Drittstaatsangehörigkeit, deren Eltern nicht mehr in Deutschland leben.

Zu beachten ist bei der Anwendung, dass der Aufenthalt des Unionsbürgers oder seines Familienangehörigen nur „rechtmäßig“ gewesen sein muss. Es ist nicht erforderlich, dass in diesem Zeitraum eine entsprechende Bescheinigung, bsw. eine Aufenthaltskarte (§ 5 Abs. 1) ausgestellt worden war. Das gleiche gilt für andere Bestätigungen des Freizügigkeitsrechts in der Vergangenheit. Solche Bescheinigungen haben ohnehin nur **deklaratorische** Wirkung. Wenn ein tatsächlicher Aufenthalt vorgelegen hat, reicht dies schon mit Blick auf die Freizügigkeitsvermutung (s. § 2 Rn 4 und 6) für die Anwendung der Anrechnungsregelung aus.

C. Praktische Hinweise zum behördlichen und gerichtlichen Verfahren

1. Das Aufenthaltsrecht des Unionsbürgers

Das Freizügigkeitsrecht des Unionsbürgers besteht aufgrund des Unionsbürgerstatus ohne Weiteres. Einer Bescheinigung bedarf der Unionsbürger nicht und kann eine solche auch nicht einfordern. Nach Abschaffung der Aufenthaltskarte für Unionsbürger durch das FreizügG/EU-ÄndG 2013 genügt zum Nachweis seines Aufenthaltsrechts der Beleg seiner Staatsangehörigkeit, bspw. ein Personalausweis. Solange die ABH dieses unionsrechtliche Aufenthaltsrecht nicht in einem förmlichen Verfahren entzogen hat, streitet die **Freizügigkeitsvermutung** für sein Bestehen.

Erlässt die ABH eine Nichtbestehens- oder Verlustfeststellungsentscheidung gem. §§ 2 Abs. 7, 5 Abs. 4 oder Abs. 6, ist Rechtsschutz in Form von **Anfechtungswiderspruch und -klage**, §§ 42 Abs. 1, 68 Abs. 1 VwGO, einzuholen, die auch aufschiebende Wirkung entfalten, § 80 Abs. 1 VwGO. Als unselbständige Annexmaßnahme kann die Einziehung der Daueraufenthaltsbescheinigung bei Unionsbürgern oder der Einziehung der (Dauer-)Aufenthaltskarte bei Familienangehörigen aus Drittstaaten nicht isoliert angefochten werden, sondern ist Teil des Verfahrens gegen die Feststellung.

Haben sich die maßgeblichen Umstände erst nach Bestandskraft der Nichtbestehens- oder Verlustfeststellungsentscheidung geändert, ohne dass die ABH – trotz entsprechenden Hinweises und (vorsorglich) fristgerecht gestellten Antrags iSv § 51 VwVfG – hierauf reagiert, kann die **Feststellung des Bestehens eines Freizügigkeitsrechts** eingeklagt werden. Vorrangiger Rechtsschutz durch Verpflichtungsklage (§ 43 Abs. 2 VwGO) ist nicht zu erlangen. Das Freizügigkeitsrecht des Unionsbürgers wird gar nicht erst bescheinigt, so dass die ABH auch nicht zu einer Handlung verpflichtet werden kann. Zur Feststellung des Bestehens des Freizügigkeitsrechts von Unionsbürgern bleibt daher nur die **Feststellungsklage** iSv. § 43 Abs. 1 VwGO.

Sofern die Feststellungsentscheidung rechtswidrig war oder – falls man sie als Dauerverwaltungsakt qualifiziert – geworden ist, sollte vorsorglich (nach erfolglosem Antrag gegenüber der ABH) auch beantragt werden, die ABH zu verpflichten, die Entscheidung zurückzunehmen oder über den Antrag auf Rücknahme unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts neu zu entscheiden, soweit sie der Feststellung des Bestehens des Freizügigkeitsrechts entgegen steht.

2. Die Aufenthaltskarte für (Drittstaats-)Familienangehörige eines Unionsbürgers

Familienangehörigen eines Unionsbürgers, die nicht Staatsangehörige eines Mitgliedstaats sind, wird von Amts wegen eine Aufenthaltskarte ausgestellt (diese hieß nach dem FreizügG/EU 2005 zunächst „Aufenthaltserlaub-

³¹⁶ Nicht jedoch vorher, s. hierzu EuGH, Urt. v. 13.2.1985, C-267/83 (Diatta), NJW 1985, 2087 und Urt. v. 10.7.2014, Rs. C-244/13 (Ogieriakhi), curia.

nis-EU“, siehe oben Rn 1 und § 15). Sie ist kein AT. Das Freizügigkeitsrecht der Familienangehörigen folgt wie dasjenige der Unionsbürger unmittelbar aus den unionsrechtlichen Bestimmungen. Die Aufenthaltskarte hat daher rein deklaratorischen Charakter.³¹⁷ Was die Rechtsnatur dieser rein deklaratorischen Aufenthaltskarte angeht, wird nach der neueren Rechtsprechung des EuGH **nicht** mehr davon ausgegangen werden können, dass es sich hierbei um einen **feststellenden Verwaltungsakt** handelt.³¹⁸ In der verbundenen Rechtssache O., B., S. und G. hat der EuGH unter Verweis auf die Rechtssache Dias vom 21.7.2011 sinngemäß klargestellt, dass man allein auf Grundlage einer rechts gültig ausgestellten Aufenthaltskarte (dh unbeschadet dessen, dass ihr Inhaber die aufenthaltsrechtlichen Voraussetzungen nicht mehr erfüllt), kein unionsrechtliches Aufenthaltsrecht mit der Argumentation beanspruchen kann, dass die Feststellungswirkung der Aufenthaltskarte solange gilt, solange die Karte noch gültig und nicht widerrufen ist. Der Aufenthalt eines Familienangehörigen darf ebenso wenig allein deshalb als illegal eingestuft werden, weil er keine Aufenthaltskarte besitzt, wie er allein deshalb als im Sinne des Unionsrechts legal angesehen werden darf, weil dem Familienangehörigen eine solche Aufenthaltskarte rechts gültig erteilt wurde.³¹⁹ Die im deutschen Recht zur Begründung eines feststellenden VA vorgebrachte Argumentation, dass die Aufenthaltskarte verbindlich feststelle, dass die Voraussetzungen des § 2 Abs.1 und § 3 in der Person des betroffenen Familienangehörigen erfüllt seien³²⁰ und sie daher eine Maßnahme zur Regelung eines Einzelfalls mit unmittelbarer Rechtswirkung nach außen iSd § 35 VwVfG sei, kann angesichts dieser EuGH-Rechtsprechung nicht mehr gehalten werden.

Nach den Vorgaben von Art. 10 Abs. 1 S. 1 Freizügigkeits-RL wird die Aufenthaltskarte **sechs Monate nach Einreichung des Antrags** ausgestellt. Eine Bescheinigung über die Einreichung des Antrags auf Ausstellung der Aufenthaltskarte ist nach Art. 10 Abs. 1 S. 2 Freizügigkeits-RL unverzüglich auszustellen. Von diesen Vorgaben weicht der Wortlaut des § 5 Abs. 1 S. 1 und S. 2 insofern ab, als maßgeblicher Zeitpunkt nicht die Einreichung des Antrags ist, sondern der Zeitpunkt, in welchem "die erforderlichen Angaben gemacht" worden sind. Dieser Unterschied kann in der Praxis von Bedeutung sein. **Richtlinienkonform** ist § 5 Abs. 1 S. 1 und S. 2 daher dahin auszulegen, dass es jeweils auf den Zeitpunkt der Einreichung des Antrags ankommt.³²¹ Nach Maßgabe der Freizügigkeits-RL und des FreizügG/EU ist die Aufenthaltskarte grundsätzlich fünf Jahre lang gültig. Eine kürzere Gültigkeitsdauer ist nur zulässig, wenn die geplante Aufenthaltsdauer des Unionsbürgers weniger als fünf Jahre beträgt, Art. 11 Abs. 1 Freizügigkeits-RL. Bei Abwesenheiten von bis zu sechs Monaten im Jahr, oder längere Abwesenheiten wegen der Erfüllung militärischer Pflichten oder bei einer einzigen Abwesenheit von höchstens 12 aufeinander folgende Monaten aus wichtigen Gründen wie Schwangerschaft und Niederkunft, schwere Krankheit, Studium oder Berufsbildung oder berufliche Entsendung in einen anderen Mitgliedstaat oder Drittstaat, bedarf es – bei Rückkehr in das Bundesgebiet – keiner Neuausstellung der Aufenthaltskarte, siehe Art. 11 Abs 2 Freizügigkeits-RL.

Rechtsschutz gegen die Verweigerung der Ausstellung einer Aufenthaltskarte nach § 5 Abs. 1 sowie der Daueraufenthaltsbescheinigung und der Daueraufenthaltskarte nach § 5 Abs. 5 besteht, da es sich *nicht* um feststellende Verwaltungsakte handelt, in Form der **allgemeinen Leistungsklage**³²². Eines Widerspruchsverfahrens bedarf es daher nicht.

Für das Vorliegen der Voraussetzungen des § 5 Abs. 4 trägt die Ausländerbehörde die **materielle Beweislast**.³²³ Die trotz aller Bemühungen durch das Gericht (Untersuchungsgrundsatz, § 86 Abs. 1 VwGO) verbleibende

317 Vgl. EuGH, Urt. v. 12.3.2014, verb. Rs. C-456/12 und C-457/12 (O., B., S. und G.) Rn 60 mit Verweis auf EuGH, Urt. v. 21.7.2011, Rs. C-325/09 (Dias) Rn 49; EuGH, Rs. C-459/99 (MRAX), NVwZ – Beilage I 12/2002, 121 = InfAusLR 2002, 417 = EZAR 814 Nr. 8; EuGH, Rs. C-157/03 (Kommission/Spanien), InfAusLR 2005, 229; OVG Hamburg, InfAusLR 2004, 57; OVG Hamburg, NVwZ-RR 2000, 187 = InfAusLR 1999, 286; VG Aachen, Urt. v. 9.5.2005 – 8 K 3072/03 -, ANA-ZAR 2005, 23; Welte, InfAusLR 2005, 8; Fischer-Lescano, ZAR 2005, 288; Dienelt, InfAusLR 2002, 113; vgl. auch Ziff. 5.2.1 AVV-FreizügG/EU.

³¹⁸ So noch in der Voraufgabe des HK-AusLR, § 5 FreizügG/EU Rn 6; Kloesel/Christ/Häußer, AusLR, § 5 FreizügG/EU Rn 22; differenzierend Renner, AusLR, § 5 FreizügG/EU Rn 27ff, der danach unterscheidet, ob die Aufenthaltskarte nach "altem", dh bis Januar 2013 geltenden Recht (dann feststellender VA) oder nach "neuem" Recht (dann kein feststellender VA) ausgestellt wurde. Dies kann jedoch nicht überzeugen, da in beiden Fällen das nationale Recht der Umsetzung des Art. 10 Freizügigkeits-RL diene und die Richtlinie als solche unverändert geblieben ist. Die Vorgaben des EuGH zum richtigen Verständnis der Rechtsnatur der Aufenthaltskarte gelten daher seit Inkrafttreten der RiLi unbeeinflusst von nationalen Rechtsänderungen.

³¹⁹ Siehe EuGH, Urt. v. 12.3.2014, verb. Rs. C-456/12 und C-457/12 (O., B., S. und G.) Rn 60 mit Verweis auf EuGH, Urt. v. 21.7.2011, Rs. C-325/09 (Dias) Rn 49 (zum Verständnis lies Rn 44-55).

³²⁰ Mit dieser Begründung: Renner, AusLR, § 5 FreizügG/EU Rn 27; ebenso in der Voraufgabe des HK-AusLR, § 5 FreizügG/EU Rn 2.

³²¹ So auch Renner, AusLR § 5 FreizügG/EU Rn 18.

³²² Vgl. BVerwG, Urt. v. 31.5.2012, 10 C 8.12, NVwZ-RR 2012, 821 = InfAusLR 2012, 348 für die Daueraufenthaltsbescheinigung; ebenso bereits OVG Bln-Bbg, Urt. v. 28.4.2009, 2 B 22.07, juris,

³²³ Siehe BT-Drucks. 17/10746, S. 9.

Unerweislichkeit von Tatsachen wirkt sich zu ihren Lasten aus. Steht somit nicht unzweifelhaft fest, dass die Voraussetzungen des Freizügigkeitsrechts entfallen sind, hat das Gericht die von dem betroffenen Unionsbürger oder Familienangehörigen angefochtenen Maßnahmen nach § 5 Abs. 4 aufzuheben.

Maßgeblicher Zeitpunkt für die gerichtliche Überprüfung der Rechtmäßigkeit der Maßnahmen nach § 5 Abs. 4 ist derjenige der letzten mündlichen Verhandlung oder Entscheidung des Tatsachengerichts. Entwicklungen, die nach der letzten Behördenentscheidung eingetreten sind, hat das Gericht daher zu berücksichtigen. Dieser durch EuGH und BVerwG³²⁴ für Ausweisungsentscheidungen aufgestellte Grundsatz ist wegen identischer Wirkungen (Vgl § 7 FreizügG/EU³²⁵) auf die Feststellung nach § 5 Abs. 4 übertragbar.³²⁵

3. Kosten und Gebühren

Unionsbürger und ihre Familienangehörigen sind nach Maßgabe des § 2 Abs. 6 gesetzlich von der **Gebührenpflicht** befreit, soweit die Amtshandlung in der Ausstellung eines Visums besteht. Im Übrigen erklärt § 11 Abs. 1 und § 79 AufenthV den § 69 AufenthG sowie die §§ 44 ff. AufenthV für entsprechend anwendbar. Gebühren können daher für alle anderen nicht in § 2 Abs. 6 genannten Amtshandlungen anfallen, insbesondere für die Ausstellung der Aufenthaltskarte, die Bescheinigung des Daueraufenthalts sowie die Ausstellung der Daueraufenthaltskarte, vgl § 47 Abs. 3 AufenthV. Gemeinschaftsrechtlich ist dies zulässig, da Art. 25 Abs. 2 der Freizügigkeits-RL keine vollständige Gebührenbefreiung vorsieht. Gleichwohl ist stets zu prüfen, ob die AufenthV nicht gegen höherrangiges Recht verstößt wie zB in § 47 Abs. 1 Nr. 9 AufenthV, soweit hiernach auch für die Ausstellung der Bescheinigung über das freizügigkeitsrechtliche Aufenthaltsrecht eine Gebühr von 10 Euro zu erheben ist. § 2 Abs. 6 FreizügG/EU ist in seinem Wortlaut eindeutig, unbedingt und lässt keinen Raum für Ausnahmen auf Verordnungsebene. Der **Gegenstandswert** richtet sich, obwohl es sich bei den Dokumenten nach § 5 Abs. 1 und Abs. 2 nicht um AT handelt, nach den für diese vorgesehenen Werten. Im Verfahren auf Ausstellung eines dieser Dokumente ist daher der Auffangwert von 5.000 € anzusetzen, Ziff. 8.1 Streitwertkatalog 2013. Im Verfahren gegen die Feststellung des Rechtsverlusts ist ebenfalls der Auffangwert von 5.000 € anzusetzen.

324 EuGH, Rs. C-482/01 und C-493/01 (Orfanopoulos und Oliveri), NVwZ 2004, 1099 = InfAuslR 2004, 268; BVerwG, NVwZ 2005, 220 = InfAuslR 2005, 18; vgl auch Alber/Schneider, DÖV 2004, 313.

³²⁵ Ebenso GK-AufenthG/Epe, IX, § 5 FreizügG/EU Rn 64.

Fälle

Vorab: Wann findet Unionsrecht Anwendung?

Vor allem: was bringt die Anwendung von Unionsrecht?

→ Bei rechtmäßigem Aufenthalt in der Regel umfassendes Diskriminierungsverbot,
zB bezüglich Sozialleistungen,
Datenspeicherung,
Namensrecht und
eventuell Familiennachzug)

Wer also profitiert von der Unionsbürgerschaft?

Fallkonstellationen:

a) Der Italiener I lebt seit Geburt in D: gilt für ihn Unionsrecht?

- grundsätzlich
- hat noch nie gearbeitet oder auf sonstige Art von seinen Grundfreiheiten nach dem AEUV Gebrauch gemacht

b) I hat auch die deutsche Staatsangehörigkeit

- und hat schon mal in I gelebt
- und hat nur in D gelebt

c) Der Deutsche D lebt in Deutschland

- verkauft Autos im europäischen Ausland
- seine geschiedene Ehefrau, der er Unterhalt zahlt, lebt in Ö
- möchte nach Griechenland, um sich den Protesten gegen Merkel anzuschließen, weshalb die deutschen Behörden Reisepass und Personalausweis sicherstellen
- hat Kinder, die er vielleicht einmal nach Oxford schicken möchte
- ist 4 Jahre alt, lebt mit seiner deutschen Mutter und möchte, dass sein drittstaatsangehöriger, ausgewiesener Vater bei ihm lebt

Fall 1:

F, französischer Staatsangehöriger, will die deutsch-französische Grenze passieren. Er radelt über den Rhein und hat und hat in seinen Packtaschen, außer seinen Kleidungsstücken, nur einen französischen Personalausweis, aber kein Geld. Weil er der Bundespolizei verdächtig vorkommt, wird er kontrolliert.

- Darf er ohne Reisepass einreisen?
- Darf er ohne Geld reisen?
- Muss er angeben, warum er nach Deutschland will?

Fall 2:

F radelt weiter nach Duisburg und findet das kulturelle Klima dieser Stadt inspirierend. Er betätigt sich als Straßenmusikant und mietet sich in einer Jugendherberge ein. Weil seine Sprachkenntnisse ebenso mangelhaft sind wie sein Einkommen, geht er zum Jobcenter und meldet sich als arbeitssuchend. Ihm wird geraten, einen Sprachkurs zu machen, damit seine Vermittlungschancen besser sind. Geld vom Jobcenter bekommt er unter Hinweis auf § 7 Abs. 1 S. 2 SGB II nicht. Dafür meldet das Jobcenter den Leistungsantrag des F umgehend der Ausländerbehörde, die F eine Anhörung zur beabsichtigten Nichtbestehens- oder Verlustfeststellung zustellt. Zu Recht?

Var. 1:

F leidet seit Jahren an MS und ist auf den Rollstuhl angewiesen. In Frankreich bezieht er eine geringe Erwerbsunfähigkeitsrente in Höhe von € 200,00/Monat. Das Jobcenter teilt der Ausländerbehörde mit, dass F erwerbsunfähig ist. Seinen Antrag auf Leistungen nach SGB II habe man bereits abgelehnt. Jetzt droht aber ein Antrag auf Leistungen nach SGB XII.

- a) Was macht die Ausländerbehörde?
- b) Was ist F zu raten?

Var. 2:

F entschließt sich, neben seiner Tätigkeit als Straßenmusikant als Kellner erwerbstätig zu sein.

Was ändert sich hierdurch?

Fall 3:

Die Ungarin U lebt und arbeitet in Passau als Tagesmutter. Als sie schwanger wird, kündigt sie wegen der Gefahren für ihr Ungeborenes ihre Arbeitstelle und meldet sich beim Jobcenter „krank“. Daraufhin droht ihr die ABH die Verlustfeststellung an.

Zu Recht?

Fall 4:

Der Franzose F arbeitet 4 Monate als Kellner, dann 3 Monate als Nachhilfelehrer, bevor er 4 Monate arbeitslos ist. Dann findet er wieder eine Stelle als Kellner, erleidet jedoch nach 6 Monaten einen Unfall, der ihn hindert, für die nächsten zwölf Monate erwerbstätig zu sein.

Darf die Ausländerbehörde eine Verlustfeststellung treffen?

Fall 1 a (Forts. von Fall 1):

F radelt (...) nach Duisburg und meldet sich als arbeitsuchend.

Für seine in Frankreich lebenden Kinder beantragt er Kindergeld.

§ 62 Abs. 2 EStG lautet auszugsweise: „Ein nicht freizügigkeitsberechtigter Ausländer erhält Kindergeld nur, wenn er (... Niederlassungserlaubnis oder bestimmte Aufenthaltserlaubnis besitzt)

Nach § 63 Abs. 1 S. 3 EStG werden auch Kinder erfasst, die in einem Mitgliedstaat der EU leben.

Ist F freizügigkeitsberechtigt im Sinne des EStG?

Fall 5:

Der Deutsche D nimmt von seiner Berliner Tätigkeit als Fremdsprachenkorrespondent eine Auszeit und radelt 4 Monate durch Spanien und Frankreich. Hier lernt er die drittstaatsangehörige L kennen und heiratet sie. L wurde von Frankreich ausgewiesen und hat deshalb keinen Aufenthaltstitel.

- a) D fragt Sie, ob er trotzdem mit L zusammen nach Deutschland einreisen darf. Was antworten Sie?
- b) Welches „Papier“ muss die Ausländerbehörde L nach deren Einreise geben?

Fall 6:

Der Deutsche Z wohnt in Flensburg und arbeitet in Tonder (Dänemark). Er heiratet die Phillippina P, die keinerlei Deutschkenntnisse hat.

Darf P nach Deutschland zu ihrem Ehemann einreisen?

Fall 7:

F, französischer Staatsangehöriger, überquert die deutsch-französische Grenze und hat nur einen französischen Personalausweis, aber kein Geld dabei. Seine drittstaatsangehörige Ehefrau E hat

- a) einen Nationalpass und die Kopie ihres französischen Aufenthaltstitels,
- b) einen französischen Führerschein und die Kopie ihres französischen Aufenthaltstitels, aber keinen Reisepass dabei.

Darf sie zusammen mit F nach Deutschland einreisen?

Fall 8:

F lässt sich in einer Jugendherberge in Duisburg nieder und schaut, ob er als Straßenmusikant ein auskömmliches Einkommen findet. Seine in Frankreich lebende, malische Ehefrau und die vier Kinder sollen nachkommen, weshalb er bei der örtlichen Ausländerbehörde fragt, was er dafür machen müsse.

Was gilt in Bezug auf Wohnraum, Einkommen, sonstige Einreisevorschriften?

Fall 9:

Die in Frankreich lebende Ehefrau von F hat keinen gültigen Reisepass mehr, nur eine malische ID-Card und eine französische Aufenthaltserlaubnis. Die malische Botschaft benötigt etwa ein Jahr, um ihr einen neuen Reisepass auszustellen.

Darf sie trotzdem zu ihrem Ehemann nachziehen?

Var.:

Die Ehefrau von F lebt mit den Kindern noch in Mali, besitzt aber glücklicherweise einen Reisepass.

Wie gelingt die Familienzusammenführung?

Fall 10:

Der montenegrinische Ehemann M will zu seiner in Deutschland arbeitenden Ehefrau, der Ungarin U, und reist von Podgorica mit Reisepass, Heiratsurkunde und Arbeitsbescheinigung über Bosnien, Kroatien, Slowenien und Österreich bis zur deutschen Grenze. Hier wird er nach seinem Visum gefragt, das er nicht vorweisen kann. Außerdem erfährt die BPol, dass M schon einmal ein Visum beantragt hatte und dabei der Verdacht einer Scheinehe protokolliert wurde. Überdies ist M im SIS gemäß Art. 96 SDÜ zur Fahndung ausgeschrieben.

Muss M mit der Zurückweisung oder einem Strafverfahren rechnen?

Var.:

Kaum bei U angekommen, hört die Ausländerbehörde den M zur beabsichtigten Nichtbestehensfeststellung an und fordert ihn auf, zusammen mit U zu einer getrennten Ehegattenbefragung vorzusprechen, „um Zweifel an der Schutzwürdigkeit der ehelichen Lebensgemeinschaft“ auszuräumen.

„Rechtsgrundlage: § 82 AufenthG“.

Welchen Rat geben Sie M?

Fall 11:

Der Luxemburger L war sieben Jahre mehr schlecht als recht in Deutschland selbstständig tätig, bevor er sich entschloss, künftig lieber seinem Hobby „Angeln“ nachzugehen und von „Hartz IV“ zu leben. Nach seinem zweijährigen, erfolglosen Bemühungen um einen Arbeitsplatz geschuldeten Rückzug vom Arbeitsmarkt verliebt er sich in die Phillippina P und will mit ihr zusammenleben.

a) Hat P einen Anspruch auf Ausstellung eines Einreisevisums als Ehefrau von L?

b) Darf P an einem Integrationskurs teilnehmen?

c) Muss sie dafür zahlen?

Fall 12:

Der erwerbsunfähige, portugiesische Staatsangehörige P reist zu einer langwierigen Behandlung seiner schweren Erkrankung nach Deutschland. Krankenversicherungsschutz besteht, Geld hat er aber keines.

Darf ihn seine Ehefrau begleiten, auch wenn auch sie kein Einkommen oder Vermögen hat?

Fall 13:

Der französische Staatsangehörige F wohnt in Duisburg und arbeitet (für € 530/Monat) als Aushilfskellner in Düsseldorf. Seine malische Ehefrau zieht mit den vier Kindern – 2 gemeinsamen, einem 19-jährigen Kind aus einer früheren Ehe der Ehefrau, einem 23-jährigen Kind A des F aus einer früheren Beziehung – aus Frankreich zu ihm.

a) Darf das 19-jährige Kind der Ehefrau hier bleiben?

b) Was gilt für A

aa) grundsätzlich

bb) Darf er mitkommen, wenn er als Autist nur schwer allein bleiben kann?

cc) cc) wenn dieser in Frankreich 6 Semester studiert hatte, während dieser Zeit „daheim“ gewohnt und nicht gearbeitet hat. Jetzt, nach dem Umzug, überlegt er, dass er der Familie finanziell helfen will, schmeißt das Studium und beginnt zu arbeiten. Sein Verdienst:

€ 1.590/Monat. Aufenthaltsrechtliche Konsequenz?

Fall 14:

Die Spanierin S zieht mit ihrem spanischen Unionsbürgerkind (U) von Spanien nach Deutschland. Hier anerkennt der irregulär lebende, aber dank Mindestlohn gut verdienende Drittstaatsangehörige D die Vaterschaft zu U und leistet brav Unterhalt, während S den U erzieht und nicht arbeitet.

a) Rechte von D?

b) Was ändert sich, wenn D nur geringfügig beschäftigt ist und nur – freiwillig – Naturalunterhalt im Wert von monatlich € 50 leistet?

Fall 15:

Der Franzose F lernt in D eine irregulär sich aufhaltende Marokkanerin (M) kennen. Beide bekommen ein Kind (K), für das F die Vaterschaft anerkennt. Aufenthaltsrechtliche Konsequenz für M, wenn F sich nach 4 Jahren trennt und nach Kanada auswandert

Fall 16:

Der wegen illegaler Einreise und Verletzung von Mitwirkungspflichten ausgewiesene Drittstaatsangehörige D wird Vater eines Unionsbürgerkindes (U), für das er Unterhalt zahlt.

- a) Aufenthaltsrechtliche Konsequenz?
- b) D hat mit seiner in Dhaka lebenden, drittstaatsangehörigen Ehefrau ein weiteres Kind, das drittstaatsangehörige Kind K. Dürfen diese Familienangehörigen zuziehen?
- c) Was ändert sich, wenn D fünf Jahre lang mit U zusammenlebt und Unterhalt zahlt?

Fall 17:

Die weissrussische Staatsangehörige W lebt 2 Monate mit ihrem rumänischen Ehemann R, der selbständig erwerbstätig ist, in Deutschland zusammen. Dann verlässt sie ihn, weil er „eine andere“ hat. Sie leben sich auseinander. Weil keiner für die Kosten des Scheidungsverfahrens aufkommen will – W wird depressiv und arbeitsunfähig –, beantragt niemand die Scheidung, W aber nach 5 Jahren die Ausstellung einer Daueraufenthaltskarte gemäß § 4a FreizügG/EU.

Mit Aussicht auf Erfolg?

Var. 1:

Wie ist die Rechtslage, wenn R nach 4 Jahren die Scheidung beantragt, diese aber erst ein Jahr später ausgesprochen wird?

Var. 2:

Nach seiner Scheidung von W heiratet R die bulgarische Staatsangehörige B. B reist mit ihrer 12-jährigen Tochter T nach Deutschland. Kurz nach ihrer Einreise trennt sich R von B und verzieht nach Griechenland. B muss sich um T kümmern und beantragt deshalb SGB II-Leistungen.

Darf die Ausländerbehörde eine Verlustfeststellung (zu Lasten von B, T oder beiden) treffen?

Alt.: Würde sich etwas ändern, wenn B Drittstaatsangehörige aus Bosnien-Herzegowina wäre?

Var. 3:

R lebt seit drei Jahren in Deutschland. Er hatte die letzten 15 Monaten vor Erreichen des Renteneintrittsalters auf € 450,00-Basis gearbeitet, aber keine 60 Monate Pflichtversicherungsbeiträge geleistet, bezieht also keine Rente, sondern SGB XII-Leistungen. Noch immer ist er auf der Suche nach „der Richtigen“. Die türkische Staatsangehörige T scheint es zu sein.

- a) Darf er T zu sich holen, trotzdem er nicht über ausreichende Existenzmittel verfügt?
- b) Leider ist auch T keine „Frau für's Leben“. Drei Monate nach der Einreise der T trennt sich R von ihr und reicht nach weiteren 5 Monaten die Scheidung ein. T versucht Deutsch zu lernen und lebt von ALG II. Die Ausländerbehörde stellt den Verlust des Freizügigkeitsrechts fest und droht T die Abschiebung an.

Zu Recht?

Fall 18:

Der Drittstaatsangehörige N lebt 3 ½ Jahre mit der Unionsbürgerin S zusammen, dann reicht S die Scheidung ein. Nach der Scheidung wird N zu einer Freiheitsstrafe von 12 Monaten verurteilt. Er verliert seinen Arbeitsplatz, sucht aber eifrig nach Arbeit. Nach seiner Heirat mit der Drittstaatsangehörigen C will er mit ihr zusammenleben. Die Ausländerbehörde hingegen will ihn „ausweisen“.

Welche Rechte hat

- a) N auf Aufenthalt?
- b) C auf Einreise?

Fall 19:

Der drittstaatsangehörige V ist im Besitz einer Duldung und sorgeberechtigter Vater des kürzlich in Deutschland geborenen kroatischen Kindes K. Beide leben in München, K mit seiner kroatischen Mutter zusammen. V würde gerne Unterhalt für K zahlen, hat aber nur eingeschränkten Arbeitsmarktzugang und deshalb keine Arbeit.

Rechte von V?

Fall 20:

Der Bulgare B lebt mit seinem Kind K, das 7 Jahre alt ist, in Deutschland. Er heiratet die drittstaatsangehörige W, die zu ihm zieht und sein Kind versorgt, während er arbeitet. Nach 2 Jahren reicht B die Scheidung ein, weil er „eine andere hat“, und zieht aus der Wohnung aus. K wird weiterhin von W versorgt.

Nach weiteren zwei Jahren nimmt B sein Kind zu sich und stellt alle Unterhaltszahlungen an W ein, die daraufhin SBG II-Leistungen beantragt.

Die Ausländerbehörde hört W nun zur Ausweisung an.

Zu Recht?

ASR

Anwalt/Anwältin im Sozialrecht

Heft 5 · Oktober 2014 · 16. Jahrgang

Erste Seite

Brügmann: Achtung Zukunft!

Aufsätze

Doering-Striening: Der Sozialhilfeempfänger als Erbe

Rechtsprechung

SG Berlin: Praxismanagerin, die vertragsärztliche Abrechnungen erstellt, ist selbständig

Bayerisches LSG: Sozialversicherungsrechtlicher Status einer Bewerbermanagerin

SG Hamburg: Fehlerhafte Besetzung des Rentenausschusses führt zur Nichtigkeit des Bescheides (m. Anm. Schafhausen)

Hess. LSG: Befreiung von der Rentenversicherungspflicht einer „Unternehmens“-Tierärztin (m. Anm. Schafhausen)

SG Fulda: Anrechnung bei Prozesskostenhilfe (m. Anm. Kindermann)

SG Aachen: Geschäftsgebühr (Schwellengebühr) für Widerspruch gegen Mahnung (m. Anm. Schaumberg)



Deutscher Anwaltverein

Arbeitsgemeinschaft
Sozialrecht



DeutscherAnwaltVerlag

Erste Seite

Brüggmann Achtung Zukunft! 177

Aufsätze

Doering-Striening Der Sozialhilfeempfänger als Erbe 178

Netzwerk Sozialrecht

Oberhäuser Unionsbürgerrechte: Anerkennen statt kleinreden! 191

Rechtsprechung

juris PraxisReport **Möglicher Bezug von Arbeitslosengeld trotz Arbeitsunfähigkeit während einer stufenweisen Wiedereingliederung** (BSG 11. Senat) – Anmerkung *Luik* 194

SGB IV **Praxismanagerin, die vertragsärztliche Abrechnungen erstellt, ist selbständig** (SG Berlin) 196

Sozialversicherungsrechtlicher Status einer Bewerbermanagerin (Bayerisches LSG) – LS 199

Fehlerhafte Besetzung des Rentenausschusses führt zur Nichtigkeit des Bescheides (SG Hamburg) – m. Anm. *Schafhausen* 199

Befreiung von der Rentenversicherungspflicht einer „Unternehmens“-Tierärztin (Hess. LSG) – m. Anm. *Schafhausen* 201

RVG **Anrechnung bei Prozesskostenhilfe** (SG Fulda) – m. Anm. *Kindermann* 207

RVG (alt) **Geschäftsgebühr (Schwelligegebühr) für Widerspruch gegen Mahnung** (SG Aachen) – m. Anm. *Schaumberg* 213

In eigener Sache

Termine im Sozialrecht für das 4. Quartal 2014 216

Tipps für die Praxis

Änderung der Geschäftsanweisungen der Agentur für Arbeit zu § 17 SGB IX 217

Rezensionen

Pardey/Kieß Betreuungs- und Unterbringungsrecht (*Wörtz*) 218

Münder (Hrsg.) Sozialgesetzbuch II (*Schröder*) 218

Zimmermann Betreuungsrecht von A bis Z (*Schröder*) 218

Schneider/Herbst/Braune Formulierungshilfen für die sozialrechtliche Praxis (*Schröder*) 219

Zu guter Letzt

Schafhausen Das hätte ich nicht gedacht 219

Impressum

220

Erste Seite

Achtung Zukunft!



Der Rechtsdienstleistungsmarkt wandelt sich seit Jahren. Das Tempo des Wandels allerdings nimmt zu. Um die Rahmenbedingungen des Rechtsdienstleistungsmarkts besser zu verstehen und zu erkennen, wo wir unsere Geschäftsmodelle kritisch überprüfen sollten, hat der DAV bei der schweizerischen Prognos AG eine Zukunftsstudie in Auftrag gegeben. Deren

Ergebnisse wurden 2013 veröffentlicht und werden seitdem in örtlichen Anwaltvereinen, Arbeitsgemeinschaften und Landesverbänden diskutiert.

Wir wollten wissen, wie sich Wirtschaft, Gesellschaft/Demographie und Technologie als Haupt-Rahmenbedingungen für anwaltliche Dienstleistungen bis 2030 verändern werden. Außerdem war Ziel zu erfahren, wie sich die Erwartungen der Mandantinnen und Mandanten wandeln. Man kann Dienstleistungen nur weiterentwickeln, wenn man weiß, was die Kunden wollen. Die Haupt-Ergebnisse der Studie zu den Rahmenbedingungen:

1. Wirtschaft – Deutschland wird internationaler, das Wirtschaftswachstum aber verlangsamt sich.
2. Demographie – Deutschland schrumpft und altert. Im Jahr 2030 werden in Deutschland weniger Menschen im erwerbsfähigen Alter sein als heute schon beschäftigt sind.
3. Technologie – Deutschland wird digital und vernetzt sein. Welche Auswirkungen hat dies auf den Rechtsdienstleistungsmarkt?
1. Der Wettbewerb wird zunehmen – innerhalb der Anwaltschaft und mit anderen Rechtsdienstleistern. Gleichzeitig wird das Kostenbewusstsein der Mandanten wachsen.
2. Die Anzahl der Anwälte wird steigen und auch 2030 jedenfalls nicht in dem Maße zurückgegangen sein, wie die Bevölkerung abgenommen hat.
3. Das Wissensmonopol der Anwaltschaft wird schrumpfen. Die Verfügbarkeit des Rechtswissens wird zunehmen.
4. Die rechtliche Infrastruktur wird weiter abgebaut werden, d.h. Gerichte werden schließen, Justizzentren entstehen, alternative Streitschlichtungsinstrumente werden gefördert.

5. Die Bedeutung von Einzelanwaltskanzleien wird abnehmen – wenn Einzelanwälte ihr Geschäftsmodell nicht ändern.

Wie jede Entwicklung wird auch die hier skizzierte Gewinner und Verlierer produzieren. Was ist zu tun, um zu den Gewinnern zu gehören?

1. Nicht nur Spezialisierung, sondern Profilierung – Während sich die Anwaltschaft richtigerweise seit den 1980er-Jahren vor allem fachlich spezialisiert hat, brauchen Kanzleien neue Wege, um ein Profil zu bilden. Die jüngsten Fachanwaltsbezeichnungen folgen einem Trend im Dienstleistungssektor und weisen einen Weg. Sie nehmen konsequent Lebenssachverhalte und Mandantengruppen über mehrere Rechtsgebiete hinweg in den Blick. Die Arbeitsgemeinschaft Sozialrecht im DAV bietet in dieser Folge den Seniorenrechtstag. Es gilt, weitere Chancen im Sozialrecht auszuloten.
2. Kanzleimanagement professionalisieren, Netzwerke bilden – Ein US-amerikanischer Autor hat das einmal auf den Punkt gebracht mit „Do what you can do the best. And outsource the rest.“ Insbesondere Einzelkanzleien werden auf Dauer nur überleben, wenn sie sich mit Kolleginnen und Kollegen zusammenschließen. Netzwerke können auch der Reduzierung von Kosten dienen, bspw. bei Ausgaben für Marketing, Literatur, Sekretariats- oder sonstige Büroservices.
3. Technologie nutzen – Nicht alles kann man outsourcen. Daher müssen wir Anwältinnen und Anwälte eine etwas stärkere Technologieaffinität entwickeln. Spätestens mit der Einführung des verpflichtenden elektronischen Rechtsverkehrs muss dies der Fall sein.
4. Ein attraktives Arbeitsumfeld schaffen – Dort, wo wir Arbeitgeber sind, müssen wir selbst die Rahmenbedingungen schaffen, um hervorragendes Fachpersonal und die besten jungen Juristinnen und Juristen anzuziehen.

Die Arbeitsgemeinschaft Sozialrecht im DAV wertet die Zukunftsstudie aus, um herauszufinden, welche neuen Fortbildungsangebote und Dienstleistungen für die Sozialrechtler im DAV nötig sind. Jede Kollegin, jeder Kollege kann dies auch für die eigene Kanzlei tun: Die Zukunftsstudie des DAV ist veröffentlicht unter www.anwaltverein.de/leistungen/dav-zukunftsstudie. Die Lektüre lohnt sich!

— Rechtsanwalt Dr. Cord Brüggmann,
Hauptgeschäftsführer des DAV

Aufsätze

Der Sozialhilfeempfänger als Erbe

Das Behinderten-/Bedürftigentestament im sozialhilferechtlichen Leistungsverhältnis

— Dr. Gudrun Doering-Striening, Rechtsanwältin, Fachanwältin für Sozialrecht und für Familienrecht, Essen

Mit der Rechtsprechung des BGH zur Zulässigkeit eines Pflichtteilsverzichts durch eine behinderte Sozialhilfebezieherin (SGB XII) sind die Würfel zugunsten von Sozialhilfebezieherinnen erbrechtlich gefallen. Im sozialhilferechtlichen Leistungsverhältnis beginnt die Diskussion erst. Auf der Grundlage der zivilgerichtlichen Anerkennung der Zulässigkeit von Behindertentestamenten beleuchtet der Aufsatz die Frage nach den Auswirkungen der Freigabe erbrechtlicher Mittel durch den Testamentsvollstrecker im sozialhilferechtlichen Leistungsverhältnis. Als „Sozialhilfe“ wird dabei – i.S.v. § 9 SGB I – nachfolgend sowohl die Grundsicherung/Sozialhilfe nach SGB XII als auch die Grundsicherung nach SGB II („Hartz-IV“) verstanden.

Der Sozialhilfeempfänger als Erbe ist eine sozialrechtlich bisher nicht abschließend entdeckte und untersuchte Spezies. Unter einer

- im Ermessen stehenden,
- als diskriminierend angesehenen (Notstands-)Fürsorge,
- verbunden mit weitgehendem Rückgriff auf den Familienverbund und
- einer umfassenden Rückzahlungspflicht, die als „sozial-ethische Schranke“ und „Abzockungs“mechanismus wirkte und wirken sollte,
- mit Schonvermögenstatbeständen nur für diejenigen, die als unverschuldet in Not geraten angesehen wurden (gehobene Fürsorge),
- in Abgrenzung zur klassischen Fürsorgeklientel, die keine Vorleistung für sich oder die Allgemeinheit gebracht hatte, hatte der Sozialhilfebezieher als Erbe bis weit in die 1970-er Jahre überhaupt keinen Lebensraum. Erst auf dem Nährboden einer Sozialhilfe, die den Anspruch an das Leben „weder von Kalorien noch von unentbehrlich-primitiven Wohnungseinrichtungen“ her absteckte,¹ sondern als Leistung eines Sozialstaates für jeden bedürftigen Bürger sieht, erwachte der Sozialhilfeempfänger als Erbe zum Leben.²

Erbrechtlich hat man ihn bereits seit Längerem gesichtet und identifiziert. Zusammen mit seinem zivilrechtlichen Geburtshelfer – dem erbrechtlich versierten Erblasser – trifft man ihn

auf der „Testamentsallee“. Er promeniert auf der „Verzichtsavenue“ und flaniert auf dem „Ausschlagungsboulevard“. Und er hat Aussicht auf „Erweiterung dieses Straßennetzes um weitere Prachtstraßen“,³ denn die Rechtsprechung des BGH zur sog. „Pflichtteilssanktionsklauselgasse“ soll bei passender Gelegenheit noch einmal auf den Prüfstand gestellt werden. Erblasserwille und der Grundsatz einer von Dritten nicht zu beeinflussenden Erbfolge sollen dem Sozialhilfeträger die Berechtigung nehmen, selbst den Pflichtteil im Wege der Anspruchsüberleitung geltend machen zu können.⁴

Sozialhilferechtlich ist noch nicht sicher abgeklärt, was eine mittels Behinderten- oder Bedürftigentestaments ausgestaltete Erbfolge für das sozialhilferechtliche Leistungsverhältnis bewirkt. Kann ein solches Testament aus sozialrechtlicher Sicht seinen Zweck sicher erreichen? Oder endet es für den Sozialhilfebezieher sozialhilferechtlich ganz oder teilweise in der Sackgasse? Anlass zu diesen Fragen gibt die Entscheidung des LSG Hessen vom 26.6.2013,⁵ die bereits Einfluss auf die zivilgerichtliche Rechtsprechung nimmt.⁶ Dieser Entscheidung lag zugrunde, dass der Testamentsvollstrecker Beträge aus einer Erbschaft, die mittels eines Behindertentestaments ausgestaltet war, an den Betreuer der Sozialhilfebezieherin freigegeben hatte und damit den Anspruch auf Sozialhilfe gegen den ausdrücklichen Erblasserwillen zumindest für eine gewisse Zeit zu Fall gebracht hatte. Die Besonderheit des Falles bestand darin, dass der Sozialhilfe-

¹ Bayert, Die Selbstverwaltung 1956, 136.

² Zum historischen Überblick über das Entstehen von Schonvermögenstatbeständen und erbrechtlich relevanten Regeln im Sozialhilferecht vgl. Doering-Striening, Vom BSHG zum SGB XII – Bilanz, Probleme, Perspektiven – Erbrecht und SGB XII, VSSR 2009, 99 ff.

³ Wendt, Pflichtteilsvermeidungsstrategien in „guter“ wie in „böser“ Absicht, ErbR 2012, 66 ff.

⁴ Wendt, ErbR 2012, 68 und Anm. zu OLG Hamm Erb 2014, 70 ff.; 74 f.

⁵ LSG Hessen vom 26.6.2013 – L 6 S0 165/10 – www.sozialgerichtsbarkeit.de.

⁶ LG Kassel ZEV 2014, 104 ff. m. Anm. Wirich; Springmann, Verlust des Vermögensschutzes bei Erbauseinandersetzung, Seniorenrecht aktuell 2014, 42 ff.

träger die Sozialhilfeleistungen zwar erbracht, aber einen Aufwendungsersatzanspruch geltend gemacht hatte. Diesen hat das LSG Hessen bestätigt.

1. Die Zulässigkeit von Behindertentestamenten aus erbrechtlicher Sicht

Das fragliche Testament orientierte sich an dem in den 1970er-Jahren entwickelten Prototyp eines Behindertentestaments.⁷ Dieses besteht typischerweise aus einer Kombination mehrerer geschickt miteinander verknüpfter erbrechtlicher Instrumente, nämlich

- einer Erbfolgeordnung oberhalb des Pflichtteilsanspruchs mit der Besonderheit der (nicht befreiten) Vorerbschaft für den Sozialhilfebezieher und der Nacherbschaft eines Nichtsozialhilfebeziehers
- einer Dauertestamentsvollstreckung (§ 2209 BGB) für den Teil des Nachlasses, der auf den bedürftigen Vorerben entfällt
- Verwaltungsanordnungen nach § 2216 BGB im Sinne von sozialhilfeunschädlichen Zuwendungen an den unter Testamentsvollstreckung stehenden bedürftigen Erben
- Verwaltungsanordnungen nach § 2216 BGB im Sinne von sozialhilfeunschädlichen Zuwendungen an den mit Testamentsvollstreckung belasteten bedürftigen Erben

Dem Konstrukt ist – wie allen daraus später entwickelten Varianten – eigen, dass es unterstellt, dass die einzelnen Nachlassgegenstände sozialhilferechtlich Vermögen sind und es möglich ist, dem Begünstigten durch Zweckbindung des Erblassers im Rahmen der sozialhilferechtlichen Schonvermögensregeln „sozialhilfeunschädlich“ Zuwendungen – von *Bengel*⁸ „Reichnisse“ genannt – machen zu können.⁹ Grundlage war anfänglich § 88 Abs. 3 BSHG (heute § 90 Abs. 3 SGB XII und § 12 SGB II), der bestimmte, dass die Sozialhilfe nicht vom Einsatz oder von der Verwertung eines Vermögens abhängig gemacht werden dürfe, soweit dies für den, der das Vermögen einzusetzen habe, und für seine unterhaltsberechtigten Angehörigen eine Härte bedeuten würde.

Der so begünstigte Sozialhilfebezieher hat die Gemüter in der Rechtswissenschaft heftig bewegt. Sogar das „gesunde Volksempfinden“ wurde z.T. zum Beweis der Sittenwidrigkeit dieser Testamentsform angerufen. Aber das Tauziehen darum, ob ein Erblasser wirksam letztwillige Verfügungen im Sinne eines klassisch ausgestalteten Behindertentestaments treffen kann, dürfte mit der Entscheidung des BGH vom 19.1.2011¹⁰ zivilrechtlich beendet sein: Er darf.

Unter der Voraussetzung erbrechtlicher Widerspruchsfreiheit wird die Kombination des rechtlich möglichen Instrumentariums bis an ihre immanenten Grenzen als Ausdruck der potenzierten Machtfülle des Erblassers angesehen. Das genutzte Instrumentarium darf lediglich nicht leerlaufen. Ein irgendwie gearteter Vorteil muss beim Behinderten ankommen.¹¹ Die

zentrale Botschaft der Entscheidung ist, dass alles, was das Erbrecht mit Blick auf die Nachlassbegehrligkeiten anderer zulässt, grundsätzlich auch gegenüber den Sozialleistungsträgern gelten muss, es sei denn, sozialrechtliche Normen untersagten dies zwingend.¹²

Der BGH hat in seiner Entscheidung vom 19.1.2011 auch die Diskussion um die erbrechtlichen Gestaltungsbefugnisse des sozialhilfebeziehenden Erben beendet und dessen Pflichtteilsverzicht den Makel der Sittenwidrigkeit genommen. Zugleich hat der BGH die Frage positiv beantwortet, ob ein Bezieher von „Fürsorgeleistungen“¹³ von seinem erbrechtlichen Recht auf Ausschlagung Gebrauch machen kann. Nebenbei hat der BGH festgeschrieben, dass der Sozialhilfeempfänger das Ausschlagungsrecht des Erben nicht auf sich überleiten und ausüben kann, um auf diese Art und Weise den Pflichtteilsanspruch nach § 2306 Abs. 1 BGB geltend zu machen.¹⁴

Mit der Entscheidung vom 19.1.2011 sollte Rechtssicherheit mit weit über den Streitgegenstand hinausreichenden Wirkungen für die Nachfolgeplanung von Familien mit behinderten Kindern geschaffen werden.¹⁵ Nach ausführlicher rechtlicher Diskussion zog der BGH in dieser Entscheidung die Schlussfolgerung: „Das alles spricht entscheidend dafür, dass den Familien behinderter Leistungsbezieher das über die Grenzen des § 92 Abs. 2 SGB XII hinausgehende Einkommen und Vermögen auf Dauer und nicht nur zu Lebenszeiten der Eltern belassen werden soll.“¹⁶ Diese Beurteilungskriterien sollen – so ist in einem nachfolgenden Aufsatz nachzulesen – auch für die Gruppe der „wirtschaftlich Behinderten“ gelten.¹⁷ Ob die Entscheidung so weitgehende Wirkung in der Zukunft entfalten kann und dazu führen wird, dass behinderten Menschen in einem so allgemein verstandenen Sinne¹⁸ in erheblichem Umfang Erbmittel zugutekommen werden, steht allerdings nicht fest.

Zum einen steht noch nicht fest, wo die immanenten Grenzen der Kombination der im Einzelfall gewählten erbrechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten liegen. Insbesondere zu den Verwaltungsanordnungen und den Grundsätzen der ordnungsgemäßen

⁷ Vgl. *Bengel*, in: Reimann/Bengel/Mayer (Hrsg.), Testament und Erbvertrag, III, 5. Kap. Rn 364 ff.; *Mayer*, in: Bengel/Reimann (Hrsg.), Handbuch der Testamentsvollstreckung, Rn 356 ff.

⁸ *Bengel*, in: Reimann/Bengel/Mayer (Hrsg.), Teil E Rn 219; Formularteil Text Nr. 7.

⁹ *Mayer*, in: Bengel/Reimann/Mayer (Hrsg.), III, 5. Kap. Rn 345, 354 m.w.N.; vgl. *Krauß*, Vermögensnachfolge i.d. Praxis, Rn 5249, 5213.

¹⁰ BGHZ 188, 96.

¹¹ Vgl. auch BGH NJW-RR 1988, 386; *Mayer*, in: Bengel/Reimann/Mayer (Hrsg.), III, 5. Kap. Rn 356 m.w.N.

¹² Zuvor schon *Wendt*, Behindertentestament – ein Auslaufmodell? ZNotP 2008, 3.

¹³ Der BGH spricht von Sozialversicherungsleistungen, meint aber Leistungen, die steuerfinanziert sind und die soziale Fürsorge betreffen.

¹⁴ BGHZ 188, 96.

¹⁵ *Wendt*, ErbR 2012, 68.

¹⁶ BGHZ 188, 96.

¹⁷ *Wendt*, ErbR 2012, 68.

¹⁸ RG LZ 1918, 1267; vgl. auch MüKo-BGB, 3. Aufl., Erbrecht, § 2216 Rn 7.

Verwaltung nach § 2216 Abs. 2 BGB ist bisher in der Rechtsprechung in Bezug auf Behindertentestamente wenig Konkretes entschieden. Die reichsgerichtliche Rechtsprechung, nach der es zur ordnungsgemäßen Verwaltung im Sinne von § 2216 Abs. 2 BGB gehört, dass der Testamentsvollstrecker zumindest die für den Unterhalt benötigten Mittel an den Erben herausgibt, ist bisher soweit ersichtlich nicht diskutiert worden.¹⁹ Es ist auch nicht wirklich ausdiskutiert, wie es sich im Einzelfall mit der Verwirklichung der Zielsetzung von Behindertentestamenten verhält. Sie sollen den bisherigen Standard erhalten und das Leben erleichtern. Aber wie ist es z.B. um die Verbesserung der Lebensstellung des Behinderten bestellt, wenn der mit 2 Geschwistern zu teilende Nachlasswert 100.000 EUR beträgt und der Erbanteil nur mit 1 % verzinst wird? Der Nutzen für den Begünstigten ist minimal und der Begünstigte kann sich selbst – anders als der nicht Sozialhilfe beziehende Erbe – gerade nicht durch eine Ausschlagung in den Genuss zumindest des Pflichtteils bringen. Steht die beabsichtigte Lebensstandardverbesserung dann nicht nur auf dem Papier? Und: gab es sie eigentlich vor dem Erbfall?

Der BGH spricht außerdem in seiner Entscheidung nur „die Familien behinderter Sozialleistungsbezieher“ an, die nicht weiter belastet werden sollen.²⁰ § 92 SGB XII bezieht sich nur auf den Personenkreis des § 19 Abs. 3 SGB XII. Onkel, Tanten und Großeltern sind damit außen vor. Sie sind auch nicht zwingend von der Behinderung eines von ihnen begünstigten Erben belastet. Erst recht sind Familien nicht zwingend durch einen „Hartz-IV“-Empfänger nachhaltig und endgültig vergleichbar belastet, wie dies für Eltern behinderter Kinder gelten kann, sodass die Ableitung des BGH aus § 92 SGB XII keine allgemeingültige Geltung beanspruchen kann. Der BGH hatte mutmaßlich auch nicht alle erbenden Bezieher nachrangiger Leistungen vor Augen. Vom Nachrangprinzip können aber u.a. auch die Bezieher von Jugendhilfe (§ 93 SGB VIII), Kriegsopferfürsorge (§§ 25c, f BVG), Bundesausbildungsförderung (§§ 26 ff. BAföG), etc. betroffen sein.

Selbst wenn man diese Personengruppe nicht als „wirtschaftlich behindert“ ansehen wollte, so bleibt doch festzuhalten, dass sich die Entscheidung des BGH nur auf die SGB XII-bezieher beschränkt, die Eingliederungshilfe (§§ 53 ff. SGB XII) beziehen. Es gibt aber im SGB XII diverse Sozialhilfebezieher, für die andere Regeln als die der Eingliederungshilfe gelten. Es gibt Leistungsbezieher von SGB-XII-Leistungen, die nicht behindert sind. Und es gibt Leistungsbezieher, die zwar behindert sind, aber nicht – wie im entschiedenen Fall – Eingliederungshilfe, sondern z.B. Hilfe zur Pflege beziehen. Es ist daher letztlich bisher nur entschieden, dass Erblässern und SGB-XII-Leistungen beziehenden Menschen erbrechtlich ein bestimmtes Gestaltungsinstrumentarium zur Verfügung steht und dass sie von den sich daraus ergebenden Möglichkeiten erbrechtlich auch Gebrauch machen dürfen.

Ob die erbrechtlich zulässige Gestaltung des Erblässers letztendlich wirklich „sozialhilfefest“ ist und welche Konsequenzen

die Wahrnehmung der Gestaltungsrechte durch den sozialhilfebedürftigen Erben hat, wird im konkreten Sozialrechtsverhältnis und nach dessen Regeln entschieden, wenn gleich es auch Rückwirkungen ins Zivilrecht hat, wie eine aktuelle Entscheidung des LG Kassel zeigt.²¹ Erste Entscheidungen, wie z.B. die des LSG Hessen vom 26.6.2013²² und des LSG Hamburg vom 13.9.2012²³ zeigen, dass darüber das letzte Wort erst dann gesprochen sein wird, wenn das Bundessozialgericht entschieden hat. Denn was eine Erbschaft im sozialhilferechtlichen Leistungsverhältnis bewirkt, wird letztlich und abschließend in der Sozialgerichtsbarkeit entschieden. Dabei wird es nicht darum gehen, der Entscheidung des BGH sozialhilferechtlich die Gefolgschaft zu verweigern. Ihr ist grundsätzlich auch nach den Regeln, die im sozialhilferechtlichen Rechtsverhältnis von SGB XII und SGB II gelten, zuzustimmen.

2. Das Bedürftigmachen und die Regeln des sozialhilferechtlichen Leistungsverhältnisses

Das sozialhilferechtliche Rechtsverhältnis („Sozialhilfe“) wird allgemein in § 9 SGB I beschrieben. Von dem Begriff „Sozialhilfe“ in diesem Sinne sind sowohl das SGB XII als auch die Grundsicherung im Sinne des SGB II umfasst.²⁴ Deshalb wird hier einheitlich für SGB II (Grundsicherung) und SGB XII (Grundsicherung/Sozialhilfe) von Sozialhilfe gesprochen.

Der nicht selbst Sozialhilfe beziehende Erblasser kommt in diesem Sozialhilferechtsverhältnis ausdrücklich nicht vor. Das entspricht dem Verständnis des Sozialrechtsverhältnisses im positiven Sinne, das den Inbegriff der zwischen dem Leistungsberechtigten (§§ 3–10 SGB I) und dem Leistungsträger (§§ 12, 18–29 SGB I) bestehenden Rechtsbeziehungen bezeichnet.

Das alles bestimmende Prinzip im Sozialhilferecht (§ 9 SGB I) ist das Subsidiaritätsprinzip. Das Grundrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums wird erst aktiviert, wenn andere Mittel zur Sicherung eines menschenwürdigen Daseins nicht vorhanden sind.²⁵ Es beherrscht die Voraussetzungen für das Entstehen und den Bestand des Leistungsanspruchs des „Sozialhilfebeziehers“. Dieser Grundsatz wird flankiert vom Gegenwärtigkeits- und

¹⁹ Zum weiten Begriff der Behinderung vgl. § 2 SGB IX, der ausschließlich auf körperliche, geistige oder seelische Abweichungen vom für das Lebensalter typischen Zustand abstellt.

²⁰ BGHZ 188, 96.

²¹ LG Kassel ZEV 2014, 104.

²² LSG Hessen vom 26.6.2013 – L 6 S0 165/10 – www.sozialgerichtsbarkeit.de.

²³ LSG Hamburg v. 13.9.2012 – L 4 AS 167/10 – www.sozialgerichtsbarkeit.de.

²⁴ Hänlein, in: Kreikebohm/Spellbrink/Waltermann (Hrsg.), 3. Aufl., Kommentar zum Sozialrecht, § 1–10 Rn 37.

²⁵ BVerfG v. 7.4.2010 – 1 BVR 688/10; v. 9.2.2010 – 1 BVL 1/09.

vom Faktizitätsprinzip.²⁶ Nur tatsächlich „bereite“ Mittel sind geeignet, den Leistungsanspruch zu hindern.²⁷ Auf die Herkunft der Mittel zur Bedarfsdeckung oder auf eine Zweckbestimmung kommt es grundsätzlich nicht an, es sei denn, es wären Ausnahmen angeordnet.²⁸

Das „Bedürftigmachen“ in der Absicht, die Voraussetzungen für den Bezug der Sozialhilfe herbeizuführen, wird im sozialhilferechtlichen Rechtsverhältnis ausdrücklich nicht mit § 138 BGB beantwortet. Dafür hat das Sozialhilferecht eigene Leistungsstörungsregeln („negatives“ Sozialrechtsverhältnis), bestehend aus

- Kostenersatzansprüchen (§ 103 SGB XII, § 34 SGB II)
- Leistungskürzungen (§ 25 SGB XII, § 31 SGB II).

Dieses sozialhilferechtliche Störfallinstrumentarium hat bei Verletzungen des Subsidiaritätsprinzips vor § 138 BGB Vorrang.²⁹ Mustergültig hat das BSG den Prüfungsmodus bei Gestaltungen oder Handlungen, mit denen die Leistungsfähigkeit des Sozialhilfesuchenden beseitigt wird, in der Bestattungsvorsorgevertragsentscheidung³⁰ dargelegt. Mit der Rechtsprechung des BVerfG³¹ hat das BSG auch in seinen jüngsten Entscheidungen betont, dass existenzsichernde und bedarfsabhängige Leistungen, auf die ein Rechtsanspruch bestehe, regelmäßig unabhängig von der Ursache der entstandenen Notlage und einem vorwerfbaren Verhalten in der Vergangenheit zu leisten seien. Selbst eine verschwendete Erbschaft hindert das Entstehen eines Leistungsanspruches nicht.³² Somit sind die Lösungen im Störfallinstrumentarium des Sozialhilferechts zu suchen.

Die §§ 103 SGB XII, 34 SGB II beziehen auch Dritte, die zur Schaffung der Voraussetzungen der Sozialhilfebedürftigkeit beitragen, in die Kostenersatzpflicht ein. Den Erblasser trifft eine solche Kostenersatzpflicht aber nicht, denn er handelt nicht sozialwidrig im Sinne der „deliktsähnlichen Ausnahmetatbestände“.³³ Der Erblasser schuldet der Allgemeinheit nichts, sondern bedient sich der zulässigen erbrechtlichen Gestaltungsinstrumente. Er schuldet dem Abkömmling oder Ehegatten nur das, was das Erbrecht zwingend vorsieht. Es gibt keine zivilrechtliche postmortale Unterhaltspflicht,³⁴ hinter der die Sozialhilfe zurücktreten könnte. Dieses Ergebnis wird – eher emotional als sozialhilferechtlich – von der Praxis vielfach zwar als nicht tolerabel angesehen, entspricht aber den sozialhilferechtlichen Strukturprinzipien. Es ist daher auch sozialhilferechtlich unzweifelhaft richtig, dass alles, was das Erbrecht mit Blick auf die Nachlassbegehrlichkeit anderer zulässt, auch grundsätzlich gegenüber den Sozialhilfeleistungsträgern gelten muss, solange sozialrechtliche Regelungen dies nicht zwingend untersagen³⁵ oder verhindern. Ob Behinderten- oder Bedürftigentestamente ihre Zielsetzung erreichen können, bleibt nach wie vor eine davon zu unterscheidende Frage, die nach diesseitiger Sicht nicht mit vergleichbarer Klarheit beantwortet werden kann. Und ob alle Erben, die von ihrer ureigenen erbrechtlichen Gestaltungsmacht und -fülle Gebrauch machen, davon ausgehen dürfen,

nicht mit sozialhilferechtlichen Kostenersatzregelungen konfrontiert zu werden, ist auch noch nicht entschieden.

3. Das sozialhilferechtliche Leistungsverhältnis und die „Erbschaft“

Die Entscheidung des LSG Hessen³⁶ zeigt erstmalig auf, welche Grenzen das sozialhilferechtliche Leistungsverhältnis der erbrechtlichen Gestaltung zieht. Aufwendungsersatzansprüche des Sozialleistungsträgers wurden bejaht, nachdem der Testamentsvollstrecker erbrechtliche Mittel auf Anforderung des Betreuers der Sozialhilfebezieherin an diese freigegeben hatte. Damit stellt sich das LSG Hessen gegen eine Entscheidung des LSG Hamburg,³⁷ das dem Instrumentarium des Behindertentestaments per se auch im sozialhilferechtlichen Leistungsverhältnis die Qualität zuerkennt, den Einsatz der Erbmittel in der Sozialhilfe zu verhindern.

Beide Gerichte setzen sich dabei fälschlicherweise nicht damit auseinander, welche sozialhilferechtliche Qualität die Erbmittel haben und erwähnen nicht, warum sie von der diesbezüglichen Rechtsprechung des BSG abweichen. Die Entscheidungen zeigen aber, dass nach fast einem Vierteljahrhundert zivilgerichtlicher Diskussion um das Behindertentestament nunmehr die Zeit begonnen hat, in der diese Testamente in der Sozialgerichtsbarkeit auf den Prüfstand gestellt werden.

Der Zufluss von Erbmitteln im sozialhilferechtlichen Leistungsverhältnis ist für alle Beteiligten ein „Störfall“, denn er tangiert das Bestehen des Leistungsanspruches. Der objektive Mangel an eigenen oder fremden Mitteln – in der Form von Einkommen und Vermögen – ist negatives Tatbestandsmerkmal³⁸ des finalen Anspruchstatbestandes. Wer ausreichendes

²⁶ Vgl. hierzu u.a. *Rothkegel* (Hrsg.), Sozialhilferecht, Handbuch, Teil II, Kapitel 3 Rn 11 ff.

²⁷ BVerwGE 55, 152; BVerwG v. 22.4.2004 – Az: 5 C 68.03; BSG v. 29.11.2012 – Az: B14 AS 33/12R m.w.N. – www.sozialgerichtsbarkeit.de.

²⁸ *Rothkegel*, Teil II, Kapitel 3 Rn 19 m.w.N.

²⁹ *Doering-Striening*, Der Zugriff des Staates, ErbR 2009, 367 f.; Vom BSHG zum SGB XII – Bilanz, Probleme, Perspektiven – Erbrecht und SGB XII, VSSR 2009, 99 ff.

³⁰ BSG v. 18.3.2008 – B 8/9b SO 9/06R; so jetzt auch SG Karlsruhe v. 29.10.2009 – S 1 4061/08 – www.sozialgerichtsbarkeit.de.

³¹ BVerfG Breithaupt 2005, 803.

³² BSG v. 16.4.2013 – B 14 AS 55/12; BSG v. 29.11.2013 – B 14 AS 76/12 R; BSG v. 2.11.2012 – B 4 AS 39/12 R; BSG v. 29.11.2012 – B 14 AS 33/12 R vgl. hierzu auch: BSG v. 17.5.2007 – 11 b AS 37/06 R – allesamt www.sozialgerichtsbarkeit.de; BVerwG v. 8.2.1973 – 5 C 106.72 – Buchholz 436.0 § 5 BSHG Nr. 2; BVerwGE 106, 108 f.

³³ Vgl. BSG v. 2.12.2013 – B 4 AS 39/12 – www.sozialgerichtsbarkeit.de.

³⁴ § 1585b BGB ist eine Ausnahmeregelung.

³⁵ *Wendt*, Behindertentestament – ein Auslaufmodell?, ZNotP 2008, 3.

³⁶ LSG Hessen vom 26.6.2013 – L 6 SO 165/10 – www.sozialgerichtsbarkeit.de.

³⁷ LSG Hamburg v. 13.9.2012 – L 4 AS 167/10 – www.sozialgerichtsbarkeit.de.

³⁸ *Grube*, in: *Grube/Wahrendorf*, SGB XII, Kommentar, § 19 Rn 12.

Einkommen oder Vermögen hat, ist nicht bedürftig. Und wer Leistungen Dritter erhält, ist ebenso wenig bedürftig bzw. hat nach SGB XII ggf. einen abweichenden Regelbedarf.³⁹ Fließen entsprechende Mittel während des Leistungsbezuges zu, sind die leistungsgewährenden Verwaltungsakte nach §§ 45, 48 SGB X (im SGB II nach § 40 SGB II i.V.m. §§ 330, 331 SGB III) aufzuheben. In anderen Fällen – so auch im Fall des LSG Hessen – ist der Grundsatz der Subsidiarität durch Anwendungssatzansprüche wiederherzustellen. Eine erbrechtliche Gestaltung zugunsten eines Sozialhilfebeziehers kann diesem daher nur dann zugute kommen, wenn die ihm zufließenden Mittel sozialhilferechtlich nicht als Einkommen oder Vermögen angerechnet werden oder einzusetzen sind. Dafür gibt es im SGB XII und im SGB II je nach beanspruchter Leistung und je nachdem, ob es sich um Einkommen oder Vermögen handelt, voneinander abweichende Regeln:

- **SGB XII:**
 - Einkommen: §§ 82–88, 92, 92a SGB XII
 - Vermögen: §§ 90, 92 SGB XII
- **SGB II:**
 - Einkommen: §§ 11 ff. SGB II
 - Vermögen: § 12 SGB II

Es ist für jede Leistung gesondert zu prüfen, ob ein Zufluss Einkommen oder Vermögen ist und ob er den Sozialhilfeanspruch hindert oder entfallen lässt.

Bis in die jüngste Vergangenheit wurde in der Sozialgerichtsbarkeit heftig darüber gestritten,⁴⁰ ob „eine Erbschaft Einkommen oder Vermögen ist“ und das Tatbestandsmerkmal der Hilfebedürftigkeit im jeweiligen Sozialleistungstatbestand vernichtet.⁴¹ Z.T. wurde differenziert: Ein ererbtes Grundvermögen sollte danach Vermögen⁴² darstellen, während ererbte Barmittel Einkommen darstellen sollten, das als einmalige Einnahme auf einen angemessenen Zeitraum aufzuteilen und monatlich mit einem entsprechenden Betrag anzusetzen sei.⁴³ Die Kommentarliteratur stand und steht z.T. noch der Zuordnung einer Erbschaft zum Einkommen uneins gegenüber. Die sozialhilfenähe Literatur hat die Auffassung, dass Erbschaften Einkommen seien, adaptiert.⁴⁴ Andere qualifizieren „Erbschaften“ eindeutig als Vermögen und bezeichnen alles andere als Etikettenschwindel und „geradezu juristische Perversion“.⁴⁵ Damit finden sie im Gesetz mittelbar eine Stütze, denn sozialhilferechtlich fallen z.B. „Familien- und Erbstücke“ nach § 90 Abs. 2 Nr. 6 SGB XII eindeutig in die Kategorie des Vermögens und nicht des Einkommens.

Das Bundessozialgericht hat für das SGB XII noch keine abschließende Entscheidung getroffen. Im SGB II bestimmt es die sozialhilferechtliche Qualität einer „Erbschaft“ nach der allgemein geltenden Zuflussrechtsprechung.⁴⁶ Grundsätzlich wird Einkommen im SGB XII und II definiert als alle „eingehenden Einnahmen, Zahlungen, Zuflüsse, Zuwendungen oder andere Leistungen in Geld oder Geldes Wert ohne Rücksicht auf ihre Herkunft, Rechtsnatur und Steuerpflichtig-

keit, die der Leistungsberechtigte gerade/erst im Bedarfszeitraum erhält.“⁴⁷ Vermögen ist demgegenüber jeder Vermögenswert in Geld oder Geldes Wert, den er schon zu Beginn des ersten Bedarfszeitraums hat. Wann Mittel zufließen, wird nach dem tatsächlichen Zufluss bestimmt, es sei denn, das Gesetz würde etwas anderes bestimmen (normativer Zufluss).⁴⁸

In der Erbfall-Entscheidung des BSG vom 25.1.2012⁴⁹ zu einem Fall aus dem SGB II heißt es: „Ein solcher rechtlich maßgeblicher anderer Zufluss ergibt sich bei einem Erbfall aus § 1922 Abs. 1 BGB, nach dem mit dem Tode einer Person deren Vermögen als Ganzes auf den oder die Erben übergeht (Gesamtrechtsnachfolge). Bereits ab diesem Zeitpunkt kann ein Erbe aufgrund seiner durch den Erbfall erlangten rechtlichen Position über seinen Anteil am Nachlass verfügen. Diese Besonderheiten der Gesamtrechtsnachfolge im BGB sind auch für die Abgrenzung von Einkommen und Vermögen nach dem SGB II entscheidend. Ob der Erbe schon zum Zeitpunkt des Erbfalls tatsächlich – zumindest bedarfsmindernde – Vorteile aus seiner Erbenstellung ziehen kann, ist dabei zunächst ohne Belang. § 11 Abs. 1 Satz 1 SGB II setzt nicht voraus, dass der Einnahme bereits ein „Marktwert“ zukommt. Entscheidend für die Abgrenzung von Einkommen und Vermögen ist daher, ob der Erbfall jedenfalls vor der (ersten) Antragstellung eingetreten ist.⁵⁰ Liegt der Erbfall vor der ersten Antragstellung, handelt es sich um Vermögen. Der Zufluss eines Geldbetrags aus einem Erbe vor Antragstellung stellt sich dann als „versilbern“ bereits vorhandenen Vermögens dar und ist somit weiterhin als Vermögen zu qualifizieren.“⁵¹ Ein solches Vermögen – so das BSG weiter – sei nur zu verwerten, wenn es in einer Höhe anfalle, die zur (vorübergehenden) Beendigung der Hilfebedürftigkeit führe. Ob dies

³⁹ Vgl. zum System reduzierter Bedarfe für das frühere Recht der Sozialhilfe BVerwG; FEVS 47, 337, zur unentgeltlichen Kfz-Nutzung; BVerwGE 72, 354; jetzt z.B.: BSG v. 11.12.2007 – B 8/9b SO 21/06 R; BSG v. 18.6.2008 – B 14 AS 22/07R – www.sozialgerichtsbarkeit.de.

⁴⁰ Z.B. ausführlich pro Vermögen: SG Aachen v. 11.9.2007 – S 11 AS 124/07; tendenziell pro Vermögen: LSG NRW v. 20.12.2006 – L 20 B 135/06 SO ER unter Berufung auf BVerwG v. 3.5.2005 – 5B 106/94; später pro Einkommen LSG NRW v. 2.4.2009 – L 9 AS 58/07 – www.sozialgerichtsbarkeit.de.

⁴¹ Z.B. pro Einkommen: LSG Niedersachsen-Bremen NZS 2009, 114.

⁴² LSG Hamburg v. 31.5.2007 – L 5 AS 42/06 (BSG v. 27.1.2009 – B 14 AS 52/07 R).

⁴³ LSG Baden-Württemberg NZS 2007, 606.

⁴⁴ Mester, Die Rechtsprechung zum Vermögenseinsatz nach SGB II und SGB XII, ZfF 2009, 4 f.

⁴⁵ Brühl, in: LPK-SGB II, § 11 Rn 9; vgl. auch Conradis, Einkommen und Vermögen im SGB II – Probleme der Abgrenzung, info also 2007, 12.

⁴⁶ BVerwGE 108, 296 ff.

⁴⁷ BVerwG FamRZ 1999, 1654.

⁴⁸ Vgl. z.B. BSG v. 30.7.2008 – B 14/7b AS 12/07R und 26/07R; BSG v. 19.5.2009 – B 8 SO 35/07 R; BSG v. 21.6.2011 – B 4 AS 21/10 R – www.sozialgerichtsbarkeit.de.

⁴⁹ BSG NJW 2012, 2911.

⁵⁰ BSG, Urt. v. 24.2.2011 – B 14 AS 45/09 R; Urt. v. 28.10.2009 – B 14 AS 62/08 R – www.sozialgerichtsbarkeit.de.

⁵¹ Vgl. hierzu BSGE 99, 77 Rn 19.

der Fall sei, müsse ggf. anhand der Freibetragsregelung und damit anhand der den Hilfebedürftigen zustehenden Freibeträge entschieden werden. Wenn der Hilfeempfänger dagegen mit dem Erbfall lediglich Inhaber einer Forderung gegen den Nachlass geworden sei, seien Freibeträge nicht zu berücksichtigen, weil es sich in diesem Fall im Zeitpunkt des Zuflusses des Geldbetrags um Einkommen handle.⁵² Das BSG hat diese Rechtsprechung in jüngster Zeit bestätigt.⁵³

Die Rechtsprechung des BSG ist in der Praxis vollends angekommen. In den aktuellen Dienstanweisungen der Bundesagentur für Arbeit⁵⁴ unter 11.80 heißt es:

„Tritt der Erbfall vor der Bedarfszeit ein, handelt es sich bei der Erbschaft um Vermögen. Eine Erbschaft ist nur dann als (einmaliges) Einkommen zu berücksichtigen, wenn der Erbfall – also der Tod – während des Leistungsbezuges eintritt.“

Und dann sinngemäß:

Werden Sachwerte geerbt, ist ggf. § 24 Abs. 5 SGB II analog anwendbar. Liegt der Todestag vor Beginn des Leistungsbezuges, stellt auch der spätere Zufluss des Erbes Vermögen dar.

Auch in der Wissensdatenbank der Bundesagentur⁵⁵ finden sich zu § 12 SGB II entsprechende Fragen und Antworten:

„Ein im laufenden Leistungsbezug stehender Hilfebedürftiger erbt eine Eigentumswohnung, die von seiner verstorbenen Mutter bewohnt wurde. Er selbst ist Eigentümer einer Eigentumswohnung. Welche Auswirkungen hat diese geerbte Immobilie auf den Leistungsbezug?

Bei der Erbschaft handelt es sich um eine einmalige Einnahme in Geldeswert, die der HB in der Bedarfszeit wertmäßig dazu erhält. Einmalige Einnahmen sind nach § 2 Abs. 4 Satz 2 Arbeitslosengeld II/Sozialgeld-V ab dem auf den Zufluss folgenden Kalendermonat auf einen angemessenen Zeitraum anzurechnen.

a) Verwertung der Immobilie

Dem Hilfebedürftigen ist unverzüglich mitzuteilen, dass eine Berücksichtigung der geerbten Immobilie als Einkommen erfolgt. Er ist über die leistungsrechtlichen Konsequenzen zu informieren. Dies bedeutet nicht unbedingt, dass er die Immobilie sofort verkaufen muss, sondern es kommt auch eine Beleihung in Betracht (im Regelfall dürfte es problemlos möglich sein, ein Darlehen zur Sicherstellung des Lebensunterhaltes für die nächsten Monate zu erlangen – Immobilie als Sicherheit). Die Art der Verwertung bleibt dem Hilfebedürftigen überlassen.

(...)“

Auch die untergerichtliche Rechtsprechung hat die Rechtsprechung des BSG größtenteils adaptiert,⁵⁶ während das LSG Hamburg⁵⁷ und das LSG Hessen⁵⁸ noch ohne es zu

problematisieren vom Vermögenscharakter der Mittel aus den Behindertentestamenten ausgegangen sind.

Dagegen verbleibt die zivilgerichtliche Rechtsprechung bei der Vorstellung, eine Erbschaft sei Vermögen. Zivilrechtlich gedacht ist dies zutreffend. § 1922 BGB setzt denn Begriff der Erbschaft mit dem Vermögen des Erblassers gleich. Als „Erbschaft“ wird die Gesamtheit der vererbaren Rechtsverhältnisse jeweils unter Einschluss der Verbindlichkeiten verstanden.⁵⁹ Nachlassgegenstände wie den Anspruch auf Freigabe der Nachlassgegenstände durch den Testamentsvollstrecker sieht der BGH als Vermögen an, das § 90 SGB XII zuzuordnen ist.⁶⁰

Der Unterschied zwischen Einkommen und Vermögen im SGB XII und SGB II hat erhebliche Bedeutung. Ist eine Erbschaft Einkommen, so muss eine Prüfung der Einkommensanrechnungsregeln erfolgen, die z.B. eine ausdrückliche Härtefallprüfung nicht kennen. Ist eine „Erbschaft“ dagegen Vermögen, so kommen die Schonvermögensregeln des § 90 SGB XII und § 12 SGB II zum Zuge.

Letztendlich weist die zivilrechtliche Definition des § 1922 BGB den richtigen Weg. Schon die Frage: „Ist eine „Erbschaft“ Einkommen oder Vermögen?“ führt sozialhilferechtlich in die Irre.

Eine Erbschaft ist die Gesamtheit der Rechtsverhältnisse des Erblassers. Es handelt sich um Rechtsverhältnisse, aus denen sich Aktiva und Passiva ergeben; um Rechtsverhältnisse, aus denen Einkommen fließt, und Rechtsverhältnisse an Vermögensgegenständen. Genauso gut sind Rechtsverhältnisse nicht vermögensrechtlichen Inhalts denkbar. Eine Sondererfolge unmittelbar in einzelne subjektive Rechte, also getrennt vom übrigen Nachlass, findet nur in wenigen Ausnahmefällen statt, die hier keine Rolle spielen. Eine Erbschaft ist also nicht identisch damit, Einkommen zu erlangen, und sie ist auch nicht identisch damit, Vermögen zu haben. Die Erbschaft ist nicht einmal identisch damit, dass „unter dem Strich“ etwas Vermögenswertes zufließt. Der Erbe wird Rechtsinhaber und kann damit automatisch nicht nur Berechtigter, sondern auch Verpflichteter werden. Eine Erbschaft – präziser: ein Nachlass – kann in der Gesamtheit betrachtet überschuldet sein, wenn

⁵² Unter Hinweis auf BSG, Urt. v. 28.10.2009 – B 14 AS 62/08 R – www.sozialgerichtsbarkeit.de.

⁵³ BSG v. 12.6.2013 – B 14 AS 73/12 R – www.sozialgerichtsbarkeit.de.

⁵⁴ www.harald-thome.de/sgb-ii-hinweise.htm; Weisungen und Gesetze der Bundesagentur für Arbeit zum Thema „SGB-II-Leistungen“ – www.bundesagentur.de.

⁵⁵ <http://wdbfi.sgb-2.de/>

⁵⁶ Vgl. z.B. Sächsisches LSG v. 17.10.2013 – L 2 AS 1082/11; LSG NRW v. 6.8.2012 – L 19 AS 771/12 zur Bedarfsdeckung durch Erbschaft bei gleichzeitig bestehender insolvenzrechtlicher Obliegenheit nach § 295 Abs. 1 Nr. 2 InsO – www.sozialgerichtsbarkeit.de.

⁵⁷ LSG Hamburg v. 13.9.2012 – L 4 AS 167/10 – www.sozialgerichtsbarkeit.de.

⁵⁸ LSG Hessen v. 26.6.2013 – L 6 S0 165/10 – www.sozialgerichtsbarkeit.de.

⁵⁹ MüKo/Leipold, § 1922 Rn 15.

⁶⁰ BGH NJW 2013, 1879; LG Kassel v. 17.10.2013 – vgl. Fn 6.

auch aus einzelnen Rechtsverhältnissen Ansprüche resultieren. Wäre eine Erbschaft per se Einkommen oder Vermögen, so wäre sie im Fall der Überschuldung wohl als negatives Einkommen oder Vermögen zu diskutieren und ein solches Ergebnis ist im Sozialrecht nicht zulässig. Kaum lösbar wäre bei einer Zuordnung „der Erbschaft“ zum Einkommen das Problem der Nachlasspassiva. So stellt z.B. § 82 Abs. 2 Nr. 4 SGB XII nur die mit der Erzielung des Einkommens verbundenen notwendigen Ausgaben von der Anrechnung frei. Die Kommentierungen belegen aber eindeutig, dass dabei nur an die Freistellung von Positionen gedacht wird, die man benötigt, um Erwerbseinkommen zu erzielen. Ein Erbe hätte also keine Chance, seinen Verpflichtungen aus seiner Erbenstellung nachzukommen, ohne dass die Rechtsprechung einem normativen Einkommensbegriff einen normativen Begriff der Abzugspositionen folgen lassen müsste.

Eine „Erbschaft“ an sich kann überhaupt nicht klassifiziert werden. Es lassen sich nur die daraus fließenden Rechtsverhältnisse klassifizieren. Für diese Argumentation spricht, dass beim „Sozialhilferegress“ nach den §§ 33 SGB II, 93 SGB XII auch nur auf Ansprüche abgestellt wird, die auf den Sozialleistungsträger übergehen. Eine „Erbschaft“ an sich lässt sich aber weder überleiten, noch geht sie von Gesetzes wegen über. Demnach sind die aus einer Erbschaft resultierenden Positionen jeweils gesondert als Einkommen oder Vermögen zu klassifizieren. Da sie im Zeitpunkt des Erbfalls im Regelfall zunächst für den Sozialhilfebezieher nicht sofort verfügbar sind, sind sie sozialhilferechtlich auch keine sog. „bereiten“ Mittel. Sie können dem Sozialleistungsanspruch daher solange nichts anhaben, bis daraus Mittel „flüssig gemacht werden können“.⁶¹ Erst dann ist weiter zu qualifizieren. Wer vor der Sozialhilfebedürftigkeit erbt, kann sowohl Einkommen als auch Vermögen haben, nämlich z.B. Einkommen aus den Erträgen des Vermögens und Vermögen z.B. in der Form der bewohnten Immobilie. Tritt der Erbfall aber während der Sozialhilfebedürftigkeit ein und fließen Mittel zu, dann handelt es sich nach der Zuflussrechtsprechung des BSG sozialhilferechtlich um Einkommen.

Für den Vorerben eines klassischen Behindertentestaments ist selbst diese Differenzierung nicht von Bedeutung. Das haben sowohl das LSG Hessen als auch das LSG Hamburg verkannt. Was dem Vorerben im Verhältnis zum Nacherben zusteht, bestimmt § 2111 BGB. Dem Vorerben stehen die Nutzungen der Erbschaft zu,⁶² und zwar die der gesamten Erbschaft.⁶³ Nur den Nachlassgläubigern gegenüber gehören auch die Nutzungen zum Nachlass.⁶⁴ Das spielt aber insoweit keine Rolle, als der Sozialhilfeträger kein Gläubiger der Sozialhilfebezieher ist, sondern lediglich auf die verfügbaren Mittel verweist oder im Wege des „Sozialhilferegresses“ nach den §§ 93 SGB XII, 33 SGB II in die Rechtsposition des Vorerben eintritt bzw. Aufwendungsersatzansprüche geltend macht, wenn Nutzungen frei werden. Die „Früchte“ eines Nachlasses sind nach § 82 Abs. 1 SGB XII, §§ 2, 4 ff. der VO zur Durchführung des § 82 SGB XII und § 11 SGB II, § 4 Abs. 1 Nr. 4, AIG II–V

eindeutig sozialhilferechtlich Einkommen und somit einzusetzen, wenn sie „bereite“ Mittel sind.

4. Die Zugriffssperre aus (nicht befreiter) Vorerbschaft und Testamentsvollstreckung

Zivilrechtler werden an dieser Stelle vielleicht einwenden, dass es doch generell völlig egal sei, ob die Mittel aus dem Nachlass sozialhilferechtlich Einkommen oder Vermögen seien, denn schließlich bestehe ja zivilrechtlich eine dreifache Zugriffssperre durch (nicht befreite) Vorerbschaft⁶⁵ mit Erbinsetzung oberhalb des Pflichtteilsanspruchs, Dauertestamentsvollstreckung und Verwaltungsanordnungen des Erblassers. Daran könne der Sozialhilfeträger doch nicht rütteln. So hat es auch das LSG Hamburg⁶⁶ beurteilt. Das greift aber zu kurz und ist zivilrechtlich gedacht.

Richtig ist, dass der Sozialhilfeträger an der „Zwangsfürsorge“ für den Nachlass durch die angeordnete Vorerbschaft nach geltender Rechtslage nicht vorbeikommt. Die Substanz ist für den Vorerben unangreifbar. Richtig ist auch, dass die dem Erben zustehenden Nutzungen durch die Dauertestamentsvollstreckung der Verfügungsbefugnis des Erben entzogen sind und § 2217 BGB nicht für die Früchte der Vorerbschaft gilt. Der Testamentsvollstrecker hat die Früchte nach Maßgabe des § 2216 Abs. 2 BGB nach den Regeln der ordnungsgemäßen Verwaltung zu verwalten und ggf. an den Erben herauszugeben.⁶⁷ Dazu soll allgemein die Herausgabe des angemessenen Unterhalts des Erben gehören.⁶⁸ Auf jeden Fall aber wird die ordnungsgemäße Verwaltung nach den vom Erblasser dazu getroffenen Verwaltungsanordnungen bestimmt. Und genau da liegt das Problem, das durch die Entscheidung des LSG Hessen⁶⁹ offenbar wird. Die Verwaltungsanordnung des Erblassers, dass nur sozialhilfeunschädlich zugewendet werden darf, und die Regeln des sozialhilferechtlichen Leistungsverhältnisses stehen sich diametral gegenüber und können den Testamentsvollstrecker in die Lage bringen, die ihm zugeordnete Aufgabe nicht erfüllen zu können. In dem Moment nämlich, in dem der Testamentsvollstrecker dem Sozialhilfebedürftigen Mittel aus der Erbmasse getreu seinem Auftrag zur Verbesserung seiner Lebenssituation endgültig – und

⁶¹ BSG v. 12.6.2013 – B14 A 573/12 R m.w.N. – www.sozialgerichtsbarkeit.de.

⁶² BGHZ 78, 177; MüKo/*Grunsky*, § 2111 Rn 15.

⁶³ MüKo/*Grunsky*, § 2111 Rn 15 c.

⁶⁴ *Hennicke*, in: *Damrau* (Hrsg.), *Praxiskommentar Erbrecht*, § 2111 Rn 11.

⁶⁵ MüKo/*Grunsky*, § 2100 Rn 17.

⁶⁶ LSG Hamburg v. 13.9.2012 – L 4 AS 167/10 – www.sozialgerichtsbarkeit.de.

⁶⁷ BGH NJW-RR 1986, 1096.

⁶⁸ Vgl. *Mayer*, in: *Bengel/Reimann*, Kapitel 5 Rn 356; MüKo/*Brander*, § 2216 Rn 7.

⁶⁹ LSG Hessen vom 26.6.2013 – L 6 S0 165/10 – www.sozialgerichtsbarkeit.de.

nicht nur zur Nutzung⁷⁰ – zuwendet, liegt darin die Erklärung des Verzichts des Testamentsvollstreckers auf sein Verwaltungs- und Verfügungsrecht. Das Zugriffsverbot für Dritte endet.⁷¹ Der Schutzmechanismus der testamentarischen Regelung wird wirkungslos.⁷² Mit der Freigabe realisiert sich für den Sozialhilfebezieher sozialhilferechtlich der Schritt vom Einkommen zum „bereiten“ Einkommen, das leistungsschädlich und damit ein Verstoß gegen die Verwaltungsanordnungen des Erblassers sein kann.

Beispiel

Wenn ein zu Hause lebender Erbe, der dauerhaft auf Hilfe zum Lebensunterhalt und Hilfe zur Pflege angewiesen ist, einen Nachlass als nicht befreiter Vorerbe erbt, der ihm 5.000 EUR an Erträgen erbringt, dann sind Nachlass und Erträge sozialhilferechtlich Einkommen. Die Substanz ist unangreifbar. Werden 5.000 EUR Erträge freigegeben, dann sind sie Einkommen, das zur Bedarfsdeckung geeignet ist. Es gilt § 82 SGB XII und die Verordnung zu § 82 SGB XII. Im SGB II würden die §§ 11 ff. i.V.m. der ALG II-VO gelten. Die laufende Leistungsbewilligung wäre nach § 48 SGB XII (im SGB II nach § 40 Abs. 2 Nr. 3 i.V.m. §§ 330 Abs. 2 Nr. 3 SGB III) wegen wesentlicher Änderung der Verhältnisse aufzuheben oder anzupassen.

Das liegt daran, dass es auf die Herkunft von Einkommen und Vermögen im Sozialhilferecht grundsätzlich nicht ankommt. Nur für Einkommen mit öffentlich-rechtlicher Zweckbestimmung besteht nach § 83 SGB XII, § 11a Abs. 3 SGB II eine Ausnahme.⁷³ Zweckbestimmungen von Erblassern oder sonstigen Dritten sind im Sozialhilferecht für Einkommenszuflüsse gesetzlich nicht berücksichtigt. Lediglich als Vermögen hat die frühere Rechtsprechung eine solche Zweckbindung unter dem Gesichtspunkt der Härte (§ 90 Abs. 3 SGB XII, § 12 SGB II) diskutiert. Aber selbst dort war der Handlungsspielraum schmal. Schon das BVerwG hat ausgeführt, dass sich nicht in einer verallgemeinerungsfähigen Weise sagen lasse, dass ein Gegenstand, weil er einem Bedürftigen geschenkt worden sei, unter dem Gesichtspunkt der Härte von einem Vermögenseinsatz auszunehmen sei.⁷⁴ Gibt der Testamentsvollstrecker Nachlasswerte frei, erfolgt die ganz normale Einkommens- und Vermögensprüfung wie für alle Erben. Der Testamentsvollstrecker kann somit nicht allgemein sozialhilfeunschädlich Zuwendungen tätigen, sondern nur im Rahmen der gesetzlichen Regeln über den Einsatz von Einkommen und Vermögen bei Bezug von Sozialhilfe. Entscheidet sich der Testamentsvollstrecker aus diesem Grund, keine Erbmittel freizugeben, unterliegen diese nach dem Tod des Vorerben der sozialhilferechtlichen Erbenhaftung der §§ 102 SGB XII, 35 SGB II.⁷⁵ Und auch das verstößt gegen den Willen des Erblassers. Der Testamentsvollstrecker ist also in permanenter Gefahr, so oder so gegen die Verwaltungsanordnungen des Erblassers zu verstoßen.

Die Erfüllung seiner Amtspflichten scheint insbesondere im Falle einer Heimunterbringung teilweise oder sogar ganz unmöglich. Wird aber der Spielraum eng und der Testamentsvollstrecker kann und darf dem Begünstigten wegen der Verwaltungsanordnungen des Erblassers über das Sozialhilfeniveau hinaus so gut wie nichts mehr zukommen lassen, und kommt deshalb beim behinderten Begünstigten nichts mehr an, so verliert das Behindertentestament seinen Inhalt und seine Legitimation.

5. Der sozialhilferechtliche Handlungsspielraum des Testamentsvollstreckers

Die Entscheidung des LSG Hamburg⁷⁶ widerspricht diesem Ergebnis. Sie geht den Weg mit, dass jedenfalls ab dem Moment der Freigabe durch den Testamentsvollstrecker, wenn nicht aus anderen Gründen eine Schonung des Einkommens in Betracht kommt, die allgemeinen Einkommens- und Vermögensanrechnungsregeln gelten. Das LSG Hessen⁷⁷ bleibt auf halber Strecke stehen, wenn es eine Art zulässige Zweckbestimmung durch den Testamentsvollstrecker wohl grundsätzlich für möglich hält (Theorie des „verlängerten Arms“), den Aufwendungsersatzanspruch aber nur deshalb zuerkannt hat, weil eine solche verlängerte Zugriffsperre im konkreten Fall nicht angeordnet war. Eine solche Möglichkeit kennt das Sozialhilferecht nicht. Die einzig denkbaren Varianten, mit denen gesichert sozialhilfeunschädliche Zuwendung gemacht werden können, bestehen darin, dass

- der Testamentsvollstrecker Erbmittel nur zur Nutzung, nicht aber zu unbelastetem Eigentum und zum „Verzehr“ gibt
- die herausgegebenen Erbmittel aufgrund von Ausschluss- oder Schonregeln („Einkommensschonrepertoire“) im sozialhilferechtlichen Leistungsverhältnis keine Berücksichtigung finden.

Dem Testamentsvollstrecker steht kein für alle Sozialhilfefälle gleichermaßen geltendes und beliebiges Einkommensschonrepertoire, aus dem er sich bedienen könnte, zur Verfügung.

⁷⁰ Klumpp, in: Bengel/Reimann, Kapitel 6, Rn 187.

⁷¹ MüKo/Brandner, § 2217 Rn 7.

⁷² LG Kassel ZEV 2014, 104.

⁷³ Oder für Vermögen mit Zweckbestimmung nach § 90 Abs. 2 Nr. 2 SGB XII, § 12 Abs. 2 Nr. 2 und 3 SGB II.

⁷⁴ BVerwG v. 8.7.1991 – 5 B 57. 91; vgl. auch LSG Niedersachsen-Bremen v. 23.2.2011 – L 13 As 155/08 – www.sozialgerichtsbarkeit.de; dagegen weitergehend bei einer Zweckschenkung VG Göttingen v. 25.11.2003 – 2 A 2242/02.

⁷⁵ Krauß, Vermögensnachfolge in der Praxis, Rn 5253.

⁷⁶ LSG Hamburg v. 13.9.2012 – L 4 AS 167/10 – www.sozialgerichtsbarkeit.de.

⁷⁷ LSG Hessen vom 26.6.2013 – L 6 S0 165/10 – www.sozialgerichtsbarkeit.de.

Inwieweit ein Sozialhilfebezieher eigenes Einkommen sowie Einkommen der Mitglieder seiner Einsatz- oder Bedarfsgemeinschaft ganz oder nur teilweise vorrangig einbringen muss, hängt von den jeweils bezogenen Hilfen – je nach Zuordnung im SGB XII und im SGB II – ab. Jeder Einzelfall ist daher individuell zu prüfen.

a) Die Freistellung von Einkommen und Vermögen Contergangeschädigter

Eine gesetzlich geregelte Ausnahme der Einkommensanrechnung betrifft Menschen, die durch das Arzneimittel Contergan geschädigt wurden. Nach dem Gesetz über die Conterganstiftung für behinderte Menschen⁷⁸ vom 1.8.2013 sind bei der Gewährung von

- Hilfe zur Gesundheit – §§ 47 ff. SGB XII
- Eingliederungshilfe für behinderte Menschen – §§ 53 ff. SGB XII
- Hilfe zur Pflege – §§ 61 ff. SGB XII
- Hilfe zur Überwindung sozialer Schwierigkeiten – §§ 67 ff. SGB XII
- Hilfe in anderen Lebenslagen – §§ 70 ff. SGB XII

dem Betroffenen und seinem nicht getrennt lebenden Ehegatten oder Lebenspartner die Aufbringung der Mittel aus ihrem Einkommen nach § 19 Abs. 3, § 87 Abs. 1 SGB XII nicht zuzumuten. Der Einsatz ihres Vermögens und ihres nicht getrennt lebenden Ehegatten oder Lebenspartners nach § 19 Abs. 3, § 90 Abs. 3 S. 1 SGB XII stellt eine Härte dar. Lediglich für die sozialrechtliche Erbenhaftung des Nachlasses des Behinderten gibt es keinen Schutz.⁷⁹ Damit können die leistungsberechtigte Person und ihr nicht getrennt lebender Ehegatte oder Lebenspartner erben, ohne die Erbschaftsmittel in der Sozialhilfe – beispielsweise für die Kosten der Hilfe zur Pflege – einsetzen zu müssen. Eines Behindertentestaments mit Testamentsvollstreckung bedarf es für diese Personengruppe dann aber auch gar nicht.

b) Die Einkommensschontatbestände des SGB XII

Die Suche nach Einkommensschontatbeständen hängt im SGB XII von der Art der bezogenen Leistungen ab. Hierzu ein

Beispiel

Die schwerstpflegebedürftige Sozialhilfeempfängerin (Pflegestufe III) erhält

- Leistungen auf Grundsicherung nach dem 4. Kapitel des SGB XII,
- Hilfe zur Pflege nach dem 5. Kapitel des SGB XII.

Aus dem auf sie entfallenden Nachlass werden Kapitalerträge in Höhe von 6.000 EUR jährlich erzielt.

Wenn sie durch Freigabe des Testamentsvollstreckers diesen Geldbetrag erhält, dann verfügt sie nach der Zuflussrecht-

sprechung des BSG über entsprechendes eigenes Einkommen. Es gelten § 82 SGB XII, §§ 6, 10 VO zur Durchführung des § 82 SGB XII i.V.m. § 20 EStG.

§ 82 SGB XII ist Grundlagennorm und definiert den Begriff des Einkommens. Einkommen im Sinne von § 82 SGB XII ist der Gesamtbetrag der Einkünfte aus den einzelnen Einkunftsarten. Der Begriff des Einkommens wird durch die Verordnung zur Durchführung des § 82 des SGB XII ausgefüllt. § 82 SGB XII bestimmt ferner die Abzugsposten und -beträge. Die Rechtsgrundlagen für die Berechnung und die Verwertbarkeit von Einkommen werden in §§ 82–89 SGB XII, der Verordnung zur Durchführung des § 82 SGB XII und den Sonderbestimmungen der §§ 92, 92a SGB XII geregelt.

§ 19 SGB XII gibt den Weg vor, wie der Einsatz von Einkommen (und Vermögen) zu prüfen ist. Erhält der Bedürftige Grundsicherung im Alter und bei Erwerbsminderung (§§ 41 ff. SGB XII), dann gilt § 19 Abs. 2 SGB XII und § 43 Abs. 1 SGB XII, der Einkommen (und Vermögen) des nicht getrennt lebenden Ehegatten oder Lebenspartners sowie des Partners einer eheähnlichen oder lebenspartnerschaftlichen Gemeinschaft einbezieht.

Benötigt der Bedürftige stattdessen Hilfe zum Lebensunterhalt (§ 27 SGB XII), weil er die Voraussetzungen der §§ 41 ff. SGB XII nicht erfüllt, so gelten §§ 19 Abs. 1, 27 Abs. 1 und 2 SGB XII. Bei nicht getrennt lebenden Ehegatten oder Lebenspartnern ist das Einkommen (und Vermögen) beider Ehegatten gemeinsam zu berücksichtigen.

Benötigt der Sozialhilfebedürftige daneben oder stattdessen besondere Hilfen des SGB XII, dann begrenzt § 19 Abs. 3 SGB XII den Einkommenseinsatz unter Zumutbarkeitsgesichtspunkten. Das gilt bei der Hilfe zur Gesundheit (§§ 47 ff. SGB XII), der Eingliederungshilfe für behinderte Menschen (§§ 53 ff. SGB XII), der Hilfe zur Pflege (§§ 61 ff. SGB XII), der Hilfe zur Überwindung besonderer sozialer Schwierigkeiten (§§ 67 ff. SGB XII) und den Hilfen in anderen Lebenslagen (§§ 70 ff. SGB XII). Bei diesen Leistungen wird geprüft, ob dem Leistungsberechtigten, seinem nicht getrennt lebenden Ehegatten oder Lebenspartner und, wenn er minderjährig und unverheiratet ist, seinen Eltern oder einem Elternteil die Aufbringung der Mittel aus dem Einkommen (und Vermögen) nach den Vorschriften der §§ 82 ff. SGB XII nicht zuzumuten ist. §§ 85–89, 92, 92a SGB XII füllen das Tatbestandsmerkmal des zumutbaren Einsatzes von Einkommen für die jeweiligen Leistungen aus.

Die Berücksichtigung des Einkommens im Beispielfall erfolgt für den Grundsicherungsbedarf nach §§ 27 ff. SGB XII i.V.m. §§ 82 ff. SGB XII. Für den Einkommenseinsatz bei Leistungen in Einrichtungen gilt die Sonderregel des § 92a SGB XII. Würden Leistungen der Eingliederungshilfe statt

⁷⁸ Gesetz über die Conterganstiftung für behinderte Menschen (Conterganstiftungsgesetz – ContStifG). Neugefasst durch B. v. 25.6.2009, BGBl I, S. 1537; zuletzt geändert durch Artikel 1 G. v. 26.6.2013 BGBl I, S. 1847.

⁷⁹ BSG NVwZ-RR 2010, 892.

Leistungen der Hilfe zur Pflege erbracht werden, so würde allgemein die Begünstigungsregel des § 92 SGB XII gelten.

Für den Einkommenseinsatz bei Leistungen nach dem 5.–9. Kapitel des SGB XII – hier Hilfe zur Pflege – gilt eine einheitliche Einkommensgrenze nach § 85 SGB XII. Die Aufbringung der Mittel ist nicht zuzumuten, wenn während der Dauer des Bedarfs das Einkommen der nachfragenden Person und ihres nicht getrennt lebenden Ehegatten oder Lebenspartners zusammen eine Einkommensgrenze nicht übersteigt, die sich ergibt aus

- einem Grundbetrag in Höhe des Zweifachen der Regelbedarfsstufe 1 nach der Anlage zu § 28 (aktuell 2-mal 391 EUR),
- den Kosten der Unterkunft, soweit die Aufwendungen hierfür den der Besonderheit des Einzelfalls angemessenen Umfang nicht übersteigen und
- einem Familienzuschlag in Höhe des auf volle EUR aufgerundeten Betrags von 70 vom Hundert der Regelbedarfsstufe 1 nach der Anlage zu § 28 für den nicht getrennt lebenden Ehegatten oder Lebenspartner und für jede Person, die von der nachfragenden Person, ihrem nicht getrennt lebenden Ehegatten oder Lebenspartner überwiegend unterhalten worden ist oder für die sie nach der Entscheidung über die Erbringung der Sozialhilfe unterhaltspflichtig wird.

Ist das Einkommen der zum Einsatz verpflichteten Person (§ 19 Abs. 3 SGB XII) höher als die Einkommensgrenze, muss nach § 87 SGB XII festgestellt werden, in welchem Umfang es zumutbar ist, den Einsatz dieser Mittel – soweit sie nicht schon für die Hilfe zur Grundsicherung verbraucht wurden – zu verlangen. Insbesondere die Art des Bedarfs, Art und Schwere der Behinderung oder Pflegebedürftigkeit, Dauer und Höhe der erforderlichen Aufwendungen sowie besondere Belastungen sind zu berücksichtigen. Die Aufzählung ist nicht abschließend.⁸⁰ Nach Abzug der besonderen Belastungen ist unter Berücksichtigung des Einzelfalles der Einsatzbetrag festzulegen. Bei schwerstpflegebedürftigen Menschen nach § 64 Abs. 3 SGB XII (Pflegestufe 3) sowie blinden Menschen, die Blindengeld nach dem Gesetz über Hilfen für Blinde und Gehörlose oder eine Blindenhilfe nach § 72 SGB XII erhalten, wird vom Gesetz grundsätzlich nur ein Einkommenseinsatz von 40 % des die Einkommensgrenze übersteigenden Einkommens zugemutet (§ 87 Abs. 1 S. 3 SGB XII).

In einem weiteren Schritt muss sodann nach § 88 SGB XII geprüft werden, inwieweit auch der Einsatz von Mitteln unterhalb der Einkommensgrenze verlangt werden kann. Hier handelt es sich um eine stationäre Unterbringung. Die Aufbringung der Mittel soll in angemessenem Umfang erfolgen, wenn eine Person voraussichtlich längere Zeit Leistungen in einer stationären Einrichtung benötigt. Ein Heimbewohner ist dabei grundsätzlich verpflichtet, zur Deckung seiner Heimkosten generell sein gesamtes Einkommen bis auf einen Barbetrag zur persönlichen Verfügung einzusetzen.

Damit kann die S ihren Bedarf an Lebensunterhalt und Unterkunft ganz oder teilweise aus dem Zufluss der Erbmittel decken, weil nach § 11 der VO zur Durchführung des § 82 SGB XII der Jahresbetrag von 6.000 EUR gezwölftelt und monatlich zugerechnet wird. Für die Hilfe zur Pflege und deren Einkommensschorregeln bleiben keine einsatzfähigen Mittel übrig. Würde die Hilfebedürftige deutlich höhere Einkünfte aus Erbmitteln erzielen und erhalten, dann hängt die zumutbare Einsatzpflicht wesentlich davon ab, ob die S stationär untergebracht ist oder nicht. Ist sie nicht stationär untergebracht, so ergibt sich, dass von dem den Grenzwert übersteigenden Betrag auch ohne den Schutz eines Behindertentestaments nur 40 % in Anspruch genommen werden dürften. Damit kann zumindest den in eigener Wohnung lebenden behinderten Menschen etwas aus dem Nachlass zugutekommen. Bei der stationären Unterbringung sind alle Mittel einzusetzen. Dem Sozialhilfebedürftigen bleibt nur der sozialhilferechtlich allgemein zustehende Barbetrag.

Würde die Betroffene statt der Hilfe zur Pflege (§§ 61 ff. SGB XII) Eingliederungshilfe (§§ 53 ff. SGB XII) beziehen, dann würden die Begünstigungen des § 92 SGB XII gelten. Stets ist festzuhalten, dass diese Regeln unabhängig davon gelten, ob dem Betroffenen die Mittel unmittelbar zufließen oder ob der Testamentsvollstrecker sie frei gibt.

c) Allgemeine Härteklausele?

Fraglich ist, ob der Einsatz von Einkommen bei Sozialhilfebeziehern – zumindest wenn sie behindert sind – vom Bundessozialgericht im Rahmen der Rechtsfortbildung durch das Bundessozialgericht nicht aus Härtegründen geschont werden könnte. Immerhin kann man in einer Pressemitteilung mit der Überschrift: „Hoher Hartz-IV-Richter sieht Gerechtigkeitsproblem“ nachlesen, dass die Anrechnung von Erbschaften und anderen hohen einmaligen Einkünften auch von BSG-Richtern als ungerecht und damit als „echtes Gerechtigkeitsproblem“ empfunden wird.⁸¹

Ob dieses Gerechtigkeitsproblem beseitigt werden kann, ist unklar. Nach § 84 Abs. 2 SGB XII sollen Zuwendungen, die ein anderer erbringt, ohne hierzu eine rechtliche oder sittliche Pflicht zu haben, als Einkommen außer Betracht bleiben, soweit ihre Berücksichtigung für die Leistungsberechtigten eine besondere Härte bedeuten würde. Stellt man auf den Testamentsvollstrecker ab, so besteht eine rechtliche Pflicht, nämlich die Herausgabe nach Maßgabe der Verwaltungsanordnungen des Erblassers. Stellt man auf den Erblasser ab, so besteht zwar keine Pflicht den Betroffenen erben zu lassen, aber der dahinterstehende Pflichtteils-

⁸⁰ Verein für öffentliche und private Fürsorge e.V., Empfehlungen für den Einsatz von Einkommen und Vermögen in der Sozialhilfe (SGB XII), Berlin 2007, Rn 95.

⁸¹ Pressemitteilung AFP v. 28.10.2009, abgedr. bei www.123recht.net.

anspruch zeigt an, dass es eine gesetzliche Pflicht zur Einräumung einer Mindestteilhabe am Nachlass gibt und eine sittliche Pflicht nicht ohne Weiteres verneint werden kann. Die Nichtanrechnung hoher Erträge ist jedenfalls keine besondere Härte und auch lebzeitig nicht ohne Weiteres sozialhilfeunschädlich möglich. Es dürfte also fraglich sein, ob eine sozialhilfeunschädliche Zuwendung mit § 84 Abs. 2 SGB XII gesichert werden kann. Möglicherweise kommt § 82 Abs. 3 S. 3 SGB XII zur Anwendung. Im Rahmen der Einkommensermittlung des § 82 SGB XII interpretiert das BSG § 82 Abs. 3 S. 3 SGB XII als Öffnungsklausel oder Auffangtatbestand, der es dem Sozialhilfeträger ermöglichen soll, von einer Einkommensanrechnung ganz oder teilweise abzusehen.⁸² Das BSG hat in einer nachfolgenden Entscheidung vom 9.6.2011 ausgeführt: „§ 82 Abs. 3 Satz 3 SGB XII ist dabei als generelle Härteklausel für alle denkbaren Einkommen zu verstehen, weil nur so den Gerichten und der Verwaltung die Möglichkeit eingeräumt wird, unbillige Ergebnisse zu vermeiden und bei Leistungen nach unterschiedlichen Grundsicherungssystemen eine Harmonisierung zu erreichen.“⁸³ Auf einer Veranstaltung am 24.5.2012 in Göttingen mit dem Thema: „Sterben – Erben – Leistungsmissbrauch? Erbrechtliche Selbstbestimmung und öffentlich-rechtliches Sozialrecht – ein Widerspruch?“ wurde § 82 Abs. 3 S. 3 SGB XII von einem dort anwesenden BSG-Richter als Lösungsweg angeboten, um zumindest Abwicklungsprobleme beim klassischen Behindertentestament zu beseitigen. Das führt zu der Schlussfolgerung, dass mit § 82 Abs. 3 S. 3 SGB XII möglicherweise ein zumindest teilweiser Einkommensschontatbestand für Erben gefunden werden könnte.

Allerdings spricht dagegen, dass das SGB II keine vergleichbare Norm kennt und eine unterschiedliche Behandlung von Grundsicherung/Hilfe zum Lebensunterhalt gegenüber Grundsicherung nach SGB II (Hartz IV) nicht zu rechtfertigen sein dürfte.

d) Die Zuwendung von Sachwerten – ein Ausweg?

Behindertentestamente enthalten wegen der vorstehend geschilderten Probleme häufig die Verwaltungsanordnung, dass Sachwerte zugewendet werden sollen. Fraglich ist allerdings, wie sich diese Zuwendung im sozialhilferechtlichen Leistungsverhältnis auswirkt.

Die untergerichtliche Rechtsprechung hat gefährliche Wegweiser aufgestellt, die anzeigen, dass auch Sachzuwendungen in die Sackgasse führen können. So können Sachwerte wie Reisen⁸⁴ und Autos⁸⁵ unter den Begriff des verwertbaren Vermögens fallen. Mit der Zuflussrechtsprechung des BSG wird man sie aber als Einkommen betrachten müssen.⁸⁶ Das Zurverfügungstellen eines Gegenstandes kann nach den §§ 1, 2 DVO zu § 82 SGB XII ein anzurechnender Sachwert sein. § 2 DVO verweist auf § 17 Abs. 2 SGB IV. Danach können

Sachwerte in einer Rechtsverordnung bewertet werden. § 6 der Sachbezugsverordnung regelt die sogenannten sonstigen Sachbezüge, wenn sie unentgeltlich zur Verfügung gestellt werden. Zu den Sachbezügen gehört auch die Gewährung freier Unterkunft und soll der Nutzungsvorteil eines Pkws gehören.⁸⁷

Die Gefahr, die in der Zuwendung von Sachwerten liegt, wird abgemildert, wenn man prüft, ob die Zuwendung geeignet ist, den konkreten sozialhilferechtlichen Bedarf abzudecken. Voraussetzung für den Einsatz von Einkünften als Einkommen ist stets ihre bedarfsbezogene Verwendungsmöglichkeit,⁸⁸ d.h. die tatsächliche wirtschaftliche Verfügbarkeit für den Sozialhilfebedarf. Aus der Rechtsprechung des BSG zur Berücksichtigung von gewährter Verpflegung in Einrichtungen, die diese aus der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts⁸⁹ übernommen hat, ist abzuleiten, dass vor der Anwendung des § 82 SGB XII stets zu prüfen ist, ob der normativ bestimmte Bedarf des notwendigen Lebensunterhalts ganz oder teilweise anderweitig gedeckt wird und ob damit der Regelbedarf des § 27a Abs. 4 Satz 1 SGB XII abzusenken ist. § 27a Abs. 4 S. 1 SGB XII ermöglicht eine abweichende Festlegung des Bedarfs, wenn im Einzelfall ein Bedarf ganz oder teilweise anderweitig gedeckt ist oder unabweisbar seiner Höhe nach erheblich von einem durchschnittlichen Bedarf abweicht. Während der Gesetzgeber des SGB II die Regelleistungen in pauschalierter Form abschließend umfasst, enthält die Begründung des Gesetzentwurfs zum SGB XII (vom 5.9.2003, BT-Drucks 15/1514, S. 59) ausdrücklich den Hinweis, dass die Regelsätze abweichend bemessen werden können. Wörtlich heißt es dort: „Ein Bedarf ist z.B. anderweitig gedeckt, wenn der Leistungsberechtigte einzelne Leistung von dritter Seite erhält, z.B. unentgeltliches Essen.“⁹⁰

Zur Begründung dieser Auffassung zieht das BSG auch § 2 Abs. 1 Satz 2 der Verordnung zur Durchführung des § 82 SGB XII heran. Nach § 2 Abs. 1 DVO darf durch die Berücksichtigung von Sachbezügen keinesfalls der notwendige Lebensunterhalt nach dem dritten Kapitel des SGB XII gefährdet werden. Diese Formulierung sei – so das BSG – möglicherweise so zu verstehen, dass die Vorschrift des § 2 Abs. 1 Satz 1 der Verordnung über die Bewertung von Sachbezügen beim notwendigen Lebensunterhalt überhaupt nicht anwendbar sei.⁹¹ In der Entscheidung vom 23.3.2010⁹² hat das BSG

⁸² BSGE 106, 62.

⁸³ BSGE 108, 241.

⁸⁴ VG Düsseldorf vom 6.1.2000 – 20 L 414/99.

⁸⁵ VG Düsseldorf vom 6.1.2000 – 20 L 4143/99.

⁸⁶ SG Dortmund vom 19.3.2007 – S 27 AS 59/07 – www.sozialgerichtsbarkeit.de.

⁸⁷ OVG Hamburg FEVS 46, 110.

⁸⁸ BVerwGE 108, 296; FEVS 51, 51; NJW 1999, 3210.

⁸⁹ BVerwG v. 30.12.1996 – 5 B 47.96.

⁹⁰ BSGE 101, 70.

⁹¹ BSGE 99, 252.

⁹² BSGE 106, 62.

dann weiter entschieden, dass § 2 DVO zu § 82 SGB XII und die in Bezug genommene Sachbezugsverordnung nur auf Sachbezüge aus nichtselbstständiger Tätigkeit gerichtet sind. Das LSG NRW hat sich in seiner Entscheidung vom 29.3.2012 ebenfalls dahingehend positioniert.⁹³ Damit würde der Testamentsvollstrecker Handlungsspielraum für die Nichtanrechnung von zugewendeten Sachwerten (Kost/Wohnung und sonstige Sachbezüge) erhalten. Falls dagegen nur eine Absenkung des sozialhilferechtlichen Bedarfs angenommen wird, so darf der Regelbedarf nach SGB XII zumindest nur in dem Umfang abgesenkt werden, in dem der Bedarf des Leistungsberechtigten durch die Zuwendung tatsächlich („im Einzelfall“) gedeckt wird. Dabei ist jedoch nicht vom tatsächlichen Wert der den Bedarf anderweitig deckenden Leistung auszugehen; vielmehr darf der pauschalierte monatliche Regelbedarf des § 27a Abs. 4 S. 1, Abs. 1 Satz 1 SGB XII nur um den Betrag abgesenkt werden, der für diesen Bedarf im Regelbedarfsatz des Sozialhilfebeziehers enthalten ist (Siehe Gesetz zur Ermittlung der Regelbedarfe nach § 28 des SGB XII v. 24.3.2011 – BGBl I, S. 453). Andere, eigenständig ermittelte Werte sind bedeutungslos.⁹⁴

In der konkreten Umsetzung würde dies bedeuten, dass der Testamentsvollstrecker in solchen Fällen seine ihm erteilten Verwaltungsanordnungen zumindest teilweise nicht umsetzen könnte. Da im Regelbedarf für den Sozialhilfeempfänger Beträge für Innenausstattung, Gesundheitspflege, Freizeit, Unterhaltung, Kultur und Mobilität enthalten sind, kann er für solche Bedarfe keine Sachzuwendungen machen, ohne dass der im Regelbedarf enthaltene Betrag entfällt.⁹⁵

Am Beispiel eines vom Testamentsvollstrecker zur Verfügung gestellten Pkw werden die Unterschiede deutlich. Wenn ein zugewendeter Pkw im Bedarfszeitraum sozialhilferechtlich tatsächlich Einkommen und mit der Freigabe durch den Testamentsvollstrecker nicht mehr geschützt ist, so muss der Pkw verwertet und als Einkommen eingesetzt werden. Wenn der Pkw zur Nutzung überlassen wird, so stellt er rechtlich einen Sachbezug dar, der als Einkommen nach § 2 der VO zu § 82 SGB XII zu berücksichtigen ist,⁹⁶ möglicherweise aber nicht beim Lebensunterhalt.

Falls der Auffassung zur Nichtanrechnung beim Lebensunterhalt nicht zu folgen ist, so ist fraglich, ob mit der Überlassung des Pkw der im Regelbedarf enthaltene Mobilitätsbedarf abgedeckt ist. Das verneint die Rechtsprechung, wenn der Hilfeempfänger Benzin und Unterhaltungskosten selbst trägt.⁹⁷ Im Übrigen findet eine begrenzte Absenkung des Regelbedarfs beim Lebensunterhalt statt. Das wiederum ist dem Testamentsvollstrecker nach den meisten Verwaltungsanordnungen in Behindertentestamenten gerade nicht erlaubt, wird aber angesichts des Gesamtnutzens, den der Sozialhilfeempfänger durch die Nutzungsmöglichkeit des Pkw erhält, im Wege der Auslegung der Verwaltungsanordnungen zu akzeptieren sein. Im Rahmen von Bedürftigentestamenten dürfte der Testamentsvollstrecker allerdings vergleichbare Handlungsspielräume nicht haben.

e) Eigenes Einkommen des Erben und seiner Bedarfsgemeinschaft im SGB II

Grundsätzlich gibt es im SGB II eine vergleichbare Struktur der Einkommensanrechnung; allerdings ist dem SGB II der Gedanke eines wirtschaftlich Behinderten vollkommen fremd. Welches Einkommen wie einzusetzen ist, ist anhand von §§ 11 ff. SGB II zu prüfen. In § 11a SGB II werden Einkünfte (Leistungen und Einnahmen) beschrieben, die nicht als Einkommen zu berücksichtigen sind. § 11b SGB II definiert die Absetzungsbeträge bei der Einkommensfeststellung. Eine Ergänzung der nicht zu berücksichtigenden Einkünfte und der Berechnungsmodi findet man in der Verordnung zur Berechnung von Einkommen sowie zur Nichtberücksichtigung von Einkommen und Vermögen beim Arbeitslosengeld II/Sozialgeld vom 21.1.2008 (BGBl I, S. 21–32).

In den vorstehenden Beispielen würde ein behinderter oder nicht behinderter – aber erwerbsfähiger – Leistungsbezieher seine Erbschaft also ohne gesicherte Schonmöglichkeiten einzusetzen haben. Lediglich § 11a Abs. 5 SGB II, der § 84 Abs. 2 SGB XII entspricht, wäre als Ausweichmöglichkeit gegen eine Verwertung diskutabel.

f) Kann sich der „Aggregatzustand“ einer erbrechtlichen Zuwendung von Einkommen in Vermögen ändern?

An den vorstehend erörterten Ergebnissen könnte sich ggf. auch dann etwas ändern, wenn man Einkommen in Vermögen umwandeln könnte. Dadurch ergäbe sich sowohl im SGB II als auch im SGB XII für den Testamentsvollstrecker die Möglichkeit, Erbmittel im Rahmen der Vermögensschonbestände des § 12 SGB II und § 90 SGB XII sozialhilfeunschädlich freizugeben. Dann wären die SGB-II-Bezieher allerdings erheblich begünstigt, da § 12 SGB II hohe Vermögensschonbeträge kennt, das SGB XII aber nur den kleinen Barbetrag nach § 90 Abs. 2 Nr. 9 SGB XII. Eine solche Lösung scheidet aber per se schon dort aus, wo der Zufluss nicht einmalig, sondern wie bei der nicht befreiten Vorerbschaft aus den Nutzungen der Vorerbschaft regelhaft erfolgt. Reichen die Nutzungen zur Bedarfsdeckung nicht aus, kommt eine Umwandlung nicht in Betracht. Reichen die Nutzungen aus, fällt der Sozialhilfebezieher aus dem Leistungsbezug, wenn keiner der vorbezeichneten Wege gangbar ist. Die Frage stellt sich also nur dort, wo die letztwillige Verfügung des Erblassers (oder die gesetzliche Erbfolge)

⁹³ LSG NRW v. 29.3.2012 – L 9 SO 399/11 – www.sozialgerichtsbarkeit.de.

⁹⁴ BSGE 99, 252.

⁹⁵ Vgl. z.B. OVG Hamburg NVwZ 1995, 400.

⁹⁶ *Wahrendorf*, in: Grube/Wahrendorf (Hrsg.), § 82 Rn 69.

⁹⁷ VG Lüneburg v. 13.3.1997 – 6 B 26/97, info also 1998, 32 ff.; VG Düsseldorf v. 26.10.2001 – 13 K 7210/99.

dazu führt, dass dem Bedürftigen einmalig etwas aus dem Nachlass zufließt. Nach der Rechtsprechung des ursprünglich für diese Frage zuständigen Bundesverwaltungsgerichts ist es möglich, dass aus nicht verbrauchtem Einkommen Vermögen wird. Ständen dem Leistungsberechtigten in dem vorangegangenen Bedarfszeitraum Mittel zur Verfügung, die er als Einkommen erhalten hatte, und wurden diese nicht vollständig verbraucht, so waren diese Mittel in den nachfolgenden Bedarfszeiträumen nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts im SGB XII als Vermögen zu behandeln.⁹⁸

Ob diese Rechtsprechung nach der für das SGB II entwickelten Verteilzeitraum- und Aggregatrechtsprechung des BSG weiter Bestand hat, war eine Zeit lang sehr offen.⁹⁹ Konsequenz dieser Rechtsprechung war, dass ein einmaliger Zufluss aus Erbvermittlungsmitteln, durchweg als Einkommen angesehen wurde. Nachdem sich aus den Gesetzesmaterialien zur Schaffung von § 11a SGB II ergab, dass es auch weiterhin eine Wandlung des Aggregatzustandes gibt (dazu heißt es an einer Stelle zum privilegierten Einkommen: „Obergrenze für die Nichtberücksichtigung derartiger Zuwendungen sind die geltenden Vermögensfreibeträge, da die Zuwendung im Monat nach dem Zufluss Vermögen wird.“¹⁰⁰), scheint der Wandel vom Einkommen zum Vermögen nach der neuesten Rechtsprechung des BSG wieder möglich,¹⁰¹ weil eine Erstreckung über den im Gesetz angelegten Bewilligungszeitraum (von 12 Monaten hinaus) Leistungsbezieher mit hohen einmaligen Einnahmen unbillig lange von der Möglichkeit einer Vermögensbildung ausnehmen würde.¹⁰² Entscheidend ist der in 2011 neugeregelte § 11 Abs. 3 SGB II, der jetzt ausdrücklich anordnet: Einmalige Einnahmen sind in dem Monat, in dem sie zufließen, zu berücksichtigen. Entfielen der Leistungsanspruch durch die Berücksichtigung in einem Monat, ist die einmalige Einnahme auf einen Zeitraum von 6 Monaten gleichmäßig aufzuteilen und monatlich mit einem entsprechenden Teilbetrag zu berücksichtigen.

Im SGB XII gelten die Regeln der Durchführungsverordnung zu § 82 SGB XII. Der Zufluss von Nachlassmitteln, die nur einmalig zufließen, wird nach der Durchführungsverordnung zu § 82 SGB XII aufgeteilt. Maßgebender Bedarfszeitraum im SGB XII ist der Monat. Einkünfte, die nicht unter die §§ 3, 4, 6, und 7 der Verordnung zur Durchführung des § 82 SGB XII

fallen, werden als Jahreseinkünfte berechnet und nach den §§ 8 Abs. 1 S. 3, 11 Abs. 1 S. 1 VO zu § 82 SGB XII mit dem jeweils 12. Teil als Einkommen angerechnet.

Ist der Verteilzeitraum ausgeschöpft, so erhält der nicht verbrauchte Teil der Nachlassmittel Vermögensqualität. Dann gelten die Vermögensschonregeln der § 12 SGB II und § 90 SGB XII und dann kann es wieder interessant werden. Neben den Vermögensschonregeln in Geld und Gegenständen kennen sowohl § 90 Abs. 3 SGB XII als auch § 12 Abs. SGB II die Verschonung der Mittel, soweit dies für den, der das Vermögen einzusetzen hat, wie auch für seine unterhaltsberechtigten Angehörigen eine Härte bedeuten würde. Hier wird man bei § 90 Abs. 3 SGB XII einen Blick auf die Regelung über Verschonung der Mittel für die Conterganbetroffenen richten müssen und dürfen. Ein behinderter Mensch, der durch Fremdverschulden oder sonstige Ursachen schwer behindert ist, wird schwerlich einsehen können, warum eine Differenzierung danach vorgenommen wird, wer für seine Behinderung verantwortlich ist. Das gilt erst recht für den ihn begünstigenden Erblasser. Mit Härtegründen für den Bezieher von Hartz-IV-Leistungen wird man sich dagegen sicherlich sehr viel schwerer tun, insbesondere wenn sie nicht behindert, sondern nur nicht erwerbstätig sind.

Die Zulässigkeit von Behinderten- und Bedürftigentestamenten wird im Zivilrecht entschieden. Die Entscheidung des LSG Hessen zeigt, dass ihre Eignung zur Zielerreichung im sozialhilferechtlichen Leistungsverhältnis entschieden wird. Die sozialgerichtliche Rechtsprechung wird dazu zukünftig noch häufiger wegweisende Entscheidungen treffen. Bis dahin ist entgegen gelegentlich geäußelter Auffassung auch für den Testamentsgestalter von Bedeutung, welche Leistungen nach SGB ein behindertes Kind tatsächlich erhält oder welche Leistungen ihm zukünftig zustehen könnten, weil davon die Notwendigkeit und das Handlungsrepertoire des Testamentsvollstreckers abhängig sind. Ein Einstieg in die Details der Sozialleistungen ist wegen der Rechtsprechung des BSG zum normativen Einkommensbegriff und der Zuordnung von Zuflüssen im Bedarfszeitraum als sozialhilferechtlich relevantes Einkommen für den Testamentsgestalter erst recht nicht entbehrlich, wenn die Hilfebedürftigkeit auf Dauer gegeben ist.¹⁰³

⁹⁸ Ehmman, in: Plagemann (Hrsg.), Münchner Anwaltshandbuch Sozialrecht, 1176, Rn 90.

⁹⁹ BSG v. 30.9.2008 – B4 AS 29/07 R – www.sozialgerichtsbarkeit.de.

¹⁰⁰ BT-Drucks 17/3404, S. 155.

¹⁰¹ BSG v. 10.9.2013 – B 4 AS 89/12 R – www.sozialgerichtsbarkeit.de.

¹⁰² BSG v. 10.9.2013 – B 4 AS 89/12 R – www.sozialgerichtsbarkeit.de.

¹⁰³ Anders Perau, in: Dorsel (Hrsg.), Kölner Formularbuch Erbrecht, 5. Kapitel, Rn 535.

Netzwerk Sozialrecht

Unionsbürgerrechte: anerkennen statt kleinreden!

Eine Erwiderung auf Thym, Unionsbürgerfreiheit und Aufenthaltsrecht, ZAR 2014, 220 ff. und ders., Sozialleistungen für und Aufenthalt von nichterwerbstätigen Unionsbürgern, NZS 2014, 81 ff.

— Thomas Oberhäuser, Rechtsanwalt, Ulm¹

„Unionsbürger verlieren ihr Freizügigkeitsrecht automatisch, soweit die Voraussetzungen des EU-Rechts nicht (mehr) vorliegen“ – so leitet Thym seine Thesen in der ZAR ein und folgert hieraus, dass Sozialbehörden und Sozialgerichte über die Frage zu entscheiden haben, ob ein Freizügigkeitsrecht besteht, das Voraussetzung eines Anspruchs auf Sozialleistungen ist (ZAR, S. 223).

Sein Plädoyer für eine Ausschöpfung angeblicher unionsrechtlicher Gestaltungsspielräume – zu Lasten von Unionsbürgern – mag einer bestimmten politischen Richtung gut gefallen. Schon sein Unterfangen, das nationale Recht in Form des FreizügG/EU hierbei weitgehend auszublenden (ZAR, S. 223 f.), eine „Rechtmäßigkeitsvermutung“ zu bestreiten (ZAR, S. 224) und den Gesetzgeber der Unkenntnis unionsrechtlicher Vorgaben zu zeihen (ZAR, S. 224), provoziert Widerspruch sowie eine Untersuchung der Thesen auf Widerspruchsfreiheit und Stringenz. Spätestens eine Prüfung der unionsrechtlichen Vorgaben erhellt, wie kühn Thym die Rechtsprechung des EuGH für seine Ziele interpretiert.

1. Wie können nicht erwerbstätige Unionsbürger ihr Aufenthaltsrecht verlieren?

Thym behauptet, „dass nicht erwerbstätige Unionsbürger bei einem unangemessenen Sozialleistungsbezug von Anfang an kein Freizügigkeitsrecht ... erlangen oder ein zuvor bestehendes Freizügigkeitsrecht verlieren“ (ZAR, S. 222) würden. Das unionale Freizügigkeitsrecht beginne und ende automatisch, wenn die Voraussetzungen der Freizügigkeitsrichtlinie (Freizügigkeits-RL)² vorliegen bzw. nicht mehr vorliegen.

Dieser Ansatz verkennt die Rechtslage.

Das beginnt schon damit, dass es unauflöslich widersprüchlich ist, einerseits dem nicht erwerbstätigen, nicht unter § 4 FreizügG/EU fallenden Unionsbürger abzusprechen, als Freizügigkeitsberechtigter gelten zu können, gleichzeitig

aber von einem „zuvor bestehenden Freizügigkeitsrecht“ zu sprechen, das (erst) bei einem unangemessenen Sozialleistungsbezug verloren geht. Denn der nicht erwerbstätige Unionsbürger hat nach der Freizügigkeits-RL ein drei Monate übersteigendes Aufenthaltsrecht nur, solange er über ausreichende Existenzmittel verfügt – und folglich keine Sozialhilfeleistungen in Anspruch nehmen muss, Art. 7 Abs. 1 lit. b) Freizügigkeits-RL. Würde es also zutreffen, dass der nicht erwerbstätige Unionsbürger das Recht auf Aufenthalt nur so lange hat, wie er nach der Freizügigkeits-RL Freizügigkeit genießt, käme es niemals darauf, ob „unangemessener Sozialleistungsbezug“ vorliegt, da schon mit dem ersten Antrag auf Sozialhilfeleistungen dokumentiert wäre, dass kein Freizügigkeitsrecht besteht.

2. Kennt das FreizügG/EU tatsächlich keine „Rechtmäßigkeitsvermutung“?

Wie sich aus § 1 FreizügG/EU ergibt, gilt das FreizügG/EU für alle nicht-deutschen Unionsbürger und ihre Familienangehörigen. Ohne Bedeutung ist, ob die von seinem Geltungsbereich erfassten Personen tatsächlich freizügig sind. Eine „Einschränkung“ wird erst in § 2 FreizügG/EU gemacht. Schon dies erhellt, dass das FreizügG/EU zunächst unabhängig von der Inanspruchnahme der Grundfreiheiten des AEUV das maßgebliche und spezielle Gesetz für alle Unionsbürger und ihre Familienangehörigen ist. Gleiches folgt aus § 1 Abs. 2 Nr. 1 AufenthG, in dem ausdrücklich bestimmt ist, dass das AufenthG keine Anwendung findet,

¹ Rechtsanwalt Oberhäuser ist Vorsitzender des Geschäftsführenden Ausschusses der Arbeitsgemeinschaft Ausländer- und Asylrecht im DeutschenAnwaltverein.

² Richtlinie 2004/38/EG des Parlaments und des Rates vom 29.4.2004 über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten (ABl EU Nr. L 229, S. 35).

soweit die Rechtsstellung des Ausländers vom FreizügG/EU geregelt wird, sofern nicht gesetzlich etwas anderes angeordnet ist.

Ferner erschließt sich bei einem Blick aus § 11 Abs. 2 FreizügG/EU, dass zunächst und bis auf eine Entscheidung der Ausländerbehörde das FreizügG/EU gilt. Danach findet das AufenthG erst dann Anwendung, wenn „die Ausländerbehörde das Nichtbestehen oder den Verlust des Rechts nach § 2 Abs. 1 festgestellt hat“.

Das FreizügG/EU geht damit – für den Rechtsanwender bindend, mag es auch über das unionsrechtliche Mindestmaß hinaus gehen – davon aus, dass ein Freizügigkeitsrecht besteht, solange keine förmliche Nichtbestehens- oder Verlustfeststellung erfolgt ist.³ Um einen Unionsbürger oder seinen Familienangehörigen vom Anwendungsbereich des FreizügG/EU auszunehmen, bedarf es folglich der ausdrücklichen „Feststellung“ eines von Anfang an nicht oder inzwischen nicht mehr bestehenden Rechts, § 2 Abs. 7 S. 1 bzw. § 5 Abs. 4, Abs. 6 bzw. § 6 FreizügG/EU. Diese Feststellung erfolgt ausschließlich durch die Ausländerbehörde, und nicht etwa durch das Sozialamt, § 11 Abs. 1 FreizügG/EU i.V.m. § 71 Abs. 1 S. 1 AufenthG.⁴

Dies ist die sogenannte „Freizügigkeitsvermutung“. Eine solche hat der Gesetzgeber ausdrücklich gewollt:

„Auf Unionsbürger und ihre Familienangehörigen, die nicht (...) freizügigkeitsberechtigt sind und auch kein Aufenthaltsrecht nach § 2 Abs. 5 genießen, findet dieses Gesetz keine Anwendung, sondern die Betroffenen unterliegen dem allgemeinen Ausländerrecht. Entsprechend dem Grundsatz, dass Unionsbürger und ihre Angehörigen weitestgehend aus dem Geltungsbereich des allgemeinen Ausländerrechts herausgenommen werden, setzt dies einen (...) Feststellungsakt der zuständigen Behörde voraus. Damit gilt für den in § 1 beschriebenen Personenkreis zunächst eine Vermutung der Freizügigkeit.“ (BT-Drucks 15/420, S. 106 zu § 11)

Auch in der ausländerrechtlichen Literatur wird dies überwiegend so gesehen.⁵

Soweit *Thym* (ZAR, S. 224) der – jedenfalls in § 11 Abs. 2 FreizügG/EU normierten – Freizügigkeitsvermutung jede Bedeutung mit dem Bemerkten abspricht, der Gesetzgeber habe den Inhalt der EU-Vorgaben verkannt, verschweigt er, dass die Freizügigkeitsvermutung dem Willen des Gesetzgebers entspricht und dieser frei ist, über den europäischen Mindeststandard, den die Freizügigkeits-RL vorschreibt, hinauszugehen, siehe Art. 37 Freizügigkeits-RL. Außerdem setzt sich *Thym* nicht mit den zahlreichen Kommentaren in der Fachliteratur auseinander, die seiner Position widersprechen.

Mittelbar bestätigt *Thym* allerdings dann doch das Bestehen einer „Rechtmäßigkeitsvermutung“, wenn er davon spricht, dass Unionsbürger ohne Freizügigkeitsrecht den Regelungen des FreizügG/EU unterfallen, und zwar bis zur Verlustfeststellung oder einer Abschiebung (ZAR, S. 224). Er müsste

dann aber ehrlicherweise klarstellen, dass er – entgegen seinen Ausführungen in NZS 2014, 81 ff. – die „Freizügigkeitsvermutung“ durchaus anerkennt, auch wenn er diesen Begriff vermeidet. Und er lässt es im Ungefähren, ob er ernstlich der Meinung ist, dass sich die rechtsstaatliche und auch der Europäischen Grundrechtecharta folgende Pflicht, eine staatliche Maßnahme, die den Verlust des Freizügigkeitsrechts zur Folge hat, gerichtlich kontrollierbar zu machen, nur auf die Abschiebung, nicht aber auch auf die vorangehende Verlustfeststellung bezieht.

3. Wer entscheidet über das Freizügigkeitsrecht?

Die von *Thym* befürwortete, mit einem „Gewinn an Rechtsicherheit“ (ZAR, S. 223) begründete Verlagerung der Feststellung des Bestehens des Freizügigkeitsrechts auf Sozialleistungsbehörden und -gerichte, ist angesichts der Komplexität der Rechtsfragen und der Bedeutung der in Frage stehenden Unionsrechte weder sach- noch praxisgerecht. Sie ist vielmehr dazu angetan, Rechtsunsicherheit zu schaffen. Ob das Absicht ist?

Schon beim Blick auf die von *Thym* völlig ausgeblendeten Rechte von Freizügigkeitsberechtigten, die nicht erwerbstätig, aber aus unionsrechtlichen Gründen zum Aufenthalt berechtigt sind, wird offenbar, welche schwierigen Rechtsfragen sich stellen, mit denen Sozialbehörden ganz offensichtlich überfordert wären. Insbesondere Verbleibeberechtigte i.S.v. § 3 Abs. 3 bis Abs. 5 FreizügG/EU, Eltern von in Ausbildung befindlichen Kindern,⁶ Frauen, die wegen Schwangerschaft ihren Arbeitsplatz aufgegeben haben,⁷ und aufgrund des Kernbestands der Unionsbürgerschaft aufenthaltsberechtigte Familienangehörige⁸ können ein – selten einfach zu erkennendes – Aufenthaltsrecht besitzen, ohne in eine der Kategorien des § 2 Abs. 2 FreizügG/EU zu fallen.⁹ Gleiches gilt im Falle von Arbeitssuchenden, die erst nach einer im Einzelfall zu bestimmenden, von zahlreichen Faktoren abhängigen Zeitdauer nicht mehr als dem Arbeitsmarkt angehörig und damit nicht mehr freizügigkeitsberechtigt angesehen werden können.¹⁰

³ GK-AufenthG/*Epe*, IX-2, § 11 Rn 45 ff.

⁴ BVerwG, Urt. v. 28.6.2011 – 1 C 18.10, InfAusIR 2011, 248 = ZAR 2012, 81 = NVwZ 2011, 1466.

⁵ Siehe nur *Dienelt*, in: Renner, AusIR, 10. Aufl., § 11 FreizügG/EU Rn 7 f.; *Brinkmann*, in: Huber, AufenthG, § 1 FreizügG/EU Rn 13.

⁶ EuGH, Urt. v. 8.5.2013, Rs. C-529/11 (Alarape), InfAusIR 2013, 262.

⁷ EuGH, Urt. v. 19.6.2014, Rs. C-507/12 (Prix), <http://curia.europa.eu>.

⁸ EuGH, Urt. v. 8.3.2011, Rs. C-34/09 (Ruiz Zambrano), InfAusIR 2011, 179; EuGH, Urt. v. 15.11.2011, Rs. C-256/11 (Dereci), InfAusIR 2012, 47; EuGH, Urt. v. 8.5.2013, Rs. C-87/12 (Ymeraga), InfAusIR 2013, 259.

⁹ Selbst das Daueraufenthaltsrecht ist nicht stets einfach zu erkennen, siehe hierzu zuletzt EuGH, Urt. v. 10.7.2014, Rs. C-244/13 (Ogieriakhi), <http://curia.europa.eu>, und EuGH, Urt. v. 16.1.2014, Rs. C-400/12 (M.G.), InfAusIR 2014, 82.

¹⁰ Std. Rspr. des EuGH seit Urt. v. 26.5.1993, Rs. C-171/91 (Tsiotras), InfAusIR 1993, 252.

4. Besagt das Unionsrecht tatsächlich, dass nicht erwerbstätige Unionsbürger nach Ablauf von drei Monaten kein Aufenthaltsrecht mehr haben?

Wie erwähnt, geht selbst *Thym* davon aus, dass nicht erwerbstätige Unionsbürger erst bei einem unangemessenen Sozialleistungsbezug ein zuvor bestehendes Freizügigkeitsrecht verlieren können (ZAR, S. 222). Dies entspricht Art. 14 Abs. 3, Abs. 4 Freizügigkeits-RL, der anordnet, dass die Inanspruchnahme von Sozialhilfeleistungen *nicht automatisch* zu einer Ausweisung¹¹ führen darf, und dass „gegen Unionsbürger und ihre Familienangehörigen *auf keinen Fall* eine Ausweisung verfügt werden darf, wenn (a) die Unionsbürger Arbeitnehmer oder Selbstständige sind oder (b) die Unionsbürger (...) Arbeit (...) suchen“, sofern die Arbeitssuche nicht aussichtslos ist. Mit anderen Worten: Allein die Arbeitssuche berechtigt zu einem länger als drei Monate andauernden Aufenthalt – und selbst wenn die Suche erfolglos ist, führt dies nicht automatisch zum Erlöschen des Aufenthaltsrechts. Ein Automatismus ist daher in zweifacher Hinsicht unzulässig: Es muss im Einzelfall festgestellt werden, ob eine Arbeitssuche erfolglos ist. Danach muss im Einzelfall geprüft werden, was für, was gegen eine „Ausweisung“ spricht und welche Belange überwiegen.

Der Einwand von *Thym*, diese dem Wortlaut der Richtlinie folgende Auslegung sei typisch deutsch und von der Rechtsprechung des EuGH überholt, findet keinerlei Bestätigung in der Rechtsprechung des EuGH. Vielmehr hat dieser in der Entscheidung <Brey>¹² der der Fall eines nach Österreich verzogenen deutschen Rentners betrifft, also eines Nichterwerbstätigen, der vom österreichischen Staat eine Sozialleistung zur Aufstockung seiner Rente beantragt hatte und dem gesagt wurde, er verfüge nicht über ausreichende Existenzmittel, weshalb sein Aufenthalt in Österreich nicht rechtmäßig sei und er deshalb auch keine Sozialleistungen erhalte, Folgendes entschieden: Österreich ist verpflichtet, eine

„umfassende Beurteilung der Frage vorzunehmen, welche Belastung dem nationalen Sozialhilfesystem in seiner Gesamtheit aus der Gewährung dieser Leistung nach Maßgabe der individuellen Umstände, die für die Lage des Betroffenen kennzeichnend sind, konkret entstünde“.¹³ Und der EuGH stellt ausdrücklich fest, der Umstand, *„dass ein wirtschaftlich nicht aktiver Angehöriger eines anderen Mitgliedstaats angesichts der geringen Höhe seiner Rente zum Bezug einer solchen Leistung berechtigt sein kann, (nur) einen Anhaltspunkt dafür darstellen (kann), dass er nicht über ausreichende Existenzmittel verfügt, um die Sozialhilfeleistungen dieses Staates unangemessen im Sinne von Art. 7 Abs. 1 Buchst. b der Richtlinie 2004/38 in Anspruch zu nehmen“*.¹⁴

Der Widerspruch zu den Thesen *Thym*s ist offenkundig: Sozialhilfebezug ist ein Anhaltspunkt für die Prüfung der Frage, ob eine Belastung des Staates zur „Ausweisung“ berechtigt, mehr nicht.

Andernfalls käme es ja, wie bereits erwähnt, niemals zur Überprüfung eines „unangemessenen“ Bezugs von Sozialleistungen, der aufenthaltsbeendende Maßnahmen überhaupt erst erlaubt.

5. Unionsbürger 2. Klasse?

Würde das Freizügigkeitsrecht nicht von einer, mit Aufenthaltsfragen tagtäglich befassten Behörde geprüft, sondern von verschiedenen Sozialbehörden, käme es zu einem Auseinanderfallen der Rechte der in Deutschland lebenden Unionsbürger: Die eine Sozialleistungsbehörde oder das eine Sozialgericht erkennt den Unionsbürger als Arbeitssuchenden an, die andere Behörde oder das andere Gericht (Kindergeld, Erziehungsgeld, etc. betreffend) nicht. Und das, obwohl die allein zuständige Ausländerbehörde keine Nichtbestehens- oder Verlustfeststellung getroffen hatte.

6. Aushungern, bis der EuGH einschreitet, als Leitmotiv des deutschen Sozialstaats?

Professoren süddeutscher Exzellenz-Universitäten erhalten rückwirkend ab 2010 aus Gründen der Haushaltssanierung nur noch die Hälfte ihrer bisherigen Besoldung und dürfen an ihrem Lehrstuhl nur noch einen wissenschaftlichen Mitarbeiter beschäftigen. Mit Überzahlungen in der Vergangenheit wird bis zur Höhe des aktuellen Solds aufgerechnet. Wer sich dagegen wehren will, kann ja klagen. Nach spätestens fünf Jahren wird ihm ein Höchstgericht, vielleicht sogar der EuGH, Recht geben. Bis dahin spart das Land laufende Ausgaben. Und weil das so überzeugend erscheint, kürzen Land und Bund auch gleich die Besoldung aller Richter, damit die Verfahren etwas länger dauern als derzeit. Auch die können ja klagen.

Warum sollen solche als absurd anzusehenden Gedankenspiele aber im Fall von nichtdeutschen Unionsbürgern, regelmäßig rechtlich nicht bewandert und sozial manchmal nicht auf Rosen gebettet, Realität werden, Herr Professor *Thym*? Ist das der Traum von Europa?

7. Fazit

Das Konzept der Freizügigkeitsvermutung, das dem Unionsrecht und dem FreizügG/EU innewohnt, führt zu eindeutigen und rechtsstaatlich überzeugenden Lösungen, die ein isoliertes

¹¹ Dies sind unionsrechtlich alle auf eine Aufenthaltsbeendigung gerichteten Maßnahmen, bspw. auch Nichtbestehensfeststellungen i.S.v. § 5 Abs. 4 FreizügG/EU, nicht nur Verlustfeststellungen aus Gründen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung bzw. i.S.v. §§ 53 ff. AufenthG.

¹² EuGH, Urt. v. 19.9.2013, Rs. C-140/12 (Brey), InfAuslR 2013, 448.

¹³ EuGH, Urt. v. 19.9.2013, Rs. C-140/12 (Brey), Rn 64, InfAuslR 2013, 448.

¹⁴ EuGH, Urt. v. 19.9.2013, Rs. C-140/12 (Brey), Rn 63, InfAuslR 2013, 448.

Abstellen auf Art. 7 der Freizügigkeits-RL, das *Thym* befürwortet und empfiehlt, nicht liefern kann. Solange die unionsrechtliche Freizügigkeit nicht durch eine ausdrücklich verfügte

und verwaltungsgerichtlich überprüfbare Nichtbestehens- oder Verlustfeststellung endet, ist diese Freizügigkeit in allen, insbesondere in sozialrechtlichen Verfahren zugrunde zu legen.

Rechtsprechung

juris PraxisReport

Sozialrecht

Möglicher Bezug von Arbeitslosengeld trotz Arbeitsunfähigkeit während einer stufenweisen Wiedereingliederung

— SGB III §§ 330, 145, 138, 125, 27; SGB V §§ 92, 74; SGB IX §§ 28, 14, 4; SGB X § 48

Nimmt ein leistungsgeminderter Bezieher von Arbeitslosengeld eine Tätigkeit zur stufenweisen Wiedereingliederung auf, rechtfertigt dies nicht die Annahme, er sei nicht mehr beschäftigungslos im leistungsrechtlichen Sinn und stehe den Vermittlungsbemühungen der Bundesagentur für Arbeit nicht weiter zur Verfügung (Bestätigung und Weiterentwicklung von BSG v. 21.3.2007 – B 11a AL 31/06 R – SozR 4-4300 § 118 Nr. 1).

BSG 11. Senat, Urt. v. 17.12.2013 – B 11 AL 20/12 R

A. Problemstellung

Besteht Anspruch auf Arbeitslosengeld (Alg) während einer stufenweisen Wiedereingliederung?

B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Streitig war die Aufhebung der Bewilligung von Alg durch die beklagte Bundesagentur für Arbeit, nachdem der Versicherte eine stufenweise Wiedereingliederung begonnen hatte.

Der Kläger war bis Oktober 2008 als Maschinenbediener in einer Druckerei versicherungspflichtig beschäftigt. Er wurde krankheitsbedingt arbeitsunfähig und bezog ab Oktober 2008 Krankengeld bis zur Aussteuerung am 1.4.2010. Das Arbeitsverhältnis wurde nicht gekündigt. Er meldete sich zum 2.4.2010 arbeitslos und beantragte Alg, das ihm die Beklagte antragsgemäß bewilligte.

Nach einem vom ärztlichen Dienst der beklagten Bundesagentur im März 2010 erstatteten Gutachten war er noch zur Ausübung mittelschwerer Tätigkeiten auf dem allgemeinen Arbeitsmarkt in der Lage und stellte sich der Arbeitsvermittlung entsprechend zur Verfügung. Ab 4.4.2011 war der Kläger nach einem von seinem Hausarzt erstellten Plan im

Rahmen einer stufenweisen Wiedereingliederung ohne Entgelt bei seinem früheren Arbeitgeber tätig. Die Tätigkeit erstreckte sich in der Zeit vom 4.4. bis 17.4.2011 auf täglich vier Stunden und ab 18.4. bis 30.4.2011 auf täglich sechs Stunden.

Mit dem angefochtenen Bescheid hob die Bundesagentur die Bewilligung von Alg für die Zeit ab 4.4.2011 unter Hinweis auf § 48 Abs. 1 Satz 2 SGB X i.V.m. § 330 Abs. 3 SGB III vollständig auf.

Nach erfolglosem Widerspruchsverfahren war die Klage des Versicherten in den Vorinstanzen erfolgreich.

Das Landessozialgericht hat ausgeführt, der Aufhebungsbescheid sei rechtswidrig, weil durch die stufenweise Wiedereingliederung des Klägers keine wesentliche Änderung der Verhältnisse i.S.d. § 48 SGB X eingetreten sei. Die Beschäftigungslosigkeit im leistungsrechtlichen Sinne sei ebenso wenig entfallen wie die Verfügbarkeit, weshalb weiter ein Anspruch auf Alg bestehe.

Mit ihrer Revision hat die Bundesagentur u.a. die Verletzung materiellen Rechts gerügt. Die vom Versicherten während der Wiedereingliederung ausgeübte Tätigkeit schließe Beschäftigungslosigkeit aus. Er sei während der Wiedereingliederungsmaßnahme weder objektiv noch subjektiv verfügbar gewesen. Soweit das BSG in einem anderen Fall ein Beschäftigungsverhältnis während einer stufenweisen Wiedereingliederung verneint habe (BSG, Urt. v. 21.3.2007 – B 11a AL 31/06 R, SozR 4-4300 § 118 Nr. 1), beziehe sich dies nur auf die Nahtlosigkeitsregelung (§ 125 SGB III a.F., § 145 SGB III in der ab 1.4.2012 geltenden Fassung), die jedoch im vorliegenden Fall nicht einschlägig sei.

Das BSG hat die Revision der Bundesagentur zurückgewiesen und zusammengefasst ausgeführt: Auch in der Zeit, in der der Kläger im Rahmen einer stufenweisen Wiedereingliederung für seinen früheren Arbeitgeber ohne Entgelt tätig gewesen ist, habe er Anspruch auf Alg. Während einer stufenweisen Wiedereingliederung liege Beschäftigungslosigkeit im leistungsrechtlichen Sinne vor.

Dies gelte nicht nur in Fällen, in denen Alg nach der so genannten Nahtlosigkeitsregelung (§ 145 SGB III) bewilligt

worden ist. Der Kläger sei im streitgegenständlichen Zeitraum objektiv und subjektiv verfügbar gewesen.

C. Kontext der Entscheidung

Dass es anlässlich der Durchführung von Reha-Maßnahmen „Arbeit“ geben kann, die nicht in einem Beschäftigungsverhältnis geleistet wird, war in der BSG-Rechtsprechung schon lange vor dem In-Kraft-Treten des SGB IX anerkannt (BSG, Urt. v. 22.9.1988 – 7 RAr 13/87, SozR 4100 § 101 Nr. 7 Rn 22 ff.). Durch die dem Bereich der medizinischen Rehabilitation zugehörige stufenweise Wiedereingliederung soll der arbeitsunfähige Arbeitnehmer wieder an die volle Arbeitsbelastung auf seinem alten Arbeitsplatz herangeführt werden (instruktiv zu den Schnittstellen von Arbeits- und Sozialrecht *Nebe*, DB 2008, 1801; *Gagel*, Behindertenecht 2011, 66). § 28 SGB IX verpflichtet die Träger der medizinischen Rehabilitation (oder auch den nach § 14 SGB IX zuständig gewordenen Träger einer anderen Leistungsgruppe), ihre Leistungen mit der Zielsetzung der stufenweisen Wiedereingliederung zu erbringen, wenn arbeitsunfähige Leistungsberechtigte dadurch voraussichtlich besser wieder eingegliedert werden können (BSG, Urt. v. 20.10.2009 – B 5 R 44/08 R, BSGE 104, 294 = SozR 4-3250 § 14 Nr. 9).

Für die Anspruchsvoraussetzungen auf Alg nach § 138 SGB III bedeutet dies: Die Tätigkeit für einen Arbeitgeber im Rahmen einer planmäßig nach § 28 SGB IX, § 74 SGB V stufenweisen Wiedereingliederung begründet kein die Arbeitslosigkeit ausschließendes leistungsrechtliches Beschäftigungsverhältnis (so auch zuvor LSG Essen, Urt. v. 30.8.2012 – L 16 AL 90/12; LSG Essen, Urt. v. 11.7.2013 – L 9 AL 88/12; LSG Stuttgart, Urt. v. 28.3.2012 – L 3 AL 5132/11), obgleich im beitragsrechtlichen Sinne ein Beschäftigungsverhältnis vorliegen kann, vgl. § 27 Abs. 2 Satz 2 Nr. 3 SGB III. Wird die stufenweise Wiedereingliederung während der Arbeitslosigkeit begonnen, tritt keine wesentliche Änderung i.S.d. § 48 Abs. 1 SGB X ein, da weiterhin Beschäftigungslosigkeit (im leistungsrechtlichen Sinn) und Verfügbarkeit (§ 138 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 5 SGB III) vorliegen. Zwischen den Arbeitsvertragsparteien wird neben dem Arbeitsvertrag ein zweites, gesondertes Schuldverhältnis abgeschlossen, dem die wechselseitigen Hauptleistungspflichten eines Arbeitsverhältnisses fremd sind, die wiederum konstitutiv für ein Beschäftigungsverhältnis im leistungsrechtlichen Sinne sind. Weder verpflichtet sich der Arbeitnehmer zur Erbringung einer fremdbestimmten Arbeitsleistung nach Weisung noch verpflichtet sich der Arbeitgeber zur Erbringung einer finanziellen Gegenleistung (vgl. Rn 13 der besprochenen Entscheidung). Die Zweifel der Bundesagentur an der subjektiven Verfügbarkeit hatte bereits das LSG Essen unter Hinweis auf die durch die Wiedereingliederung dokumentierte Arbeitsbereitschaft verneint; das BSG ist dem gefolgt.

D. Auswirkungen für die Praxis

Mit der Entscheidung des BSG ist geklärt, dass nicht nur in den Fällen der Nahtlosigkeit (§ 145 SGB III, vgl. dazu *Behrend*, in:

Eicher/Schlegel, SGB III, § 145 Rn 35 ff., Stand 117. Erg.-Lfg. 2013), sondern generell in Fällen der stufenweisen Wiedereingliederung von Arbeitslosen nach § 28 SGB IX, § 74 SGB V die Anspruchsvoraussetzungen auf Alg vorliegen. Das Wiedereingliederungsverhältnis ist nicht auf die für Arbeitsverhältnisse typische Leistungsbeziehung „Arbeit gegen Lohn“ gerichtet (BAG, Urt. v. 13.6.2006 – 9 AZR 229/05, NZA 2007, 91). Es ist kein Beschäftigungsverhältnis, sondern – wie es das BSG für den Fall der Nahtlosigkeit bereits mit Urt. v. 21.3.2007 (B 11a AL 31/06 R, SozR 4-4300 § 118 Nr. 1) und nunmehr allgemein formuliert hat – ein Rechtsverhältnis eigener Art. Der Arbeitnehmer unterliegt nicht seiner ursprünglichen Arbeitspflicht. Er kann die Arbeit abbrechen, wenn nachteilige gesundheitliche Folgen zu erkennen oder zu befürchten sind. Im Vordergrund stehen rehabilitative Zwecke (§ 4 Abs. 1 Nrn. 2 und 3 SGB IX; vgl. BAG, Urt. v. 28.7.1999 – 4 AZR 192/98, BAGE 92, 140 = AP Nr. 3 zu § 74 SGB V; BAG, Urt. v. 29.1.1992 – 5 AZR 37/91, BAGE 69, 272 = AP Nr. 1 zu § 74 SGB V).

Gleichwohl sind stets die Umstände des Einzelfalls zu prüfen. Folgt die Aufnahme einer Tätigkeit nicht einem rehabilitativen Konzept i.S.v. § 28 SGB IX, § 74 SGB V und steht die Erbringung einer Leistung von wirtschaftlichem Wert im Vordergrund, liegt ein Beschäftigungsverhältnis im leistungsrechtlichen Sinn auch dann vor, wenn keine angemessene Gegenleistung für die Arbeit in Form von Entgelt erbracht wird (vgl. zu einem „Praktikum“ eines behinderten Menschen BSG, Urt. v. 29.6.1995 – 11 RAr 97/94, SozR 3-4100 § 101 Nr. 6; eingehend *Söhngen*, in: *Eicher/Schlegel*, SGB III, § 138 Rn 41 ff.).

E. Weitere Themenschwerpunkte der Entscheidung

Die Entscheidung gibt Anlass, die Tatbestände der Arbeitsunfähigkeit im Krankenversicherungsrecht und der Verfügbarkeit im Arbeitsförderungsrecht und ihr Verhältnis zueinander zu beleuchten.

Sind Arbeitslose erkrankt, beseitigt dies nicht automatisch die Verfügbarkeit, auch wenn die Erkrankung Arbeitsunfähigkeit zur Folge hat (BSG, Urt. v. 19.9.1979 – 11 RA 78/78, SozR 2200 § 1241 Nr. 14 Rn 20). Zur objektiven Verfügbarkeit gehört, dass Beschäftigungslose eine Beschäftigung von mindestens 15 Stunden wöchentlich ausüben können (§ 138 Abs. 5 Nr. 1 SGB III). Sie haben aber nur solche Möglichkeiten der Eingliederung zu nutzen, die ihnen zumutbar sind (vgl. *Hölzer*, in: *Gagel*, SGB III mit SGB II, Stand: 49. Erg.-Lfg. März 2013, § 138 SGB III Rn 193c f.). Der Versicherte war im vorliegenden Fall nicht aus gesundheitlichen Gründen nicht verfügbar. Nach dem Gutachten des ärztlichen Dienstes der Bundesagentur vom März 2010 war er noch zur Ausübung mittelschwerer Tätigkeiten auf dem allgemeinen Arbeitsmarkt vollschichtig in der Lage und daher vermittelbar (objektive Verfügbarkeit). Auch die subjektive Verfügbarkeit lag vor, denn gerade durch die Teilnahme an der Wiedereingliederung hat der Versicherte seine Arbeitsbereitschaft (Eigenbemühungen) gezeigt (vgl. Rn 20 der besprochenen Entscheidung). Dass der Kläger arbeitsunfähig im krankenversicherungsrechtlichen Sinne war,

wie sich an der Bewilligung der Wiedereingliederung durch die Krankenkasse zeigt, steht dem nicht entgegen. Nach dem SGB V wird Arbeitsunfähigkeit konkret auf den innegehabten Arbeitsplatz bezogen bestimmt, solange das Arbeitsverhältnis fortbesteht. Nach den Empfehlungen des Gemeinsamen Bundesausschusses über die Beurteilung der AU und die Maßnahmen zur stufenweisen Wiedereingliederung (AU-Richtlinien) nach § 92 Abs. 1 Satz 2 Nr. 7 SGB V vom 1.12.2003 (BAnz Nr. 61 v. 27.3.2003, S. 6501) knüpfen die Feststellung von krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit und die Empfehlung zur Wiedereingliederung an die vom Arbeitnehmer bisher konkret ausgeübte Tätigkeit an (vgl. auch BAG, Urt. v. 13.6.2006 – 9 AZR 229/05 – AP Nr. 12 zu § 81 SGB IX = NZA 2007, 91). Die objektive Verfügbarkeit nach dem SGB III entfällt dagegen erst, wenn die Arbeitsunfähigkeit des Arbeitslosen dazu führt, dass er keine der Stellen, auf die die Beklagte ihre Vermittlungsbemühungen erstrecken muss, ausfüllen kann (vgl. LSG Stuttgart, Urt. v. 28.3.2012 – L 3 AL 5132/11).

Ein in der Krankenversicherung der Arbeitslosen versicherter Arbeitsloser ist arbeitsunfähig im Sinne der Krankenversicherung, wenn er krankheitsbedingt Arbeiten nicht mehr in dem zeitlichen Umfang verrichten kann, für den er sich der Arbeitsverwaltung zuvor zur Arbeitsvermittlung zur Verfügung gestellt hat, da dies dann der maßgebliche Bezugspunkt ist (BSG, Urt. v. 7.12.2004 – B 1 KR 5/03 R, BSGE 94, 19 = SozR 4-2500 § 44 Nr. 3). Einen darüber hinausgehenden krankenversicherungsrechtlichen „Berufsschutz“ gibt es nicht (BSG, Urt. v. 4.4.2006 – B 1 KR 21/05 R, BSGE 96,182 = SozR 4-2500 § 44 Nr. 9).

— Dr. Steffen Luik, Richter am LSG

Der Beitrag ist auf der Grundlage einer Kooperation zwischen der juris GmbH und der Arbeitsgemeinschaft Sozialrecht im DAV der Ausgabe 14/2014 (Anmerkung 2) des juris PraxisReport Sozialrecht entnommen.

SGB IV: Praxismanagerin, die vertragsärztliche Abrechnungen erstellt, ist selbständig

— SGB IV §§ 7 Abs. 1, 7a Abs. 1; SGB V § 5 Abs. 1 Nr. 1; SGB VI § 1 S. 1 Nr. 1; SGB VII § 7 Abs. 1 S. 1; SGB III § 25 Abs. 1 S. 1; SGB XI § 20 Abs. 1 S. 1, S. 2 Nr. 1

Ergibt sich, dass etwa aus Gründen des Sozialdatenschutzes ohne Einwilligung der Patienten Sozialdaten nicht an private Dienstleistungsunternehmen herausgegeben werden dürfen, steht der selbständigen Tätigkeit einer Abrechnungsmanagerin in einer Zahnarztpraxis nicht entgegen, dass sie ihre Dienstleistungen in der Zahnarztpraxis erbringen muss.

SG Berlin, Urt. v. 20.3.2014 – S 81 KR 1278/12

Tatbestand: Die Beteiligten streiten um die Frage, ob die Beigeladene zu 1) im Rahmen ihrer Tätigkeit für die Klägerin vom 4.5.2009 bis 18.8.2010 der Versicherungspflicht in den Zweigen der Sozialversicherung unterlag.

Die Klägerin ist eine in der Rechtsform der Gesellschaft bürgerlichen Rechts geführte Zahnarztpraxis mit Sitz in Berlin. Für die Abrechnung der Vergütung gegenüber Privat- und Kassenpatienten bedient sich die Klägerin freier Mitarbeiter, welche Abrechnungsdienstleistungen anbieten. Die Beigeladene zu 1) bietet speziell für Zahnärzte Abrechnungsdienstleistungen an, da sie auf diesem Gebiet über besondere Kenntnisse verfügt.

Aufgrund eines Inserates der Beigeladenen zu 1) kam diese mit der Klägerin in Kontakt und nahm am 4.5.2009 ihre Tätigkeit für die Praxis auf. Ein schriftlicher Vertrag wurde nicht geschlossen, jedoch wurde vereinbart, dass die Beigeladene zu 1) auf Basis einer selbstständigen Tätigkeit für die Klägerin nach jeweils individueller Terminvereinbarung Abrechnungsleistungen in der Praxis der Klägerin erbringen soll. Die Vertragsparteien vereinbarten ferner, dass die Beigeladene zu 1) Rechnungen ohne die Ausweisung von Umsatzsteuer stellen, selbst für die Pflege- und Krankenversicherung sorgen wird, ihre Tätigkeit stundenweise mit einem Stundenlohn von 32 EUR abrechnen und nur in Räumen der Klägerin tätig sein wird.

Am 14.5.2011 stellte die Beigeladene zu 1) bei der Beklagten einen Statusfeststellungsantrag. Am 18.8.2010 endete die Tätigkeit der Beigeladenen zu 1) für die Klägerin.

Nach Anhörung der Beteiligten erließ die Beklagte am 24.10.2011 einen Statusfeststellungsbescheid, mit welchem sie die Versicherungspflicht der Beigeladenen zu 1) im Rahmen ihrer Tätigkeit für die Klägerin aufgrund einer abhängigen Beschäftigung feststellte. Zur Begründung führte sie aus, dass die Merkmale einer abhängigen Beschäftigung überwiegen würden.

Auf den hiergegen am 18.11.2011 erhobenen Widerspruch erließ die Beklagte am 25.6.2012 einen Widerspruchsbescheid, mit welchem sie die angegriffene Entscheidung bestätigte. Sie begründete die Feststellung der Versicherungspflicht damit, dass die Beigeladene zu 1) ausschließlich am Betriebssitz des Arbeitgebers tätig sei, die Betriebsmittel vom Arbeitgeber gestellt würden, eine freie Arbeitszeiteinteilung aufgrund der Einschränkungen durch die Praxisöffnungszeiten nicht möglich sei und es an einem Unternehmerisiko fehle, da eine erfolgsunabhängige Stundenvergütung vereinbart sei.

Mit der am 19.7.2012 erhobenen Klage wendet sich die Klägerin gegen die Feststellung der Beklagten. Sie trägt vor, dass die Beigeladene zu 1) unabhängig von den Öffnungszeiten der Praxis für die Klägerin tätig sein konnte und ihre Arbeitszeit frei gestaltete. So war sie ausweislich der Abrechnungen in manchen Monaten nur 1,26 Stunden, in anderen Monaten 33,25 Stunden tätig. Im Rahmen ihrer Tätigkeit sei die Beigeladene zu 1) keinem Weisungs- oder Direktionsrecht

unterworfen gewesen, die Tätigkeit in Räumen der Klägerin sei allein aus Datenschutzgründen erfolgt. Eine Bitte der Klägerin, regelmäßig in der Praxis zu arbeiten, habe die Beigeladene zu 1) unter Berufung auf die Freiheit ihrer Zeiteinteilung abgelehnt. Hierzu legt die Klägerin E-Mail-Korrespondenz vor. Sie ist der Ansicht, dass eine selbstständige Tätigkeit vorliege.

Die Klägerin beantragt, den Bescheid der Beklagten vom 24.10.2011 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 25.6.2012 aufzuheben und festzustellen, dass die Beigeladene zu 1) keine sozialversicherungspflichtige Tätigkeit bei den Klägerinnen in der Zeit vom 4.5.2009 bis 18.6.2010 ausgeübt hat.

Die Beklagte beantragt, die Klage abzuweisen.

Zur Begründung verweist sie auf die Ausführungen im Widerspruchsbescheid.

Die Beigeladene zu 1) stellte keinen Antrag. Sie schließt sich dem Vortrag der Klägerin an und trägt ergänzend vor, dass sie die Kompetenz für die privatärztliche Vergütungsabrechnung stellte, welche der Klägerin fehlte. Mindestens in einem Fall habe sie zur Abwendung einer Vergütungsminderung nacharbeiten müssen, als Unstimmigkeiten bei einer Abrechnung auftraten. Sie sei für bis zu fünf weitere Arbeitgeber tätig gewesen und habe für die von ihr im Rahmen der selbstständigen Tätigkeit angebotene Dienstleistung auch Werbung geschaltet.

Das Gericht hat Frau P K, eine der Ärztinnen der Klägerin, sowie die Beigeladene zu 1) in der mündlichen Verhandlung vom 27.2.2014 zu den Einzelheiten der Zusammenarbeit und der Tätigkeit der Beigeladenen zu 1) befragt.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den Inhalt der Gerichtsakten und die von der Beklagten in Kopie übersandte Verwaltungsakte verwiesen, die der Kammer bei der Entscheidung vorlagen und Gegenstand der Beratung waren.

Aus den Gründen: Das Gericht konnte ohne Anwesenheit der Beigeladenen zu 2) bis 4) in der mündlichen Verhandlung entscheiden, da diese hierauf in der Terminmitteilung hingewiesen worden waren (vgl. § 126 SGG).

Die Klage ist als kombinierte Anfechtungsklage und Feststellungsklage zulässig. Nach § 54 Abs. 1 S. 1 SGG kann durch Klage die Aufhebung eines Verwaltungsakts begehrt werden. Nach § 65 SGG kann mit der Klage u.a. die Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses und die Feststellung, welcher Versicherungsträger der Sozialversicherung zuständig ist, begehrt werden, wenn der Kläger ein berechtigtes Interesse an der baldigen Feststellung hat. Die Klägerin hat über die Anfechtung des angegriffenen Bescheides hinaus ein berechtigtes Interesse an der Feststellung des Sozialversicherungsstatus der Beigeladenen zu 1).

Die Beklagte hat im Bescheid vom 24.10.2011 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 25.6.2012 zu Unrecht fest-

gestellt, dass die Beigeladene zu 1) im Rahmen ihrer Tätigkeit für die Klägerin der Versicherungspflicht zur Kranken-, Pflege-, Renten- und Arbeitslosenversicherung unterlag.

Personen, die gegen Arbeitsentgelt beschäftigt sind, unterliegen in der Kranken-, Pflege-, Renten- und Arbeitslosenversicherung der Versicherungs- bzw. Beitragspflicht (§ 5 Abs. 1 Nr. 1 SGB V; § 20 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 SGB XI; § 1 Abs. 1 Nr. 1 SGB VI; § 25 Abs. 1 SGB III). Beurteilungsmaßstab für das Vorliegen einer abhängigen Beschäftigung ist § 7 Abs. 1 S. 1 SGB IV. Danach ist Beschäftigung die nicht selbstständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis.

Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundessozialgerichts (BSG) setzt eine Beschäftigung voraus, dass der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber persönlich abhängig ist. Bei einer Beschäftigung in einem fremden Betrieb ist dies der Fall, wenn der Beschäftigte in den Betrieb eingegliedert ist und dabei einem Zeit, Dauer, Ort und Art der Ausführung umfassenden Weisungsrecht des Arbeitgebers unterliegt. Demgegenüber ist eine selbstständige Tätigkeit vornehmlich durch das eigene Unternehmerrisiko, das Vorhandensein einer eigenen Betriebsstätte, die Verfügungsmöglichkeit über die eigene Arbeitskraft und im Wesentlichen frei gestaltete Tätigkeit und Arbeitszeit gekennzeichnet. Ob jemand abhängig beschäftigt oder selbstständig tätig ist, hängt davon ab, welche Merkmale überwiegen. Maßgebend ist stets das Gesamtbild der Arbeitsleistung.

Ob eine „Beschäftigung“ vorliegt, ergibt sich aus dem Vertragsverhältnis der Beteiligten, so wie es im Rahmen des rechtlich Zulässigen tatsächlich vollzogen worden ist. Ausgangspunkt ist daher zunächst das Vertragsverhältnis der Beteiligten, so wie es sich aus den von ihnen getroffenen Vereinbarungen ergibt oder sich aus ihrer gelebten Beziehung erschließen lässt. Eine im Widerspruch zu ursprünglich getroffenen Vereinbarungen stehende tatsächliche Beziehung und die sich daraus ergebene Schlussfolgerung auf die tatsächlich gewollte Natur der Rechtsbeziehung gehen der nur formellen Vereinbarung vor, soweit eine – formlose – Abbedingung rechtlich möglich ist. Umgekehrt gilt, dass die Nichtausübung eines Rechts unbeachtlich ist, solange diese Rechtsposition nicht wirksam abbedungen ist.

Bei Anwendung der vorgenannten Grundsätze, Würdigung und Gewichtung der Gesamtumstände handelte es sich bei der streitgegenständlichen Tätigkeit der Beigeladenen zu 1) für die Klägerin nicht um eine abhängige Beschäftigung, weil nach dem Gesamtbild der Arbeitsleistung, § 7a Abs. 2 SGB IV, über welche sich die Kammer in der mündlichen Verhandlung einen Eindruck verschafft hat (§ 124 Abs. 1 SGG), die Merkmale, die für eine abhängige Beschäftigung sprechen, nicht überwiegen; vielmehr die dagegen sprechenden Umstände deutlich überwiegen.

Nach Überzeugung der Kammer stellt sich die vertragliche Vereinbarung nicht als Arbeits-, sondern als Dienstvertrag dar, da die Elemente eines Arbeitsvertrages nur untergeordnet vorhanden sind. Zwischen der Klägerin und der Beigeladenen zu

1) wurde kein schriftlicher Vertrag geschlossen. Für die Beurteilung der vertraglichen Beziehung konnte das Gericht daher nur auf die eingereichten Unterlagen sowie die Aussagen der Beteiligten in der mündlichen Verhandlung zurückgreifen. Die Vertreterin der Klägerin sowie die Beigeladene zu 1) gaben übereinstimmend, nachvollziehbar und glaubhaft an, dass eine Tätigkeit der Beigeladenen zu 1) im Rahmen einer freien Mitarbeiterschaft ohne Begründung eines Arbeitsverhältnisses vereinbart werden sollte. So kamen die Vertragspartner überein, dass eine Stundenvergütung nur für geleistete Tätigkeiten gezahlt werde, eine Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall und auch Urlaubsgeld nicht von der Klägerin geschuldet war und die rechtliche Möglichkeit bestand, die Arbeitszeit nach Abstimmung frei einzuteilen. Ferner war vereinbart, dass die Beigeladene zu 1) über ihre Leistung eine Rechnung stellen und die Versteuerung sowie die Sozialbeiträge selbst übernehmen werde.

Nach Überzeugung der Kammer war auch die tatsächliche Zusammenarbeit der Klägerin und der Beigeladenen zu 1) nicht durch eine persönliche Abhängigkeit der Beigeladenen zu 1) gekennzeichnet.

Für eine abhängige Beschäftigung spricht zwar, wie die Beklagte zutreffend in den angegriffenen Bescheiden herausgearbeitet hat, dass die Beigeladene zu 1) ausschließlich in den Räumen der Klägerin und auf deren Betriebsmitteln tätig und damit in gewisser Weise in den Betrieb der Klägerin eingegliedert war. Jedoch spricht die Kammer diesem Umstand kein bedeutendes Gewicht bei, da die Arbeit in der Zahnarztpraxis äußeren Zwängen folgte. Die Klägerin ist verpflichtet, in besonderer Weise die Patientendaten zu schützen und kann nur in sehr begrenztem Umfang nach Einwilligung der Versicherten Leistungsdaten an private Dienstleistungsunternehmen übersenden, vgl. BSG, Urt. v. 20.12.2008 – B 6 KA 37/07 R.

Für eine abhängige Beschäftigung spricht auch, dass Frau K die Abrechnungen kursorisch überprüfte und die zu erledigende Arbeit zuteilte, was im geringen Maße für ein Weisungsrecht sprechen könnte. Gegen ein Unternehmerrisiko spricht auch, dass erfolgsunabhängig eine Stundenvergütung vereinbart und gezahlt wurde.

Jedoch überwiegen die Merkmale einer selbstständigen Tätigkeit deutlich. Nach Überzeugung der Kammer liegen mit Ausnahme der Tätigkeit in den Räumen und auf den Rechnern der Klägerin keine weiteren Anhaltspunkte für eine Eingliederung der Beigeladenen zu 1) in den Betrieb der Klägerin vor, da es im Übrigen an einem arbeitsteiligen Zusammenwirken der Beteiligten fehlte. Die Beigeladene zu 1) erledigte die für sie vorgesehenen Abrechnungen eigenständig. Ihre Abrechnungen waren nicht zur weiteren Bearbeitung durch die Klägerin bestimmt; für die Abrechnung der Klägerin war es nicht erforderlich, dass die Leistungen zu einem bestimmten Zeitpunkt zur Verfügung standen. Die von der Beigeladenen zu 1) geschuldeten Beiträge konnte diese unabhängig von der übrigen Arbeit der Klägerin erbringen.

Nach Überzeugung der Kammer unterlag die Beigeladene zu 1) im Rahmen ihrer Tätigkeit für die Klägerin auch keinem Weisungsrecht. Hinsichtlich der Art der Ausübung haben die Vertreterin der Klägerin sowie die Beigeladene zu 1) nachvollziehbar und glaubhaft angegeben, dass allein die Beigeladene zu 1) über das rechtliche und tatsächliche Know-how verfügte, um schwierige Abrechnungsdetails zu erledigen. Insoweit fehlte der Klägerin die Möglichkeit, der Beigeladenen zu 1) die Art und Weise der Aufgabenerledigung vorzugeben und diese zu kontrollieren. Auch hinsichtlich der Zeit und Dauer der Tätigkeitsausübung unterlag die Beigeladene zu 1) keinem Weisungsrecht. Nachvollziehbar vorgetragen – und durch Vorlage der Korrespondenz belegt – war sie nicht bereit, sich den zeitlichen Wünschen der Klägerin unterzuordnen. Aus den Abrechnungen ist zudem ersichtlich, dass sie mal vormittags, mal nachmittags und auch am Wochenende für die Klägerin tätig war. Nachvollziehbar hat die Beigeladenen zu 1) angegeben, aufgrund einer anderen abhängigen Beschäftigung und aufgrund der Kinderbetreuung in besonderem Maße an einer freien Arbeitszeiteinteilung interessiert gewesen zu sein und diese gegenüber der Klägerin auch durchgesetzt zu haben. Die Vertreterin der Klägerin räumte ein, dass sie ihre Vorstellungen über die Einteilung der Arbeitszeit in die Verhandlungen mit der Beigeladenen zu 1) nicht habe durchsetzen können.

Nach Überzeugung der Kammer fehlt es auch nicht an einem Unternehmerrisiko der Beigeladenen zu 1). Als Gegenstück zur freien Arbeitszeiteinteilung trug sie das Risiko, weniger Aufträge von der Klägerin zu erhalten und daher geringere Verdienste zu erzielen. Dass eine unabhängige Stundenvergütung vereinbart war, spricht nicht gegen Unternehmerrisiko, da eine solche Vereinbarung üblicherweise bei Dienstverträgen geschlossen wird. Für ein Unternehmerrisiko spricht auch der von der Beigeladenen zu 1) geschilderte und von der Klägervertreterin bestätigte Umstand, dass die Beigeladene zu 1) beim Streit über Abrechnungsdetails Leistungen nachzuleisten hatte, um eine Vergütungsminderung abzuwenden. Darüber hinaus ist die Kammer überzeugt, dass die Beigeladene zu 1) ihre Dienste als Unternehmerin auch am Markt anbot und werbend auftrat. Zudem hatte sie weitere Auftraggeber und finanzierte die Fortbildung selbst.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 197a Abs. 1 S. 1 SGG i.V.m. § 154 Abs. 1 und 3, § 162 Abs. 3 VwGO. Den Beigeladenen waren keine Kosten aufzuerlegen, § 197a Abs. 2 S. 2 SGG, § 154 Abs. 3 VwGO. Die außergerichtlichen Kosten Beigeladener können nach § 197a Abs. 1 S. 1 SGG i.V.m. § 162 Abs. 3 VwGO dem Unterlegenen aus Billigkeit auferlegt werden. Hiervon hat das Gericht Gebrauch gemacht und die Kosten der Beigeladenen nicht von der Kostentragungslast ausgenommen.

Die Streitwertfestsetzung erfolgt durch gesonderten Beschluss.

Die Zulässigkeit der Berufung folgt aus § 143 SGG.

— Mitgeteilt von *Christian Bodler*, Rechtsanwalt, Berlin

SGB IV: Sozialversicherungsrechtlicher Status einer Bewerbermanagerin

— SGB IV § 7a Abs. 1; SGB V § 5 Abs. 1 Nr. 1; SGB VI § 1 S. 1 Nr. 1; SGB VII § 7 Abs. 1 S. 1; SGB III § 25 Abs. 1 S. 1; SGB XI § 20 Abs. 1 S. 1, S. 2 Nr. 1

Beschreibt ein Leistungskatalog, wie die Bewerbermanagerin Tätigkeiten zu verrichten hat, und verpflichtet der Vertrag zu regelmäßigen Berichten und zur Dokumentation geleisteter Arbeitsvorgänge, liegt eine abhängige Beschäftigung der Bewerbermanagerin vor.

Bayerisches LSG, Urt. v. 29.4.2014 – L 5 R 11/13

SGB IV: Fehlerhafte Besetzung des Rentenausschusses führt zur Nichtigkeit des Bescheides

— SGB IV § 51 Abs. 6 Nr. 6a; SGB X § 40 Abs. 3 Nr. 3, § 41 Abs. 1 Nr. 4, § 42 S. 1; SGB VII § 200 Abs. 2

Beauftragt eine Berufsgenossenschaft den Chefarzt einer berufsgenossenschaftlichen Unfallklinik regelmäßig mit der Erstellung von Gutachten, so kann dieser nicht als Arbeitgebervertretung Mitglied in einem Rentenausschuss dieser Berufsgenossenschaft sein.

SG Hamburg, Beschl. v. 8.5.2014 – S 36 U 37/12

Tenor:

1. Der Rechtsstreit wird vertagt.
2. Der Beklagten wird aufgegeben unter Aufhebung des Bescheides vom 9.1.2012 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 10.2. 2012, die Angelegenheit neu zu bescheiden.
3. Weitere prozessleitende Verfügungen ergehen von Amts wegen.

Aus den Gründen: Die Besetzung des Rentenausschusses I am 9.1.2012 mit Prof. Dr. Jürgens ist nicht ordnungsgemäß gewesen. Bei Prof. Dr. Jürgens handelt es sich gemäß § 51 Abs. 6 Nr. 6a) SGB IV um eine für die Beklagte nicht wählbare Person, da Prof. Dr. Jürgens regelmäßig für die Beklagte freiberuflich als Gutachter tätig ist. Im vorliegenden Fall ist Prof. Dr. Jürgens im Vorwege sogar als möglicher Gutachter von der Beklagten benannt worden.

Der Bescheid dürfte nach § 40 Abs. 3 Nr. 3, § 41 Abs. 1 Nr. 4 i.V.m. § 42 Satz 1 SGB X nichtig sein. Eine Heilung hat nicht stattgefunden, da der Bescheid innerhalb des Widerspruchs-

verfahrens nicht noch einmal mit einem ordnungsgemäß besetzten Rentenausschuss erlassen worden ist.

Daran ändert der Erlass des Widerspruchsbescheides vom 10.2.2012 nichts. Auch ist die Beteiligung von Prof. Dr. Jürgens gerade nicht offensichtlich folgenlos gewesen, da ein vorher für die Klägerin günstiger Vorentwurf mit der Bewilligung einer Rente nach einer Minderung der Erwerbsfähigkeit von 20 v.H. durch den Bescheid vom 9.1.2012 aus offensichtlich anderen medizinischen Erwägungen nicht erlassen worden ist.

— Anmerkung

1. Der Beschluss des Sozialgerichts ist, da ein Tatbestand fehlt, ohne Hintergrundinformationen nicht zu verstehen:

Die spätere Beklagte hatte der Unfallverletzten nach § 200 Abs. 2 SGB VII mehrere Gutachter zur Auswahl vorgeschlagen, darunter auch Prof. Dr. Jürgens, den Ärztlichen Direktor eines Berufsgenossenschaftlichen Unfallkrankenhauses. Die Unfallverletzte machte von ihrem Vorschlagsrecht Gebrauch und benannte einen anderen Gutachter, bei dem die Berufsgenossenschaft das Zusammenhangsgutachten einholte. Dieser Gutachter bestätigte den rechtlich wesentlichen Zusammenhang und schlug eine Rente vor.

Zur Sitzung des Rentenausschusses I im November 2011 wurde von der Verwaltung der Entwurf eines positiven Rentenbescheides vorgelegt, den der Rentenausschuss aber unter Mitwirkung von Herrn Prof. Dr. Jürgens mit der Aufforderung zurückwies, zur nächsten Sitzung einen Ablehnungsbescheid vorzulegen. Die spätere Klägerin rügte unverzüglich die nicht ordnungsgemäße Besetzung des Rentenausschusses und beantragte, die Sache einem anderen Rentenausschuss vorzulegen. Zur Begründung hatte sie vorgetragen, nach § 20 Abs. 2 der Satzung der Berufsgenossenschaft i.V.m. § 36a Abs. 2 SGB IV dürften zu Mitgliedern der Rentenausschüsse nur Personen bestellt werden, die zu Organmitgliedern gewählt werden könnten. Nach § 51 Abs. 6 Nr. 6a SGB IV sei aber nicht wählbar, wer regelmäßig für den Versicherungsträger oder im Rahmen eines mit ihm abgeschlossenen Vertrages freiberuflich tätig werde. Herr Prof. Dr. Jürgens würde aber, wie bei vielen Berufsgenossenschaften üblich, als Ärztlicher Direktor einer Berufsgenossenschaftlichen Unfallklinik regelmäßig von Berufsgenossenschaften persönlich beauftragt und zeichne diese Gutachten eigenverantwortlich. Herr Prof. Dr. Jürgens sei daher nicht als Organmitglied wählbar und dürfe folglich nicht als Mitglied eines Rentenausschusses bestellt werden. Ohne auf diesen Vortrag einzugehen, lehnte der Rentenausschuss im Januar 2012 in derselben Besetzung das Vorliegen eines rechtlich wesentlichen Zusammenhangs ab und stellte fest, dass keine Rente zu gewähren sei.

Auch im Widerspruchsverfahren wurde die Besetzungsrüge nicht gewürdigt und ohne weitere Ermittlungen erneut gegen das vorliegende positive Beweismittel entschieden. Im anschließenden Klageverfahren legte die Berufsgenossenschaft

eine Erklärung von Prof. Dr. Jürgens vor, in der er versicherte, weder in der vorigen noch in der jetzigen Wahlperiode in vertraglichen Beziehungen zur Berufsgenossenschaft bestanden zu haben. Diese Bestätigung schien zunächst der Kammer des Sozialgerichtes Hamburg zu genügen, die nach Vorlage dieser Bescheinigung in die Beweisaufnahme eintrat.

Die Klägerin hatte im weiteren Verlauf den Geschäftsführer der zuständigen Bezirksverwaltung der Berufsgenossenschaft, der zugleich Geschäftsführer des Trägervereins des Berufsgenossenschaftlichen Unfallkrankenhauses ist, als Zeugen benannt, um zu Art und Umfang der vertraglichen Zusammenarbeit der Berufsgenossenschaft mit Herrn Prof. Dr. Jürgens Angaben zu machen. Das Sozialgericht Hamburg wollte zunächst dem Beweisangebot nicht folgen, der klägerische Vortrag sei nicht geeignet, die Erklärung des Herrn Prof. Dr. Jürgens in Zweifel zu ziehen. Für eine weitere Amtsermittlung gäbe es keine hinreichende Grundlage. Der Kläger müsse konkrete Fälle mit entsprechenden Gutachtensaufträgen vorlegen. Nach einer längeren Diskussion in der mündlichen Verhandlung konnte die Klägerin aber doch verdeutlichen, dass die andauernde Auftragsvergabe der Berufsgenossenschaft gerichtsbekannt sei, solche Gutachtensaufträge würden sich regelmäßig auch in den Unterlagen finden, die den Unfallkammern des Sozialgerichtes Hamburg vorlägen.

Mit dem vorliegenden Beschluss vertagt das Sozialgericht den Rechtsstreit und gibt der Beklagten auf, unter Aufhebung des Bescheides vom 9.1.2012 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 10.2.2012 die Angelegenheit neu zu bescheiden.

2. Der Beschluss des Sozialgerichtes Hamburg ist in zweifacher Hinsicht beachtenswert. Zunächst gelangen durch diese Entscheidung organisationsrechtliche Regelungen in den Fokus anwaltlicher Tätigkeit in sozialversicherungsrechtlichen Verfahren, die wohl eher nicht zum Tagesgeschäft gehören (vgl. a)). Gleichzeitig ist die Entscheidung des Sozialgerichtes zu kritisieren. Für eine Zwischenentscheidung durch Beschluss, der die angegriffenen Bescheide aufhebt, ist kein Raum. Der Ausgangsbescheid in Gestalt des Widerspruchsbescheides hätte durch Urteil aufgehoben werden müssen.

a) Mit dieser Entscheidung werden die Diskussionen um die in unfallversicherungsrechtlichen Angelegenheiten einzuholenden Gutachten um wenigstens eine Facette reicher. Die Berufsgenossenschaft schlägt einen Sachverständigen vor, der Chefarzt der Berufsgenossenschaftlichen Unfallklinik ist. Der Geschäftsführer der zuständigen Berufsgenossenschaft ist gleichzeitig Geschäftsführer des für die Klinik zuständigen Trägervereins. Die Frage nach der Befangenheit eines solchen Gutachters drängt sich auf, wird in der Rechtsprechung aber regelmäßig negativ beschieden. Auf die mögliche Befangenheit kommt es aber nicht an, da die Klägerin von ihrem Gutachterwahlrecht Gebrauch machte, das in § 200 Abs. 2 SGB VII zwar nicht normiert ist, im Allgemeinen aber anerkannt und von den Unfallversiche-

rungsträgern auch beachtet wird. Der von der Unfallverletzten benannte Gutachter bejaht den Unfallzusammenhang und schlägt eine Rente vor, die Verwaltung möchte diesem Votum folgen. Und nun wird die Sache dem Rentenausschuss vorgelegt, in dem der vorher nicht zum Zuge gekommene Chefarzt als Arbeitgebervertreter Sitz und Stimme hat. Der Rentenausschuss gibt der Verwaltung auf, einen erneuten Entscheidungsvorschlag zu erarbeiten, der nicht von den Ermittlungsergebnissen im Feststellungsverfahren gedeckt ist und fordert die Fachabteilung auf, den Zusammenhang zu verneinen und eine Rente abzulehnen. Noch im Verwaltungsverfahren rügt die Unfallverletzte die ordnungsgemäße Besetzung des Rentenausschusses. Mit diesem Einwand setzt sich der Unfallversicherungsträger weder im Bescheid noch im Widerspruchsbescheid auseinander.

§ 36a Abs. 1 S. 1 Nr. 2a SGB IV sieht vor, dass durch Satzung der Unfallversicherungsträger den Rentenausschüssen die erstmalige Entscheidung über Renten, Entscheidungen über Rentenerhöhungen, Rentenherabsetzungen und Rentenentziehungen wegen Änderung der gesundheitlichen Verhältnisse übertragen kann. Von dieser Möglichkeit hat die spätere Beklagte, wie im Übrigen zahlreiche Berufsgenossenschaften, Gebrauch gemacht.

Wer Mitglied in solchen Rentenausschüssen sein kann, regelt § 36a Abs. 2 S. 2 SGB IV. Als Mitglieder der Rentenausschüsse können nur solche Personen bestellt werden, die die Voraussetzungen der Wählbarkeit als Organmitglied erfüllen und, wenn die Satzung deren Mitwirkung vorsieht, Bedienstete des Versicherungsträgers. Nach § 51 Abs. 1 S. 1 SGB IV ist wählbar, wer bei den Versicherungsträgern zur Gruppe der Arbeitnehmer- oder Arbeitgebervertreter gehört, volljährig ist, das Wahlrecht zum Deutschen Bundestag besitzt oder in Deutschland seit mindestens 6 Jahren eine Wohnung innehat, sich dort gewöhnlich aufhält oder regelmäßig beschäftigt oder tätig ist, und seine Wohnung im Bezirk des Versicherungsträgers oder in einem nicht weiter als 100 km von dessen Grenze entfernten Ort innehat, sich hier gewöhnlich aufhält oder im Bezirk des Versicherungsträgers regelmäßig beschäftigt oder tätig ist. Von der Wählbarkeit ausgeschlossen sind Personen, die nach dem Bundeswahlgesetz vom Wahlrecht ausgeschlossen sind, aufgrund Richterspruchs nicht die Fähigkeit besitzen, öffentliche Ämter zu bekleiden und Rechte aus öffentlichen Wahlen zu erlangen, in Vermögensverfall geraten sind, seit den letzten Wahlen wegen grober Verletzung ihrer Pflichten nach § 59 Abs. 3 SGB IV ihres Amtes enthoben worden sind oder als Beamter, Angestellter oder Arbeiter bei dem Versicherungsträger, als leitender Beamter oder Angestellter bei einer Behörde, die Aufsichtsrechte gegenüber dem Versicherungsträger hat oder als anderer Beamter oder Angestellter bei einer solchen Behörde im Fachgebiet Sozialversicherung beschäftigt sind. Wählbar ist aber ebenfalls nicht, wer regelmäßig für den Versicherungsträger oder im Rahmen eines mit ihm abgeschlossenen Vertrages freiberuflich tätig wird (§ 51 Abs. 6 SGB IV).

Eine solche enge, die Wählbarkeit ausschließende Verknüpfung war im vorliegenden Fall anzunehmen. Selbst wenn keine vertragliche Beziehung vorlag – was auch bei § 200 Abs. 2 SGB VII eine Rolle spielt, dann aber dazu führt, dass nicht über die Weitergabe von Gesundheitsdaten an einen externen beratenden Arzt zu informieren ist –, kann man mit dem Kläger tatsächlich annehmen, dass der Leiter einer Berufsgenossenschaftlichen Unfallklinik regelmäßig mit unfallchirurgischen Zusammenhangsgutachten beauftragt wird. Dies entspricht sicher der Berufserfahrung eines jeden Rechtsanwalts oder einer jeden Rechtsanwältin, die in unfallversicherungsrechtlichen Angelegenheiten tätig sind und ist, wie das Sozialgericht annimmt, gerichtsbekannt. Die (Chef-)Ärzte einer Berufsgenossenschaftlichen Unfallklinik sind regelmäßig „erste Wahl“, wenn Unfallversicherungsträger ihren Verpflichtungen nach § 200 Abs. 2 SGB VII nachkommen und mehrere Gutachter vorschlagen.

Mit der Begründung selbst hätte das Sozialgericht etwas mutiger sein dürfen. Der angegriffene Bescheid „dürfte“ nicht nur nichtig gewesen sein, er ist nichtig. Zwar sieht § 40 Abs. 3 Ziff. 3 SGB X vor, dass ein Verwaltungsakt nicht schon deshalb nichtig ist, weil ein durch Rechtsvorschrift zur Mitwirkung berufener Ausschuss den für den Erlass des Verwaltungsaktes vorgeschriebenen Beschluss nicht gefasst hat oder dabei nicht beschlussfähig war und gibt § 41 Abs. 1 Nr. 4 SGB X die Möglichkeit, dass die Verletzung eines solchen Verfahrensfehlers dadurch geheilt werden kann, dass der Beschluss des Ausschusses, dessen Mitwirkung für den Erlass des Verwaltungsaktes erforderlich ist, nachträglich gefasst wird, jedoch hat die beklagte Berufsgenossenschaft die Beteiligung des ordnungsgemäß besetzten Rentenausschusses nicht nachgeholt. Auch ist nicht anzunehmen, dass die Verletzung dieser Formvorschrift die Entscheidung in der Sache nicht beeinflusst hätte (§ 42 S. 1 SGB X). Vollkommen zu Recht stellt das Sozialgericht fest, dass der für die Unfallverletzte von der Verwaltung erarbeitete Entwurf des Rentenbescheides durch das Einwirken des nicht wählbaren Prof. Dr. Jürgens so nicht erlassen wurde.

Die Sache zeigt, dass wir im Interesse unserer Mandanten nicht nur gelegentlich die gerichtlichen Geschäftsverteilungspläne in Augenschein nehmen müssen oder zu beachten haben, welche strengen Voraussetzungen die Rechtsprechung für die Besetzung von Kammern oder Senaten annimmt, sondern dass es nicht weniger hilfreich ist zu prüfen, wer im Rentenausschuss oder im Widerspruchsausschuss über Rentenansprüche oder Widersprüche entscheidet. Dass dabei die Regelung zur Wählbarkeit von Organmitgliedern nicht nur bloße Formvorschriften, sondern letztlich Ausdruck der demokratischen Legitimation der sozialversicherungsrechtlichen Selbstverwaltung sind, muss bei allen Beteiligten, die über solche Sachverhalte zu entscheiden haben, parat sein.

b) Für eine Entscheidung durch Beschluss war hingegen kein Raum. § 125 SGG bestimmt, dass über eine Klage, soweit nichts anderes bestimmt ist, durch Urteil entschieden wird.

Keine Urteile dürfen in Verfahren ergehen, die keine Klageverfahren sind. Das sind etwa Eilverfahren nach §§ 86a, 86b SGG, Rechtshilfeverfahren usw. Durch Beschluss ist in Verfahren über die Zulassung von Berufung oder Revision zu entscheiden (§§ 145 Abs. 4, 160a Abs. 4 SGG) sowie auch in Verfahren auf eine Anhörungsruhe, mit der die Fortsetzung des Ausgangsverfahrens betrieben werden soll (§ 178a Abs. 5 SGG).¹ Für das Klageverfahren enthalten etwa § 105 SGG für die Entscheidung eines Klageverfahrens durch Gerichtsbescheid und für die Berufung §§ 153 Abs. 4, 158 und für das Revisionsverfahren § 169 Abs. 3 SGG abweichende Regelungen.² Zwar kennt auch das SGG die Möglichkeit, dass das Gericht ohne in der Sache selbst zu entscheiden den angegriffenen Verwaltungsakt und den Widerspruchsbescheid aufhebt und an die Verwaltung zurückverweist; ein Fall des § 131 Abs. 5 S. 1 SGG liegt aber in mehrfacher Hinsicht nicht vor. Auch eine solche Entscheidung ergeht durch Urteil und nicht durch Beschluss. Zum anderen stützt sich das Sozialgericht nicht auf eine mangelnde Sachverhaltsaufklärung, sondern auf einen Formfehler, der zur Nichtigkeit der getroffenen Entscheidung führt.

Die Beklagte hätte dieses Nicht-Urteil (Scheinurteil) nicht hinnehmen müssen. Es hätte die Möglichkeit bestanden, gegen diese Entscheidung Berufung einzulegen. Hat sie es aber bestandskräftig werden lassen, so ist sie an das Votum gebunden und muss (erneut) durch den zuständigen Rentenausschuss, dem der nicht wählbare Prof. Dr. Jürgens nicht angehören darf, in der Sache entscheiden. Unterbleibt dies, hat die Klägerin zumindest über § 88 SGG die Möglichkeit, die Sache zu beschleunigen. Ob eine Vollstreckung aus diesem Scheinurteil möglich ist, ist mehr als fraglich.

_____ *Martin Schafhausen*, Rechtsanwalt, Frankfurt am Main

SGB VI: Befreiung von der Rentenversicherungspflicht einer „Unternehmens“-Tierärztin

_____ SGB VI § 6 Abs. 1 S. 1 Nr. 1; HeilBerG HE §§ 2 Abs. 1 Nr. 3, 5a Abs. 1

Die Tätigkeit einer approbierten Tierärztin, die aufgrund gesetzlicher Verpflichtungen Mitglied der Landestierärztekammer sowie deren Versorgungswerk ist, als Medical Evaluator der Abteilung Pharmakovigilanz im Bereich Medical & Health Policy stellt eine berufsgruppenspezifische tierärztliche Tätigkeit dar, die zur Befreiung von der Rentenversicherungspflicht berechtigt.

Hess. LSG, Urt. v. 6.2.2014 – L 1 KR 8/13

¹ Vgl. hierzu *Breitkreuz*, in: *Breitkreuz/Fichte*, SGG, 2. Aufl. 2014, § 125 Rn 1.

² *Breitkreuz*, a.a.O.

Tatbestand: [1] Zwischen den Beteiligten ist der Anspruch der Klägerin auf Befreiung von der Rentenversicherungspflicht streitig.

[2] Die Klägerin ist approbierte Tierärztin und seit dem 1.7.2004 Pflichtmitglied in der Landestierärztekammer Hessen und deren Versorgungswerk (Beigeladene zu 2.). Die Klägerin arbeitete vom 1.6. bis 30.9.2004 als wissenschaftliche Hilfskraft an der E-Universität in E-Stadt. Vom 1.10.2007 bis 30.9.2009 war sie bei der Beigeladenen zu 1. als Post-Doktorandin beschäftigt. Für die Dauer dieser beiden befristeten Beschäftigungen befreite die Beklagte die Klägerin gemäß § 6 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 i.V.m. § 6 Abs. 5 S. 2 SGB VI von der Versicherungspflicht in der gesetzlichen Rentenversicherung (Bescheide vom 2.10.2004 und 14.11.2007).

[3] Seit dem 1.10.2009 ist die Klägerin bei der Beigeladenen zu 1. unbefristet als Medical Evaluator in der Abteilung Pharmakovigilanz im Bereich Medical & Health Policy beschäftigt (Arbeitsvertrag vom 24.9.2009).

[4] Am 6.10.2009 stellte die Klägerin bei der Beklagten einen Antrag auf Befreiung von der Rentenversicherungspflicht ab dem 1.10.2009. Sie legte die Erklärung der Beigeladenen zu 2. vom 5.10.2009 vor, wonach die Klägerin aufgrund gesetzlicher Verpflichtungen Mitglied der Landestierärztekammer sowie dessen Versorgungswerkes ist. Ferner legte sie eine (englischsprachige) Stellenbeschreibung sowie eine Bescheinigung der Beigeladenen zu 1. vom 16.12.2009 vor.

[5] Nach der Stellenbeschreibung ist die Klägerin als Medical Evaluator (Medizinische Gutachterin) dafür verantwortlich, die medizinische Bewertung aller negativen Vorkommnisse und sonstige Risikomeldungen für bestimmte vermarktete bzw. in der Entwicklung befindliche Produkte vorzunehmen und dabei zu veranlassen:

[6] – Dokumentation, medizinische Bewertung und Weiterverfolgung von individuellen Fallberichten im Rahmen der Medikamentenüberwachung

[7] – Identifikation von zu berichtenden Fällen und lokale medizinische Bewertung für die gekennzeichneten Produkte

[8] – Feststellung von Warnungshinweisen

[9] – Abfassung von oder Mitarbeit bei Sicherheitsberichten in bestimmten Zeitabständen.

[10] Als Kompetenzen werden in der Stellenbeschreibung gefordert:

[11] – Medizinische Ausbildung, vorzugsweise als Doktor der Medizin oder Pharmazeut bzw. Biologe oder Gesundheitswissenschaftler. Erfahrung in der Patientenbetreuung wäre von Vorteil

[12] – Berufserfahrung von mindestens 3 Jahren als Arzt oder Pharmazeut oder im sonstigen medizinischen Bereich

[13] – Fließende englische Sprachkenntnisse

[14] – Ausgezeichnete Kenntnisse im Bereich der medizinischen Terminologie und in der Differentialdiagnose

[15] – Kenntnisse im Bereich Computer und Datenbanken

[16] – (...).

[17] Nach der Bescheinigung der Beigeladenen zu 1. vom 16.12.2009 beinhaltet die Tätigkeit eines Medical Evaluator folgendes Anforderungsprofil:

[18] – Angehöriger eines Gesundheitsberufs, Humanmediziner/Veterinärmediziner, in Ausnahmefällen eines Pharmazeuten

[19] – Minimum 3 Jahre Erfahrung im entsprechenden medizinischen oder pharmazeutischen Umfeld

[20] – Englische Sprache fließend

[21] – Exzellente Kenntnisse der medizinischen Terminologie und in der Differential-Diagnose

[22] – Umfassende Computer- und Datenbankenkenntnisse

[23] Ferner bescheinigte die Beigeladene zu 1., dass die Klägerin in einer produktgruppenbezogenen klinischen Expertengruppe von sechs Mitarbeitern (fünf Humanmediziner und die Klägerin als Veterinärmedizinerin) mit dem Schwerpunkt Pharmakovigilanz (Arzneimittel- und Medizinproduktsicherheit) arbeite. Ihr Aufgabengebiet umfasse folgende Tätigkeiten:

[24] – Ordnungsgemäßes Erfassen sowie medizinisch-wissenschaftliche Bewertung der eingehenden Meldungen von Ärzten, Apotheken, Patienten sowie Außendienstmitarbeitern zu möglichen gesundheitsschädlichen Verdachtsmomenten im Rahmen der Anwendung der betreuten Präparate

[25] – Fristgerechte Aufnahme der eingehenden schwerwiegenden Meldungen hinsichtlich der angewandten Präparate in die Nebenwirkungs-Datenbank sowie Analysieren und Kommentieren des medizinischen Sachverhalts; ggf. Einleiten geeigneter Maßnahmen

[26] – Tägliches Auswerten und Dokumentieren der Fälle im Rahmen eines anforderungsgerechten und aussagefähigen Berichtswesens in die Nebenwirkungs-Datenbank

[27] – Medizinisch-wissenschaftliche Nutzen-Risiko-Beurteilung von Arzneimitteln und Medizinprodukten und Sicherstellung der produktgruppenbezogenen Erfüllung der Aufgaben

[28] – Sicherstellen der fristgemäßen Meldungen von festgestellten Nebenwirkungen der betreuten Präparate an das Bundesinstitut für Arzneimittel und Medizinprodukte (BfArM) unter Beachtung der gesetzlichen Bestimmungen

[29] – Kontinuierliche Bewertung des Nutzen-Risiko-Verhältnisses im Aufgabenbereich

[30] – Verantwortliches Erstellen behördlich geforderter aussagefähiger und zeitgerechter periodischer Sicherheitsberichte für betreute Präparate (PSUR's)

[31] – Mitwirkung bei der Planung und Durchführung von klinischen Prüfungen und Anwendungsbeobachtungen hinsichtlich arzneimittelsicherheitslicher Fragestellungen

[32] – Beratung und Information interner Abteilungen und des Außendienstes in allen Fragestellungen zur Arzneimittelsicherheit – auch im Rahmen von Schulungsmaßnahmen

[33] – Regelmäßige Präsentation von medizinischen Schwerpunkt-Themen im Rahmen der wöchentlichen Fortbildung der Abteilung

[34] – Unterstützung der Leitung Pharmakovigilanz beim Krisenmanagement und enge Zusammenarbeit mit der Leitung Pharmakovigilanz bei der Bearbeitung von Rechtsfällen der betreuten Präparate

[35] Diese Tätigkeiten – so die Beigeladene zu 1. – erforderten ein so hohes medizinisches Fachwissen, dass von Mitarbeitern in der Pharmakovigilanz ein erfolgreich abgeschlossenes Studium der Human- oder Veterinärmedizin gefordert werde. Nur in Ausnahmefällen könnten auch Apotheker mit sehr guten medizinischen und pharmakologischen Kenntnissen in der Abteilung Pharmakovigilanz der Beigeladenen zu 1. für stärker pharmazeutisch ausgerichtete Aufgabenstellungen berücksichtigt werden.

[36] Mit Bescheid vom 23.4.2010 lehnte die Beklagte den Antrag der Klägerin ab und führte zur Begründung aus, dass eine Befreiung nur für eine berufsspezifische Beschäftigung oder selbstständige Tätigkeit ausgesprochen werden könne. Dies treffe auf die von der Klägerin ausgeübte Tätigkeit nicht zu. Die Klägerin sei als Gutachterin tätig. Aus der Stellenbeschreibung gehe hervor, dass die Tätigkeit nicht zwingend den Abschluss der Veterinärmedizin voraussetze. Vielmehr könne diese Tätigkeit auch von Humanmedizinern, Pharmazeuten bzw. Biologen oder Gesundheitswissenschaftlern ausgeübt werden.

[37] Den hiergegen eingelegten Widerspruch wies die Beklagte mit Widerspruchsbescheid vom 19.8.2010 zurück.

[38] Die Klägerin hat am 21.9.2010 vor dem Sozialgericht Klage erhoben. Sie ist der Auffassung, dass es sich bei ihrer Tätigkeit als Medical Evaluator um eine berufsspezifische Tätigkeit handele. Es könne keine Rolle spielen, ob für die entsprechende Beschäftigung auch Absolventen bestimmter anderer Abschlüsse in Betracht kämen. Bei den Studiengängen der Humanmediziner, Tiermediziner, Biologen, Pharmazeuten und Apotheker gebe es erhebliche Überschneidungen. Zum Studium der Tiermedizin gehörten nach der Approbationsordnung auch die Fächer Physik, Chemie, Anatomie, Histologie, Physiologie, Biochemie, Genetik, Virologie, Bakteriologie, Mykologie, Parasitologie, Infektionsepidemiologie, Pharmakologie und Toxikologie, Arznei- und Betäubungsmittelrecht, Radiologie, Pathologie, Lebensmittelkunde einschließlich Lebensmittelhygiene, Reproduktionsmedizin, Innere Medizin, Chirurgie und Anästhesiologie. Diese Fächer seien in unterschiedlicher Zusammensetzung mehrheitlich auch Gegenstand der anderen genannten Studiengänge. Die Grenzen zwischen den Tätigkeiten der genannten Berufsgruppen seien fließend. Dies zeige sich auch gerade in der Pharmakovigilanz, in welcher die besonderen Fachkenntnisse der Tiermediziner in Bezug auf die Wirkung von Arzneimitteln auf Tiere von besonderem Interesse seien. Dies ergebe sich zum Beispiel aus der Notwendigkeit, dass Arzneimittel vor der Zulassung aufgrund gesetzlicher Vorschriften zunächst an Tieren getestet würden. Ein Tiermediziner in der Pharmakovigilanz sei daher in besonderer Weise in der Lage, den Zusammenhang zwischen den dokumentierten Vorfällen beim Tier und aktuellen

Vorfällen bei der Einnahme eines Arzneimittels durch den Menschen herzustellen.

[39] Die Beigeladene zu 2. hat darauf verwiesen, dass nach einer am 30.9.2010 zwischen der Arbeitsgemeinschaft berufsständischer Versorgungseinrichtungen e.V. (ABV) und der Beklagten getroffenen Absprache ein sogenannter *drug safety officer*, der in der Pharmaindustrie tätig sei, befreiungsfähig sei für die Berufsgruppen Apotheker, Ärzte und Tierärzte, wenn für die Tätigkeit ein erfolgreich absolviertes Medizin-, Pharmazie- oder Veterinärmedizinstudium erforderlich sei. Für den Medical Evaluator müsse das Gleiche gelten. Demgegenüber hat die Beklagte darauf verwiesen, dass Voraussetzung sei, dass die Tätigkeit allein durch die genannten Berufsgruppen ausgeübt werden könne.

[40] Mit Urte. v. 16.10.2012 hat das Sozialgericht unter Aufhebung der genannten Bescheide die Beklagte verurteilt, der Klägerin ab dem 1.9.2009 Befreiung von der Versicherungspflicht in der gesetzlichen Rentenversicherung gemäß § 6 SGB VI zu gewähren. Gemäß § 6 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 SGB VI würden Angestellte von der Rentenversicherungspflicht für diejenige Beschäftigung befreit, wegen der sie aufgrund durch Gesetz angeordneter oder auf Gesetz beruhender Verpflichtung Mitglied in einer öffentlich-rechtlichen berufsständigen Versorgungseinrichtung und zur Mitgliedschaft in einer berufsständischen Kammer verpflichtet seien. Die Befreiung sei nicht personen-, sondern tätigkeitsbezogen zu verstehen. Eine berufsfremde Tätigkeit könne nicht von der Befreiung erfasst werden. Die Befreiung setze vielmehr einen inneren Zusammenhang zwischen der Tätigkeit, für welche Versicherungsbefreiung in Anspruch genommen werde, und dem Versorgungsschutz durch die berufsständige Versorgungseinrichtung voraus. Die Tätigkeit der Klägerin als Medical Evaluator stelle eine solche berufsspezifische Tätigkeit einer Veterinärmedizinerin dar. Zwar handele es sich bei § 6 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 SGB VI um eine Ausnahmvorschrift. Zu beachten sei aber, dass gerade auch für abhängig Beschäftigte die Möglichkeit der Befreiung von der Rentenversicherungspflicht existiere. Die sogenannten freien Berufe seien, auch wenn diese als abhängige Beschäftigung ausgeübt würden, privilegiert. In der Industrie und in weltweit operierenden Gesundheits- und Pharmakonzernen würden die Berufe der Human- und Veterinärmediziner, Pharmazeuten und Biologen nicht immer im konservativen Sinne ausgeübt. Dies könne aber nicht dazu führen, dass allein aufgrund von Überschneidungen der einzelnen Berufsgruppen, die schon während des Studiums vorlägen, im Einzelfall keine berufsspezifische Tätigkeit vorliege. Zudem würden sich die Berufsbilder weiterentwickeln und es könne nicht nur die typische Arbeit in einer Tierarztpraxis als berufsspezifische Tätigkeit angesehen werden. Die Befreiung von der Rentenversicherungspflicht für abhängige Beschäftigten sei gerade auch für in der Industrie tätige Mediziner möglich. Es existiere ein umfassendes Tätigkeitsfeld in der Pharmaindustrie für Human- und Veterinärmedi-

ziner, Pharmazeuten und Biologen. Dass hierbei Überschneidungen der Berufsfelder entstünden, stehe der Befreiung der Klägerin von der Rentenversicherungspflicht nicht entgegen. Ausschlaggebend seien vielmehr die Tätigkeitsbeschreibungen der Klägerin und der Beigeladenen zu 1. sowie die Berufsordnung der Landesärztekammer vom 18.7.2012. Die Klägerin habe überzeugend dargelegt, dass es bei ihrer Tätigkeit als Medical Evaluator entscheidend auf die in dem Studium der Veterinärmedizin erlernten Kenntnisse ankomme. Sie arbeite in einem Team von sechs Mitarbeitern, in welchem die anderen fünf Mitarbeiter Humanmediziner seien. Ihre Aufgaben seien vielfältig und es existierten Überschneidungen mit anderen medizinischen Berufsfeldern. Zu berücksichtigen sei dabei jedoch, dass diese Aufgaben auch Teil des Studiums der Veterinärmedizin seien. Der Aufgabenbereich von Pharmakovigilanz, Arzneimittel- und Medizinproduktsicherheit umfasse nach den glaubhaften Darlegungen der Klägerin insbesondere auch die Beurteilung von Krankheiten, welche von Tieren auf Menschen übertragen werden könnten. Im Bereich der Pharmakovigilanz umfasse dies die Erprobung bei der Herstellung von Humanarzneimitteln im Rahmen von Tierversuchen. Bei der von der Klägerin ausgeübten Tätigkeit seien demnach insbesondere auch die Fachkenntnisse des Mediziners in Bezug auf die Wirkung von Arzneimitteln auf die Tiere von besonderem Interesse. Ansonsten wäre eine sachgerechte Begutachtung der im Rahmen von Tierversuchen gewonnenen Erkenntnisse nicht durchführbar. Dies ergebe sich auch aus der Bescheinigung der Beigeladenen zu 1., wonach die Tätigkeit ein so hohes medizinisches Fachwissen erfordere, dass von Mitarbeitern ein erfolgreich abgeschlossenes Studium der Human- oder Veterinärmedizin gefordert werde. Der Einschätzung der Tätigkeit als berufsspezifisch im Sinne einer Tierärztin widerspreche demnach auch nicht, dass die Klägerin die einzige Veterinärmedizinerin in ihrem Team sei. Dieser Umstand belege vielmehr die Angabe der Beigeladenen zu 1., da deutlich werde, dass es auch eines Tiermediziners bedürfe, um die ordnungsgemäße Tätigkeit des gesamten Teams zu gewährleisten. Für die Annahme einer berufsspezifischen Tätigkeit spreche auch die Berufsordnung der Landesärztekammer. Bei ihrer Tätigkeit als Medical Evaluator erfülle die Klägerin die darin genannten Berufsaufgaben. Auch die Stellenbeschreibung spreche nicht gegen die Einstufung der Tätigkeit der Klägerin als berufsspezifisch. Unabhängig davon, ob die Beigeladene zu 1. bei der Einstellung die Qualifikation als Veterinärmediziner voraussetzte, stelle sich der Aufgabenbereich im täglichen Arbeiten in Übereinstimmung mit der Berufsordnung der Landesärztekammer als berufsspezifisch dar.

[41] Die Beklagte hat gegen das ihr am 1.11.2012 zugestellte Urteil am 29.11.2012 vor dem Hessischen Landessozialgericht Berufung eingelegt und zur Begründung erneut darauf verwiesen, dass die Beschäftigung der Klägerin nicht dem typischen Berufsbild und Tätigkeitsbereich eines approbier-

ten Tierarztes entspreche, weil für die Tätigkeit als Medical Evaluator die Approbation als Tierärztin keine notwendige Zugangsvoraussetzung sei. Dies folge aus den Angaben der Beigeladenen zu 1. Die erforderlichen profunden medizinischen Kenntnisse und Kenntnisse in der Differenzialdiagnostik würden nicht nur von approbierten Tierärzten erfüllt. Dass die Tätigkeit wahlweise von Human- oder Veterinärmedizinern ausgeübt werden könne, belege, dass es sich nicht um eine ausschließlich Medizinern vorbehaltene Tätigkeit handle. Der Veterinärmediziner verfüge gegenüber dem Humanmediziner lediglich über einen Bruchteil des medizinischen Wissens über den Menschen. Sofern die im Rahmen des Veterinärstudiums erlangten medizinischen Kenntnisse für die Tätigkeit aber ausreichten, sei nicht ersichtlich, weshalb dies nicht auch für Biologen, Gesundheitswissenschaftler und Pharmazeuten bei entsprechenden Ausbildungsschwerpunkten bzw. entsprechender Berufserfahrung gelte. Auch diese könnten im Einzelfall über die erforderlichen Kenntnisse im medizinischen Bereich und in der Differenzialdiagnostik verfügen. Auch im Hinblick darauf, dass es sich bei der Tätigkeit eines Medical Evaluators nicht um ein geschütztes Berufsbild mit einem gesetzlich geregelten Anforderungsprofil handle, sei festzuhalten, dass diese Tätigkeit von verschiedenen Berufsgruppen ausgeübt werden könne.

[42] Die Beklagte beantragt,

[43] das Urteil des Sozialgerichts Gießen vom 16.10.2012 aufzuheben und die Klage abzuweisen.

[44] Die Klägerin beantragt,

[45] die Berufung zurückzuweisen.

[46] Sie hält die angegriffene Entscheidung für zutreffend. Ergänzend hat sie vorgetragen, dass die Beigeladene zu 1. mit guten Gründen in der Pharmakovigilanz auch eine Veterinärmedizinerin beschäftige. Jeder Wirkstoff durchlaufe vor der ersten Anwendung am Menschen zahlreiche Tierversuche und Versuche an tierischen Zellen. Zum Zeitpunkt der ersten Zulassung eines Medikaments lägen naturgemäß nur sehr begrenzte Daten zur Anwendung des Medikaments bei Menschen vor. Die Beurteilung des Risikos sowie die Herleitung von Empfehlungen an den behandelnden Arzt seien vielfach allein aufgrund der vorliegenden Daten zu den Tierversuchen möglich. Zur Interpretation dieser Daten und zur Beurteilung der Übertragbarkeit der am Tier gewonnenen Erkenntnisse auf den Menschen bedürfe es auch guter Kenntnisse in Bezug auf die Anatomie, Physiologie, Embryologie und weiterer, z.B. genetischer Besonderheiten des betreffenden Versuchstieres. Über diese Kenntnisse verfüge gerade ein Veterinärmediziner in besonderer Weise. Darüber hinaus würden in Arzneimitteln regelmäßig auch Rohstoffe von Produkten tierischen Ursprungs verwendet. Zur Beurteilung des damit verbundenen Erkrankungsrisikos seien ebenfalls Veterinärmediziner in besonderer Weise befähigt. Da es sich bei der Beigeladenen zu 1. um ein großes pharmazeutisches Unternehmen handle, habe diese zudem ein

besonderes Interesse an der Beschäftigung einer Veterinärmedizinerin.

[47] Die Beigeladene zu 1. hat keinen Antrag gestellt.

[48] Die Beigeladene zu 2., die ebenfalls keinen Antrag gestellt hat, vertritt die Auffassung, dass die Begriffsdefinition einer tierärztlichen Tätigkeit, wie sie im Kammerrecht der Heilberufe und im Satzungsrecht berufsständischer Versorgungseinrichtungen angelegt sei und durch die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts hinreichend konkretisiert werde, auch als Beurteilungsmaßstab für die sozialrechtliche Bewertung einer tierärztlichen Tätigkeit heranzuziehen sei. Eine unzulässige Verengung des Merkmals der berufsgruppenspezifischen Tätigkeit liege nach diesen Grundsätzen vor, wenn die Befreiung von der Versicherungspflicht nur deshalb versagt werde, weil die Tätigkeit an mehrere Berufsgruppen innerhalb der verkammerten freien Berufe adressiert sei, denen für sich genommen allesamt ein Befreiungsrecht nach § 6 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 SGB VI zustehe. Auch dürfe das von der Beklagten verlangte Merkmal der ausschließlichen Verwendung tierärztlicher Kenntnisse nicht überdehnt werden. Tatsächlich sei das Berufsbild von Ärzten und Tierärzten stark durch die Medien verzerrt. Das statistische Zahlenmaterial der von der Bundestierärztekammer geführten zentralen Tierärztedatei belege die Vielfalt tierärztlicher Berufsausübung. Dies spiegle sich auch in den Ordnungen der Kammern in Form von Fachtierarztbezeichnungen wie „Pharmakologie und Toxikologie“, „Mikrobiologie“, „Molekulargenetik und Gentechnologie“ und „Immunologie“ wider. Die Verordnung zur Approbation von Tierärztinnen und Tierärzten enthalte in § 29 insgesamt 20 Prüfungsfächer. Auch dadurch werde die Breite der Ausbildung deutlich, die sich keineswegs auf Inhalte beschränke, die für die Tätigkeit als niedergelassener Tierarzt relevant seien. Bei der Tätigkeit der Klägerin handele es sich mithin unzweifelhaft um eine tierärztliche Tätigkeit.

[49] Wegen des weiteren Sach- und Streitstandes wird auf die Gerichtsakte sowie die Verwaltungsakte der Beklagten, die Gegenstand der mündlichen Verhandlung waren, Bezug genommen.

Aus den Gründen: [50] Die zulässige Berufung ist unbegründet.

[51] Gemäß § 6 Abs. 1 SGB VI werden Beschäftigte und selbstständig Tätige von der Versicherungspflicht für die Beschäftigung oder selbstständige Tätigkeit befreit, wegen der sie aufgrund einer durch Gesetz angeordneten oder auf Gesetz beruhenden Verpflichtung Mitglied einer öffentlich-rechtlichen Versicherungseinrichtung oder Versorgungseinrichtung ihrer Berufsgruppe (berufsständische Versorgungseinrichtung) und zugleich kraft gesetzlicher Verpflichtung Mitglied einer berufsständischen Kammer sind, wenn a) am jeweiligen Ort der Beschäftigung oder selbstständigen Tätigkeit für ihre Berufsgruppe bereits vor dem 1.1.1995 eine gesetzliche Verpflichtung zur Mitgliedschaft in der berufs-

ständischen Kammer bestanden hat, b) für sie nach näherer Maßgabe der Satzung einkommensbezogene Beiträge unter Berücksichtigung der Beitragsbemessungsgrenze zur berufsständischen Versorgungseinrichtung zu zahlen sind und c) aufgrund dieser Beiträge Leistungen für den Fall verminderter Erwerbsfähigkeit und des Alters sowie für Hinterbliebene erbracht und angepasst werden, wobei auch die finanzielle Lage der berufsständischen Versorgungseinrichtung zu berücksichtigen ist. Die Befreiung ist auf die jeweilige Beschäftigung oder selbstständige Tätigkeit beschränkt (§ 6 Abs. 5 S. 1 SGB VI).

[52] Streitig ist vorliegend allein, ob die Klägerin eine Beschäftigung ausübt, wegen der sie aufgrund einer durch Gesetz angeordneten oder auf Gesetz beruhenden Verpflichtung Mitglied einer öffentlich-rechtlichen Versicherungseinrichtung oder Versorgungseinrichtung ihrer Berufsgruppe (berufsständische Versorgungseinrichtung) und zugleich kraft gesetzlicher Verpflichtung Mitglied einer berufsständischen Kammer ist. Die weiteren Voraussetzungen gemäß § 6 Abs. 1 SGB VI liegen unstrittig vor.

[53] Ob ein Beschäftigter oder selbstständig Tätiger wegen der streitigen Beschäftigung bzw. Tätigkeit Pflichtmitglied einer Versorgungseinrichtung und einer berufsständigen Kammer ist, ist anhand der einschlägigen versorgungs- und kammerrechtlichen Normen zu prüfen. Dabei kommt es nicht auf die abstrakte berufliche Qualifikation des Beschäftigten an. Maßgeblich ist vielmehr die Klassifikation der Tätigkeit, für welche die Befreiung begehrt wird (BSG, Urt. v. 31.10.2012 – B 12 R 3/11 R, juris Rn 34).

[54] Das Recht zur Befreiung von der Rentenversicherungspflicht nach § 6 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 SGB VI steht zudem nur solchen Personen zu, die eine berufsspezifische, d.h. eine für den in der jeweiligen Versicherungs- oder Versorgungseinrichtung pflichtversicherten Personenkreis typische Berufstätigkeit im Beschäftigungsverhältnis oder selbstständig ausüben (vgl. *Boecken*, in: Gemeinschaftskommentar zum Sozialgesetzbuch – Gesetzliche Rentenversicherung, hrsg. v. Ruland/Försterling, § 6 Rn 49 m.w.N.). Die Befreiungsmöglichkeit besteht daher nicht für Personen, die zwar Pflichtmitglieder einer berufsständischen Versorgungseinrichtung sind, jedoch einer berufsfremden Tätigkeit nachgehen (zur Vereinbarkeit der gleichzeitigen Pflichtmitgliedschaft in der gesetzlichen Rentenversicherung und in einem berufsständigen Versorgungswerk mit Art. 3 Abs. 1 GG s. BVerwG, Beschl. v. 23.3.2000 – 1 B 15/00). Gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 3 Hessisches Heilberufsgesetz (in der Fassung vom 7.2.2003, GVBl. I 2003, S. 66) i.V.m. § 2 Abs. 1 der Satzung der Landestierärztekammer Hessen (LTK) gehören alle Tierärzte der LTK an, die ihren Beruf in Hessen ausüben; von der Mitgliedschaft ausgenommen sind die bei der Aufsichtsbehörde tätigen Tierärzte (§ 2 Abs. 1 der Satzung). Tierärzte, die ihren Beruf nicht oder nicht mehr ausüben, können gemäß § 2 Abs. 2 der Satzung freiwillig Mitglieder werden.

[55] Gemäß § 5a Abs. 1 Hessisches Heilberufsgesetz i.V.m. § 7 der Satzung des Versorgungswerkes der LTK Hessen sind Pflichtmitglieder des Versorgungswerkes alle Kammerangehörigen, soweit sie nicht gemäß § 8 von der Pflichtmitgliedschaft ausgenommen sind. Gemäß § 8 Abs. 1a) sind von der Pflichtmitgliedschaft zum Versorgungswerk Kammerangehörige ausgenommen, die eine tierärztliche Tätigkeit nicht ausüben. Tierärztliche Tätigkeit wird darin beschrieben als jede Tätigkeit, bei der die während des veterinärmedizinischen Studiums erworbenen Kenntnisse und Fähigkeiten verwertet werden. Gemäß § 8 Abs. 1i) sind die freiwilligen Mitglieder der LTK von der Pflichtmitgliedschaft ausgenommen.

[56] Nach § 3 der Berufsordnung der LTK (in der Fassung vom 18.7.2012) hat der Tierarzt die Aufgabe, Leiden und Krankheiten der Tiere zu verhüten, zu lindern und zu heilen (...) und den Menschen vor Gefahren und Schädigungen durch Tierkrankheiten sowie durch Lebensmittel und Erzeugnisse tierischer Herkunft zu schützen. Der Tierarzt hat ebenso die Aufgabe, zum Schutz des Verbrauchers und der Umwelt die Qualität und Sicherheit von Arzneimitteln (...) sicherzustellen. Gemäß § 4 Abs. 1 der Berufsordnung ist unter tierärztlicher Berufsausübung jede Tätigkeit zu verstehen, bei der während des veterinär-medizinischen Studiums erworbene Kenntnisse und Fähigkeiten verwertet werden. Die Berufsbezeichnung „Tierarzt“ darf führen, wer als Tierarzt approbiert oder entsprechend befugt ist, § 27 der Berufsordnung. Der niedergelassene Tierarzt kann sich als „praktischer Tierarzt“ bezeichnen, § 28 der Berufsordnung.

[57] Die Klägerin, die Pflichtmitglied in der hessischen Tierärztekammer und dem entsprechenden Versorgungswerk ist, ist für die Beigeladene zu 1. tierärztlich tätig und dementsprechend von der Rentenversicherungspflicht nach § 6 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 SGB VI zu befreien.

[58] Die Tätigkeit der Klägerin hat ihren Schwerpunkt in dem zur Pharmakologie gehörenden Bereich der Pharmakovigilanz. Das Arzneimittelgesetz (AMG) schreibt für Fertigarzneimittel eine staatliche Zulassung vor und macht deren Erteilung vom Nachweis der Qualität, Wirksamkeit und Unbedenklichkeit des Medikaments abhängig. Das Verfahren der Qualitätssicherung nach dem AMG ist nach Erteilung der Zulassung für ein Fertigarzneimittel nicht abgeschlossen. Vielmehr schließt sich eine Dauerüberwachung der in Verkehr gebrachten Arzneimittel an. Zu diesem Zweck besteht im Anschluss an die Zulassung ein engmaschiges Netz von Dokumentations- und Meldepflichten, welche die Pharmakovigilanz sicherstellen sollen (sog. Pharmakovigilanzverfahren, hierzu ausführlich BSG, Urt. v. 3.7.2012 – B 1 KR 22/11 R, juris Rn 24). Die Pharmakologie ist sowohl Prüfungsfach (§ 29 der Verordnung zur Approbation von Tierärzten) als auch eine Fachtierarztrichtung (s. Deutsches Tierärzteblatt 2013, S. 784).

[59] Um die entsprechenden Aufgaben der beruflichen Tätigkeit der Klägerin verantwortlich wahrnehmen zu können, sind entsprechende Kenntnisse erforderlich, die insbesondere im

Rahmen eines human- oder veterinärmedizinischen Studiums erworben werden. Insoweit wird auf die Einlassungen der Klägerin, der Beigeladenen zu 1. sowie die Begründung im angegriffenen Urteil Bezug genommen.

[60] Zwar entspricht die Funktion eines Medical Evaluators – anders als die Tätigkeit eines niedergelassenen Tierarztes – nicht dem „typischen“ oder „gängigen“ Berufsbild eines Tierarztes. Nach § 3 der Berufsordnung der LTK hat der Tierarzt jedoch nicht nur die Aufgabe, Leiden und Krankheiten der Tiere zu verhüten, zu lindern und (...). Er hat vielmehr auch die Aufgabe, zum Schutz des Verbrauchers und der Umwelt die Qualität und Sicherheit von Arzneimitteln sicherzustellen. Nach den oben angeführten Normen ist es allerdings ohnehin nicht erforderlich, dass es sich um die Tätigkeit eines niedergelassenen Tierarztes oder eine damit vergleichbare Tätigkeit handelt. Dies folgt zum einen aus §§ 27 f. der Berufsordnung (zu den verschiedenen Tätigkeiten s. Deutsches Tierärzteblatt 2013, S. 780). Zum anderen wird aus der Vielzahl der Fachtierarztausbildungen die Vielfalt der Tätigkeiten von Tierärzten deutlich (z.B. Epidemiologie, Laboratoriumsdiagnostik, Lebensmittelhygiene, Pharmakologie und Toxikologie, vgl. Deutsches Tierärzteblatt 2013, S. 784), die für die Tätigkeit eines niedergelassenen Tierarztes weniger relevant sein dürften. Ähnliches gilt für die gemäß § 29 der Verordnung zur Approbation von Tierärztinnen und Tierärzten vorgesehenen Prüfungsfächer (wie z.B. Pharmakologie und Toxikologie).

[61] Damit liegt eine für eine Tierärztin berufsfremde Tätigkeit nicht vor (so auch Hessisches LSG, Beschl. v. 17.11.2011 – L 8 KR 77/11 B ER, juris Rn 33 f. – Apothekerin, die als Marketingleiterin, Vertriebsleiterin und offizielle Stellvertreterin des Leiters Pharmakovigilanz tätig ist; dagegen verneint LSG Baden-Württemberg mit der Begründung, die Anwendung von medizinischem Fachwissen mache die ausgeübte Beschäftigung nicht zu einer ärztlichen Tätigkeit, die Befreiung eines Arztes, der im Bereich Softwareentwicklung und -vertrieb tätig ist, Urt. v. 23.1.2013 – L 5 R 4971/10; anders LSG Hamburg, Urt. v. 25.2.2010 – L 1 KR 42/08, weitgehend bestätigt durch BSG, Urt. v. 10.3.2011 – B 3 KS 2/10 R, für den Fall einer als Medizinjournalistin tätigen Ärztin).

[62] Ob auch andere naturwissenschaftliche Akademiker wie Humanmediziner, Pharmazeuten, Biologen oder Gesundheitswissenschaftler die Tätigkeit ausüben könnten, ist – entgegen der Auffassung der Beklagten – nicht entscheidungserheblich. Eine entsprechende Begrenzung ist den maßgeblichen Vorschriften nicht zu entnehmen. Zudem kommt es – wie oben bereits ausgeführt – nicht auf die abstrakte berufliche Qualifikation des Beschäftigten an. Maßgeblich ist vielmehr die Klassifikation der Tätigkeit, für welche die Befreiung begehrt wird (s. BSG, Urt. v. 31.10.2012 – B 12 R 3/11 R, juris Rn 34).

[63] Festzuhalten ist, dass die Tätigkeit eines Medical Evaluator die Qualifikation von Hochschulabsolventen mit umfassenden medizinischen bzw. pharmakologischen Kenntnis-

sen erfordert. Dies geht für den Senat überzeugend aus der Bescheinigung der Beigeladenen zu 1. vom 16.12.2009, der Stellenbeschreibung sowie der Einlassung der Klägerin – insbesondere im Rahmen der mündlichen Verhandlung – hervor. Gerade im Bereich Pharmakovigilanz sind die Fachkenntnisse auch von Tierärzten elementar, da die Wirkung von Arzneimitteln auf Tiere sowie die Beurteilung des Erkrankungsrisikos bei der Verwendung von Rohstoffen tierischen Ursprungs (z.B. aus Schweinedünndarm hergestellte Heparine) von besonderer Bedeutung sind. Die Einschätzung der Wirkung von Arzneimitteln auf Tiere ist besonders bedeutsam, wenn trotz Fetotoxizität eines Medikaments dieses während einer Schwangerschaft verabreicht wurde. Die Auswertung tiermedizinischer Daten ist dabei notwendig, um Ärzte und Patientinnen bei der weiteren Behandlung zu unterstützen. Auch bei Zoonosen, der Übertragung von Krankheiten zwischen Mensch und Tier, ist auf das tiermedizinische Wissen maßgeblich zurückzugreifen. Dies gilt insbesondere hinsichtlich der Risikoabschätzung und der Symptomforschung, auf welche in der tiermedizinischen Ausbildung ein starker Fokus gelegt wird, wie aus der für den Senat überzeugenden Darstellung der Klägerin in der mündlichen Verhandlung hervorgeht.

[64] Auch aus der Rechtsprechung zur Befreiung gemäß § 6 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 SGB VI von Pharmaberatern folgt nicht, dass die entsprechende Befreiung der Klägerin zu versagen wäre. Die Landessozialgerichte gehen zwar überwiegend davon aus, dass die Voraussetzungen gemäß § 6 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 SGB VI bei Pharmaberatern nicht vorliegen (vgl. LSG Baden-Württemberg, Urteile vom 23.1.2009 – L 4 R 738/06, 8.10.2010 – L 4 KR 5196/08 und 1.3.2011 – L 11 R 4872/09; LSG Berlin-Brandenburg, Ur. v. 26.8.2011 – L 3 R 142/09; LSG Rheinland-Pfalz, Ur. v. 5.5.2010 – L 4 R 168/09; Hessisches LSG, Ur. v. 29.3.2007 – L 1 KR 344/04). Das Bundessozialgericht hat allerdings mit Ur. v. 31.10.2012 entschieden, dass bei einem als Pharmaberater beschäftigten Arzt nicht von vornherein davon auszugehen sei, dass die Voraussetzungen des § 6 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 SGB VI nicht erfüllt sein könnten. Insbesondere könne das Vorliegen dieser Voraussetzungen nicht allein mit dem Hinweis auf § 75 AMG verneint werden (so aber vielfach in den o.g. Urteilen, wie z.B. LSG Rheinland-Pfalz, Ur. v. 5.5.2010 – L 4 R 168/09, juris Rn 31). Vielmehr komme es auf die konkreten Umstände der Beschäftigung an. Zudem handele es sich nicht um eine geschützte Berufsbezeichnung, sondern vielmehr um eine Tätigkeitsbeschreibung (B 12 R 3/11 R, juris Rn 34 f. – Zurückverweisung an LSG Baden-Württemberg). Bei einem Medical Evaluator – wie der Klägerin – handelt es sich ebenfalls lediglich um eine Tätigkeitsbeschreibung.

[65] Die Kostenentscheidung beruht auf § 193 SGG. Außgerichtliche Kosten der Beigeladenen sind nicht zu erstatten, da diese keine eigenen Anträge gestellt haben.

[66] Die Revision war zuzulassen, da die Voraussetzung von § 160 Abs. 2 Nr. 1 SGG vorliegt.

— Anmerkung

Die Entscheidung des Hessischen Landessozialgerichts überzeugt. Den Vorgaben des Bundessozialgerichts folgend, legt das Gericht nachvollziehbar dar, dass die Tätigkeit einer Tierärztin in einem Pharmaunternehmen als Medical Evaluator in der Abteilung Pharmakovigilanz eine befreiungsfähige Tätigkeit ist.

Besonderes Gewicht gewinnt das Urteil aber dadurch, dass das Gericht dem Einwand der Deutschen Rentenversicherung, die Tierärztin könne nicht von der Rentenversicherungspflicht befreit werden, da die von ihr innegehabte Tätigkeit als Medical Evaluator in der Abteilung Pharmakovigilanz auch von Humanmedizinern oder Pharmazeuten ausgeübt werden könnte, nicht folgt. Dieser Einwand wird in Befreiungssachen, in denen um eine Tätigkeit in der pharmazeutischen Industrie gestritten wird, regelmäßig vorgebracht. Eine solche Begrenzung sei den (befreiungsrechtlichen) Bestimmungen nicht zu entnehmen. Nach der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts komme es nicht auf die abstrakte berufliche Qualifikation des Beschäftigten an. Maßgeblich sei vielmehr die Klassifikation der Tätigkeit, für welche die Befreiung begehrt wird. Eine solche, das streitbefangene Beschäftigungsverhältnis betrachtende Sichtweise, gibt auch den Parteien des Arbeitsvertrages die Möglichkeit, durch die Gestaltung des Arbeitsvertrages, der Stellenanzeige und der -beschreibung Einfluss auf die Befreiungsentscheidung zu nehmen.

— *Martin Schafhausen*, Rechtsanwalt, Frankfurt am Main

RVG: Anrechnung bei Prozesskostenhilfe

— RVG §§ 3, 15a Abs. 1 u. 2, 14 Abs. 1, 45 Abs. 1, 55 Abs. 5 S. 3 u. 4; VV RVG Nr. 2302, 3102, Vorbem. 3 Abs. 4 S. 1

Zu einer Anrechnung der Geschäftsgebühr nach Vorbemerkung 3 Abs. 4 VV RVG kommt es nur dann, wenn die Staatskasse oder der Mandant die in Überprüfungsverfahren entstandene Geschäftsgebühr tatsächlich gezahlt hat.

SG Fulda, Beschl. v. 29.7.2014 – S 4 SF 16/14 E

Aus den Gründen: I. Die Beteiligten streiten über die Höhe der im Rahmen des vor dem SG Fulda geführten Verfahrens S 2 AS 156/13 aus der Staatskasse zu gewährenden Gebühren und Auslagen.

1. Dem Erinnerungsverfahren liegt das vorbezeichnete Klageverfahren (im Folgenden nur: Ausgangsverfahren) zugrunde. In diesem Verfahren hatten die beiden Kläger durch Schriftsatz ihres Bevollmächtigten vom 9.10.2013 Klage erhoben, mit der sie Leistungen nach dem SGB II geltend machten. Das Verfahren endete durch angenommenes Anerkenntnis am

17.2.2014; parallel zur Annahme des Anerkenntnisses erklärte der Erinnerungsführer, dass Kostenanträge im Ausgangsverfahren nicht gestellt würden. Zuvor war den Klägern mit Beschl. v. 23.1.2014 Prozesskostenhilfe unter Beiordnung des Erinnerungsführers mit Wirkung ab Rechtshängigkeit gewährt worden. Der Erinnerungsführer hatte die Kläger bereits in dem dem Ausgangsverfahren vorausgehenden Vorverfahren vertreten.

2. Nach Abschluss des Verfahrens beehrte der Erinnerungsführer die endgültige Festsetzung seiner Vergütung gegen die Staatskasse wie folgt unter gleichzeitiger Erklärung, keine Vorschüsse oder sonstige Zahlungen erhalten zu haben:

Verfahrensgebühr, Nr. 3102 VV RVG	300,00 EUR
Mehrvertretungszuschlag, Nr. 1008 VV RVG	90,00 EUR
Terminsgebühr, Nr. 3106 VV RVG	270,00 EUR
Pauschale für Post- und Telekommunikation, Nr. 7002 VV RVG	20,00 EUR
Zwischensumme	<u>680,00 EUR</u>
19 % Umsatzsteuer, Nr. 7008 VV RVG	129,20 EUR
	809,20 EUR

Demgegenüber setzte der Urkundsbeamte der Geschäftsstelle die Vergütung unter dem 28.2.2014 wie folgt fest:

Verfahrensgebühr, Nr. 3102, 1008 VV RVG	130,00 EUR
Terminsgebühr, Nr. 3106 VV RVG	180,00 EUR
Pauschale für Post- und Telekommunikation, Nr. 7002 VV RVG	20,00 EUR
Zwischensumme	<u>330,00 EUR</u>
19 % Umsatzsteuer, Nr. 7008 VV RVG	62,70 EUR
	392,70 EUR

Zur Begründung der gegenüber dem Antrag reduziert festgesetzten Gebühren führte der Urkundsbeamte aus, dass das Ausgangsverfahren insgesamt unterdurchschnittlichen Umfang und Schwierigkeit aufgewiesen habe. Zudem hätten sich erhebliche Synergieeffekte aus dem Verfahren S 2 AS 164/13 mit parallelem Streitgegenstand ergeben; daraus folge eine angemessene Verfahrensgebühr unter Berücksichtigung des nach Nr. 1008 VV RVG erhöhten Rahmens (65 bis 715 EUR) von 260 EUR, so dass die geforderte Gebühr unbillig sei. Auf diese Verfahrensgebühr sei sodann die für die Vertretung durch den Erinnerungsführer im Vorverfahren entstandene Geschäftsgebühr anzurechnen. Diese Anrechnung habe unter Heranziehung der Auffassung des HessVGH in seinem Beschl. v. 27.6.2013 – 6 E 600/13 u.a. – unabhängig davon zu erfolgen, ob die Geschäftsgebühr tatsächlich gezahlt wor-

den sei, da es nach dem Wortlaut der Vorbemerkung 3 Abs. 4 zu Teil 3 VV RVG nur auf das Entstehen der Gebühr ankomme. Zudem habe der Erinnerungsführer auf eine Kostenerstattung durch den Beklagten des Ausgangsverfahrens selbst verzichtet. Daraus ergebe sich die Höhe der Verfahrensgebühr von 130 EUR.

Die „fiktive“ Terminsgebühr Nr. 3106 VV RVG sei nach Absatz 2 der zugehörigen Anmerkung ohne Berücksichtigung der Erhöhung gem. Nr. 1008 VV RVG in Höhe von 90 % der Verfahrensgebühr festzusetzen, somit also auf 180 EUR (90 % von 200 EUR).

3. Gegen diese Festsetzung wendet sich der Erinnerungsführer mit seiner als „Beschwerde“ bezeichneten Erinnerung vom 26.3.2014, die am selben Tag bei dem SG Fulda eingegangen ist. Zur Begründung führt er aus, dass die Kürzung der Verfahrensgebühr wegen „fiktiver möglicher Gebührenansprüche“ gegenüber dem Verfahrensgegner dem „Wortlaut sowie der gesetzlichen Regelung des RVG“ widerspreche. Einen förmlichen Antrag hat der Erinnerungsführer nicht gestellt. Gleichzeitig hat er angekündigt, dass eine weitere Stellungnahme in diesem Verfahren nicht erfolgen werde.

4. Der Erinnerungsgegner hat in seiner Stellungnahme vom 5.6.2014 die angegriffene Vergütungsfestsetzung verteidigt und beantragt, die Erinnerung zurückzuweisen.

Unter Berücksichtigung der Kriterien des § 14 RVG ergebe sich ein unterdurchschnittlicher Aufwand des Erinnerungsführers im Ausgangsverfahren. Die besondere Bedeutung der SGB II-Angelegenheit für die Kläger des Ausgangsverfahrens werde durch deren geringe Einkommens- und Vermögensverhältnisse kompensiert, so dass sich unter Beachtung von Nr. 1008 VV RVG eine angemessene Gebühr von 260 EUR ergebe.

Zutreffend habe der Urkundsbeamte auch die hälftige Anrechnung der entstandenen Geschäftsgebühr Nr. 2302 VV RVG auf die Verfahrensgebühr Nr. 3102 VV RVG vorgenommen. Einer Geltendmachung der Gebühr durch einen Rechtsanwalt sei nicht Voraussetzung der Anrechnung. Aus der Gesetzesbegründung zum Kostenrechtsmodernisierungsgesetz (BT-Drucks 15/1971, S. 209) ergebe sich der Gesetzeszweck, die gebührenrechtliche Gleichbehandlung eines Rechtsanwalts, der unmittelbar einen Prozessauftrag erhalte, mit demjenigen auszuschließen, der bereits zuvor außergerichtlich tätig gewesen sei, da Letzteres den Umfang der gerichtlichen Tätigkeit des Anwalts beeinflusse. Die Anrechnungsregelung stelle daher auf die Leistung des Anwalts ab, nicht aber auf die Geltendmachung der zuvor entstandenen Geschäftsgebühr.

Dem stehe auch nicht § 15a Abs. 2 RVG entgegen, da die Staatskasse nicht Dritter im Sinne dieser Vorschrift sei, sondern durch die Beiordnung an die Stelle des Auftraggebers i.S.d. § 15a Abs. 1 RVG trete. Folglich habe der Urkundsbeamte zutreffend eine halbe Geschäftsgebühr in Höhe von 130 EUR auf die Verfahrensgebühr angerechnet.

5. Wegen des Vorbringens der Beteiligten im Einzelnen wird auf die eingereichten Schriftsätze verwiesen.

II. Die zulässige Erinnerung ist, soweit sie die Vergütungsfestsetzung angreift (s. sogleich 1.), begründet. Eine Anrechnung der Geschäftsgebühr auf die Verfahrensgebühr war mangels tatsächlicher Zahlung unzulässig.

1. Gem. § 45 Abs. 1 RVG erhält der im Wege der Prozesskostenhilfe beigeordnete Rechtsanwalt seine gesetzliche Vergütung, die er sonst von seinem Mandanten verlangen könnte, aus der Staatskasse, soweit im 8. Abschnitt des RVG (§§ 44 bis 59) nichts anderes bestimmt ist. Er kann dabei nach § 48 Abs. 1 RVG sämtliche Gebühren und Auslagen beanspruchen, die sich aus seiner Tätigkeit ab dem Wirksamwerden seiner Beordnung ergeben.

Die Höhe der Rahmengebühr bestimmt nach § 14 Abs. 1 RVG der Rechtsanwalt im Einzelfall unter Berücksichtigung aller Umstände, vor allem des Umfangs und der Schwierigkeit der anwaltlichen Tätigkeit, der Bedeutung der Angelegenheit sowie der Einkommens- und Vermögensverhältnisse des Auftraggebers nach billigem Ermessen (Satz 1); bei Rahmengebühren ist das Haftungsrisiko zu berücksichtigen (Satz 3). Ist die Gebühr von einem Dritten zu ersetzen, ist die von dem Rechtsanwalt getroffene Bestimmung nicht verbindlich, wenn sie unbillig ist (Satz 4), wobei ihm nach allgemeiner Meinung auch im Anwendungsbereich des Rechtsanwaltsvergütungsgesetzes ein gewisser Toleranzrahmen zusteht. Unbilligkeit liegt vor, wenn er die Kriterien des § 14 Abs. 1 S. 1 RVG unter Beachtung des Beurteilungsspielraums objektiv nicht hinreichend beachtet. Dabei ist für jede Rahmengebühr eine eigene Prüfung der Kriterien des § 14 Abs. 1 RVG erforderlich.

Insofern ergeben sich vorliegend keine Einwendungen des Erinnerungsführers gegen die Vergütungsfestsetzung vom 28.2.2014. Dies ergibt sich infolge der notwendigen Auslegung des Rechtsschutzbegehrens des Erinnerungsführers, wie es aus einer Erinnerungsschrift vom 26.3.2014 hervorgeht. Da diese keinen ausdrücklichen Antrag enthält, sondern lediglich allgemein die Einlegung einer „Beschwerde“ gegen den „Festsetzungsbeschluss des Gerichts vom 28.2.2014“, ist das Rechtsschutzziel auf der Basis der begründenden Ausführungen zu bestimmen. Diese beschränken sich aber vollständig auf den Umstand der „Kürzung der Verfahrensgebühr mit der Begründung fiktiver möglicher Ansprüche des Klägers gegenüber dem Verfahrensgegner“. Dies interpretiert die Kammer dahingehend, dass sich der Erinnerungsführer allein gegen die Anrechnung der Geschäftsgebühr auf die geltend gemachte Verfahrensgebühr wendet, nicht aber gegen deren (reduzierte) Höhe als solche.

2. Daher ist allein streitentscheidend, ob der Urkundsbeamte zu Recht die für die Vertretung der Kläger im Vorverfahren unbestritten entstandene Geschäftsgebühr gem. Nr. 2302 VV RVG auf die für die Vertretung im Klageverfahren zu zahlende Verfahrensgebühr gem. Nr. 3102 VV RVG angerechnet hat. Diese „Anrechnungslösung“ wurde für die Rechtsanwaltsvergütung im Sozialprozess mit Wirkung vom 1.8.2013 durch das 2. KostRModG eingeführt, nachdem zuvor für die Fälle einer Vortätigkeit eines Rechtsanwalts in Form

der nunmehr ersatzlos gestrichenen Nr. 3103 VV RVG ein eigenständiger Gebührenrahmen gegolten hatte.

Die Anrechnung ist im vorliegenden Fall zu Unrecht erfolgt, da sie nur dann zulässig ist, wenn und soweit die Geschäftsgebühr tatsächlich an einen Rechtsanwalt gezahlt wurde, was vorliegend nicht der Fall ist.

a) Allerdings spricht für eine solche Anrechnung unabhängig von der tatsächlichen Zahlung zunächst der Wortlaut der Vorbemerkung 3 Abs. 4 S. 1 VV RVG. Diese ist im vorliegenden Fall in der seit dem 1.8.2013 geltenden Fassung anzuwenden, da weder die unbedingte Beauftragung des Erinnerungsführers noch seine Beordnung vor diesem Tag erfolgt sind (§ 60 Abs. 1 RVG).

Hiernach gilt:

„Soweit wegen desselben Gegenstands eine Geschäftsgebühr nach Teil 2 entsteht, wird diese Gebühr zur Hälfte (...) auf die Verfahrensgebühr des gerichtlichen Verfahrens angerechnet.“

Demnach kommt es nicht auf die tatsächliche Zahlung an, sondern nur darauf, dass eine Geschäftsgebühr „entsteht“. Entstanden ist die hier – etwaig – anzurechnende Geschäftsgebühr Nr. 2302 VV RVG mit dem „Betreiben des Geschäfts einschließlich der Information“ (Vorbemerkung 2.3 Abs. 3 VV RVG), was in Form der Vertretung der Kläger des Ausgangsverfahrens durch den Erinnerungsführer im vorausgehenden Widerspruchsverfahren gegeben war. Hierauf stellt auch der HessVGH in seinem Beschl. v. 27.6.2013 (6 E 600/13 u.a., juris Rn 36) zutreffend ab (allerdings zur bis zum 31.7.2013 geltenden Fassung der Vorbemerkung 3 Abs. 4 VV RVG, die eine insoweit parallele Formulierung enthielt, s. dazu aber unten c; ebenso OLG Frankfurt/Main, Beschl. v. 12.12.2011 – 18 W 214/11, juris Rn 10).

b) Dies allein vermag aber die Anrechnung unabhängig von der Zahlung der Geschäftsgebühr nicht zu begründen. Denn diese wortlautgestützte Auslegung ist mit anderen Vorschriften des RVG nicht in Einklang zu bringen.

aa) Dies gilt zunächst für § 55 Abs. 5 S. 3, 4 RVG, der lautet: „Bei Zahlungen auf eine anzurechnende Gebühr sind diese Zahlungen, der Satz oder der Betrag der Gebühr und bei Wertgebühren auch der zugrunde gelegte Wert anzugeben. Zahlungen, die der Rechtsanwalt nach der Antragstellung erhalten hat, hat er unverzüglich anzuzeigen.“

Dem liegt ausweislich der Begründung des Rechtsausschusses des Bundestages in seiner Beschlussempfehlung und Bericht vom 22.4.2009 (BT-Drucks 16/12717, S. 59) folgende Erwägung zugrunde:

„Die allgemeinen Vorschriften zur Anrechnung gelten auch für die Vergütung des Rechtsanwalts, der im Wege der Prozesskostenhilfe beigeordnet oder als Prozesspfleger bestellt ist. Im Antrag auf Festsetzung der aus der Staatskasse zu zahlenden Vergütung ist deshalb auch die Angabe erforderlich, welche Zahlungen auf etwaige anzurechnende Gebühren geleistet worden sind, wie hoch diese Gebühren sind und aus welchem Wert diese Gebühren entstanden sind. Damit stehen

dem Urkundsbeamten für die Festsetzung der Vergütung alle Daten zur Verfügung, die er benötigt, um zu ermitteln, in welchem Umfang die Zahlungen nach § 58 Abs. 1 und 2 RVG auf die anzurechnende Gebühr als Zahlung auf die festzusetzende Gebühr zu behandeln sind.“

Die Angabe dieser Zahlungen durch den Rechtsanwalt bedürfte es jedoch nicht, wenn die Gebührenanrechnung unabhängig davon erfolgen müsste, ob es solche Zahlungen überhaupt gegeben hat. Es wäre auch unerfindlich, warum der Rechtsausschuss der Auffassung ist, dass erst mit der Angabe (auch) der geleisteten Zahlungen dem Urkundsbeamten die zur Bestimmung des Anrechnungsbetrages erforderlichen Daten zur Verfügung stehen. Auch wären die Mitteilung nachträglicher Zahlungen überflüssig, da sie – weil ohnehin schon angerechnet – die Zahlungen aus der Staatskasse nicht mehr verändern könnten (i.E. ebenso *Volpert*, in: *Schneider/Wolf* (Hrsg.), *AnwaltKommentar RVG*, 7. Aufl. 2014, Rn 24 f. m. zahlr. w. N.; *N. Schneider/Fölsch*, ebd., § 58 Rn 14; *Müller-Rabe*, in: *Gerold/Schmidt*, *RVG*, 21. Aufl. 2013, § 58 Rn 37; *Winkler*, in: *Mayer/Kroiß*, *RVG*, 6. Aufl. 2013, § 15a Rn 23; *Mayer*, ebd., Vorbem. 3 Rn 125, 111; *Sommerfeldt/Sommerfeldt*, in: v. Seltmann (Hrsg.), *BeckOK RVG*, § 55 Rn 10d [Stand: 1.3.2014]).

bb) Weiterhin ist die Anrechnung ohne tatsächliche Zahlung nicht mit § 15a Abs. 1 RVG zu vereinbaren. Dies übersieht der Erinnerungsgegner, der allein § 15a Abs. 2 RVG in den Blick nimmt, und zwar unabhängig davon, dass er sich zur Begründung für seine Auffassung nicht auf den HessVGH berufen kann (dazu unten c).

§ 15a RVG ist durch Art. 7 des Gesetzes zur Modernisierung von Verfahren im anwaltlichen und notariellen Berufsrecht, zur Errichtung einer Schlichtungsstelle der Rechtsanwaltschaft sowie zur Änderung sonstiger Vorschriften vom 30.7.2009 in das RVG eingeführt worden als gesetzgeberische Reaktion auf die Rechtsprechung des BGH aus den Jahren 2007/2008 (s. BT-Drucks 16/12717, S. 58; HessVGH, Beschl. v. 27.6.2013 – 6 E 600/13 u.a. – juris Rn 23 f.; *Onderka/N. Schneider*, in: *Schneider/Wolf* (Hrsg.), *AnwaltKommentar RVG*, 7. Aufl. 2014, VV Vorb. 3 Rn 221 ff.). Absatz 2 der Vorschrift beschränkt das Recht eines Dritten, sich auf die Anrechnung zu berufen, auf solche Fälle, in denen „er den Anspruch auf eine der beiden Gebühren erfüllt hat, wegen eines dieser Ansprüche gegen ihn ein Vollstreckungstitel besteht oder beide Gebühren in demselben Verfahren gegen ihn geltend gemacht werden“. Wie der HessVGH insofern zutreffend ausführt, gilt diese Einschränkung nicht für die Staatskasse, da diese im Falle der PKH-Gewährung an die Stelle des Auftraggebers (Mandanten) tritt und daher nicht Dritter im Sinne des § 15a Abs. 2 RVG ist. Kommt aber nicht Absatz 2 zur Anwendung, ist zwingend § 15a Abs. 1 RVG zu berücksichtigen; *tertium non datur*. Richtigerweise hat denn auch der Erinnerungsgegner im vorliegenden Verfahren ausgeführt, dass die Staatskasse hinsichtlich der Zahlungspflicht „an die Stelle des Klägers i.S.d. § 15a Abs. 1 RVG“ trete.

Damit entsteht jedoch eine Wahlfreiheit des Rechtsanwalts hinsichtlich der Geltendmachung der Gebühren, was ausdrücklicher Regelungsgehalt des § 15a Abs. 1 RVG zur Vermeidung der durch die vorherige BGH-Rechtsprechung verursachten Folgen war. Insofern führt der BT-Rechtsausschuss begründend aus (BT-Drucks 16/12717, S. 58):

„Absatz 1 soll die Anrechnung im Innenverhältnis zwischen dem Rechtsanwalt und dem Auftraggeber regeln. Die Vorschrift beschränkt die Wirkung der Anrechnung auf den geringstmöglichen Eingriff in den Bestand der betroffenen Gebühren. Beide Gebührenansprüche bleiben grundsätzlich unangetastet erhalten. Der Rechtsanwalt kann also beide Gebühren jeweils in voller Höhe geltend machen. Er hat insbesondere die Wahl, welche Gebühr er fordert und – falls die Gebühren von verschiedenen Personen geschuldet werden – welchen Schuldner er in Anspruch nimmt. Ihm ist lediglich verwehrt, insgesamt mehr als den Betrag zu verlangen, der sich aus der Summe der beiden Gebühren nach Abzug des anzurechnenden Betrags ergibt. Soweit seine Forderung jenen Betrag überschreitet, kann ihm der Auftraggeber die Anrechnung entgegenhalten. Mehr ist nicht erforderlich, um die Begrenzung des Vergütungsanspruchs zu erreichen, die mit der Anrechnung bezweckt wird.“

Folglich ist es Zweck des § 15a Abs. 1 RVG, jedenfalls im Innenverhältnis von Auftraggeber (Mandant) und Rechtsanwalt Letzterem die volle Wahlfreiheit zu lassen, welche Gebühr er in voller Höhe fordern will und welche er dann infolge der Deckelung durch die Höchstsumme infolge der Anrechnung nur beschränkt verlangt (*N. Schneider*, in: *Schneider/Wolf* (Hrsg.), *AnwaltKommentar RVG*, 7. Aufl. 2014, § 15a Rn 52). Diese Wahlfreiheit wird missachtet, wenn man wie etwa das OLG Frankfurt/Main in seinem Beschl. v. 12.12.2011 (18 W 214/11, juris) allein § 15a Abs. 2 RVG in den Blick nimmt.

Wollte man nämlich einen Rechtsanwalt durch eine obligatorische, ggf. rein fiktive Anrechnung darauf verweisen, die Zahlung der Geschäftsgebühr bei seinem Mandanten oder dem Prozessgegner zu erwirken, träte genau das Ergebnis ein, das der Gesetzgeber durch § 15a Abs. 1 RVG vermeiden wollte, nämlich ein von vornherein nur beschränkter Anspruch auf die um die Anrechnung reduzierte Verfahrensgebühr. Und da die Staatskasse an die Stelle des Auftraggebers (Mandanten) tritt und damit nicht Dritter ist (s. oben), betrifft die Entscheidung, von der Staatskasse zunächst die volle Verfahrensgebühr im Wege der Vergütungsfestsetzung zu fordern, genau die Wahlfreiheit im Innenverhältnis, die durch § 15a Abs. 1 RVG gesichert wird (s. *Müller-Rabe*, in: *Gerold/Schmidt*, *RVG*, 21. Aufl. 2013, § 58 Rn 35).

c) Der Urkundsbeamte und der Erinnerungsgegner berufen sich zudem zu Unrecht auf den Beschluss des HessVGH vom 27.6.2013 (6 E 600/13 u.a., juris). Denn das Gericht bezieht sich auf das „Entstehen“ der Gebühr gem. Vorbemerkung 3 Abs. 4 VV RVG unabhängig von tatsächlichen Zahlungen nur im Hinblick darauf, dass im dortigen Verfahren eine Gebührenvereinbarung im Raum stand und die Frage offen war, ob

eine solche Gebührenvereinbarung zwischen Mandant und Rechtsanwalt das Entstehen einer gesetzlichen Geschäftsgebühr hindern kann – was der HessVGH verneint (s. ebd. Rn 41). Zuvor thematisiert das Gericht aber die Abkehr des Gesetzgebers von der früheren BGH-Rechtsprechung durch § 15a RVG und formuliert dabei unzweideutig (ebd., Rn 24, 27 – Hervorh. nicht im Original):

„Dieser Rechtsprechung ist der Gesetzgeber im Rahmen der Novelle des Kostenrechts im Jahr 2009 (Gesetz vom 30.7.2009, GVBl. I, S. 2449) dadurch ausdrücklich entgegengetreten, indem er § 15a RVG in das Gesetz einfügte. Die Regelung ist dahingehend zu verstehen, dass eine entstandene Geschäftsgebühr unter der Voraussetzung, dass es sich um denselben Gegenstand handelt, nicht mehr auf die spätere Verfahrensgebühr des gerichtlichen Verfahrens in der Weise anzurechnen ist, dass nur die Verfahrensgebühr gekürzt werden müsste. Der Rechtsanwalt kann die zeitlich früher entstandene (außergerichtliche) Geschäftsgebühr wie auch die (gerichtliche) Verfahrensgebühr vielmehr im Innenverhältnis in voller Höhe gegenüber dem Mandanten geltend machen. (...)

In den vorliegenden Verfahren ist dem Grunde nach jeweils eine Geschäftsgebühr im Sinne der Nr. 2300 VV RVG wegen desselben Gegenstands, der auch Streitgegenstand des gerichtlichen Verfahrens war, entstanden. (...) Damit könnte die Bf. gegenüber ihren Mandanten sowohl die Geschäfts- wie die Verfahrensgebühr, vermindert um den hälftigen Gebührensatz der Geschäftsgebühr nach Nr. 2300 VV RVG (...) geltend machen. *Wurden keine Zahlungen von den Auftraggebern an den Bevollmächtigten geleistet, wäre mithin im Rahmen der Festsetzung der im Prozesskostenhilfeverfahren nur zu berücksichtigenden Verfahrensgebühr keine Anrechnung vorzunehmen und die volle Gebühr zu erstatten.* Wurden von den Auftraggebern indes Zahlungen erbracht, so sind diese zunächst auf die Geschäftsgebühr anzurechnen und insoweit bei der Festsetzung der Verfahrensgebühr zu berücksichtigen, dass keine die Grenze des § 15a Abs. 1 RVG überschreitende Erstattung der Staatskasse geleistet werden dürften (...).“

d) Soweit abstrakt angeführt wird, dass der Gesetzgeber eine Gleichbehandlung des Rechtsanwalts, der unmittelbar einen Prozessauftrag erhält, mit dem Rechtsanwalt, der zunächst außergerichtlich tätig war, habe vermeiden wollen (BT-Drucks 15/1971, S. 209), genügt dies nicht, um das zuvor begründete Ergebnis in Frage zu stellen. Denn die Vermeidung dieser Gleichbehandlung wird nach Streichung des verminderten Gebührenrahmens aus Nr. 3103 VV RVG a.F. durch die Anrechnungslösung und die damit verbundene Deckelung auf den Gesamtbetrag möglicher Gebühren (§ 15a RVG) allemal erreicht. Es war hingegen nicht gesetzgeberisches Ziel, diese Ungleichbehandlung durch eine infolge fiktiver Anrechnungen von vornherein reduzierte Verfahrensgebühr gem. Nr. 3102 VV RVG n.F. zu verwirklichen (vielmehr soll, wie dargelegt, § 15a RVG genau das Gegenteil herbeiführen).

3. Nach alledem war eine Anrechnung der durch die vorgerichtliche Tätigkeit des Erinnerungsführers entstandenen Geschäftsgebühr Nr. 2302 VV RVG mangels tatsächlicher Zahlung unzulässig. Dies ergibt sich aus den dargestellten gesetzessystematischen Erwägungen vor dem Hintergrund des Regelungswillens des Gesetzgebers.

Von diesem grundsätzlichen Auslegungsergebnis kann im vorliegenden Einzelfall auch nicht deshalb abgewichen werden, weil der Erinnerungsführer (namens der Kläger) auf eine Kostenerstattung gegenüber dem Beklagten des Ausgangsverfahrens verzichtet hat. Damit hat er zwar den Forderungsübergang gem. § 59 Abs. 1 RVG unmöglich gemacht, indem er den prozessualen Kostenerstattungsanspruch aus einer Kostengrundentscheidung gem. § 193 RVG von vornherein verhinderte. Doch wäre ein solcher Verzicht nur dann wegen Rechtsmissbrauchs vergütungsrelevant zu berücksichtigen, wenn ein kollusives Zusammenwirken der Beteiligten des Ausgangsverfahrens anzunehmen wäre (so LG Karlsruhe NJW-RR 2013, 1343 [1344]). Hierfür ist vorliegend jedoch nichts ersichtlich.

Zudem überzeugen die eine Parallelkonstellation betreffenden Ausführungen des OLG Frankfurt/Main in seinem Beschl. v. 1.7.2011 (– 18 W 149/11, NJW-RR 2012, 316 [317 f.]), mit dem es seine frühere Auffassung einer analogen Anwendung des § 29 Nr. 2 GKG aufgegeben hat, der zufolge die Staatskasse berechtigt sei, die auf sie übergegangenen Ansprüche des im Wege der Prozesskostenhilfe beigeordneten Prozessbevollmächtigten gegen die eigene Partei entgegen § 122 Nr. 1 lit. b ZPO geltend zu machen, soweit die Partei die Verpflichtung zur Tragung ihrer eigenen Auslagen in einem Vergleich übernommen hatte. Dies diene dem Zweck zu verhindern, dass eine bedürftige Partei durch einen Vergleich zu Lasten der Staatskasse auf deren Ansprüche gegen den Prozessgegner verzichtet. Zutreffend weist das Oberlandesgericht zur Begründung seiner nunmehr neueren Auffassung darauf hin, dass dem Gesetzgeber diese Problematik im Rahmen des 1. KostRModG im Jahr 2004 bekannt gewesen sei, ohne dass er Veranlassung gesehen habe, ein vergleichsweises Handeln mit faktisch nachteiliger Wirkung für die Staatskasse zu unterbinden. Erst recht muss dies für eine Bewertung nach dem Inkrafttreten des 2. KostRModG im Jahre 2013 gelten.

Ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass der Verzicht auf eine Kostenerstattung durch den Prozessgegner einen Anspruch der vertretenen Beteiligten des Ausgangsverfahrens betrifft, während der Anspruch auf Vergütung durch die Staatskasse aufgrund einer Beiordnung dem Rechtsanwalt selbst zusteht. Gleichzeitig hat der Gesetzgeber das Erfüllungsinteresse des beigeordneten Rechtsanwalts in den Vordergrund gerückt (*Fölsch*, in: Schneider/Wolf (Hrsg.), *Anwaltkommentar RVG*, 7. Aufl. 2014, § 59 Rn 25). Daher wäre es unbillig, dem Rechtsanwalt die Verzichtserklärung seines Auftraggebers (Mandanten) gegenüber dem Prozessgegner als Einwendung entgegenzuhalten, auf deren Entstehen er nicht notwendig wirksamen Einfluss hat. Gerade in Vergleichsver-

handlungen kann es im Interesse des Mandanten geboten sein, Kostenfolgen mit mittelbar nachteiligen Konsequenzen für die Staatskasse hinzunehmen. Müsste ein Anwalt in solchen Fällen um des eigenen Vergütungsanspruchs willen seinen Mandanten von einer solchen, ihm günstigen Vergleichsregelung abraten, geriete er in einen Widerstreit von Interessen, wie er insbesondere durch § 43a Abs. 4 BRAO gerade ausgeschlossen werden soll. Dass vorliegend ein Fall eines angenommenen Anerkenntnisses vorlag, ändert an dieser zum Schutz des Vergütungsanspruchs des Rechtsanwalts gebotenen Wertung nichts.

4. Somit ergibt sich folgende Vergütungsberechnung:

Verfahrensgebühr, Nr. 3102, 1008 VV RVG	260,00 EUR
Terminsgebühr, Nr. 3106 VV RVG	180,00 EUR
Pauschale für Post- und Telekommunikation, Nr. 7002 VV RVG	20,00 EUR
Zwischensumme	460,00 EUR
19 % Umsatzsteuer, Nr. 7008 VV RVG	87,40 EUR
	547,40 EUR

5. Gerichtskosten werden gem. § 56 Abs. 2 S. 2 RVG im Verfahren über die Erinnerung nicht erhoben, Kosten gem. § 56 Abs. 2 S. 3 RVG nicht erstattet.

6. Da eine obergerichtliche Entscheidung zur Frage der Anrechnung entstandener, aber nicht tatsächlich gezahlter Geschäftsgebühren auf die Verfahrensgebühr noch nicht vorliegt, ist die Beschwerde wegen grundsätzlicher Bedeutung dieser Rechtsfrage zuzulassen (§§ 33 Abs. 3 S. 2, 56 Abs. 2 RVG).

_____ Mitgeteilt von *Dr. Carsten Schütz*, Direktor am Sozialgericht

_____ Hinweis der Redaktion

Die Bezirksrevisorin bei dem Hessischen Landessozialgericht hat Beschwerde gegen den Beschluss des SG Fulda eingelegt.

_____ Anmerkung

Mit seinem Beschluss vom 29.7.2014 nimmt das SG Fulda den Gesetzgeber und seine Intention zur Anrechnung ernst. Ihm ist zuzustimmen und zugleich erstaunt es, dass rund 5 Jahre nach dem Inkrafttreten des Gesetzes zur Modernisierung von Verfahren im anwaltlichen und notariellen Berufsrecht, zur Errichtung einer Schlichtungsstelle der Rechtsanwaltschaft sowie zur Änderung sonstiger Vorschriften (BGBl I, S. 2449) die mit dem genannten Gesetz klargestellten Rechtsfolgen der Anrechnung einer Gebühr auf eine andere Gebühr nochmals thematisiert werden müssen. Zugegeben – die An-

rechnung von Gebühren wurde für die Vergütung im Sozialrecht erst durch das 2. KostRMOG mit Wirkung zum 1.8.2013 eingeführt. Damit wurde das Instrument der Anrechnung aber weder neu eingeführt, noch strukturell verändert. Die Erfahrungen der übrigen Gerichtszweige mit der Frage der Anrechnung sind daher zu übertragen. Damit gilt für die Festsetzung der aus der Staatskasse an den beigeordneten Rechtsanwalt zu zahlenden Verfahrensgebühr: Nicht die für eine vorgerichtliche Tätigkeit des Rechtsanwalts entstehende Geschäftsgebühr als solche, sondern nur Zahlungen auf diese Geschäftsgebühr – genauer gesagt: Zahlungen auf den anzurechnenden Teil der für die vorgerichtliche Tätigkeit entstehenden Geschäftsgebühr – sind von der Staatskasse im Rahmen der Vergütungsfestsetzung nach erfolgter PKH-Beiordnung zu berücksichtigen.

Das SG Fulda weist daher zutreffend darauf hin, dass es nach **§ 55 Abs. 5 S. 3 und 4 RVG** nicht darauf ankommt, ob anrechenbare Geschäftsgebühren entstanden sind, sondern ob Zahlungen auf anrechenbare Gebühren geleistet worden sind. Den diesbezüglichen Ausführungen des SG Fulda ist nichts hinzuzufügen.

Zutreffend ist auch, dass dem Rechtsanwalt nach der gesetzlichen Regelung in **§ 15a Abs. 1 RVG** das Wahlrecht zusteht, welche der entstandenen Gebühren er wem gegenüber in welcher Höhe geltend macht. Soweit die Staatskasse den Rechtsanwalt beigeordnet hat, steht ihr mithin kein Wahlrecht zu, dass dem Auftraggeber selbst nicht zugestanden hätte.

§ 15a Abs. 2 RVG findet im Verfahren auf Festsetzung der aus der Staatskasse zu zahlenden PKH-Vergütung keine Anwendung. Insoweit verdrängt § 55 Abs. 5 S. 3 RVG als speziellere Regelung den § 15a Abs. 2 RVG.¹ Für § 15a Abs. 2 RVG bleibt nur Raum, wenn die Staatskasse dem Auftraggeber aus einem sonstigen Grund erstattungspflichtig ist.

Soweit das SG Fulda in seiner Entscheidung einen Widerspruch zwischen dem Wortlaut der Anrechnungsbestimmung nach Vorbem. 3 Abs. 4 S. 1 VV RVG und den Regelungen der §§ 55 Abs. 5 S. 3 und 4 RVG, 15 Abs. 1 RVG ausmacht, lässt sich auch dieser vermeintliche Widerspruch auflösen und harmonisch mit der Entscheidung in Einklang bringen. Der vermeintliche Widerspruch fußt auf dem Sprachverständnis des Begriffs der „Anrechnung“. Ein Rückgriff auf ein etwaiges natürliches Sprachverständnis kommt aber nur zum Tragen, wenn der Gesetzgeber einen Begriff nicht definiert hat. Der Begriff der „Anrechnung“ wurde mit der BRAGO 1957 in die gesetzliche Vergütungsregelung eingeführt und über Jahrzehnte dahingehend verstanden, dass sich hierdurch nicht die Gebühr, auf die angerechnet wurde, verminderte, sondern dass der Rechtsanwalt in der Summe nicht mehr Gebühren fordern durfte, als sich unter Berücksichtigung des anzurechnenden Betrages ergaben. Erst aufgrund der Entscheidungen

¹ *Volpert*, in: *Schneider/Wolf, RVG*, 7. Aufl., § 55 Rn 27.

verschiedener Senate des BGH seit 2007 und insbesondere im Jahr 2008 keimte die Idee auf, der Begriff der Anrechnung könne auch dahingehend verstanden werden, dass sich die Gebühr, auf die angerechnet werde, vermindere. Dieses Sprachverständnis entsprach jedoch zu keiner Zeit der Intention des Gesetzgebers und der Struktur der Anrechnung. Um weiteren Missverständnissen vorzubeugen, wurde § 15a RVG eingeführt. Er enthält die inhaltliche Bestimmung des Begriffs der „Anrechnung“. Wörtlich heißt es in BT-Drucks 16/12717 S. 58: „Durch die vorgeschlagene Regelung in § 15a RVG-E soll der im Gesetz bisher nicht definierte Begriff der Anrechnung inhaltlich bestimmt werden.“ Vorbem. 3 Abs. 4 VV RVG ordnet daher nur eine Anrechnung von Gebühren aufeinander an, ohne zu sagen, was eine Anrechnung bedeutet. Dieses ist vielmehr im Einzelnen in § 15a RVG dargelegt. Hieraus ergibt sich sodann, dass sowohl die Geschäfts- als auch die Verfahrensgebühr in voller Höhe entstehen und dem Rechtsanwalt das Wahlrecht zusteht.

Aus diesem Verständnis des Begriffs der Anrechnung stellt sich die zeitgleich in § 55 Abs. 5 S. 3 und 4 RVG eingeführte Regelung, wonach „Zahlungen“ anzugeben sind und nicht „entstandene anrechenbare Gebühren“, als logische Folge und in sich stimmige Lösung der Anrechnung dar.

Möge die Entscheidung des SG Fulda schnell Eingang in den gebührenrechtlichen Alltag der Gerichte und der Anwälte finden, um unnütze Arbeit aus einem falschen Verständnis des Begriffs der „Anrechnung“ zu vermeiden. Die Beteiligten haben wahrlich mehr als genug Arbeit mit anderen Rechtsfragen und den Anliegen der Betroffenen.

— Edith Kindermann, Rechtsanwältin und
Notarin, Bremen

RVG (alt): Geschäftsgebühr für Widerspruch gegen Mahnung (Schwellengebühr)

— RVG (alt) § 14 Abs. 1; VV RVG 2400

Erhebt der Rechtsanwalt für seinen Mandanten Widerspruch gegen ein Mahnschreiben des Jobcenters, entsteht eine Geschäftsgebühr in Höhe der Schwellengebühr. Die regelmäßig unterdurchschnittlichen Einkommens- und Vermögensverhältnisse werden durch die überdurchschnittliche Bedeutung der Sache kompensiert (Rückforderung in Höhe von 3.876 EUR).

SG Aachen, Beschl. v. 1.4.2014 – S 8 SF 11/14 E

Aus den Gründen: I. Die Erinnerungsführerin wendet sich gegen die gerichtliche Kostenfestsetzung für eine anwaltliche Tätigkeit in einem Widerspruchsverfahren.

Mit Bescheid vom 11.7.2011 nahm das Jobcenter der Städte-Region Aachen die Leistungsbewilligung für den Erinne-

rungsgegner für den Zeitraum vom 1.7.2010 bis zum 31.12.2010 zurück und forderte einen Betrag in Höhe von 3.876 EUR zurück. Zugleich erklärte das Jobcenter ab dem 1.9.2011 die Aufrechnung in Höhe von monatlich 30 % der Regelleistung. Ab dem 1.9.2011 wurden 109,20 EUR monatlich einbehalten.

Mit Datum vom 10.10.2011 versandte die Erinnerungsführerin einen als „Mahnung“ bezeichneten Bescheid an den Erinnerungsgegner. Die Erinnerungsführerin führte hier aus, die am 1.9.2011 fällige Forderung in Höhe von 3.876 EUR sei bislang nicht vollständig eingegangen. Hierdurch seien Mahngebühren von 19,65 EUR entstanden. Sie forderte den Erinnerungsgegner auf, den Betrag in Höhe von 3.895,65 EUR innerhalb von einer Woche zu überweisen. Für den Fall der Nichtzahlung kündigte die Erinnerungsführerin die zwangsweise Einziehung der Forderung an und wies darauf hin, dass für den Erinnerungsgegner hierdurch weitere Kosten entstehen würden.

Gegen den Bescheid erhob der Erinnerungsgegner über seinen bevollmächtigten Rechtsanwalt Widerspruch. Zur Begründung führte er aus, das Jobcenter realisiere seine Rückforderung bereits im Wege der Aufrechnung. Für darüber hinausgehende Leistungen sei kein Raum. Er dürfe daher nicht gemahnt werden.

Mit Bescheid vom 29.11.2011 hob die Erinnerungsführerin den Bescheid vom 10.10.2011 auf und entsprach dem Widerspruch in vollem Umfang. Sie wies zugleich darauf hin, dass die im Widerspruchsverfahren entstandenen Aufwendungen auf Antrag erstattet werden. Die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten erkannte sie nicht als notwendig an.

Auch gegen diesen Bescheid erhob der Erinnerungsgegner Widerspruch: Er verwies auf eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, wonach ein bemittelter Bürger auch in Bagatellsachen, bei denen er von einer hohen Obsiegenwahrscheinlichkeit ausgehe, einen Rechtsanwalt beauftragen dürfe. Mit Widerspruchsbescheid vom 26.1.2012 wies die Erinnerungsführerin den Widerspruch als unbegründet zurück. Es sei dem Erinnerungsgegner zuzumuten gewesen, das Verfahren selbst zu führen. Schon allein wegen der geringen Mahnkosten habe es sich aufdrängen müssen, dass im Falle der Beauftragung eines Rechtsanwaltes ein Vielfaches an Kosten entstehen würde.

Am 28.1.2012 erhob der Erinnerungsgegner Klage. Mit Urteil des Sozialgerichts Aachen vom 17.10.2012 wurde die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten im Vorverfahren unter Aufhebung des Bescheides vom 29.11.2011 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 26.1.2012 für notwendig erklärt.

Mit Schreiben vom 8.11.2012 machte der Bevollmächtigte des Erinnerungsgegners die Kosten des Widerspruchsverfahrens wegen der Ablehnung der Hinzuziehung eines Bevollmächtigten im Vorverfahren gegenüber der Erinnerungsführerin geltend. Hierbei brachte er 260 EUR (240 EUR Geschäftsgebühr, 20 EUR Post- und Telekommunikationspauschale) zuzüglich Umsatzsteuer in Ansatz.

Mit Schreiben vom 21.11.2012 bat die Erinnerungsführerin das Gericht um Kostenfestsetzung mit der Begründung, die Höhe der geltend gemachten Kosten sei zum Teil nicht angemessen.

Mit Beschluss des Urkundsbeamten der Geschäftsstelle vom 9.10.2013 wurden die zu erstattenden Kosten auf 309,40 EUR festgesetzt (Geschäftsgebühr = 240 EUR, Post- und Telekommunikationspauschale = 20 EUR sowie Umsatzsteuer = 49,40 EUR).

Gegen diesen Beschluss hat die Erinnerungsführerin am 21.11.2013 Erinnerung eingelegt.

Der Urkundsbeamte der Geschäftsstelle hat der Erinnerung nicht abgeholfen.

II. Die nach § 197 Abs. 2 SGG zulässige Erinnerung ist unbegründet.

Maßgebend für die Bemessung der gesetzlichen Gebühren sind die Bestimmungen des Rechtsanwaltsvergütungsgesetzes (RVG). Nach § 3 Abs. 1 S. 1 RVG entstehen in Verfahren vor den Gerichten der Sozialgerichtsbarkeit, in denen das Gerichtskostengesetz (GKG) nicht anzuwenden ist, Betragsrahmengebühren. Bei dem Kläger des Hauptsacheverfahrens (hier: Erinnerungsgegner) handelt es sich um einen kostenprivilegierten Beteiligten i.S.d. § 183 S. 1 SGG. Damit scheidet die Anwendung des GKG aus (§ 197a Abs. 1 S. 1 SGG). Die Höhe der Vergütung und auch der Betragsrahmengebühren bestimmt sich nach § 2 Abs. 2 S. 1 RVG nach dem Vergütungsverzeichnis der Anlage 1 zum RVG (VV RVG). Der sich aus Nr. 2400 VV RVG in der Fassung bis zum 31.7.2013 ergebende Betragsrahmen für die Geschäftsgebühr im Widerspruchsverfahren beträgt 40 EUR bis 520 EUR. Die Höhe der Gebühr bestimmt der Rechtsanwalt innerhalb dieses Rahmens im Einzelfall unter Berücksichtigung aller Umstände, insbesondere der Bedeutung der Angelegenheit, des Umfangs und der Schwierigkeit der anwaltlichen Tätigkeit, der Vermögens- und Einkommensverhältnisse des Auftraggebers sowie seines besonderen Haftungsrisikos (§ 14 Abs. 1 S. 3 RVG). Bei der Bestimmung der Betragsrahmengebühr im konkreten Einzelfall ist von der Mittelgebühr auszugehen, die bei einem Normal-/Durchschnittsfall als billige Gebühr zugrunde zu legen ist. Unter einem „Normalfall“ ist ein Fall zu verstehen, in dem sich die Tätigkeit des Rechtsanwalts unter Beachtung der Kriterien des § 14 Abs. 1 RVG nicht nach oben oder unten vom Durchschnitt aller sozialrechtlichen Fälle abhebt. Die Mittelgebühr beträgt 280 EUR, die Schwellengebühr beläuft sich auf 240 EUR. Der Urkundsbeamte der Geschäftsstelle bzw. das Gericht sind verpflichtet, die Billigkeit der Gebührenbestimmung zu prüfen. Bei Angemessenheit der angesetzten Gebühr ist der Kostenansatz zu übernehmen. Bei Unbilligkeit hat der Urkundsbeamte der Geschäftsstelle die Höhe der Betragsrahmengebühr festzusetzen. Unbilligkeit liegt jedenfalls dann vor, wenn die durch den Rechtsanwalt bestimmte Gebühr die nach Ansicht des Gerichts angemessene Gebühr um mehr als 20 % übersteigt (Landessozialgericht Nordrhein-Westfalen, Beschl. v. 9.8.2007 – L 20 B 91/07 AS).

Die Bedeutung der Angelegenheit – konkret die zu klärende Rechtsfrage, ob sich der Erinnerungsgegner im Rahmen des Widerspruchsverfahrens wegen der von der Erinnerungsführerin angekündigten zwangsweisen Forderungseinziehung bei gleichzeitiger Androhung weiterer Kosten für den Fall nicht fristgemäßer Zahlung der Hilfe eines Rechtsanwalts bedienen durfte – war für den Erinnerungsgegner überdurchschnittlich. Zwar trifft es zu, dass die Einkommens- und Vermögensverhältnisse des Erinnerungsgegners als Bezieher von Leistungen nach dem Sozialgesetzbuch Zwei – Grundsicherung für Arbeitsuchende (SGB II) unterdurchschnittlich sind. Dies allein rechtfertigt allerdings keine Ermäßigung der Gebühr. Vielmehr werden die geringeren Einkommens- und Vermögensverhältnisse durch die überdurchschnittliche Bedeutung der Angelegenheit gerade kompensiert. In Verfahren nach dem SGB II wird die Bedeutung der Angelegenheit umso wichtiger, je geringer die jeweiligen Einkommens- und Vermögensverhältnisse sind. Dies gilt erst recht, wenn die zwangsweise Geltendmachung eines erheblichen Geldbetrages im Raum steht. Die Kriterien Einkommens- und Vermögensverhältnisse einerseits und Bedeutung der Angelegenheit andererseits heben sich daher grundsätzlich gegeneinander auf (vgl. Sozialgericht Düsseldorf, Urt. v. 25.1.2007 – S 35 AS 148/06). Insgesamt ist der Ansatz einer Geschäftsgebühr in Höhe von 240 EUR noch gerechtfertigt, so dass sich zusammen mit den übrigen Kosten ein Erstattungsanspruch in Höhe von 309,40 EUR ergibt. Die Kostenfestsetzung des Urkundsbeamten ist daher nicht zu beanstanden.

Diese Entscheidung ist gemäß § 197 Abs. 2 SGG unanfechtbar.

— Mitgeteilt von *Patric Peters*, Rechtsanwalt, Stolberg

— Anmerkung

Die vorliegende Entscheidung des SG Aachen schlägt eine Bresche für die Anwaltschaft. Fälle, in denen die SGB II-Grundsicherungsträger Aufhebungs- und Rückforderungsbescheide erlassen, sind nicht selten. Diese Bescheide werden für die Betroffenen dann besonders problematisch, wenn hohe Leistungssummen zurückgefordert werden. Wenn es nun zu Rückzahlungsverzögerungen kommt, dann ist es bei einigen Grundsicherungsträgern „gute“ Praxis, als „Mahnungen“ bezeichnete Schreiben zu verschicken, in denen nicht nur Vollstreckungsmaßnahmen angedroht, sondern auch Mahngebühren festgesetzt werden. Vielfach enthalten diese Mahnungen keine Rechtsbehelfsbelehrung. Eine solche ist aber notwendig, da es sich bei den Mahnschreiben tatsächlich um Verwaltungsakte handelt. Das BSG hat hierzu festgestellt, dass die Festsetzung von Mahngebühren eine für den betroffenen Schuldner verbindliche Einzelfallregelung enthält und daher als Verwaltungsakt zu qualifizieren ist (BSG, Urteil v. 26.5.2011 – B 14 AS 54/10 R –, zitiert nach juris; bestätigt durch BSG, Urteil v. 2.11.2012 – B 4 AS 97/11 R –, zitiert nach juris). Wenn es sich bei Mahngebühren festsetzenden „Mahnschrei-

ben“ um Verwaltungsakte handelt, dann müssen diese auch eine Rechtsbehelfsbelehrung enthalten. Fehlt diese, so verlängert sich die Widerspruchsfrist nach § 66 Abs. 2 SGG auf ein Jahr. Darüber, warum einige Grundsicherungsträger auf die Rechtsbehelfsbelehrung verzichten, kann nur spekuliert werden. Bei böswilliger Betrachtung könnte man auf den Gedanken kommen, dass hier der anwaltliche Reflex „Mahnung ≠ Verwaltungsakt“ ausgenutzt werden soll. Allerdings ist dieser Gedanke bei einer Recht und Gesetz verpflichteten Behörde wohl eher fernliegend. Erkennt aber der beauftragte Anwalt das Problem und legt gegen das „Mahnschreiben“ Widerspruch ein, so wird diesem regelmäßig – und das zeigt auch der hier entschiedene Fall – stattgegeben. Der Freude über den Erfolg folgt dann aber die Frustration über die Erstattung der Rechtsanwaltskosten. Die Geschäftsgebühr wird von den Grundsicherungsträgern gern unter Hinweis auf die geringen Einkommens- und Vermögensverhältnisse sowie – angesichts geringer Mahngebühren – auf die fehlende Bedeutung der Angelegenheit auf die Mindestgebühr von 40,00 € festgesetzt. An dieser Stelle weist nun aber das SG Aachen völlig zu Recht darauf hin, dass die geringeren Einkommens- und Vermögensverhältnisse durch die überdurchschnittliche Bedeutung der Angelegenheit kompensiert werden. Gerade in Verfahren nach dem SGB II wird die Bedeutung der Angelegenheit

umso größer, je geringer die jeweiligen Einkommens- und Vermögensverhältnisse sind. Dies gilt erst recht, wenn die zwangsweise Geltendmachung eines erheblichen Geldbetrages im Raum steht. Die im vorliegenden Fall geltend gemachte Schwellengebühr in Höhe von 240,00 € wurde vom Gericht als noch nicht unbillig betrachtet. Für die Anwaltschaft bedeutet dies, dass die Festsetzung der Mindestgebühr durch SGB II-Grundsicherungsträger nicht hingenommen werden sollte. Auch wenn es mit einem gewissen Aufwand verbunden ist, sind Erinnerungen in Fällen wie dem vorliegenden durchaus erfolgversprechend. Dies zeigt sich auch daran, dass langsam weitere Gerichte dazu übergehen, die Geltendmachung der Schwellengebühr als nicht unbillig zu betrachten (vgl. etwa Bayerisches LSG, Beschl. v. 24.7.2014 – L 8 AS 267/14 NZB –, zitiert nach juris [unter Verweis auf entsprechende erstinstanzliche Entscheidungen des SG München]; a.A. allerdings noch SG Augsburg, Urt. v. 16.6.2014 – S 11 AS 346/14 –, zitiert nach juris [80 €]; LSG Nordrhein-Westfalen, Beschl. v. 15.5.2014 – L 19 AS 1994/13 B –, zitiert nach juris [120 €]). Eine gute Argumentationshilfe für eine Erinnerung kann die Entscheidung des SG Aachen sein.

— Prof. Dr. Torsten Schaumberg, Rechtsanwalt,
Nordhausen

In eigener Sache

Termine im Sozialrecht

Deutsche AnwaltAkademie

Medizinische Sachverhaltsermittlung und Bewertung von Gutachten im Sozialrecht

Zeit: Freitag, 24.10.2014, 13.30 – 19.00 Uhr

Ort: Dortmund

Referenten: *Philipp Stark*, Vizepräsident des SG, Karlsruhe

Ort: Münster

Referenten: *Wolfgang Arens*, Rechtsanwalt und Notar, Fachanwalt für Arbeitsrecht, Handels- und Gesellschaftsrecht sowie Steuerrecht, Bielefeld; *Dr. Jürgen Brand*, Rechtsanwalt, Mitglied des Verfassungsgerichtshofs NRW, Präsident des LSG a.D., Hagen

Häusliche Gewalt – Schnittstelle zum Straf-, Sozial- und Familienrecht

Zeit: Samstag, 8.11.2014, 9.00 – 14.30 Uhr

Ort: Dortmund

Referentin: *Juliane Hilbricht*, Rechtsanwältin, Fachanwältin für Familienrecht und Sozialrecht, Solingen

EGMR-Beschwerden aus dem Eigentum

Zeit: Freitag, 28.11.2014, 13.30 – 19.00 Uhr

Ort: Berlin

Referent: *Stefan von Raumer*, Rechtsanwalt, Berlin

Renten- und Vormerkungsbescheide professionell prüfen

Zeit: Freitag, 14.11.2014, 9.30 – 17.00 Uhr

Ort: Stuttgart

Referentin: *Christina Forster*, Richterin am Hessischen LSG, Präsidialreferentin Personal/Fortbildung, Darmstadt

Kausalität und Unfallfolgen in Haftpflicht-, gesetzlicher und privater Unfallversicherung

Zeit: Freitag, 12.12.2014, 9.30 – 17.00 Uhr

Ort: Frankfurt a.M.

Referenten: *Jörg Elsner*, LL.M., Rechtsanwalt und Notar, Fachanwalt für Verkehrsrecht und Versicherungsrecht, Hagen; *Prof. Dr. med. Hans-Jürgen Kock*, Orthopäde und Unfallchirurg, Darmstadt

Neuerungen im sozialrechtlichen Leistungsrecht (SGB II, III, V, VI, VII, XI) – ein Komplettseminar

Zeit: Freitag, 21.11.2014, 9.30 Uhr bis Samstag, 22.11.2014, 13.45 Uhr (10 Vortragsstunden)

Ort: Hannover

Referenten: *Jörg Addicks*, Rechtsanwalt, Fachanwalt für Sozialrecht, Hannover; *Oliver Allesch*, Rechtsanwalt, Fachanwalt für Familienrecht, Essen; *Joachim Francke*, Rechtsanwalt, Fachanwalt für Medizinrecht und Sozialrecht, Düsseldorf

Prüfung und Feststellung von Berufskrankheiten

Zeit: Freitag, 12.12.2014, 13.30 – 19.00 Uhr

Ort: Frankfurt a.M.

Referent: *Dr. Dirk Bieresborn*, Richter am Hessischen LSG, Darmstadt

Informationen:

Deutsche AnwaltAkademie, Ihre Ansprechpartnerin ist Petra Schrinner, Tel.: 030/726153-134, Fax: 030/726153-111, E-Mail: schrinner@anwaltakademie

Arbeits- und Sozialrecht in der Insolvenz 2014

Zeit: Freitag, 28.11.2014, 13.30 Uhr bis Samstag, 29.11.2014, 14.30 Uhr (10 Vortragsstunden)

Tipps für die Praxis

Änderung der Geschäftsanweisungen der Agentur für Arbeit zu § 17 SGB IX

Vereinfachte Voraussetzungen für persönliches Budget im berufsbildenden Bereich außerhalb einer Werkstatt für Behinderte

Das persönliche Budget soll Menschen mit Behinderung erleichtern, Teilhabeleistungen als Geldleistung zu erhalten, um sich diese selbst zu verschaffen. Der Leistungsempfänger braucht dann nicht auf die üblichen Sach- oder Dienstleistungen der Träger zurückgreifen. Obwohl bereits seit Januar 2008 ein Rechtsanspruch auf das persönliche Budget besteht und auch aufgrund der Ratifizierung der UN-Behindertenrechtskonvention die Teilhabevoraussetzungen für Menschen mit Behinderungen zu verbessern sind, ist die Rechtslage sowie die Verwaltungstätigkeit der Behörden noch nicht vollständig angepasst.

Das persönliche Budget kann beantragt werden, wenn der Berufsbildungsbereich einer Werkstatt für behinderte Menschen außerhalb einer Einrichtung durchgeführt werden soll, also in einem Betrieb auf dem freien Markt durchgeführt werden soll. Hier stellte sich bislang § 176 SGB III in den Weg, wonach Träger die Leistungen zur Teilhabe am Arbeitsleben im Rahmen des persönlichen Budgets der Zulassung durch eine fachkundige Stelle bedurften. Der Prüfungsumfang der fachkundigen Stelle ist in § 177 SGB III umfangreich dargelegt und ist für kleine Betriebe nicht zu erfüllen. Um diesem Problem Abhilfe zu schaffen, hat die Agentur für Arbeit in ihrer Neufassung vom 30.11.2013 die Geschäftsanweisung 17.2.2. um folgende Absätze ergänzt:

(4) Grundsätzlich bedürfen die Träger, die Leistungen zur Teilhabe am Arbeitsleben im Rahmen eines Persönlichen Budgets ausführen, der Zulassung nach § 176 SGB III. Dieses wird in der Regel durch eine fachkundige Stelle erteilt. Im Ausnahmefall (§ 177 Abs. 5 SGB III) kann sie bei besonderem arbeitsmarktpolitischen Interesse durch die BA erteilt werden.
(5) Um dem Wunsch und Wahlrecht (§ 9 SGB IX) der Budgetteilnehmer angemessen zu entsprechen, können in sachlich begründeten Ausnahmefällen (z.B. bei individuell zugeschnittenen Einzelmaßnahmen) Leistungen im Rahmen des Persönlichen Budgets auch dann bewilligt werden, wenn der Leistungsberechtigte einen nicht formell anerkannten Träger wählt und die sonstigen Voraussetzungen (materiell-rechtlich [17.2.2. (3)] und Ziele [17.2.2. (2)]) vorliegen.

Hintergrund dieser Änderung war u.a. ein Verfahren, in dem ein Werkstattbeschäftigter, der schon im Arbeitsbereich tätig war, außerhalb einer Werkstatt für behinderte Menschen in einem Frisiersalon tätig werden wollte.

Mit der Änderung der Dienstanweisung hat die Bundesagentur für Arbeit eine längst überfällige Änderung durchgesetzt, damit Sachleistungen tatsächlich als persönliches Budget in Anspruch genommen werden können.

— Stella Schicke, Rechtsanwältin, Frankfurt am Main

Rezensionen

Betreuungs- und Unterbringungsrecht

Pardey, Karl-Dieter/Kieß, Peter

5. Aufl., Nomos-Verlag, 49,- EUR, ISBN: 978-3-8487-1066-9

Im Betreuungs- und Unterbringungsrecht gab es in den vergangenen Jahren einige Veränderungen, die Reformen bei der Zwangsmedikation sicherlich als eine der bedeutendsten Änderungen. Es ist daher sicherlich an der Zeit für eine Neuauflage des nunmehr in der 5. Auflage mit einem neuen Bearbeiter erschienen Handbuchs zum Betreuungs- und Unterbringungsrechts. *Peter Kieß*, Vorsitzender Richter am LG Dresden, hat die Bearbeitung dieses bewährten Nomos-Handbuchs vom ehemaligen Amtsgerichtsdirektors *Karl-Dieter Pardey* übernommen und dabei, wie er bereits im Vorwort versichert, nur sehr behutsam in die Texte eingegriffen.

Das Buch beginnt nach einer kurzen Einführung sowie Ausführungen zu den Grundlagen des Betreuungs- und Unterbringungsrechts systematisch zunächst mit den Beteiligten und erläutert in den anschließenden Kapiteln über den Verfahrensablauf chronologisch die Thematik. Nach der Einleitung des Verfahrens sowie der Ermittlungen des Gerichts geht es über die Auswahl des Betreuers und Anordnung einer Betreuung, einem möglichen Einwilligungsvorbehalt und einer einstweiligen Anordnung um die Tätigkeit des Betreuers sowie der einzelnen Aufgabenkreise. Anschließend werden Unterbringungen und weitere Zwangsmaßnahmen abgehandelt. Das Buch wird durch die abschließenden Kapitel zu Datenschutz und Schweigepflicht, Vergütungs- und Aufwendersatz, Haftung und Versicherung sowie praktischen Fragen beim Abschluss der Betreuung abgerundet. Gerade beim Abschluss der Betreuung stellen sich auch immer wieder Fragen etwa der Totenfürsorge und der Schlussabwicklung. In einem abschließenden Anhang findet der Nutzer zahlreiche Muster und Vorlagen, die die alltägliche Arbeit erheblich erleichtern.

Fazit: Das Handbuch ist für alle mit dem Betreuungs- und Unterbringungsrecht Beteiligten ein großer Gewinn. Seien es Anwälte, Berufsbetreuer, Betreuungsgericht, Betreuungsbehörden oder auch Angehörige – in verständlicher, kompakter und praxisgerechter Art wird die Thematik umfassend abgehandelt. Das Buch kann sowohl als Nachschlagewerk zu bestimmten Problemen als auch als Lektüre über das gesamte Rechtsgebiet genutzt werden.

— *Florian Wörtz, Rechtsanwalt, Stuttgart*

Sozialgesetzbuch II

Münder (Hrsg.)

5. Aufl. 2013, 1.212 Seiten, 58,00 EUR, Nomos Verlag

Seit Ende 2013 liegt der Lehr- und Praxiskommentar Sozialgesetzbuch II/Grundsicherung für Arbeitsuchende in einer überarbeiteten 5. Auflage vor. Das Rechtsgebiet des SGB II entwickelt sich dynamisch. Es ist geprägt von bemerkenswert vielen Änderungen durch den Gesetzgeber, einer Vielzahl von gerichtlichen Entscheidungen und auch Publikationen. Allein neun Gesetzesänderungen seit dem Erscheinen der Voraufgabe wurden in die Neuauflage eingearbeitet. Schwerpunkte der neuen Auflage sind die vielfältigen Probleme der Neuregelungen durch das Gesetz zur Ermittlung von Regelbedarfen und zur Änderung des Zweiten und Zwölften Buches Sozialgesetzbuch sowie die Neubearbeitung der einschlägigen Bestimmungen aufgrund des am 1.4.2012 in Kraft getretenen Gesetzes zur Verbesserung der Eingliederungschancen. Dieser Kommentar richtet sich an alle mit dieser Materie befassten Personen und liefert fundiertes Material zur Auslegung, zur Anwendung und Rechtsgestaltung. Der Aufbau ist strukturiert. Für die Praxis werden eine Vielzahl von Auslegungs- und Argumentationshilfen und Beispielen gegeben. Der übersichtliche Anhang „Verfahren“ ergänzt und komplettiert die Kommentierung. Mit dieser zeitnahen Aktualisierung ist der Kommentar weiterhin auf Augenhöhe mit der Dynamik dieses Rechtsgebiets und trägt zur Rechts- und Interessenvertretung einer beachtlichen Anzahl von Menschen bei. Kurz gesagt, der „Münder“ ist auf diesem Gebiet unverzichtbar.

— *Anne Schröder, Rechtsanwältin, Oldenburg*

Betreuungsrecht von A bis Z

Prof. Dr. Walter Zimmermann

5. Aufl. 2014, 389 Seiten, 19,90 EUR, dtv, ISBN 978-3-423-50757-8

Angesichts der Entwicklung der Bevölkerungsstrukturen werden zukünftig Fragen rund um das Betreuungsrecht große Bedeutung erlangen. Die Zahl der erstmalig unter Betreuung gestellten Personen beläuft sich derzeit auf weit über 230.000.

Über 1 Million Menschen in der Bundesrepublik stehen gegenwärtig unter Betreuung.

Das vorliegende Werk bietet keine systematische Darstellung des Betreuungsrechtes, aber dafür einen schnellen praxisnahen Einstieg auf der Grundlage einer Stichwortliste. Der Rechtsberater informiert lexikalisch umfassend und verständlich von „Abänderung von Entscheidungen des Betreuungsgerichts“ bis „Zwangsvollstreckung gegen Betreute“. Alle wesentlichen Fragen des Betreuungsrechtes, die jeweils einschlägigen Paragraphen sowie die wichtigsten Gerichtsentscheidungen werden leicht verständlich und anschaulich dargestellt.

Die 5. Auflage berücksichtigt den aktuellen Stand von Rechtsprechung und Gesetzgebung. Gesetzliche Änderungen, z.B. Regelung der Zwangsbehandlung, Patientenrechtegesetz, neue Verfahrenskostenhilfe, GNotKG, Änderung der Sozialhilfesätze, steuerliche Änderungen, Stärkung der Ehrenamtlichkeit usw. wurden berücksichtigt.

Für den nicht ständig in diesem Bereich tätigen Sozialrechtler bietet diese Darstellung anhand von Beispielen und tabellarischen Übersichten einen zuverlässigen und schnellen Zugriff auf die praxisrelevanten Probleme und ist daher empfehlenswert.

— Anne Schröder, Rechtsanwältin, Oldenburg

Formulierungshilfen für die sozialrechtliche Praxis SGB II/SGB XII/Verfahren

Richter Dr. Christian Schneider, Richter am SG Dr. Sebastian Herbst, Richterin Dr. Kathrin Braune

1. Aufl. 2014, 458 Seiten, 49,00 EUR, Nomos Verlag

In der anwaltlichen Praxis eines Fachanwaltes/einer Fachanwältin für Sozialrecht nehmen die Verfahren der Grundversicherung für Arbeitssuchende (SGB II) und Sozialhilfe (SGB XII) nicht selten einen großen Raum ein. Eine Vielzahl dieser Verfahren ist für die Mandanten von existenzieller Bedeutung sowie geprägt von einer großen Dynamik in Gesetzgebung und Rechtsprechung.

Aus ihrer richterlichen Praxis heraus arbeiten die Autoren strukturiert anhand realitätsnaher Lebenslagen und unter Berücksichtigung der aktuellen Rechtsprechung des Bundessozialgerichts konkrete Arbeitshilfen heraus. In dem Allgemeinen Teil werden wiederkehrende Verfahrenssituationen in den Verwaltungsverfahren, Klageverfahren, einstweiligen Rechtsschutzverfahren und Rechtsmittelverfahren vor die Klammer gezogen. Der besondere Teil befasst sich fundiert mit dem materiellen Recht. Praxisrelevante Streitgegenstände werden verständlich und übersichtlich dargestellt und durch Schriftsatzmuster komplettiert.

Standardprobleme wie die Kosten der Unterkunft, Sanktionen, Mitwirkungspflichten, Mehrbedarfe, Leistungen zur Teilhabe, Einkommens- und Vermögensberücksichtigung sowie Aufhebung- und Erstattung werden ausführlich behandelt. Auch die Ausführungen zur Vollstreckung sind angesichts der immer häufigeren Fälle der Untätigkeit der Behörde trotz Obsiegen des Leistungsempfängers im Prozess besonders hilfreich. Komplettiert werden die Formulierungshilfen durch einen zusätzlichen Kostenteil, in welchem anschaulich dargestellt wird, wie das sozialrechtliche Mandat abgerechnet und die anwaltliche Vergütung ggf. gerichtlich geltend gemacht werden kann. Eine empfehlenswerte Ergänzung zum „Münder“, um schnell und effizient Rechte von Leistungsempfängern zu vertreten.

— Anne Schröder, Rechtsanwältin, Oldenburg

Zu guter Letzt

Das hätte ich nicht gedacht

Die Rechtsgrundlage ist eindeutig: Das Gericht hat im Urteil zu entscheiden, ob und in welchem Umfang die Beteiligten aneinander Kosten zu erstatten haben – § 193 Abs. 1 Satz 1 SGG.

Ergeht kein Urteil, etwa weil ein Anerkenntnis angenommen wurde, entscheidet das Gericht auf Antrag durch Beschluss – § 193 Abs. 1 Satz 3 SGG. Auf Antrag der Beteiligten setzt der Urkundsbeamte des Gerichts des ersten Rechtszugs den Betrag der zu erstattenden Kosten fest – § 197 Abs. 1 Satz 1

SGG. Nach § 197 Abs. 1 Satz 2 SGG gelten § 104 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 ZPO entsprechend, mit anderen Worten, die Kostenfestsetzung erfolgt verzinslich.

Bislang entsprach es der guten Verwaltungspraxis fast aller Sozialleistungsträger, dass man diesen gesetzlichen Vorgaben entsprach und Zinsen für die Kosten des Klageverfahrens ab Antragstellung auch dann erstattete, wenn kein Kostenfestsetzungsbeschluss ergehen musste, weil auf den Kostenfestsetzungsantrag gezahlt wurde. Die Bindung an Recht und

Gesetz eben. Unrühmliche Ausnahme hiervon war allein die Bundesagentur für Arbeit, die man regelmäßig daran erinnern musste, dass sich die Kostenangelegenheit nur dann erledigen könne, wenn Zinsen gezahlt würden. Meiner Erfahrung nach war gelegentlich ein gerichtlicher Hinweis erforderlich, um die Sache doch ohne einen Kostenfestsetzungsbeschluss abzuschließen.

Und nun hört man aus der Abteilung Grundsatz Kosten und Gebühren der Deutschen Rentenversicherung Bund, dass sich diesbezüglich die Weisungslage geändert haben soll. Zinsen würden nur noch dann gezahlt, wenn sie im Kostenfestsetzungsbeschluss festgesetzt würden, aber nicht mehr, wenn auf den Kostenfestsetzungsantrag Zahlungen erbracht würden.

Dies ist meines Erachtens rechtswidrig. Die Kostenerstattung im gerichtlichen Verfahren ist, anders als die Kostenerstattung nach § 63 SGB X, verzinslich. Die Zinsen sind durch das Gericht festzusetzen. Dies ordnet § 197 Abs. 1 Satz 2 SGG i.V.m. § 104 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 2 ZPO an. Die zivilprozessuale Vorschrift begründet den Anspruch nicht. Es handelt sich vielmehr um einen verzugsähnlichen Schadensersatz. Sollte eine solche Verwaltungspraxis Schule machen, führt dies dazu, dass die Sozialgerichte in einem großen Umfang

mit Kostenfestsetzungsverfahren allein um die Zinsen belastet werden. Eine Belastung, die eigentlich keiner der am sozialgerichtlichen Verfahren Beteiligten gutheißen sollte. Dass die Anwaltschaft aber für ihre Mandanten (oder die hinter ihnen stehenden Rechtsschutzversicherer) auf die Zinsen auf den Kostenfestsetzungsbetrag verzichten sollte, ist nicht nur nicht einzusehen. Unseren Mandanten gegenüber sind wir in der Pflicht, die ihnen zustehenden Zinsen auszukehren; diese Pflicht besteht auch im Verhältnis zwischen unseren Mandanten und deren Rechtsschutzversicherern. Uns bleibt aus Rechtsgründen gar nichts anderes übrig, als gerichtliche Hilfe in Anspruch zu nehmen, wenn die Verwaltung den gesetzlichen Vorgaben nicht entspricht.

Die Arbeitsgemeinschaft Sozialrecht wird zu prüfen haben, ob man nicht auf die Deutsche Rentenversicherung Bund zukommt, um zu erreichen, dass der Rentenversicherungsträger zur bisherigen Verwaltungspraxis zurückkehrt – die rechtlichen Vorgaben beachtet. Aus meiner Sicht sollte auch die Sozialgerichtsbarkeit zu erkennen geben, dass so eine Entlastung der Sozialgerichte nicht erreicht werden kann.

— Martin Schafhausen, Rechtsanwalt, Frankfurt am Main



Deutscher Anwaltverein
Arbeitsgemeinschaft
Sozialrecht

Fortbildung im Selbststudium

mit Artikeln
aus der Zeitschrift

ASR
Anwalt/Anwältin
im Sozialrecht

Die Arbeitsgemeinschaft Sozialrecht bietet ihren Mitgliedern exklusiv die Möglichkeit, einen Teil der Pflichtfortbildung gem. § 15 FAO im Selbststudium zu absolvieren.

Einfach mit Ihrer DAV-Mitgliedsnummer unter www.faocampus.de registrieren!

Impressum

Redaktion und Schriftleitung: RA Gottfried Krutzki, Frankfurt/M., und RA Martin Schafhausen, Frankfurt/M., RA Prof. Dr. Torsten Schaumberg, Nordhausen, RAin Anne Schröder, Oldenburg.

Urteils- und Manuskripteinsendungen bitte an folgende Anschrift: ASR, c/o Deutscher Anwaltverein, Rechtsanwalt Manfred Aranowski, Littenstr. 11, 10179 Berlin, Tel.: 030/72 61 52–151, E-Mail: aranowski@anwaltverein.de

Haftungsausschluss: Verlag und Autor/en übernehmen keine Gewähr für die Richtigkeit oder Vollständigkeit der abgedruckten Inhalte. Insbesondere stellen (Formulierungs-)Hinweise, Muster und Anmerkungen lediglich Arbeitshilfen und Anregungen für die Lösung typischer Fallgestaltungen dar.

Anzeigenverwaltung: Deutscher Anwaltverlag GmbH, Karin Schwettmann, Wachsbleiche 7, 53111 Bonn,

Tel.: 02 28/9191141, Fax: 02 28/9191123,
E-Mail: schwettmann@anwaltverlag.de.

Erscheinungsweise: Zweimonatlich (Februar, April, Juni, August, Oktober, Dezember).

Bezugspreis: Jährlich 87 EUR (incl. MwSt.) zzgl. Versandkosten.

Bestellungen: Über jede Buchhandlung und beim Verlag.

Verlag: Deutscher Anwaltverlag, Wachsbleiche 7, 53111 Bonn,
Tel.: 02 28/91911-0, Fax: 02 28/91911-23,
E-Mail: kontakt@anwaltverlag.de,
www.anwaltverlag.de

Redaktion im Verlag: Beate Eschbach.

Druck: Hans Soldan Druck GmbH, 45356 Essen.

ISSN 1438-3365.