

# Sozialleistungen für Unionsbürger/innen nach der VO 883/2004

Dorothee Frings

Februar 2012

Aus den Beratungsstellen und der humanitären Krankenhilfe für Menschen ohne Papiere häufen sich die Berichte von Unionsbürgerinnen und –bürgern, die keine Versicherungskarte besitzen und die denen alle Hilfen zum Lebensunterhalt verweigert werden. Viele von ihnen werden in illegalen Arbeitsverhältnissen ausgebeutet oder in die Sexarbeit gedrängt. In besonderem Maße betroffen sind Menschen aus Bulgarien und Rumänien, die nach Deutschland kommen, weil sie wegen leerer öffentlicher Kassen aus dem Staatsdienst entlassen wurden, weil sie bei Krankheit oder Schwangerschaft keine ausreichende medizinische Versorgung erhalten oder weil sie als Roma angefeindet werden und keine Möglichkeit haben, ihren Lebensunterhalt zu verdienen.

Die Beratung dieser Menschen gestaltet sich so schwierig, weil hier nicht nur die Regelungen des deutschen Sozialrechts gelten, sondern zusätzlich Regelungen des EU-Rechts, die ihrerseits nicht überschneidungs- und widerspruchsfrei anzuwenden sind.

Die Verordnung (EG) Nr. 883/2004 vom 29. April 2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit (ABl. L 166 vom 30.4.2004, S. 1–123) löst für Unionsbürger, ihre Familienangehörigen, Staatenlose und Flüchtlinge die VO 1408/71 (die für EWR, Schweiz und Drittstaatsangehörige erhalten bleibt) ab. Sie trat am 1.5.2010 in Kraft, nachdem die ergänzende Durchführungsverordnung 987/2009 (ABl. L 284 vom 30.10.2009, S. 1 – 31) am 16.9.2009 verabschiedet worden war.

Die VO 883/2004 soll die bisherige Koordination der Sozialen Sicherung unter Berücksichtigung der EuGH-Rechtsprechung aktualisieren, vereinfachen und die Mobilität in Europa durch einen insgesamt hohen Sozialschutz fördern. Auch sollen Doppelzuständigkeiten im Bereich der Sozialversicherungen endgültig beseitigen werden; hierzu werden im II. Titel (Art. 11 bis 16) die Regeln zu Bestimmung des zuständigen Mitgliedstaates festgelegt.

Das Europäische Koordinationsrecht wird von zwei Grundregeln bestimmt:

1. Vorrangig wird die Zuständigkeit der soziale Sicherungssysteme durch den Ort der Erwerbstätigkeit bestimmt (**lex loci laboris**); ausgenommen sind entsandte Beschäftigte und kurzfristig auswärts tätige Selbständige. Dies Prinzip entspricht dem Grundanliegen der Europäischen Verträge, die Bewegungsfreiheit der Erwerbstätigen in Europa zu gewährleisten (Cornelissen, in Eichenhofer, 2009, S. 17, 51). Der Rentenbezug wird als Verlängerung der Erwerbstätigkeit betrachtet und deshalb liegt die Zuständigkeit für die soziale Sicherung bei dem Staat, der die Rente gewährt.
2. Liegt keine Erwerbstätigkeit vor und wirkt eine vorangegangene auch nicht nach, so liegt die Zuständigkeit beim Wohnsitzstaat (**lex domicilii**). Ausgenommen von dieser Unterscheidung sind die beitragsunabhängigen Leistungen nach Art. 70, für die ausschließlich das Wohnortprinzip gilt.

Mit dieser klaren Festlegung der Anknüpfung für alle Sachverhalte erfolgt eine deutliche Verlagerung von der Wanderarbeitnehmerin zur Unionsbürgerin. Die Regularien der Koordination erfassen nun jeden EU-Bürger, der in irgendeiner Form nach nationalem Recht versichert ist, gleich ob er arbeitet, gearbeitet hat oder gänzlich inaktiv ist (Cornelissen, in Eichenhofer, 2009, S. 17, 53).

## I. Krankenversicherungsschutz

Für das deutsche Recht der Gesetzlichen Krankenversicherung ergeben sich aus der Bezugnahme der VO 883/2004 auf die reine Unionsbürgerschaft weit reichende Konsequenzen, vor allem in Hinblick auf die Pflichtmitgliedschaft nach § 5 Abs. 1 Nr. 13 SGB V (sog. Bürgerversicherung), die jedweden Bezug zu einer Erwerbstätigkeit verloren hat.

Welches der Wohnsitzstaat ist, bestimmt sich nicht allein nach der Anmeldung, sondern nach weiteren in Art. 11 VO 987/2009 niedergelegten Kriterien:

1. Die „...Dauer und Kontinuität des Aufenthalts im Hoheitsgebiet des betreffenden Mitgliedstaats;
2. die Situation der Person, einschließlich
  - der Art und der spezifischen Merkmale jeglicher ausgeübten Tätigkeit, insbesondere des Ortes, an dem eine solche Tätigkeit in der Regel ausgeübt wird, der Dauerhaftigkeit der Tätigkeit und der Dauer jedes Arbeitsvertrags,
  - ihrer familiären Verhältnisse und familiären Bindungen,
  - der Ausübung einer nicht bezahlten Tätigkeit,
  - im Falle von Studierenden ihrer Einkommensquelle,
  - ihrer Wohnsituation, insbesondere deren dauerhafter Charakter,
  - des Mitgliedstaats, der als der steuerliche Wohnsitz der Person gilt.“

Führen diese Kriterien nicht zu einer Klärung, so ist auf den erkennbaren Willen der wandernden Person abzustellen.

Für die Krankenversicherung regeln Art. 17 bis 21 VO 883/2004 in Modifizierung des Wohnortprinzips, dass der bisherige Staat zuständig bleibt, solange das Versicherungsverhältnis oder die Absicherung durch einen nationalen Gesundheitsdienst andauern.

Soweit also ein Versicherungsverhältnis/ Absicherung in einem anderen Mitgliedstaat besteht, erfolgt die medizinische Versorgung in Deutschland im Wege der Sachleistungsaushilfe. Es besteht ein Anspruch auf medizinische Leistungen durch niedergelassene Ärzte, Krankenhäuser, auf Medikamente und Heilmittel. Erfasst werden auch die Sachleistungen der Pflegeversicherung, nicht jedoch das Pflegegeld, weil Geldleistungen nur vom zuständigen Träger unmittelbar erbracht werden. Der Umfang entspricht den Leistungen für Mitglieder der deutschen gesetzlichen Krankenversicherung (GKV) und verpflichtet gleichermaßen zu Zuzahlungen und Eigenbeteiligungen (EuGH v. 15.6.2010 – C-211/08 „Kommission/Spanien; dazu: Janda, ZESAR 2010, 465 ff.). Durchgeführt wird die Sachleistungsaushilfe mittels der EHIC (European Health Insurance Card), die der zuständige Träger des anderen Mitgliedstaates ausstellt und die in Deutschland alle Leistungserbringer zur Behandlung verpflichtet (Art. 25 Abs. 1 VO 987/2009, Beschluss S2 der Verwaltungskommission vom 12.6.2009, ABl. C 106 v. 24.4.2010, S. 26).

Unabhängig von allen weiteren Zuständigkeitsregeln ist eine gültige EHIC stets ein verbindlicher Nachweis des bestehenden Versicherungsschutzes, solange sie nicht widerrufen oder für ungültig erklärt wurde (Art. 5 VO 987/2009).

Aus den Beratungsstellen wird immer wieder berichtet, dass einzelne Ärzte die Behandlung auf der Grundlage einer EHIC ablehnten. Dies geschieht jedoch nicht, weil sie um ihr Honorar fürchten, welches sie problemlos mit der – vom Patienten zu bestimmenden – GKV abrechnen können, sondern weil sie dies nicht elektronisch abwickeln können, sondern ein Formblatt ausfüllen müssen. Die ärztliche Behandlungspflicht besteht im Rahmen der Kapazität wie bei jeder anderen Versicherten.

Besondere, bisher ungelöste Schwierigkeiten entstehen, wenn keine EHIC vorgelegt werden kann, obwohl eine Versicherung/Absicherung im Herkunftsstaat besteht. Insbesondere Menschen aus Rumänien und Bulgarien haben erhebliche Schwierigkeiten, diese Karte von ihren jeweiligen nationalen Gesundheitsdiensten zu erhalten. Da sie im Land selbst für eine Behandlung nicht erforderlich ist, muss sie gesondert ausgestellt werden. In manchen Regionen scheint dies nur gegen „Sonderzahlungen“ oder mit Beziehungen möglich zu sein.

Nach Art. 25 VO 987/2009 fordert der Träger des Aufenthaltsortes, also die GKV oder auch das Sozialamt auf Grund seiner Notfallzuständigkeit für die Krankenhilfe nach §§ 48, 50 SGB XII, das Dokument beim zuständigen Träger an. Dies Prozedere scheint bislang nicht zu funktionieren, zumindest auch, weil es an Informationen über dieses Verfahren fehlt.

Die Konsequenzen aus den Koordinationsregelungen für die Beratungspraxis sollen im Folgenden an Hand der verschiedenen Aufenthalts- und Erwerbskonstellationen dargestellt werden.

#### **1. In Deutschland sozialversicherungspflichtig beschäftigt:**

Es besteht eine Pflichtversicherung, die Beiträge zur GKV werden durch den Arbeitgeber abgeführt. Die Pflichtversicherung besteht auch während einer nicht angemeldeten (Schwarz-) Arbeit. Der Arbeitgeber schuldet der GKV die rückständigen Beiträge.

#### **2. In Deutschland beschäftigt ohne pflichtversichert zu sein:**

Bei Ausübung eines **Minijobs** kann der Zugang zur GKV in der Regel durch die Inanspruchnahme von ergänzenden **Leistungen nach SGB II** gesichert werden, § 5 Abs. 1 Nr. 2a SGB V.

Ist ein ALG II-Bezug jedoch wegen der Anrechnung des Einkommens eines nichtehelichen oder nicht verpartnerten Partners oder eines Elternteils nicht möglich, so ist zunächst eine **Familienversicherung** nach § 10 SGB V zu prüfen. Einbezogen sind Kinder bis zum 23. Lebensjahr (§ 10 Abs. 2 Nr. 2 SGB V), weil der versicherungsfreie Minijob nicht als Erwerbstätigkeit gilt (Becker/Kingreen, 2010, § 10 SGB V, Rn. 40).

Andernfalls besteht zweifelsfrei eine Pflichtversicherung nach § 5 Abs. 1 Nr. 13 SGB V (sog. **Bürgerversicherung**), da auf Grund der Erwerbstätigkeit die Ausschlussklausel des § 5 Abs. 11 Satz 2 SGB V nicht greift. Die Versicherungspflicht besteht nicht seit der Einreise, sondern erst ab Aufnahme der Beschäftigung oder aber ab eindeutiger Begründung eines gewöhnlichen Aufenthalts nach den Kriterien des Art. 11 VO 987/2009. Erst mit Aufnahme der Beschäftigung wechselt die Zuständigkeit vom bisherigen Wohnsitzstaat zum Staat der Beschäftigung (Art. 11 Abs. 3 lit. a VO 883/2004). Der Beginn der Versicherungspflicht ist praktisch bedeutsam, weil die Beiträge auch rückwirkend bezahlt werden müssen und der volle Versicherungsschutz erst besteht, wenn die Schulden beglichen oder eine Stund-

ungsvereinbarung geschlossen wurde (§ 16 Abs. 3a Satz 2 und 3 SGB V). Der volle Versicherungsschutz lebt auch auf, wenn Leistungen nach SGB II oder SGB XII in Anspruch genommen werden.

Auch bei unbezahlten Schulden bleibt der Anspruch auf Notfallbehandlung, sowie auf uneingeschränkte Leistungen bei Schwangerschaft, Geburt und für Vorsorgeuntersuchungen erhalten (§ 16 Abs. 3a SGB V). Mitversicherte Familienangehörige unterliegen nicht den Leistungseinschränkungen, wenn der Hauptversicherte keine Beiträge gezahlt hat (Mitteilung der Bundesregierung an den Spitzenverband Bund der Krankenversicherungen v. 23.1.2009, nach Soziale Sicherheit, Soziplus 5/2009, S. 5).

Ein Anspruch auf freiwillige Weiterversicherung nach § 9 SGB V besteht nur, wenn zu einem früheren Zeitpunkt bereits einmal eine Mitgliedschaft in der deutschen GKV bestand (siehe dazu unter Selbständige).

Bei Ausübung einer **Saisonbeschäftigung** entsteht eine Versicherungspflicht nur, wenn nicht durch die Bescheinigung A 1 der Fortbestand der Sozialversicherungspflicht im Herkunftsstaat nachgewiesen wurde (so auch § 6 Abs. 1 Nr. 8 SGB V). In diesen Fällen erfolgt die Gesundheitsversorgung durch Sachleistungsaushilfe mittels der EHIC. Andernfalls unterliegen auch Saisonarbeitnehmerinnen der Sozialversicherungspflicht in Deutschland.

Wird der in einem anderen Mitgliedstaat bestehende Krankenversicherungsschutz allerdings durch eine EHIC nachgewiesen, so ist von dem Fortbestand des Versicherungsschutzes bis zum Widerruf auszugehen (Art. 5 VO 987/2009). So erhalten etwa polnische Staatsangehörige die Versicherungskarte, wenn sie sich bei der polnischen Arbeitsverwaltung als Arbeit suchend registrieren lassen, und bulgarische Staatsangehörige können die Karte allein auf Grund ihrer Staatsangehörigkeit ohne Rücksicht auf Beschäftigungs- oder Wohnort erhalten.

Wer **ab 55 Jahren** eine Beschäftigung aufnimmt, wird nicht in der GKV versichert, wenn er in den letzten fünf Jahren nicht gesetzlich versichert war (§ 6 Abs. 3a SGB V). Diese Regelung gilt allerdings nicht für Personen, die aus dem Ausland zuwandern und deshalb bisher weder gesetzlich noch privat in Deutschland versichert waren (Kruse in Kruse/Hänlein, 2009, § 6 Rn. 34). Von dem Ausschluss betroffen sein können z.B. Neu-Unionsbürger, die sich mangels Arbeitserlaubnis-EU selbständig gemacht haben und nach der Herstellung der vollen Arbeitnehmerfreizügigkeit eine Beschäftigung aufnehmen wollen.

Unionsbürgerinnen, die erstmals eine Tätigkeit in Deutschland aufnehmen und ein Gehalt erzielen, welches **oberhalb der Beitragsbemessungsgrenze** (3.825 Euro mtl. für 2012) liegt, sind nach § 6 Abs. 1 Nr. 1 SGB V nicht pflichtversichert, sie können sich jedoch nach § 9 Abs. 1 Nr. 3 SGB V freiwillig versichern. Dies ist nur zu Beginn der Beschäftigungsaufnahme möglich.

### 3. Selbständige Erwerbstätigkeit:

Bei Aufnahme einer selbständigen Erwerbstätigkeit mit Geschäftssitz in Deutschland entsteht die ausschließliche Zuständigkeit der deutschen Systeme der sozialen Sicherung als Ort der Erwerbstätigkeit nach Art. 11 VO 883/2004. Die Zuständigkeit wird mit der Gewerbeanmeldung oder der Beantragung einer Steuernummer für freiberufliche Tätigkeiten begründet.

Die Möglichkeit, der gesetzlichen Krankenversicherung als freiwilliges Mitglied beizutreten – in Hinblick auf eine Beendigung der Pflichtversicherung im Herkunftsstaat (§ 9 Abs. 1 Nr. 1 SGB V) – besteht nur, wenn bereits zu irgendeinem zurückliegenden Zeitpunkt eine Pflichtversicherung wegen einer Erwerbstätigkeit in Deutschland bestanden hatte (Art. 14 Abs. 4 i.V.m. Art. 5 lit. b VO 883/2004; siehe auch Schulte, ZESAR 2010, 202, 208).

Mit dieser Einschränkung wird verhindert, dass Personen ohne jede Vorversicherung in einem Staat Zugang zur freiwilligen Versicherung erhalten (Jorens/van Overmeiren, in: Eichenhofer, 50 Jahre, 105, 131).

Selbständige Unionsbürger sind damit überwiegend nach § 193 Abs. 3 Versicherungsvertragsgesetz verpflichtet, eine private Krankenversicherung abzuschließen. Reicht das Einkommen der Betroffenen nicht, um die hohen Beiträge (über 600 € mtl.) zu zahlen, so besteht im Basistarif nach § 12 Versicherungsaufsichtsgesetz die Möglichkeit, die Beiträge auf die Hälfte herabsetzen zu lassen (§ 12 Abs. 1c VAG).

Kann auch dieser Beitrag nicht gezahlt werden, so besteht ein Anspruch auf einen Zuschuss zur Krankenversicherung nach § 26 Abs. 2 Satz 2 SGB II durch das Jobcenter. Erst wenn die Einnahmen auch ohne Berücksichtigung der Kosten der Krankenversicherung nicht reichen, um den Lebensunterhalt zu decken, entsteht ein originärer Anspruch auf Alg II und gegebenenfalls Leistungen für die Familienangehörigen.

Die Verpflichtung zur Beitragszahlung besteht in der privaten KV erst ab Vertragsabschluss und kann sich nicht wie bei der GKV auf zurückliegende Zeiträume beziehen. Werden allerdings nach Vertragsschluss die Beiträge nicht entrichtet, so ruhen auch in der privaten KV die Leistungsansprüche bis auf die Notfallbehandlung sowie Leistungen bei Schwangerschaft und Geburt (§ 193 Abs. 6 Satz 6 VVG).

#### 4. Studierende

Die Versicherungspflicht hängt davon ab, ob Deutschland auf Grund des Wohnsitzes zum zuständigen Mitgliedstaat wird (Art. 11). Generelle Regelungen bestehen nicht, die Abgrenzungen müssen also nach Art. 11 VO 987/2009 vorgenommen werden.

Behält der Studierende seinen **Bezug zum Elternhaus** durch regelmäßige Heimfahrten und wird sein Unterhalt im Wesentlichen von den Eltern bestritten, so liegt sein Wohnsitz bei den Eltern. Das gilt in aller Regel auch, wenn nur ein Teil des Studiums (z.B. über ERASMUS) in Deutschland absolviert wird. Zuständig ist der Mitgliedstaat des Wohnortes der Eltern oder auch eines Ehegatten; die EHIC ist vom dortigen Träger der Versicherung oder des nationalen Gesundheitsdienstes auszustellen. Wird sie bei einer GKV in Deutschland vorgelegt, so besteht nach § 6 Abs. 1 Nr. 8 SGB V keine Versicherungspflicht. Auch **bereits gezahlte Beiträge** in die studentische Krankenversicherung sind **zurückzuerstatten**.

Bestehen hingegen keine festen Bindungen mehr zum bisherigen Mitgliedstaat, entsteht die Versicherungspflicht in der deutschen GKV nach § 5 Abs. 1 Nr. 9 SGB V.

Bei Überschreiten der Altersgrenze von 30 Jahren (§ 5 Abs. 1 Nr. 9 SGB V) besteht ein Anspruch auf Weiterversicherung nur, wenn zuvor eine Pflichtversicherung in Deutschland bestand.

## 5. Arbeitssuche in Deutschland

Soweit und solange von einem Träger des Herkunftsstaates Leistungen bei Arbeitslosigkeit erbracht werden – auch wenn diese von einem deutschen Träger ausgezahlt werden – bleibt dieser Staat zuständig für die Gesundheitsversorgung; ebenso wenn die bisher bestehende Versicherung oder Absicherung durch einen nationalen Gesundheitsdienst fortbesteht (Art. 17 VO 883/2004).

Im Übrigen ist erneut der Wohnsitz entscheidend.

Handelt es sich lediglich um einen Aufenthalt, um den deutschen Arbeitsmarkt zu erkunden, und werden alle wesentlichen Bezüge zum bisherigen Mitgliedsstaat erhalten (Wohnung, Familienangehörige etc.), bleibt der bisherige Staat zuständig und die Gesundheitsversorgung erfolgt mittels EHIC.

Wurde der Wohnsitz jedoch in der Absicht des längerfristigen Verbleibs verlagert, so besteht ein **Versicherungspflichtverhältnis nach § 5 Abs. 1 Nr. 13 SGB V**. Der Ausschluss von diesem Versicherungsverhältnis nach § 5 Abs. 11 Satz 2 SGB V für Unionsbürgerinnen, deren Recht zum Aufenthalt von einer Krankenversicherung abhängt (§ 4 FreizügG/EU), greift nicht. Arbeitssuchenden steht ein unbedingtes Aufenthaltsrecht zu, solange sie tatsächliche Anstrengungen zur Erlangung eines Arbeitsplatzes unternehmen und noch realistische Erfolgchancen bestehen (Art. 14 Abs. 4 lit. b RL 2004/38). Sie können sich auf ihr Freizügigkeitsrecht nach § 2 FreizügG/EU berufen, ohne einen Krankenversicherungsschutz nachweisen zu müssen (Overmeiren/Eichenhofer/Verschueren, 2009, S. 9). Ein Leistungsausschluss könnte sich jedoch trotz bestehender Pflichtmitgliedschaft aus § 52a SGB V ergeben, wenn die Einreise zum Zweck des Leistungsmissbrauchs erfolgte. An den Nachweis einer Missbrauchsabsicht sind hohe Anforderungen zu stellen. Fraglich ist auch, ob dieser Leistungsausschluss in einer gesetzlichen Pflichtversicherung mit dem Gleichbehandlungsgebot des Art. 4 VO 883/2004 vereinbar ist. Zwar knüpft die Regelung des § 52a SGB V nicht an der Ausländereigenschaft an, sondern bezieht sich auf jede einreisende Person. Deutschen dürfte jedoch bei Inanspruchnahme einer Pflichtversicherung kaum ein Missbrauchsvorwurf zu machen sein; das Verhalten von Unionsbürgerinnen darf keiner anderen Bewertung unterliegen.

## 6. Vorübergehender inaktiver Aufenthalt in Deutschland

Für **bei Gelegenheit der Aufenthalts** anfallende medizinische Leistungen erfolgt die Sachleistungsaushilfe nach Art. 19 VO 884/2004 im selben Umfang wie für Mitglieder der deutschen GKV (Art. 25 Abs. 3 VO 987/2009).

Besondere Vereinbarungen sind für bestimmte „große Leistungen“ (lebenswichtige medizinische Behandlungen, die nur in spezialisierten medizinischen Einrichtungen verfügbar sind,) erforderlich.

Hierzu heißt es im Beschluss der Verwaltungskommission v. 12.6.2009, Erwägung 4:

„Artikel 25 Absatz 3 der Verordnung (EG) Nr. 987/2009 ist so auszulegen, dass im Zusammenhang mit Schwangerschaft und Entbindung erbrachte Sachleistungen unter diese Bestimmung fallen. Ausgenommen sind Fälle, bei denen die Entbindung Zweck des vorübergehenden Auslandsaufenthalts ist.“(ABIEU Nr. C 106 v. 24.4.2010, S. 40).

Damit wird klargestellt, dass die Kosten der Entbindung und die Behandlung von Säuglingen auch bei hohem Aufwand ohne Genehmigung zu erbringen sind. Nur wenn die Einreise nachweislich zum Zweck der Entbindung erfolgte, kann die Behandlung auf das unerlässlich erforderliche (siehe Art. 20 VO 8883/2004) beschränkt werden.

Nach der Patienten-RL (2011/24/EU) vom 9.3.2011 (Abl. L 88 v.4.4.2011, S.45), die bis zum 25.10.2013 umzusetzen ist, können Patienten zukünftig für die Kosten einer Behandlung in einem anderen Mitgliedstaat Erstattung vom zuständigen Träger verlangen, wenn diese Leistung zum Leistungskatalog des Trägers gehört. Die Vorabgenehmigung darf nur für bestimmte Leistungen verlangt werden (Art. 8). Patienten können dann zwischen den Verfahren nach der VO 883/2004 und der Patienten-RL wählen (Tiedemann, ZESAR 1012, 14, 22).

Erfolgt die Einreise **zum Zweck der Behandlung**, verlangt Art. 20 VO 883/2004 eine Vorabgenehmigung durch den zuständigen Leistungsträger. Unaufschiebbare Behandlungen müssen jedoch im Wege der Sachleistungsaushilfe erfolgen. In diesen Fällen ersetzt die deutsche GKV die Genehmigung und teilt dies dem zuständigen ausländischen Leistungsträger mit, der die Genehmigung gelten lassen muss, und zur Kostenerstattung verpflichtet ist (Art. 26 Abs. 3 VO 987/2009).

## **7. Gewöhnlicher Aufenthalt ohne Bezug zum Arbeitsmarkt in Deutschland**

Hier ist zunächst der Bezug zum Arbeitsmarkt des Herkunftsstaates zu beachten. Personen gelten auch dann als erwerbstätig, wenn sie ihre Tätigkeit wegen Krankheit, Mutterschaft, Elternzeit oder Arbeitslosigkeit unterbrechen (Schoukens/Pieters, in Eichenhofer 2009, S. 143, 164). Für Rentner enthält die VO eine Sonderregelung, die die Zuständigkeit für die KV an den Ort des Trägers des Rentenbezugs bindet.

Haben sie jedoch freiwillig und auf Dauer den Arbeitsmarkt des Herkunftsstaates verlassen und sind nicht mehr dort versichert, so gelten sie nicht mehr als erwerbstätig und die Zuständigkeit für die Krankenversicherung liegt beim Wohnsitzstaat Deutschland.

Von der Pflichtversicherung nach § 5 Abs. 1 Nr. 13 SGB V, die gerade die Personen erfassen soll, die keinem anderweitigen Versicherungsschutz unterliegen, sind inaktive (ohne Bezug zum Erwerbsleben) Unionsbürger nach § 5 Abs. 11 Satz 2 SGB V ausgeschlossen. Ihr Recht zum Aufenthalt hängt nach Art. 7 Abs. 1 lit. b RL 2004/38/EG von einem umfassenden Krankenversicherungsschutz ab.

Fraglich ist allerdings, ob dieser Ausschluss vom Zugang zu einer Krankenversicherung nicht gegen die VO 883/2004 verstößt. Verlangt Art. 4 der VO doch eine strikte Gleichbehandlung aller Unionsbürgerinnen hinsichtlich aller Regelungen der sozialen Sicherheit und damit auch die Erfassung als Pflichtversicherte in der GKV.

## **8. Entsandte Arbeitnehmer/innen:**

Personen, die von einem Unternehmen in einem anderen Mitgliedstaat beschäftigt werden und dort zuvor mindestens einen Monat lang den sozialversicherungsrechtlichen Regelungen unterstanden (auch Arbeitslose oder Studierende), bleiben für einen Entsendezeitraum bis zu 24 Monaten in den Sozialversicherungssystemen des Entsendestaates (Art. 12 VO 883/2004).

Die Einstellung durch das Unternehmen kann auch ausdrücklich für die Entsendung erfolgt sein (Barlage-Melber/Lexa, ZESAR 10, 471, 472). Die Entsendebescheinigung (bisher E 101) wird als „Structured Electronic Documents“ im elektronischen Datenaustausch übermittelt und als „Portable Paper Document A.1“ ausgedruckt. Gesundheitsleistungen werden während der Entsendezeit im Wege der Sachleistungsaushilfe erbracht.

## II. Familienleistungen

Das deutsche **Kindergeld** gehört zu den Familienleistungen im Sinne des Art. 67 VO 883/2004, auch wenn es wie ein voraus gezahlter Kinderfreibetrag im Einkommenssteuerrecht geregelt ist (§ 62 ff. EStG), da es sich materiell als Leistung zur Entlastung von Aufwendungen für Kinder erweist (EuGH v. 18.12.2010 – C-16/09 „Schwemmer“; v. 20.5.2008 – C-352/06 – „Bosmann“).

Der **Kinderzuschlag** nach § 6a Bundeskindergeldgesetz (BKGG) sowie das **sozialrechtliche Kindergeld** nach § 1 BKGG sind klassisch geregelte Familienleistungen im Sinne des Art. 67 VO 883/2004.

Das gilt auch für das **Elterngeld**, auf welches die Rechtsprechung des EuGHs zum Erziehungsgeld übertragbar ist.

Der **Unterhaltsvorschuss** wird von der Koordination ausdrücklich ausgeschlossen (Art. 1 lit z), um damit die Möglichkeit des Exports dieser Leistung, die sich aus den Entscheidungen Offermans (EuGH v. 15.3.2001-C-85/99) und Humer (EuGH v. 5.2.2002- C-255/99) ergibt, auszuschließen (Jorens/Van Overmeiren in Eichenhofer, 2009, S. 105, 119). Diese Leistungen sind damit ausschließlich an den Wohnsitz des Kindes gebunden.

Die Zuständigkeit eines Mitgliedstaates für die Familienleistungen bestimmt sich zunächst nach Art. 11 VO 883/2004; also vorrangig nach dem Beschäftigungsland, gefolgt von dem Staat der Rentenzahlung und nachrangig nach dem Land des Wohnsitzes.

Art. 67 VO 883/2004 bestimmt für die Ansprüche auf Familienleistungen allgemein die Fiktion eines Wohnsitzes der Familienangehörigen im Inland. Eine Ausnahme gilt für Rentner, hier bestimmen sich die Familienleistungen nach dem Staat des Rententrägers.

Kommt es nach diesen Grundsätzen zu Ansprüchen gegen Leistungsträger in verschiedenen Staaten, so wird der zuständige Träger unter Anwendung der Prioritätsregeln des Art. 68 VO 883//2004 ermittelt.

Ansprüche auf Kindergeld werden durch die Einkommenssteuerpflicht in Deutschland ausgelöst und damit sowohl durch die Erwerbstätigkeit als auch durch den Wohnort, soweit keine Erwerbstätigkeit vorliegt. Sie stehen nach § 62 EStG vorrangig den Eltern zu. Diese können auch ohne Begründung eines Wohnsitzes der deutschen Einkommenssteuerpflicht unterliegen, wenn sie in Deutschland einer Erwerbstätigkeit nachgehen. Anspruchsberechtigt sind nach § 64 EStG vorrangig die Elternteile oder Großeltern, die das Kind in ihren Haushalt aufgenommen haben. Lebt das Kind nicht im Haushalt eines Berechtigten, so besteht ein Anspruch auf Grund der Unterhaltszahlung oder auch allein auf Grund des Verwandtschaftsverhältnisses.

Daraus ergeben sich zunächst folgende Regeln, wenn **kein Elternteil eine Rente** bezieht:

- Haben **beide Eltern und das Kind** ihren Wohnsitz in Deutschland, so besteht der Kindergeldanspruch entweder nach dem Ort der Erwerbstätigkeit oder nach dem Wohnort (Art. 11 VO). Ansprüche auf Kinderzuschlag und Elterngeld bestehen nach dem Wohnort. Eine Leistungskollision entsteht nicht. Der Unterhaltsvorschuss richtet sich ausschließlich nach deutschem Recht und ist in Hinblick auf Art. 4 VO diskriminierungsfrei zu erbringen.
- Hat **ein Elternteil zusammen mit dem Kind** seinen Wohnsitz in Deutschland und der andere Elternteil seinen Wohnsitz in einem anderen Mitgliedstaat, so kommt es darauf an, ob der andere Elternteil dort Ansprüche auf Familienleistungen hat.

Bestehen derartige Ansprüche nicht, so liegt die Zuständigkeit nach Art. 11 VO ausschließlich in Deutschland, es kommt nicht zur Anwendung der Kollisionsregeln.

Bestehen in einem anderen Mitgliedstaat Ansprüche auf Grund einer Erwerbstätigkeit in diesem Staat, so bestimmt sich der zuständige Träger nach dem höheren Anspruch auf Familienleistungen (Art. 68 Abs. 1 lit. b i VO). Gegenüber den neuen EU-Staaten ist das stets Deutschland. Besteht daneben ein Anspruch auf Familienleistungen auch am Wohn- oder Beschäftigungsortes des anderen Elternteils, so wird dieser Leistungsträger nach Art. 58 der VO 987/2009 nur noch intern beteiligt. Die deutsche Familienkasse zahlt das volle Kindergeld (FG Rheinland-Pfalz v. 23.3.2011- 2 K 2248/10; auch FG München v. 27.10.2011 - 5 K 1075/11) und erhält von dem anderen Träger die Hälfte des gezahlten Betrages, begrenzt durch die Höhe seiner Leistungsverpflichtung gegenüber dem Anspruchsberechtigten.

*Beispiel:*

*Agathe, polnische Staatsangehörige lebt mit ihrem drei Monate alten Sohn in Hamburg und geht einer geringfügigen Beschäftigung nach. Ihr Ehemann Sascha betreibt in Warschau eine Pension. Er hat Anspruch auf polnisches Kindergeld. Es kommt zu einer Kollision der Leistungsansprüche. In Deutschland bestehen höhere Ansprüche. Agathe erhält das volle Kindergeld von der Familienkasse. Diese kann sich einen Teilbetrag von dem polnischen Leistungsträger erstatten lassen, höchstens den Betrag, den Sascha ohne die Kollision hätte beanspruchen können.*

*Beim Elterngeld kommt es nicht zu einer Kollision, der Anspruch besteht nur in Deutschland und setzt die Erziehung und Betreuung im eigenen Haushalt voraus.*

*Agathe hat eventuell auch einen Anspruch auf Unterhaltsvorschuss (ausschließlich nach deutschem Recht), wenn Sascha keinen oder zu wenig Unterhalt zahlt/zahlen kann.*

Bestehen die Ansprüche des anderen Elternteils hingegen **allein auf Grund des Wohnsitzes** in einem anderen Mitgliedstaat, so bleibt die deutsche Familienkasse in Hinblick auf den Wohnsitz des Kindes zuständig (Art. 68 Abs. 1 lit. b iii VO).

- Hat **ein Elternteil seinen Wohnsitz in Deutschland** und lebt der **andere Elternteil mit dem Kind in einem anderen Mitgliedstaat**, so kommt es erneut auf die Ansprüche in dem anderen Mitgliedstaat an.

Bestehen **in dem anderen Mitgliedstaat keine Ansprüche auf Familienleistungen**, so entstehen Ansprüche auf Familienleistungen in Deutschland, ohne dass es zu einer Leistungskollision kommt (FG München vom 27.10.2011 - 5 K 2614/10; Niedersächsisches FG v. 8.12.2011 - 16 K 291/11). Streitig war hier vor allem, ob die Berücksichtigung der Familie als Ganzes (Art. 60 Abs. 1 Satz 2 VO 987/2009) einen Anspruch auf Kindergeld gemäß § 64 EStG nur dort entstehen lässt, wo das Kind in den Haushalt aufgenommen ist (so etwa FG

Bremen v. 10.11.2011 - 3 K 26/11 im Fall der Aufnahme in den Haushalt der Großmutter). Nach der Regelung des Art. 67 VO wird jedoch zunächst der Wohnsitz des Kindes in Deutschland fingiert. Auch der Wohnsitz des anderen Elternteils wird fingiert, wenn er als Familienangehöriger betrachtet wird (bei bestehender Ehe, nach einer Scheidung zweifelhaft). Die Ansprüche des in Deutschland lebenden Elternteils entstehen so entweder, weil der vorrangig berechnigte Elternteil seinen Anspruch nicht geltend gemacht hat oder weil es auf die Haushaltsaufnahme des Kindes nicht ankommt (siehe Niedersächsisches FG v. 8.12.2011 - 16 K 291/11).

*Beispiel:*

*Der rumänische Vater lebt und arbeitet in Deutschland. Seine Ehefrau lebt mit zwei Kindern in Rumänien. Die Ehefrau könnte einen Anspruch auf Kindergeld in Hinblick auf die Einkommenssteuerpflicht des Ehemanns in Deutschland, einen fingierten Wohnsitz in Deutschland (Art. 67 VO) und die Aufnahme der Kinder in ihren Haushalt geltend machen (§§ 62 Abs. 1 Nr. 1, 64 Abs. 2 EStG). Tut sie dies nicht, ist der andere Elternteil (Vater in Deutschland) zur Antragstellung berechnigt (§ 64 Abs. 2 Satz 4 EStG).*

*Sind beide Eltern nicht/nicht mehr verheiratet, so werden nur die Kinder als Familienangehörige betrachtet und ein Wohnsitz in Deutschland fingiert. Auf die Aufnahme in den Haushalt kommt es dann nicht mehr an (§ 64 Abs. 3 EStG). Der Anspruch steht allein dem Vater zu.*

Bestehen hingegen **Ansprüche in dem anderen Mitgliedsstaat**, so kommt es darauf an, ob der andere **Elternteil erwerbstätig** ist. In diesem Fall, richtet sich die Zuständigkeit nach dem Wohnsitz des Kindes, und liegt damit bei dem anderen Mitgliedstaat. Soweit der Elternteil in Deutschland erwerbstätig ist und die dortigen Ansprüche auf Familienleistungen niedriger liegen als in Deutschland, hat die deutsche Familienkasse nach Art. 68 Abs. 2 Satz 2 VO den **Unterschiedsbetrag** zu leisten (FG München vom 27.10.2011 - 5 K 2614/10).

Steht dem hier lebenden Elternteil der Anspruch jedoch **nur auf Grund seines Wohnsitzes** zu, so wird der Ausgleich durch Art. 68 Abs. 2 Satz 3 VO ausgeschlossen.

*Beispiel:*

*Eine bulgarische Mutter lebt in Deutschland und betreibt eine Agentur für haushaltsnahe Dienstleistungen. Ihre Kinder leben bei ihrem Ehemann, der in Bulgarien als Angestellter arbeitet und Anspruch auf Kindergeld hat. Der Anspruch des Vaters verdrängt den Leistungsanspruch der Mutter gegenüber der deutschen Familienkasse nur in Höhe des bulgarischen Kindergeldes. Die Mutter hat einen Anspruch auf die Differenz zum deutschen Kindergeld.*

*Muss die Mutter ihre Tätigkeit wegen Krankheit, Mutterschaft oder unfreiwilliger Arbeitslosigkeit unterbrechen, bleibt es bei dieser Regelung.*

*Lebt die Mutter hingegen „inaktiv“ in Deutschland, könnte sie ihren Kindergeldanspruch nur auf den Wohnsitz stützen, dadurch wird jedoch kein Anspruch auf Kindergeld in Höhe der Differenz zum bulgarischen Kindergeld ausgelöst.*

Ist der **Elternteil in dem anderen Mitgliedstaat nicht erwerbstätig**, richten sich die Kollisionsregeln nach der Erwerbstätigkeit des hier lebenden Elternteils. Die deutsche Familienkasse ist also zuständig, wenn in Deutschland die höheren Ansprüche bestehen (Art. 68 Abs. 1 lit. b i) VO).

*Beispiel:*

*Ist der Vater im Fall der bulgarischen Familie in Bulgarien nicht erwerbstätig (und auch nicht als Arbeit suchend registriert) und hat er einen Anspruch auf Kindergeld, so ist allein die Kindergeldkasse in Deutschland zuständig, wenn die Mutter in Deutschland arbeitet.*

*Lebt die Mutter hingegen in Deutschland „inaktiv“, so bestehen Ansprüche auf Familienleistungen nur in Bulgarien. Zu einer Differenzzahlung kommt es nicht.*

Die Ansprüche auf **Kinderzuschlag** folgen diesen Regelungen, vorausgesetzt, es wird durch den Elternteil mindestens ein Einkommen von 600 € erzielt (§ 6a Abs. 1 Nr. 2 BKGG).

Ansprüche auf **Elterngeld** bestehen für den verheirateten/verpartnerten Elternteil im Ausland, der das Kind betreut, wenn in Deutschland eine Erwerbstätigkeit von einem Elternteil ausgeübt wird und darüber der Wohnsitz in Deutschland fingiert werden kann (Art. 67 VO).

- Wohnt das **Kind in Deutschland** und sind seine Eltern ausschließlich **in anderen Mitgliedstaaten erwerbstätig**, so ist die deutsche Familienkasse zuständig, wenn das deutsche Kindergeld höher ist, als selbiges im Staat der Erwerbstätigkeit. Das gilt auch, wenn ein Anspruch auf Kindergeld nur in Deutschland besteht (EuGH v. 20.5.2008- C 352-06 „Bosmann“). Hier wird das volle Kindergeld nach BKGG gezahlt, der Familienkasse steht jedoch ein interner Ausgleichsanspruch gegenüber dem ausländischen Träger zu.

Ist das Kindergeld hingegen in einem der Staaten der Erwerbstätigkeit der Eltern höher als in Deutschland, so liegt die Zuständigkeit bei dem Träger in diesem Staat.

Wohnt das **Kind in Deutschland** und haben seine **Eltern keinen Wohnsitz in Deutschland** und sind auch **in keinem Mitgliedstaat erwerbstätig**, so bestehen für das Kind Ansprüche auf Familienleistungen in Deutschland. Abzustellen ist nicht allein auf die formale Leistungsberechtigung, sondern auf die gesamte Familie (EuGH v. 7.6.2005 – C-543/03 - „Dodl/Oberhollenzer“). Daraus schließt Devetzi (in Eichenhofer, 2009, 291, 298), dass auch für Kinder, die ohne einen Elternteil in einem anderen Mitgliedstaat leben, ein Kindergeldanspruch nach der Zuständigkeit des Wohnstaates besteht.

Bei **Rentenempfängern** folgen die Familienleistungen stets der Rentenzahlung. Bezieht ein Elternteil eine Rente eines deutschen Versicherungsträgers, so besteht ein Anspruch auf deutsches Kindergeld/Kinderzuschlag unabhängig vom Wohnsitz des Kindes oder der Eltern.

Umgekehrt besteht kein Anspruch auf Familienleistungen in Deutschland, wenn ein Elternteil eine Rente eines anderen Mitgliedstaates bezieht.

Werden Renten von verschiedenen Versicherungsträgern ausgezahlt, so besteht der Anspruch auf Familienleistungen am Wohnsitz des Kindes, wenn von dem Rententräger dieses Staates eine Rente gezahlt wird. Lebt das Kind in einem Staat, in dem keine Rente gezahlt wird, so richtet sich der zuständige Träger nach der Dauer der Versicherungs- und Wohnsitzzeiten.

*Beispiel*

*Carmen lebt mit ihrer 14-jährigen Tochter in Deutschland und bezieht eine spanische Erwerbsunfähigkeitsrente. Sie hat einen Anspruch auf spanisches Kindergeld (Art. 68 Abs. 1 b ii) VO).*

*Sobald Carmen in Deutschland trotz der Rente eine Erwerbstätigkeit aufnimmt, entsteht ein Anspruch auf deutsches Kindergeld in Hinblick auf den Wohnsitz des Kindes (Art. 68 Abs. 1 b i) VO).*

*Carmen bezieht eine deutsche und eine spanische Rente. Es besteht ein Anspruch auf deutsches Kindergeld (Art. 68 Abs. 1 b ii) VO)*

*Carmen bezieht eine spanische und eine französische Rente, lebt aber in Deutschland. Der zuständige Träger für das Kindergeld bestimmt sich danach, in welchem der beiden Staaten die Rente sich aus längeren anzurechnenden Zeiten ergibt.*

Die deutsche Familienkasse ist verpflichtet, Anträge an die Leistungsträger der anderen Mitgliedstaaten weiterzuleiten, wenn sie selbst für die Leistung nicht zuständig ist.

Wenn der Berechtigte keinen Antrag auf Leistungen stellt, so wird der andere Elternteil oder ein Vormund nach Art. 60 Abs. 1 VO 987/2009 ausdrücklich ermächtigt, diesen Antrag zu stellen. Arbeitet z.B. ein polnischer Staatsangehöriger in Deutschland, dessen nicht erwerbstätige, geschiedene Ehefrau mit den gemeinsamen Kindern in Polen wohnt, so kann die Ehefrau den Antrag auf das deutsche Kindergeld stellen, wenn der Ehemann dies (vielleicht aus Unkenntnis) unterlassen hat.

Der BFH hat mit Beschlüssen vom 21. Oktober 2010 III R 5/09 und III R 35/10 dem EuGH Fragen der Kindergeldberechtigung von vorübergehend in Deutschland beschäftigten EU-Staatsangehörigen (entsandte Arbeitnehmerinnen) zur Klärung vorgelegt.

### **III. Existenzsichernde Leistungen nach SGB II**

Seit vielen Jahren bestehen erhebliche Unklarheiten über die europarechtliche Wirksamkeit des Leistungsausschlusses im SGB II für Ausländerinnen (§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 und Nr. 2 SGB II), der sich nahezu ausschließlich auf nicht erwerbstätige Unionsbürgerinnen und ihre Familienangehörigen bezieht.

In der Rechtsprechung des EuGH wird das Recht auf Inländergleichbehandlung von Unionsbürgern in dem Mitgliedstaat ihres Wohnsitzes auf das Diskriminierungsverbot nach Art. 18 AEUV (ex Art. 12 EG) im Zusammenhang mit der Freizügigkeit als Unionsbürger nach Art. 21 AEUV (Art. 18 EG) gestützt, ohne dass es auf die Teilnahme am Erwerbsleben ankommt (EuGH v. 12.5.1998 - C- 85/96 „Martinez-Sala“; v. 20.9.2001 – C 184/99 „Grzelczyk“; v. 7.9.2004 - C-456/02 „Trojani“; v. 15.3.2005 - C-209/03 „Bidar“; v. 18.11.2008 - C-158/07 „Förster“).

Der Unionsbürgerschaft wird also ein sozialrechtlicher Gehalt zugesprochen, der sich zu einem „social citizenship“ auf europäischer Ebene hin entwickelt (Davy, ZESAR 2010, 307).

Nachdem die Diskussion um die Europarechtskonformität der Leistungsausschlüsse für Unionsbürger in § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 und 2 SGB II vor allem auf einen möglichen Widerspruch zu dem in Art. 18 AEUV enthaltenen Diskriminierungsverbot wegen der Staatsangehörigkeit, die Frage der Auslegung des Art. 24 Abs. 2 RL 2004/38 (Ausschluss von Leistungen der Sozialhilfe) und den Sozialhilfcharakter der finanziellen Leistungen nach SGB II gerichtet waren (siehe hierzu EuGH v. 4.6.2009 – C-22/08

„Vatsouras“), wandten sich die Sozialgerichte ab Mitte 2011 verstärkt dem Problem des Diskriminierungsverbots der VO 883/2004 zu.

SGB II-Leistungen fallen als besondere beitragsunabhängige Leistungen nach Art. 70 unter die VO (so ausdrücklich Art. 3 Abs. 3 VO). Für eine Prüfung an Hand der in Art. 70 aufgestellten Kriterien ist kein Raum, da das SGB II als beitragsunabhängige Sonderleistung im Anhang X der VO aufgenommen wurde.

Das Diskriminierungsverbot des Art. 4 VO 883/2004 ist als „lex specialis“ zu Art. 18 AEUV und Art. 12 EC einzuordnen. Verboten ist es insbesondere, Leistungsansprüche im Wirkungsbereich der VO an die inländische Staatsangehörigkeit zu binden ohne Unionsbürger von derartigen Ausschlussklauseln auszunehmen (Husmann, ZESAR 2010, 97, 98).

Der Entwicklung im Primärrecht der EU entspricht die grundlegende Veränderung des Gleichbehandlungsgrundsatzes des Art. 4 VO 883/2004 gegenüber der VO 1408/71, die sich ausschließlich auf Arbeitnehmer u. Familienangehörige bezog. Erfasst werden nunmehr alle Personen, auf die sich die VO bezieht, hinsichtlich der Rechtsvorschriften, auf die sich die VO bezieht. Nach Art. 2 Abs. 1 VO 883/2004 wird der Wohnort zum maßgeblichen Kriterium, die bisherige Statusanknüpfung (Arbeitnehmer, Selbständige, Studierende) entfällt und wirtschaftlich inaktive Personen werden einbezogen (Dern in Schreiber/Wunder/Dern, Art. 2 Rn. 1; Schulte, ZESAR 2010, 201, 206).

Entsprechend muss die sozialrechtliche Stellung von Unionsbürgerinnen auch im Rahmen der deutschen Rechtsordnung neu bewertet werden (so LSG Baden-Württemberg v. 24.10.2011 - L 12 AS 3938/11 ER-B; SG Berlin v. 16.12.2011 - S 26 AS 10021/08).

Zunehmend werden die Leitungsausschlüsse nach § 7 Abs. 1 Satz 2 SGB II von den Sozialgerichten als unvereinbar mit Art. 4 VO 883/2004 gewertet.

Zweifel an der Vereinbarkeit äußerte zunächst das LSG Berlin-Brandenburg (v. 30.11.2010 - L 34 AS 1501/10 B ER; v. 29.11.2010 - L 34 AS 1001/10 B ER). Viel beachtet wurde dann die Entscheidung des Hess. LSG (v. 14.7.2011 - L 7 AS 107/11 B ER), die einen Leistungsanspruch gestützt auf das Diskriminierungsverbot des Art. 4 VO 883/2004 zumindest dann als unzweifelhaft ansah, wenn im gleichen Zeitraum Familienleistungen bezogen werden (so auch LSG Sachsen-Anhalt v. 14.11.2011 - L 5 AS 406/11 B ER). Die Einschränkung erfolgte, weil Art. 4 auf den persönlichen Anwendungsbereich nach Art. 2 der VO verweist, der darauf abstellt, dass Personen in den Geltungsbereich der Rechtsvorschriften einbezogen sind. Die Definition der Rechtsvorschriften in Art. 1 lit. I der VO verweist aber nur auf Art. 3 Abs. 1, in dem die besonderen beitragsunabhängigen Leistungen nicht erfasst werden.

Es erscheint allerdings wenig plausibel, die Gleichbehandlung für den Bereich der beitragsunabhängigen Leistungen vom Bezug einer anderen in der VO geregelten Leistung abhängig zu machen. Zunächst spricht auch unter Berücksichtigung der englischen und französischen Fassung vieles dafür, dass der Hinweis auf den Geltungsbereich der Rechtsvorschriften eines oder mehrere Mitgliedstaaten lediglich ein Zusatz für Personen ohne Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaates bildet und sich nur auf Flüchtlinge und Staatenlose bezieht.

Auch systematisch würden sich sonst der sachliche Geltungsbereich nach Art. 3 der VO, welcher die beitragsunabhängigen Leistungen in Abs. 3 ausdrücklich einbezieht, und der persönliche Anwendungsbereich widersprechen.

So wird in den jüngsten Entscheidungen der Sozialgerichte ohne Einschränkung von einem Verstoß der Ausschlussklauseln gegen das Gleichbehandlungsgebot des Art. 4 der VO ausgegangen (LSG

Niedersachsen-Bremen 11. 8. 2011 - L 15 AS 188/11 B; LSG Berlin-Brandenburg v. 30.9.2011 - L 14 AS 1148/11 B ER; LSG Baden-Württemberg v. 24.10.2011 - L 12 AS 3938/11 ER-B; SG Berlin 24. 5. 2011 - S 149 AS 17644/09 -, Revision zum BSG, Entscheidung v. 25.1.2012 - B 14 AS 138/11 R -, die Frage des Widerspruchs zur VO 883/2004 wurde offen gelassen, weil ein Anspruch als Familienangehörige bestand).

Wenig überzeugend erscheint hingegen die Argumentation des 7. Senats des LSG NRW (v. 18.11.2011 - L 7 AS 614/11 B E), der Art. 4 der VO 883/2004 für Bürgerinnen aus Bulgarien und Rumänien für nicht anwendbar hält, weil die Beitrittsverträge die Anwendung einschränkten.

„Gemäß Art. 20 des Protokolls über die Bedingungen und Einzelheiten der Aufnahme der Republik Bulgarien und Rumänien in die Europäische Union (Amtsblatt der Europäischen Union vom 21.06.2005, L 157/29) gelten die in den Anhängen VI und VII aufgeführten Maßnahmen in Bezug auf Bulgarien und Rumänien unter den in jenen Anhängen festgelegten Bedingungen. Im Anhang VI zur Liste nach Art. 20 des Protokolls (Amtsblatt der Europäischen Union vom 21.06.2005, L 157/104) ist geregelt, dass Freizügigkeit nur vorbehaltlich der Übergangsbestimmungen der Nr. 2 bis 14 gewährleistet wird (Nr. 1 zu 1. Freizügigkeit). Nr. 2 Abs. 1 regelt dazu, dass abweichend von den Artikeln 1 bis 6 der Verordnung (EWG) Nr. 1612/68 die derzeitigen Mitgliedstaaten nationale oder sich aus bilateralen Abkommen ergebende Maßnahmen anwenden werden, um den Zugang bulgarischer Staatsangehöriger zu ihren Arbeitsmärkten zu regeln.“

Abgesehen davon, dass die VO 1612/68 durch die VO 492/2011 v. 5.4.2011 (Abl. L 141 v. 27.5.2011, S. 1 – 12), in Kraft seit Juni 2011, aufgehoben wurde, beziehen sich die Übergangsbestimmungen ausschließlich auf den Zugang zum Arbeitsmarkt. Der Anwendungsbereich des Gleichbehandlungsgrundsatzes des Art. 4 VO 883/2004 ist aber – wie oben bereits festgestellt – ausdrücklich auf alle Unionsbürger im jeweiligen Wohnsitzstaat erweitert worden.

Maßgebliches Kriterium für die gleichberechtigte Teilhabe von Unionsbürgerinnen an den beitragsunabhängigen Leistungen und damit an der Grundsicherung nach SGB II wird somit völlig unabhängig vom Status die Frage des **Wohnsitzes** im Sinne der VO.

Für den gewöhnlichen Aufenthalt stellen einige Sozialgerichte auf das Vorliegen einer Freizügigkeitsbescheinigung ab (Hess. LSG v. 14.7.2011 - L 7 AS 107/11 B ER; so auch LSG Sachsen-Anhalt v. 14.11.2011 - L 5 AS 406/11 B ER). Dass dies in Hinblick auf den deklaratorischen Charakter und die Natur des Freizügigkeitsrechts der Unionsbürger gänzlich untauglich ist, stellt der EuGH in seiner Entscheidung „Dias“ (v. 21.7.2011 – C-325/09) noch mal mit sehr deutlichen Worten klar:

„Daraus folgt, dass der Aufenthalt eines Bürgers ebenso wenig allein deshalb als illegal eingestuft werden darf, weil er keine Aufenthaltserlaubnis besitzt, wie er allein deshalb im Sinne des Unionsrechts als legal angesehen werden darf, weil dem Bürger eine solche Aufenthaltserlaubnis rechtsgültig erteilt wurde.“ (Rn. 55).

Sowohl in der Entscheidung „Dias“ als auch in einer weiteren Entscheidung aus dem letzten Jahr („Ziolkowski/Szeja“ v. 21.12.2011 – C-424/10) stellt der EuGH fest, dass allein der Wohnsitz oder ein von einem Mitgliedstaat eingeräumtes Recht zum Aufenthalt noch nicht zu einem rechtmäßigen Aufenthalt im Sinne des EU-Rechts führen. Ein solches Aufenthaltsrecht besteht nur soweit und solange sich eine gewanderte Unionsbürgerin entweder auf ihren Status als Erwerbstätige (einschließlich einer tatsächlichen und aussichtsreichen Arbeitssuche, einer Unterbrechung wegen Krankheit, Mutterschaft oder unfreiwilliger Arbeitslosigkeit) berufen kann oder für sich und ihre Familie über ausreichend Existenzmittel verfügt (Art. 7 RL 2004/38).

Ambivalent erscheint auf diesem Hintergrund das Verhältnis zwischen dem Aufenthaltsrecht als Unionsbürger nach der RL 2004/38 und dem Wohnsitz nach der VO 883/2004 (unter Einbeziehung der Definition in Art. 11 VO 987/2009).

Cornelissen (in Eichenhofer, 2009, S. 17, 69) fragt auf diesem Hintergrund, ob ein Wohnsitz nach der VO durch einen fehlenden Grund zum Aufenthalt nach der RL in Frage gestellt wird, oder ob der Anspruch auf eine beitragsunabhängige Leistung, welcher sich gerade aus der VO ergibt, automatisch ein Recht zum Aufenthalt nach der RL bewirkt, weil durch diese Leistung ausreichend Existenzmittel gesichert sind.

Dieser Frage geht auch die „Analytical Study 2011 - Social security coverage of non-active persons moving to another Member State“, der Kommission vorgelegt von van Overmeiren, Eichenhofer und Verschueren, nach.

Sie gelangt zu der zentralen Feststellung, dass die VO und die RL sich nicht aufeinander beziehen und in ihren Bestimmungen voneinander getrennt zu betrachten sind (Overmeiren/ Eichenhofer/ Verschueren, 2011, 42).

Insbesondere setzt die Definition des Wohnortes in Art. 1 I VO 883/2004, Art. 11 VO 987/2009 an faktischen Verhältnissen an, dagegen werden in der RL 2004/38 die Rechtmäßigkeitskriterien eines Aufenthalts bestimmt. „factual residence in Regulation 883/2004 versus legal residence in Directive 2004/38“ wird dies in der Analyse genannt (Overmeiren/Eichenhofer/Verschueren, 2011, 44).

Danach besteht der Gleichbehandlungsanspruch der VO in Hinblick auch auf die besonderen beitragsunabhängigen Leistungen völlig unabhängig von der Legalität des Aufenthalts.

Es bestehen aber natürlich Beziehungen zwischen den Bedingungen des Rechts zum Aufenthalt (Einkünfte und KV) und einem möglichen Leistungsanspruch auf KV und beitragsunabhängige Leistungen. Art. 7 RL fragt nicht nach der Herkunft der Mittel zum Lebensunterhalt, folglich können dies auch öffentliche beitragsunabhängige Leistungen sein (Overmeiren/Eichenhofer/Verschueren, 2011, 43). Der Bezug dieser Leistungen kann allerdings als unangemessene Belastung gewertet werde und damit eine Aufenthaltsbeendigung (nach Prüfung) rechtfertigen.

Der Versuch, die Frage des legalen Aufenthalts in das Konzept der Koordination der VO zu übertragen, widerspreche auch dem Grundsatz der effektiven Anwendung (effet utile); dient die VO doch dazu, die soziale Absicherung der Unionsbürger zu gewährleisten , auch wenn sie sich von einem Staat in den anderen bewegen. Wird eine zusätzliche Anforderung eingefügt, so entsteht das Risiko, dass sie durch ihre Mobilität zwischen alle Stühle fallen (Overmeiren/Eichenhofer/Verschueren, 2011, 45).

Auch würde ein negativer Einfluss der RL auf das System der VO dem Grundsatz widersprechen, nach dem die RL nicht den Sinn haben kann, bestehende Rechte aus anderem sekundären Recht zu beschneiden (so für Rechte aus 1612/68 EuGH v. 7.10.2010 - C-162/09 „Lassal“ und v. 25.7.2008 - C-127/08 „Metock“).

Um die vom EuGH geforderte Bindung zu einem Mitgliedstaat (EuGH v. 24.3.2004 – C-138/02 „Collins“; v. 21.7.2011 –C-503/09 „Stewart“) festzustellen, reichen auch die Kriterien des Wohnorts (Art. 11 VO 987/2009), die eine erkennbare persönliche Bindung zum Ort des Aufenthalts verlangen.

Letzte Klarheit zum Verhältnis der Freizügigkeit nach der RL 2004/38 und dem Sozialschutz nach der VO 883/2004 kann jedoch nur die Rechtsprechung des EuGHs bringen.

## Literatur:

Barlage-Melber/Lexa: Neuerungen für die Arbeitnehmerentsendung und für in mehreren Mitgliedstaaten Beschäftigte, ZESAR 10, 471 ff.

Becker/Kingreen (2010): Kommentar Sozialgesetzbuch V, 2. Auflage, München

Cornelissen: 50 Years of European Social Security Coordination, in Eichenhofer (Hrsg.)(2009): 50 Jahre nach ihrem Beginn – Neue Regeln für die Koordinierung sozialer Sicherheit, Berlin, 17 ff.

Davy: European social citizenship: Ein Zwischenstand, ZESAR 2010, 307 ff.

Husmann: Diskriminierungsverbot und Gleichbehandlungsgebot des Art. 3 VO 1408/71 und der Art. 4 und 5 VO (EG) 883/2004, ZESAR 2010, 97 ff.

Janda: Die Verteilung der Kostenlast bei ungeplanten Krankenhausaufenthalten in anderen EU-Mitgliedstaaten, ZESAR 2010, 465 ff

Jorens/van Overmeiren: Allgemeine Prinzipien der Koordinierung in Verordnung 883/2004, in: Eichenhofer (Hrsg.)(2009): 50 Jahre nach ihrem Beginn – Neue Regeln für die Koordinierung sozialer Sicherheit, Berlin, 105 ff.

Kruse in Kruse/Hänlein (Hrsg.) (2009): Sozialgesetzbuch V – Lehr- und Praxiskommentar, 3. Aufl., Baden-Baden

Overmeiren/Eichenhofer/Verschueren (2011): Analytical Study 2011 - Social security coverage of non-active persons moving to another Member State, Training and reporting on European Social Security, [http://www.tress-network.org/PUBLIC/EUROPEANREPORT/TRESS\\_AnalyticalReport-NonActives\\_FINAL.pdf](http://www.tress-network.org/PUBLIC/EUROPEANREPORT/TRESS_AnalyticalReport-NonActives_FINAL.pdf) (aufgerufen 5.2.2012)

Schoukens/Pieters: Verordnung (EG) 883/2004 – Eine neue Architektur der Koordination? Neue Regeln über das anwendbare Recht, in Eichenhofer (Hrsg.)(2009): 50 Jahre nach ihrem Beginn – Neue Regeln für die Koordinierung sozialer Sicherheit, Berlin, 143 ff.

Schreiber/Wunder/Dern (2012): VO (EG) Nr. 883/2004, München

Schulte: Die neue europäische Sozialrechtskoordinierung (Teil II), ZESAR 2010, 202 ff.

Tiedemann: Pflicht zur Vorabgenehmigung der grenzüberschreitenden Inanspruchnahme von Gesundheitsleistungen in der EU, ZESAR 1012, 14 ff.