

Arbeitshinweise zu § 7 SGB II

Leistungsberechtigung von Unionsbürgern

1. Allgemeines

Unionsbürger, die sich als Arbeitnehmer, als Selbstständige oder mit einem Daueraufenthaltsrecht nach § 4a des Freizügigkeitsgesetzes/EU (FreizügG/EU) in Deutschland aufhalten, haben grundsätzlich einen Anspruch auf Leistungen nach dem SGB II. Dies gilt ebenso für Familienangehörige im Sinne des § 3 Absatz 2 FreizügG/EU der genannten Personen.

Arbeitnehmer sind nach § 2 Absatz 2 Nr. 1 FreizügG/EU gemeinschaftsrechtlich freizügigkeitsberechtigt. Für Selbstständige ergibt sich die Freizügigkeit aus § 2 Absatz 2 Nr. 2 FreizügG/EU.

Nach § 2 Absatz 3 Satz 1 Nr. 2 FreizügG/EU bleibt die Freizügigkeit als Arbeitnehmer bzw. Selbstständiger bestehen, wenn nach mehr als einem Jahr Tätigkeit entweder unfreiwillige Arbeitslosigkeit eintritt oder die selbstständige Tätigkeit aus nicht selbstverschuldeten Gründen aufgegeben wird. Wurde die abhängige Beschäftigung oder die selbstständige Tätigkeit vor der unfreiwilligen Arbeitslosigkeit weniger als ein Jahr ausgeübt, bleibt das Freizügigkeitsrecht für sechs Monate bestehen (§ 2 Absatz 3 Satz 2 FreizügG/EU i. V. m. Ziffer 2.3.1.2 der Verwaltungsvorschriften zum FreizügG/EU).

Nach Ablauf von kurzfristigen Zeitverträgen (Vertragsdauer bis zu drei Monate) liegt in der Regel keine unfreiwillige Arbeitslosigkeit vor, sodass die Fiktion des § 2 Absatz 3 Satz 2 FreizügG/EU nicht greift. Da das Ende der Beschäftigung in diesen Fällen bereits bei Vertragsabschluss absehbar war, kann nicht von einer unfreiwilligen Arbeitslosigkeit ausgegangen werden.

2. Arbeitnehmereigenschaft / Begriff der selbstständigen Tätigkeit

Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes ist als Arbeitnehmer jede Person anzusehen, die eine tatsächliche und echte, nicht nur völlig untergeordnete oder unwesentliche Tätigkeit ausübt. Das wesentliche Merkmal des Arbeitsverhältnisses besteht dabei darin, dass jemand während einer bestimmten Zeit für einen anderen nach dessen Weisung Leistungen erbringt, für die er als Gegenleistung eine Vergütung erhält¹.

Der Arbeitnehmerbegriff ist weit auszulegen. Es muss sich allerdings um eine ernsthafte Tätigkeit handeln, die eine Teilnahme am Wirtschaftsleben nach sich zieht. Eine geringfügige Beschäftigung nach § 8 Absatz 1 Nr. 1 SGB IV reicht aus, um die Arbeitnehmereigenschaft zu begründen. Es ist nicht erforderlich, dass durch die Beschäftigung das Existenzminimum gedeckt wird.

¹ EuGH, Urteil vom 04.02.2010 - Rs. C-14/09

Die Beurteilung, ob eine Arbeitnehmereigenschaft vorliegt, ist immer einzelfallbezogen vorzunehmen. Beurteilungskriterien sind in erster Linie das Vorliegen eines Arbeitsvertrages, die wöchentliche Arbeitszeit sowie die Entlohnung. Bei der wöchentlichen Arbeitszeit hat sich in der Rechtsprechung ein Richtwert von 10-12 Stunden herauskristallisiert, um eine Arbeitnehmereigenschaft zu begründen. In dem o. g. Urteil hat der EuGH aber bereits eine wöchentliche Arbeitszeit von 5,5 Stunden bei einem Gehalt von 175,- € monatlich als ausreichend angesehen.

Jeder Arbeitnehmer, der für einen längeren Zeitraum als einen Monat eingestellt wird, hat nach § 2 Absatz 1 des Nachweisgesetzes (NachwG) einen Anspruch darauf, dass der Arbeitgeber spätestens einen Monat nach Beginn der Tätigkeit die wesentlichen Vertragsbedingungen schriftlich niederlegt und dem Arbeitnehmer aushändigt. Der Mindestinhalt dieser Niederschrift ergibt sich aus § 2 Absatz 1 Satz 2 NachwG. Eine Niederschrift ist nicht erforderlich, wenn ein Arbeitsvertrag vorliegt und dieser die erforderlichen Angaben enthält.

Falls sich ein Unionsbürger auf die Arbeitnehmereigenschaft beruft, ohne dass ein Arbeitsvertrag vorgelegt wird, sollte vom Antragsteller eine Bescheinigung nach § 2 NachwG angefordert werden. Das gleiche gilt, wenn zwar ein Arbeitsvertrag vorliegt, dieser aber nicht den Mindestanforderungen des § 2 NachwG genügt. Ein Vordruck mit den erforderlichen Angaben ist in SharePoint hinterlegt.

Eine selbstständige Tätigkeit ist gegeben, wenn eine wirtschaftliche Tätigkeit auf unbestimmte Zeit mittels einer festen Einrichtung tatsächlich ausgeübt wird². Die reine Gewerbeanmeldung ist nicht ausreichend. Auch bei einer selbstständigen Tätigkeit ist es nicht Voraussetzung, dass der Gewinn das Existenzminimum deckt. Es muss aber eine ernstzunehmende Gewinnerzielungsabsicht vorliegen.

3. Leistungsausschluss nach § 7 Absatz 1 Satz 2 SGB II

Unionsbürger sind grundsätzlich während der ersten drei Monate ihres Aufenthaltes nach § 7 Absatz 1 Satz 2 Nr. 1 von den Leistungen nach dem SGB II ausgeschlossen. Dies gilt jedoch nicht für Arbeitnehmer oder Selbstständige und für Personen, die nach § 2 Absatz 3 FreizügG/EU freizügigkeitsberechtigt sind sowie deren Familienangehörigen. Auch Familienangehörige von Deutschen sind nicht vom Leistungsausschluss betroffen³.

Der Zeitpunkt der Einreise ist im Rahmen der Antragsbearbeitung zu prüfen. Zum Nachweis des Einreisedatums sollten eine Anmeldebescheinigung oder andere geeignete Dokumente, wie z. B. ein Mietvertrag, angefordert werden. Ansonsten sind mangels sonstiger Nachweismöglichkeiten zunächst die Angaben der antragstellenden Person maßgeblich, soweit daran keine ernsthaften Zweifel bestehen.

Nach Ablauf von drei Monaten sind nach § 7 Absatz 1 Satz 2 Nr. 2 solche Unionsbürger vom Leistungsausschluss umfasst, deren Aufenthaltsrecht sich allein aus dem Zweck der Arbeitssuche ergibt. Auch hier gilt, dass der Leistungsausschluss nicht für Familienangehörige von Deutschen greift, da deren Aufenthaltszweck (auch) die Familienzusammenführung ist.

² BSG, Urteil vom 19.10.2010 - B 14 AS 23/10 R

³ BSG, Urteil vom 30.01.2013 - B 4 AS 37/12 R

Voraussetzung für den Leistungsausschluss ist die positive Feststellung, dass sich das Aufenthaltsrecht allein auf den Zweck der Arbeitssuche stützt. Dabei ist zu prüfen, ob im Zeitpunkt der Antragstellung ein vom Zweck der Arbeitssuche unabhängiges Aufenthaltsrecht besteht⁴.

Das FreizügG/EU wurde mit Wirkung vom 09.12.2014 geändert. Nach der neuen Nr. 1a des § 2 Absatz 2 sind Unionsbürger, die sich zur Arbeitssuche aufhalten, für bis zu sechs Monate freizügigkeitsberechtigt und darüber hinaus nur, solange sie nachweisen können, dass sie weiterhin Arbeit suchen und begründete Aussicht haben, eingestellt zu werden.

Kann das Freizügigkeitsrecht zur Arbeitssuche nicht festgestellt werden, und liegt auch sonst kein Freizügigkeitsrecht oder über § 11 Absatz 1 Satz 11 FreizügG/EU abgeleitetes Aufenthaltsrecht vor, besteht kein materielles Aufenthaltsrecht. Der Leistungsausschluss des § 7 Absatz 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II wird nach dem Willen des Gesetzgebers dahingehend ausgelegt, dass er auch für diesen Personenkreis gilt⁵. Die Bewilligung von SGB II-Leistungen ist dann aufgrund des Leistungsausschlusses abzulehnen. Ein Prüfschema für die Leistungsberechtigung von Unionsbürger ist der Anlage zu entnehmen.

Die Rechtsfrage, ob der Leistungsausschluss für arbeitssuchende Unionsbürger mit dem Europarecht vereinbar ist, ist derzeit beim BSG in mehreren Verfahren anhängig⁶.

Wird im einstweiligen Rechtsschutzverfahren eine vorläufige Leistungsverpflichtung ausgesprochen, sollten bei einem Folgeantrag zur Vermeidung eines weiteren Verfahrens unter Hinweis auf § 40 Absatz 2 Nr. 1 SGB II i. V. m. § 328 Absatz 1 Satz 1 Nr. 2 SGB III (beim BSG anhängige Rechtsfrage von entscheidungserheblicher Bedeutung) die vom Gericht zugesprochenen Leistungen weiterhin vorläufig bewilligt werden, sofern die sonstigen Voraussetzungen vorliegen.

4. Liste der EU-/EWR-Staaten

Unionsbürger nach § 1 FreizügG/EU sind Staatsangehörige aus:

Belgien	Italien	Portugal
Bulgarien	Kroatien	Rumänien
Dänemark	Lettland	Schweden
Estland	Litauen	Slowakei
Finnland	Luxemburg	Slowenien
Frankreich	Malta	Spanien
Griechenland	Niederlande	Tschechien
Großbritannien	Österreich*	Ungarn
Irland	Polen	Zypern

Staatsangehörige aus den EWR-Staaten sind gem. § 12 FreizügG/EU Unionsbürgern gleichgestellt. EWR-Mitgliedstaaten sind:

Island	Liechtenstein	Norwegen
--------	---------------	----------

⁴ BSG, Urteil vom 30.01.2013 - B 4 AS 54/12 R

⁵ LSG NRW, Beschlüsse vom 03.12.2014 - L 2 AS 1623/14 B ER und 09.01.2015 - L 12 AS 2209/14 B ER

⁶ B 4 AS 59/13 R, B 4 AS 24/14 R, B 14 AS 51/13 R, B 14 AS 15/14 R, B 14 AS 18/14 R, B 14 AS 33/14 R (Stand 07.04.2015)

Staatsangehörige aus der **Schweiz** sind wie Unionsbürger zu behandeln.

*Mit **Österreich** wurde am 17.01.1966 ein bilaterales Fürsorgeabkommen abgeschlossen. Nach Artikel 2 dieses Abkommens erhalten österreichische Staatsangehörige in der Bundesrepublik Fürsorgeleistungen in gleicher Weise, in gleichem Umfang und unter den gleichen Bedingungen wie deutsche Staatsangehörige. Der Begriff „Fürsorge“ umfasst dabei nach Artikel 1 Ziffer 4 des Abkommens alle gesetzlich begründeten öffentlichen Mittel zur Deckung und Sicherung des Lebensbedarfes für Personen, die keine andere Voraussetzung als die der Hilfsbedürftigkeit zu erfüllen haben. Da bei der Grundsicherung für Arbeitsuchende als weitere Voraussetzung aber u. a. auch die Erwerbsfähigkeit gegeben sein muss, fallen Leistungen nach dem SGB II nicht unter den Fürsorgebegriff des vgl. Abkommens⁷. Dies bedeutet, dass der Leistungsausschluss nach § 7 Absatz 1 Satz 2 grundsätzlich auch auf österreichische Staatsangehörige anzuwenden ist.

5. Praxistipps

a) Prüfung der Arbeitnehmereigenschaft:

- § 7 Absatz 1 SGB IV: Ist die Tätigkeit weisungsgebunden? Liegt eine Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Weisungsgebers vor (z. B. hinsichtlich Vertretungsregelungen oder Arbeitszeitgestaltung)?
- Hat die Arbeitsleistung für den Arbeitgeber einen wirtschaftlichen Wert?
- Wurde ein Arbeitsvertrag abgeschlossen? Enthält dieser Regelungen zum Urlaubsanspruch, zur Lohnfortzahlung im Krankheitsfall etc.?
- Wie hoch ist die wöchentliche Arbeitszeit?
- Wie hoch ist das Einkommen?
- Liegt eine Anmeldung zur Sozialversicherung bzw. bei geringfügig Beschäftigten zur Minijobzentrale vor?

Folgende Nachweise sollten von der antragstellenden Person mindestens angefordert werden:

- Arbeitsvertrag bzw. Bescheinigung nach § 2 NachwG (s. o. unter Ziffer 2.)
- Lohnabrechnung(en)
- Nachweis über tatsächlichen Bezug des Arbeitslohns
- Anmeldung zur Sozialversicherung bzw. Minijobzentrale

b) Prüfung einer selbstständigen Tätigkeit:

- Wird die selbstständige Tätigkeit tatsächlich ausgeübt und liegt eine ernstzunehmende Gewinnerzielungsabsicht vor?
- In welchem zeitlichen Umfang wird die selbstständige Tätigkeit ausgeübt?
- Handelt es sich um eine wirtschaftlich relevante Tätigkeit? Seit wann wird die Tätigkeit ausgeübt und welche Gewinne wurden bislang erzielt?

⁷ LSG NRW, Urteil vom 22.06.2010 - L 1 AS 36/08 und LSG Berlin-Brb., Beschluss vom 16.08.2013 - L 5 AS 2112/13 B ER

- Liegt eine Gewerbeanmeldung vor? Seit wann?
- Liegt eine Steuernummer vor? Seit wann?
- Wie ist die Tätigkeit organisiert (z. B. hinsichtlich Buchhaltung, Rechnungslegung, Mahnungswesen etc.)?

Welche Unterlagen zum Nachweis einer selbstständigen Tätigkeit erforderlich sind, muss im Einzelfall entschieden werden.

c) Beispiele aus der Rechtsprechung für einzelne Tätigkeiten:

- *Straßenmusik*
SG Duisburg, 30.01.2013, S 38 AS 2303/13 ER: Straßenmusik ist als Kunst anzusehen und kann daher eine selbstständige Erwerbstätigkeit darstellen.
LSG Berlin-Brandenburg, 05.03.2012, L 29 AS 414/12 B ER: Da weder Gewerbebescheinigung noch Steuernummer beantragt wurden, handelt es sich bei der Tätigkeit als Straßenmusiker nicht um eine rechtmäßige selbstständige Tätigkeit.
- *Verkauf von Obdachlosenzeitungen*
LSG NRW, 10.10.2013, L 19 AS 129/13: Der Verkauf von Obdachlosenzeitungen begründet weder die Eigenschaft als Arbeitnehmer noch handelt es sich um eine selbstständige Tätigkeit.
LSG Hessen, 14.10.2009, L 7 AS 166/09 B ER: Bei der mit dem Verkauf der Obdachlosenzeitung verbundenen Tätigkeit handelt es sich weder um eine Erwerbstätigkeit im Sinne einer Beschäftigung noch um eine selbstständige Tätigkeit zur Erbringung von Dienstleistungen.
- *Straßenprostitution*
LSG NRW, 20.08.2012, L 12 AS 531/12 B ER: Die von der Betroffenen vorgetragene Ausübung der Prostitution begründet keine Arbeitnehmereigenschaft, da hierzu nichts belegt wurde, und stellt auch keine (legale) selbstständige Tätigkeit dar, da keine melderechtliche Erfassung erfolgte.
LSG NRW, 02.07.2012, L 19 AS 1071/12 B ER: Die Ausübung der Straßenprostitution kann ein Aufenthaltsrecht nach § 2 Absatz 2 Nr. 3 FreizügG/EU begründen; die Tätigkeit wurde durch die Bescheinigung einer Streetworkerin sowie der Abgabe einer Steuererklärung mit Jahreseinkünften von 8.400,- € hinreichend glaubhaft gemacht.
- *Flaschensammeln*
SG Duisburg, 30.01.2013, S 38 AS 2303/13 ER: Beim Flaschensammeln handelt es sich nicht um eine selbstständige Erwerbstätigkeit, sondern vielmehr um eine reine Sammeltätigkeit.
LSG Berlin-Brandenburg, 09.09.2010, L 10 AS 1023/10 B ER: Beim Sammeln von Pfandflaschen handelt es sich bereits begrifflich nicht um eine selbstständige Erwerbstätigkeit; es fehlt an der Erbringung von Dienstleistungen gegenüber Dritten auf vertraglicher Basis.

Leistungsberechtigung von Drittstaatsangehörigen, die eine Wohnsitzauflage im Aufenthaltstitel haben

Sofern ein Ausländer einen Aufenthaltstitel mit einer vollziehbaren Wohnsitzauflage für einen anderen Kreis bzw. eine andere Stadt oder Gemeinde hat, ist ein Leistungsantrag mit dem Hinweis auf die Wohnsitzauflage und damit fehlender örtlicher Zuständigkeit abzulehnen (siehe hierzu LSG NRW, Beschluss vom 25.04.2013 - L 2 AS 454/13 B ER). Dies gilt nicht, wenn die Wohnsitzauflage noch nicht vollziehbar ist.

Eine Wohnsitzauflage kann mit der Klage vor dem zuständigen Verwaltungsgericht angefochten werden. Es obliegt der antragstellenden Person, die Nichtvollziehbarkeit der Wohnsitzauflage nachzuweisen (z. B. durch eine Bestätigung der zuständigen Ausländerbehörde). Im Zweifel sollte mit der zuständigen Ausländerbehörde Rücksprache gehalten werden.

In jedem Fall ist ein im Rahmen der Antragsbearbeitung bekannt gewordener Verstoß gegen die Wohnsitzauflage gem. § 87 Absatz 2 Satz 1 Nr. 2 AufenthG i. V. m. § 71 Absatz 2 Satz 1 Nr. 2 SGB X der zuständigen Ausländerbehörde zu melden.

Anlage: Prüfung der Anspruchsvoraussetzungen bei Unionsbürgern

- | | |
|---|--|
| 1. Bisheriger Aufenthalt in Deutschland unter 3 Monaten? | <input type="checkbox"/> ja ⇒ weiter bei 2.
<input type="checkbox"/> nein ⇒ weiter bei 5. |
| <hr/> | |
| 2. Arbeitnehmer/in oder Selbstständige/r? | <input type="checkbox"/> ja ⇒ ALG II ¹
<input type="checkbox"/> nein ⇒ weiter bei 3. |
| 3. Freizügigkeitsrecht nach § 2 Absatz 3 FreizügG/EU? | <input type="checkbox"/> ja ⇒ ALG II ^{1,2}
<input type="checkbox"/> nein ⇒ weiter bei 4. |
| 4. Familienangehörige/r einer unter Ziffer 2. und 3. genannten Person oder eines/einer Deutschen? | <input type="checkbox"/> ja ⇒ ALG II/SozG ^{1,3}
<input type="checkbox"/> nein ⇒ Ablehnung ^{4,6} |
| <hr/> | |
| 5. Daueraufenthaltsrecht nach § 4a FreizügG/EU?
(5 Jahre ständiger rechtmäßiger Aufenthalt) | <input type="checkbox"/> ja ⇒ ALG II ¹
<input type="checkbox"/> nein ⇒ weiter bei 6. |
| 6. Arbeitnehmer/in oder Selbstständige/r? | <input type="checkbox"/> ja ⇒ ALG II ¹
<input type="checkbox"/> nein ⇒ weiter bei 7. |
| 7. Freizügigkeitsrecht nach § 2 Absatz 3 FreizügG/EU? | <input type="checkbox"/> ja ⇒ ALG II ^{1,2}
<input type="checkbox"/> nein ⇒ weiter bei 8. |
| 8. Ergibt sich das Aufenthaltsrecht (auch) aus einem anderen Zweck als dem der Arbeitssuche? | <input type="checkbox"/> ja ⇒ ALG II ¹
<input type="checkbox"/> nein ⇒ weiter bei 9. |
| 9. Familienangehörige/r einer unter Ziffer 5. - 8. genannten Person oder eines/einer Deutschen? | <input type="checkbox"/> ja ⇒ ALG II/SozG ^{1,3}
<input type="checkbox"/> nein ⇒ Ablehnung ^{5,6} |

¹ soweit die sonstigen Voraussetzungen erfüllt sind

² ggf. Leistungsanspruch nur für 6 Monate (bei weniger als einem Jahr Beschäftigung)

³ leitet sich das Freizügigkeitsrecht von einem Unionsbürger ab, ist es an das Stammrecht dieser Person gekoppelt; für Familienangehörige von Deutschen gelten die Leistungsausschlüsse des § 7 Absatz 1 Satz 2 Nr. 1 und 2 SGB II nicht (BSG, Urteile vom 30.01.2013, B 4 37/12 R und B 4 AS 54/12 R)

⁴ für die ersten 3 Monate des Aufenthaltes gem. § 7 Absatz 1 Satz 2 Nr. 1 SGB II

⁵ gem. § 7 Absatz 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II