



---

## **Infobrief**

---

**Das Aufenthaltsrecht von Unionsbürgern aus anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union und ihr Zugang zu Grundsicherungsleistungen im Aufenthaltsstaat unter besonderer Berücksichtigung der Rechtslage in Deutschland**

---

**Das Aufenthaltsrecht von Unionsbürgern aus anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union und ihr Zugang zu Grundsicherungsleistungen im Aufenthaltsstaat unter besonderer Berücksichtigung der Rechtslage in Deutschland**

Aktenzeichen: PE 6 - 3010 – 097/14  
Abschluss der Arbeit: 2. Februar 2015  
Fachbereich: PE 6: Europa

---

## Inhalt

<b>1.</b>	<b>Einleitung</b>	<b>5</b>
<b>2.</b>	<b>Überblick über die unionsrechtlichen Rahmenbedingungen für den Zugang von EU-Ausländern zu sozialen Leistungen im Aufenthaltsstaat</b>	<b>6</b>
<b>3.</b>	<b>Aufenthaltsstatus von EU-Ausländern</b>	<b>8</b>
3.1.	Arbeitnehmer	10
3.1.1.	Entstehung des Aufenthaltsrechts	10
3.1.2.	Verlust des Aufenthaltsrechts	13
3.2.	Arbeitsuchende	15
3.2.1.	Entstehung des Aufenthaltsrechts	16
3.2.2.	Verlust	17
3.3.	Selbständige	20
3.4.	Wirtschaftlich nicht aktive Unionsbürger	21
3.4.1.	Entstehung des Aufenthaltsrechts	22
3.4.2.	Verlust des Aufenthaltsrechts	22
3.4.2.1.	Ausreichende Existenzmittel und unangemessener Sozialhilfebezug	23
3.4.2.2.	Rechtscharakter nationaler Maßnahmen	25
3.5.	Daueraufenthaltsrecht	25
3.6.	Zusammenfallen von wirtschaftlichem und nicht-wirtschaftlichem Aufenthaltswitz	26
<b>4.</b>	<b>Inanspruchnahme von Sozialleistungen durch EU-Ausländer</b>	<b>26</b>
4.1.	Arbeitnehmer	26
4.2.	Arbeitsuchende	27
4.2.1.	Entspricht der Leistungsausschluss für Arbeitsuchende nach § 7 Abs. 1 Satz. 2, Nr. 2 SGB II dem in Art. 24 Abs. 2 RL 2004/38 den Mitgliedstaaten eingeräumten Gestaltungsspielraum?	28
4.2.1.1.	Sind Arbeitsuchende leistungsrechtlich mit Arbeitnehmern gleich zu behandeln?	29

---

4.2.1.2.	Vereinbarkeit des Art. 24 Abs. 2 RL 2004/38 mit dem Diskriminierungsverbot nach Art. 18 AEUV	30
4.2.1.3.	Handelt es sich bei den Leistungen des SGB II um Sozialhilfe i.S.d. Art. 24 Abs. 2 RL 2004/38?	31
4.2.2.	Ist der Leistungsausschluss für Arbeitsuchende nach § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2. SGB II an Art. 4 VO 883/2004 zu messen?	33
4.2.2.1	Anwendbarkeit der VO 883/2004	34
4.2.2.2.	Zum Gleichbehandlungsgebot des Art. 4 VO 883/2004	35
4.2.3.	Abhängigkeit von Grundsicherungsleistungen vom gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland	38
4.3.	Selbständige	39
4.4.	Wirtschaftlich nicht aktive Unionsbürger	39
4.5.	Unionsbürger ohne Freizügigkeitsrecht	40
4.6.	Zusammenfassung	41

## 1. Einleitung

Die soziale Dimension der europäischen Integration ist ein politisch und rechtlich kontrovers diskutiertes Thema. Für Unionsbürger wurde bereits der Begriff der Sozialbürgerschaft geprägt.<sup>1</sup> Ein in diesem Zusammenhang aktuell erörterter Aspekt betrifft den Zugang von EU-Ausländern zu beitragsunabhängigen Sozialleistungen im Aufenthaltsstaat.<sup>2</sup> In Deutschland steht dabei insbesondere die Grundsicherung für Arbeitsuchende nach dem Sozialgesetzbuch II (SGB II) im Mittelpunkt der Diskussion. Mit dem Ablauf der Übergangsfristen zum Ende des Jahres 2013 für die Einführung der Arbeitnehmerfreizügigkeit für Bürger der bereits 2007 beigetretenen EU-Mitgliedstaaten Rumänien und Bulgarien erhielt diese Thematik in der öffentlichen Wahrnehmung neuen Auftrieb.<sup>3</sup> Im Zentrum der juristischen Auseinandersetzung steht die Frage nach der Vereinbarkeit der für wirtschaftlich nicht aktive und arbeitsuchende EU-Ausländer vorgesehenen Leistungsausschlüsse in § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 und 2 SGB II mit unionsrechtlichen Vorschriften. Mittlerweile sind hierzu zwei Vorabentscheidungsersuchen aus Deutschland beim EU-Gerichtshof (EuGH) in Luxemburg anhängig.<sup>4</sup> Parallel zur gerichtlichen Klärung der Problematik befasste sich ein zu Jahresbeginn eingesetzter Staatssekretärsausschuss unter der Führung der Bundesministerien für Inneres (BMI) und für Arbeit und Soziales (BMAS) mit Fragen der sog. „Armutsmigration“.<sup>5</sup> Erste Vorschläge dieses Gremiums sollen mit dem Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Freizügigkeitsgesetz/EU und weiterer Vorschriften<sup>6</sup> umgesetzt werden.

Vor diesem Hintergrund sollen nachfolgend die einschlägigen unionsrechtlichen Vorgaben für den Zugang von EU-Ausländern zu beitragsunabhängigen Sozialleistungen im Aufenthaltsstaat einschließlich der dabei bestehenden offenen Fragen dargestellt werden. Hierbei werden zugleich die Rechtsprobleme aufgezeigt, die sich mit Blick auf die derzeitige Rechtslage nach dem SGB II

---

<sup>1</sup> Eichenhofer, ZIAS 2003, S. 416; Kingreen, Soziale Rechte und Migration, 2010, S. 24 ff.

<sup>2</sup> Dazu der Überblick bei Stewen, Die Entwicklung des allgemeinen Freizügigkeitsrechts der Unionsbürger und seiner sozialen Begleitrechte, s. 140 ff. und Thym, NZS 2014, S. 81 ff.

<sup>3</sup> Dazu der Bericht einer demoskopischen Erhebung durch das Institut für Demoskopie Allensbach von Köcher, FAZ, Ausgabe vom 20.02.2014.

<sup>4</sup> Siehe EuGH, Rs. C-67/14 (Alimanovic); EuGH, Rs. C-333/13 (Dano).

<sup>5</sup> Zur Einsetzung des Ausschusses siehe die Pressemitteilung unter <http://www.bundesregierung.de/Content/DE/Artikel/2014/01/2014-01-08-sts-ausschuss-zuwanderung-eingesetzt.html> (letztmaliger Abruf am 28.02.17). Der Staatssekretärsausschuss hat am 29. August 2014 seinen Abschlussbericht „Rechtsfragen und Herausforderungen bei der Inanspruchnahme der sozialen Sicherungssysteme durch Angehörige der EU-Mitgliedstaaten“ (BT-Drs. 18/2470) vorgelegt.

<sup>6</sup> BT-Drs. 18/2581. Der Gesetzentwurf will u.a. durch Änderungen im Freizügigkeitsgesetz/EU die Verhängung befristeter Wiedereinreiseverbote im Fall von Rechtsmissbrauch oder Betrug im Rahmen der Ausübung des Freizügigkeitsrechts ermöglichen. Außerdem soll das Aufenthaltsrecht von Unionsbürgern zur Arbeitsuche bis zu sechs Monaten befristet werden. Über diesen Zeitraum hinaus sollen sie ein Recht auf Einreise und Aufenthalt zur Arbeitsuche haben, solange sie nachweisen können, dass sie mit begründeter Aussicht auf Erfolg weiterhin Arbeit suchen.

---

zum Anspruch auf Grundsicherung für Arbeitsuchende ergeben. Außer Betracht bleiben hier andere beitragsunabhängige Sozialleistungen wie etwa Sozialhilfe, Kinder- oder Wohngeld sowie die Rechtsstellung von Familienangehörigen EU-ausländischer Bürger.

Die nachfolgenden Ausführungen untergliedern sich in drei Teile. Zunächst werden in einem einführenden Abschnitt die unionsrechtlichen Rahmenbedingungen für die hier untersuchten Fragestellungen skizziert (siehe unter 2.). Diese lassen sich wiederum grob in zwei rechtlich voneinander trennbare Themenkreise aufteilen, die im Anschluss an den einführenden Abschnitt jeweils vertieft dargestellt werden: Das sind zum einen die Voraussetzungen für den Aufenthalt von Unionsbürgern in anderen Mitgliedstaaten (siehe unter 3.) und zum anderen die unionsrechtlichen Gleichbehandlungsgebote, aus denen sich Ansprüche auf Zugang zu Sozialleistungen herleiten lassen (siehe unter 4.).

## **2. Überblick über die unionsrechtlichen Rahmenbedingungen für den Zugang von EU-Ausländern zu sozialen Leistungen im Aufenthaltsstaat**

Ausgangspunkt der unionsrechtlichen Rahmenbedingungen für den Zugang von EU-Ausländern zu sozialen Leistungen im Aufenthaltsstaat ist, dass weiterhin nicht die EU, sondern die Mitgliedstaaten für die Ausgestaltung der sozialen Sicherungssysteme verantwortlich sind.<sup>7</sup> Sie entscheiden insbesondere darüber, welche Leistungen die (nationalen) Systeme der sozialen Sicherheit vorsehen und unter welchen (materiellen) Voraussetzungen die Leistungen gewährt werden.<sup>8</sup>

Bei der Ausgestaltung ihrer Sozialpolitik sind die Mitgliedstaaten indes nicht frei von unionsrechtlichen Bindungen. Diese ergeben sich zum einen aus der Pflicht zur Beachtung der unmittelbar im Vertrag über die Arbeitsweise der EU (AEUV) geregelten Unionsbürgerrechte, insbesondere der (wirtschaftsbezogenen) Grundfreiheiten der Arbeitnehmerfreizügigkeit (Art. 45 AEUV) und der Niederlassungsfreiheit (Art. 49 AEUV) sowie der unionsbürgerlichen Freizügigkeit (Art. 21 Abs. 1 AEUV).<sup>9</sup> Zum anderen führen Rechtsakte der EU zu unionsrechtlichen Bindungen, mit denen die beschriebenen Vertragsrechte sekundärrechtlich konkretisiert bzw. ausgestaltet werden.

Die primärrechtlich gewährleisteten Unionsbürgerrechte vermitteln vor allem zwei Rechtspositionen, die im Kontext des mitgliedstaatlichen Sozialrechts von Bedeutung sind: ein Recht auf

---

<sup>7</sup> Ständige Rechtsprechung, siehe etwa EuGH, Rs. C-503/99 (Stewart), Urt. v. 21.06.2011, Rn. 75, mit weiteren Nachweisen aus der Rechtsprechung. (Alle Urteile des EuGH können unter Angabe der Rs.-Nr. online abgerufen unter <http://curia.europa.eu/juris/recherche.jsf?language=de>).

<sup>8</sup> Vgl. ebenfalls EuGH, Rs. C-503/99 (Stewart), Urt. v. 21.06.2011, Rn. 76, mit weiteren Nachweisen aus der Rechtsprechung.

<sup>9</sup> Vgl. etwa EuGH, Rs. C-493/04 (Piatkowski), Urt. v. 09.03.2006, Rn. 32 f.; EuGH Rs. C-192/05 (Tas-Hagen und Tas), Rn. 22.

---

Aufenthalt<sup>10</sup> in anderen Mitgliedstaaten und während dieses Aufenthalts einen Anspruch auf Gleichbehandlung mit Inländern (sog. Inländergleichbehandlung). Letzteres ist die Kehrseite des grundfreiheitlichen und des allgemeinen Verbots der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit (Art. 18 Abs. 1 AEUV). Die Inländergleichbehandlung erfasst unter anderem auch den Zugang zu Sozialleistungen im Aufenthaltsstaat.

Im Hinblick auf das einschlägige Sekundärrecht sind hier insbesondere zwei Rechtsakte relevant, die den primärrechtlichen Unionsbürgerrechten gegenüber in der Anwendung vorrangig sind: Erstens die das Aufenthaltsrecht betreffende Richtlinie 2004/38 über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten<sup>11</sup> (im Folgenden: RL 2004/38) und zweitens die Verordnung 883/2004 über die Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit<sup>12</sup> (im Folgenden: VO 883/2004). Letztere beruht auf Art. 48 AEUV und dient dem Ziel, die unterschiedlichen sozialen Sicherungssysteme der Mitgliedstaaten untereinander zu koordinieren.<sup>13</sup> Sie enthält darüber hinaus – ebenso wie die RL 2004/38 – ein sekundärrechtliches Diskriminierungsverbot aus Gründen der Staatsangehörigkeit.

Die genannten primär- und sekundärrechtlichen Bestimmungen zum Aufenthalt und zur Gleichbehandlung bilden den unionsrechtlichen Rahmen für den Zugang von Unionsbürgern zu sozialen Leistungen in anderen Mitgliedstaaten. Von besonderer Bedeutung ist hierbei das Zusammenspiel von Aufenthaltsrecht und Gleichbehandlungsanspruch, da ein unionsrechtlich begründeter Aufenthalt die Voraussetzung für die Geltendmachung eines unionsrechtlich vorgesehenen Gleichbehandlungsanspruchs ist. Es bestehen jedoch Unterschiede sowohl hinsichtlich der aufenthaltsrechtlichen Voraussetzungen der jeweiligen Unionsbürgerrechte als auch in Bezug auf

---

<sup>10</sup> Geläufig ist in diesem Zusammenhang auch der Begriff „Freizügigkeit“. Allerdings liegt diesem keine einheitliche Verwendung zugrunde, siehe dazu bereits Scheuing, EuR 2003, S. 744 (745); Stewen, Die Entwicklung des allgemeinen Freizügigkeitsrechts der Unionsbürger und seiner sozialen Begleitrechte, 2009, S. 52 f. Zum Teil werden darunter sowohl Aufenthalts- als auch Bewegungsrecht verstanden, zum Teil dagegen nur das Bewegungsrecht, vgl. vor allem Art. 45 der EU-Grundrechte-Charta sowie zu großen Teilen auch die Systematik der RL 2004/38, vgl. bspw. Art. 1 Buchst. a, Art. 3 Abs. 2. Unterschiede bestehen ferner bei der weitergehenden Frage, ob damit nur Art. 21 Abs.1 AEUV, die beiden oben genannten personenbezogenen Grundfreiheiten einschließlich der „Hauptrechte“ auf wirtschaftliche Betätigung oder alle drei und ggf. noch weitere Gewährleistungen zusammen bezeichnet werden, siehe etwa das Begriffsverständnis in der RL 2004/38 in den Erwägungsgründen Nr. 2 und 7 sowie den Abschlussbericht des Staatssekretärsausschusses (Fn. 5), S. 7, 44. Die hier zu erörternden Fragen betreffen im Wesentlichen nur das bzw. die Aufenthaltsrechte der Unionsbürger. Mit Blick auf diesen Umstand und die unterschiedlichen Verständnisse, die sich hinter dem Begriff „Freizügigkeit“ verbergen, wird auf die Verwendung des letzteren im Folgenden verzichtet.

<sup>11</sup> Richtlinie 2004/38/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004, ABl.EU 2004 Nr. L 158/7, konsolidierte Fassung online abrufbar unter <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:02004L0038-20110616&qid=1408954056580&from=DE> (letztmaliger Abruf am 28.02.17).

<sup>12</sup> Verordnung (EG) Nr. 883/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004, ABl.EU 2004 Nr. L 158/7, ABl.EU 2004 Nr. L 166/1, konsolidierte Fassung online abrufbar unter <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:02004R0883-20140101&qid=1408954294938&from=DE> (letztmaliger Abruf am 28.02.17).

<sup>13</sup> Vgl. etwa EuGH, Rs. C-140/12 (Brey), Urt. v. 19.11.2013, Rn. 43.

---

die Reichweite der aus ihnen folgenden Gleichbehandlungsansprüche. Das führt zu einer Vielzahl von klärungsbedürftigen Fragen:

- Viele Zweifelsfragen bestehen hinsichtlich der sekundärrechtlichen Konkretisierungen bzw. Ausgestaltung von Aufenthaltsrecht und Gleichbehandlungsanspruch in der RL 2004/38 und der VO 2004/883 sowie zu dem systematischen Verhältnis dieser beiden Rechtsakte zueinander.
- Es stellt sich auch die Frage, ob die sekundärrechtliche Ausgestaltung von Aufenthaltsrecht und Gleichbehandlungsanspruch mit den jeweiligen primärrechtlich verbürgten Unionsbürgerrechten, so wie in der Rechtsprechung des EuGH Gestalt angenommen haben, vereinbar sind.

Im Folgenden wird den einzelnen Gesichtspunkten getrennt nach Fragen des Aufenthaltsregimes (siehe sogleich unter 3.) und der Gleichbehandlungsrechte (siehe unter 4.) nachgegangen.

### **3. Aufenthaltsstatus von EU-Ausländern**

Das primäre Unionsrecht kennt zwei verschiedene Kategorien von Aufenthaltsrechten der Unionsbürger<sup>14</sup>: zum einen als Begleitrecht einer (personenbezogenen) Grundfreiheit<sup>15</sup>, insbesondere der Arbeitnehmerfreizügigkeit und der Niederlassungsfreiheit<sup>16</sup>, und zum anderen als eigenständiges, nicht die Verfolgung wirtschaftlicher Zwecke voraussetzendes Aufenthaltsrecht nach Art. 21 Abs. 1 AEUV.

Die Unterscheidung beider Kategorien ist von Bedeutung für die Entstehung und den Verlust des jeweiligen Aufenthaltsrechts: Als Begleitrecht zur Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit ist es im Wesentlichen nur an das Vorliegen der sachlichen Anwendungsvoraussetzungen der jeweiligen Grundfreiheit und damit an die Ausübung einer wirtschaftlichen Betätigung geknüpft.<sup>17</sup> Als eigenständige Rechtsposition wirtschaftlich nicht aktiver Unionsbürger nach Art. 21 Abs. 1 AEUV unterliegt dieses Aufenthaltsrecht eigenen, weitgehend sekundärrechtlich ausgestalteten Voraussetzungen im Hinblick auf Entstehung und Verlust.<sup>18</sup>

---

<sup>14</sup> Nicht betrachtet werden an dieser Stelle die unionsrechtlich begründeten Aufenthaltsrechte von Familienangehörigen ohne Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaates und sonstigen Drittstaatlern.

<sup>15</sup> Ausgenommen sind die sachbezogenen Grundfreiheiten der Warenverkehrs- (Art. 34 ff. AEUV) und der Kapitalverkehrsfreiheit (Art. 63 Abs. 1 AEUV).

<sup>16</sup> Keine Bedeutung hat vorliegend die Dienstleistungsfreiheit (Art. 56 f. AEUV). Zwar folgt auch aus dieser Grundfreiheit ein Aufenthaltsrecht für den Dienstleistungserbringer bzw. den Dienstleistungsempfänger, soweit diese in der Modalität der aktiven bzw. passiven Dienstleistungsfreiheit die Grenze eines anderen Mitgliedstaates überschreiten. Für beide Konstellationen der Dienstleistungsfreiheit ist aber charakteristisch, dass die Erbringung bzw. der Empfang der Dienstleistung in einem anderen Mitgliedstaat nur vorübergehend erfolgen.

<sup>17</sup> Vgl. EuGH, Rs. C-363/89 (Roux), Urt. v. 05.02.1991, Rn. 9.

<sup>18</sup> Vgl. EuGH, Rs. C-140/12 (Brey), Urt. v. 19.11.2013, Rn. 46 f.; EuGH, Rs. C-456/02 (Trojani), Urt. v. 07.09.2004, Rn. 32.

---

Gemeinsam sind den unionsrechtlichen Aufenthaltsrechten die Voraussetzungen für den Verlust des Aufenthaltsstatus aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit.<sup>19</sup>

Die Unterscheidung beider Aufenthaltsrechtskategorien im Primärrecht findet sich auf der sekundärrechtlichen Ebene wieder. Einschlägig ist hier die bereits oben erwähnte RL 2004/38, mit der die bis dahin bestehenden verschiedenen Aufenthaltsmaßnahmen der EU (bzw. damals noch der EG) in einem Rechtsakt zusammengefasst wurden.<sup>20</sup> In Bezug auf die grundfreiheitlichen Aufenthaltsrechte kodifiziert die Richtlinie überwiegend die EuGH-Rechtsprechung zu den primärrechtlichen Gewährleistungen der Art. 45 und 49 AEUV und beinhaltet darüber hinaus allenfalls eine Konkretisierung der daraus folgenden Vorgaben. Im Hinblick auf das eigenständige Aufenthaltsrecht in Art. 21 Abs. 1 AEUV enthält die RL 2004/38 die durch den EU-Gesetzgeber weitgehend autonom vorgenommene Ausgestaltung dieser Aufenthaltsposition. Ein durch die RL 2004/38 neues und damit konstitutives Element ist hingegen das Daueraufenthaltsrecht nach vorhergehendem, fünf Jahre langem Aufenthalt (Art. 16 Abs. 1 RL 2004/38). Für alle drei Kategorien einheitlich geregelt sind schließlich die Beschränkungen des Aufenthalts aus Gründen der öffentlichen Sicherheit, Ordnung und Gesundheit, die ebenfalls weitgehend auf Vorgaben des EuGH zur Auslegung des Primärrechts beruhen. In Deutschland wurde die Richtlinie im Wesentlichen im Freizügigkeitsgesetz/EU umgesetzt.

Allen genannten Aufenthaltsrechten ist gemeinsam, dass sie unmittelbar aus den Unionsverträgen bzw. dem europäischen Sekundärrecht fließen.<sup>21</sup> Dies hat zur Folge, dass Bestehen und Nichtbestehen unionsrechtlicher Aufenthaltsrechte unabhängig vom Erlass mitgliedstaatlicher Maßnahmen sind<sup>22</sup>, mithin für die (Nicht-) Existenz eines Aufenthaltsrechts keine rechtsbegründende (konstitutive) Wirkung erzeugen.<sup>23</sup> Ihre Funktion beschränkt sich nach der Rechtspre-

---

<sup>19</sup> Siehe Art. 45 Abs. 3, Art. 52 Abs. 1 AEUV. Auf vertraglich vorgesehenen „Beschränkungen“ wird auch in Art. 21 Abs. 1 AEUV verwiesen. Vgl. ferner EuGH, verb. Rs. C-482/01 und C-493/01(Orfanopoulos), Urt. v. 29.04.2004, Rn. 47.

<sup>20</sup> Vgl. insoweit Erwägungsgrund Nr. 4 sowie Art. 38 RL 2004/38.

<sup>21</sup> Vgl. für die grundfreiheitlichen Aufenthaltsrechte bereits EuGH, Rs. 48/75 (Royer), Urt. v. 08.04.1976, Rn. 19/23, 31/33; EuGH, Rs. C-363/89 (Roux), Urt. v. 05.02.1991, Rn. 9, 12. Für Art. 21 Abs. 1 AEUV siehe EuGH, Rs. C-413/99 (Baumbast und R), Urt. v. 17.09.2002, Rn. 84 ff. Allgemein, siehe EuGH, Rs. C-325/09 (Dias), Urt. v. 21.07.2011, Rn. 48; EuGH, Rs. C-408/03 (Kommission/Belgien), Urt. v. 23.03.2006, Rn. 62.

<sup>22</sup> Siehe dazu Thym, Unionsbürgerfreiheit und Aufenthaltsrecht, ZAR 2014, S. 220 (221 f.), mit Nachweisen aus der Rechtsprechung.

<sup>23</sup> Die Frage nach der Rechtsqualität nationaler Maßnahmen im Verhältnis zu unionsrechtlichen Aufenthaltsrechten stellt sich in der Rechtsprechung regelmäßig bei der Beurteilung von Sachverhalten, in denen vorwiegend die Nichteinholung der einer Aufenthaltserlaubnis sanktioniert wird, obgleich die Voraussetzungen für das entsprechende Aufenthaltsrecht vorliegen, vgl. etwa EuGH, Rs. 48/75 (Royer), Urt. v. 08.04.1976, Rn. 1/2, 33/33; EuGH, Rs. 8/77 (Sagulo u. a.), Urt. v. 14.07.1977, Rn. 4, 8. Siehe im Übrigen etwa EuGH, Rs. C-325/09 (Dias), Urt. v. 21.07.2011, Rn. 48.

---

chung des Gerichtshofs darauf, „*die individuelle Situation eines Staatsangehörigen eines anderen Mitgliedstaats im Hinblick auf die Bestimmungen des Unionsrechts festzustellen.*“<sup>24</sup> Nationale Behörden können im Einzelfall somit nur (deklaratorisch) festhalten, was sich auf Grundlage des Unionsrechts für die Frage des Bestehens oder Nichtbestehens eines konkreten Aufenthaltsrechts ergibt.

Etwas anderes gilt hingegen, wenn mitgliedstaatliche Behörden entweder bestehende Aufenthaltsrechte aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit einschränken<sup>25</sup> oder Maßnahmen im Falle des festgestellten Nichtbestehens eines Aufenthaltsrechts ergreifen.<sup>26</sup> In beiden Fällen sind die Mitgliedstaaten unionsrechtlich nicht verpflichtet, tätig zu werden, hierzu aber – unter Beachtung unionsrechtlicher Grenzen, insbesondere des Verhältnismäßigkeitsprinzips – ermächtigt.<sup>27</sup> Nutzen sie die Ermächtigung, haben (erst) die auf dieser Grundlage erlassenen nationalen Maßnahmen rechtsbegründende (konstitutive) Wirkung.<sup>28</sup>

### 3.1. Arbeitnehmer

#### 3.1.1. Entstehung des Aufenthaltsrechts

Das aus der Arbeitnehmerfreizügigkeit folgende Aufenthaltsrecht begründet sich allein aus der Arbeitnehmereigenschaft eines Unionsbürgers (Art. 45 Abs. 3 Buchst. c AEUV, Art. 7 Abs. 1

---

<sup>24</sup> EuGH, Rs. C-325/09 (Dias), Urt. v. 21.07.2011, Rn. 48; EuGH, Rs. C-408/03 (Kommission/Belgien), Urt. v. 23.03.2006, Rn. 63. Siehe ferner EuGH, Rs. C-209/03 (Bidar), Urt. v. 15.03.2005, Rn. 47; EuGH, Rs. C-456/02 (Trojani), Urt. v. 07.09.2004, Rn. 45; vgl. auch EuGH, Rs. C-140/12 (Brey), Urt. v. 19.03.2013, Rn. 79.

<sup>25</sup> EuGH, Rs. 48/75 (Royer), Urt. v. 08.04.1976, Rn. 28/29; EuGH, Rs. 157/79, Urt. v. 03.07.1980, Rn. 9.

<sup>26</sup> Vgl. EuGH, Rs. C-209/03 (Bidar), Urt. v. 15.03.2005, Rn. 47; EuGH, Rs. C-456/02 (Trojani), Urt. v. 07.09.2004, Rn. 45; EuGH, Rs. C-184/99 (Grzelczyk), Urt. v. 20.09.2001, Rn. 42.

<sup>27</sup> Siehe die in Fn. 4 genannten Urteile. Siehe ferner Art. 15 Abs. 1 und 3, Art. 27 Abs. 1 und 2 RL 2004/38.

<sup>28</sup> Vgl. Thym, ZAR 2014, S. 220 (221 f.), allerdings nur in Bezug auf Maßnahmen aus Gründen öffentlicher Ordnung und Sicherheit.

---

Buchst. a RL 2004/38<sup>29</sup>). Hierbei handelt es sich um einen autonomen, weit auszulegenden Begriff des primären Unionsrechts, der durch die Rechtsprechung des EuGH ausgeformt wurde<sup>30</sup> und nicht der Disposition der Mitgliedstaaten unterliegt.<sup>31</sup> Danach ist

*„... Arbeitnehmer [...] jede Person, die eine tatsächliche und echte Tätigkeit ausübt, wobei Tätigkeiten außer Betracht bleiben, die einen so geringen Umfang haben, dass sie sich als völlig untergeordnet und unwesentlich darstellen. Das wesentliche Merkmal des Arbeitsverhältnisses besteht nach dieser Rechtsprechung darin, dass jemand während einer bestimmten Zeit für einen anderen nach dessen Weisung Leistungen erbringt, für die er als Gegenleistung eine Vergütung erhält...“<sup>32</sup>*

Für die Frage des Zugangs zu beitragsunabhängigen Sozialleistungen wie der Grundsicherung für Arbeitsuchende nach dem SGB II hat das Aufenthaltsrecht von Arbeitnehmern nur insoweit Bedeutung, als es auf Tätigkeiten beruht, die dem Unionsbürger bzw. den mit ihm in Bedarfsgemeinschaft lebenden Personen keinen ausreichenden Lebensunterhalt gewährleisten. Vor diesem Hintergrund sind die von der europäischen Rechtsprechung vorgegebenen Mindestanforderungen an die das Aufenthaltsrecht für Arbeitnehmer eröffnende Beschäftigungsqualität von praktischer Relevanz. Anknüpfend an die zitierte Definition geht es um die Grenze zu Tätigkeiten, die entweder nicht als „tatsächlich und echt“ angesehen werden können oder sich als „völlig untergeordnet und unwesentlich“ darstellen.

---

<sup>29</sup> Rein deklaratorisch ist insoweit Art. 6 Abs. 1 RL 2004/38, wonach ein Aufenthaltsrecht von bis zu drei Monaten voraussetzungslos besteht. Diese Regelung ist allenfalls für Unionsbürger von Bedeutung, die kein grundfreihaltliches Aufenthaltsrecht beanspruchen können, also insbesondere für solche Personen, die nicht unter die Arbeitnehmerfreizügigkeit nach Art. 45 AEUV oder die Niederlassungsfreiheit nach Art. 49 AEUV (dazu unter 3.3.) fallen.

<sup>30</sup> EuGH, Rs. C-75/63 (Unger), Urt. v. 19.03.1964, S. 396 f.; EuGH, Rs. C-53/81 (Lenvin), Urt. v. 23.03.1982, Rn. 11 ff.; EuGH, Rs. C-337/97 (Meeusen), Urt. v. 08.06.1999, Rn. 13; EuGH, Rs. C-22/08/C-23/08 (Vatsouras/Koupatantze), Urt. v. 04.06.2009, Rn. 26; EuGH, Rs. C-46/12 (L., N.), Urt. v. 21.02.2013, Rn. 39; vgl. dazu auch die Kommentierung von Schneider/Wunderlich, in: Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, 3. Aufl. 2012, Art. 45 Rn. 9.

<sup>31</sup> Insbesondere dürfen die Mitgliedstaaten keine zusätzlichen Anforderungen für die Ausübung der Arbeitnehmerfreizügigkeit stellen als sich aus dem Unionsrecht ergeben, vgl. EuGH, Rs. 39/86 (Lair), Urt. v. 21.06.1988, Rn. 41.

<sup>32</sup> Vgl. bspw. EuGH, Rs. C-94/07 (Raccanelli), Urt. v. 17.07.2008, Rn 33; EuGH, Rs C-46/12 (N.), Urt. v. 21.02.2013, Rn. 40, 42; EuGH, verb. Rs. C-22 u. 23/08 (Vatsouras/Koupatantze), Urt. v. 04.06.2009, Rn. 26.

Mit den Kriterien der „*tatsächlichen und echten*“ Tätigkeit geht es nach bisheriger Rechtsprechung zum einen um eine Begrenzung des Arbeitnehmerstatus auf Personen, die im Wirtschaftsleben tätig sind oder sein wollen.<sup>33</sup> Dies gilt etwa nicht für Tätigkeiten, die ein Mittel der Rehabilitation oder der Wiedereingliederung des Betroffenen in das Arbeitsleben darstellen.<sup>34</sup> Zum anderen wird damit an die Faktizität der Beschäftigung angeknüpft, wenn der Gerichtshof betont, dass eine Tätigkeit im Lohn- oder Gehaltsverhältnis „wirklich“ ausgeübt werden muss.<sup>35</sup> Sind diese Voraussetzungen erfüllt, kommt es auch nicht darauf an, welche Ziele der Unionsbürger im Übrigen mit seiner Arbeitnehmertätigkeit verfolgt.<sup>36</sup>

Im Hinblick auf die Beurteilung einer (tatsächlichen und echten) Tätigkeit als „*völlig untergeordnet und unwesentlich*“ hat der Gerichtshof festgestellt, dass ein geringes Vergütungsniveau, der Ursprung der Mittel für diese, die stärker oder schwächere Produktivität eines Beschäftigten oder der Umstand, dass der zeitliche Umfang der Arbeit sich nur auf eine geringe Anzahl von Wochenstunden bemisst, es nicht ausschließen, dass Beschäftigte als „Arbeitnehmer“ im Sinne von Art. 45 AEUV gelten können.<sup>37</sup>

Insbesondere zur Höhe der Vergütung lässt sich der Rechtsprechung des EuGH entnehmen, dass diese ohne Hinzutreten weiterer Umstände im Grundsatz kein wesentliches Kriterium für die Beurteilung eines zum Arbeitnehmerstatus führenden Beschäftigungsverhältnisses sei.<sup>38</sup>

Keine engen Grenzen bestehen ferner im Hinblick auf Umfang und Dauer der Beschäftigung.<sup>39</sup> So sollen auch Teilzeitbeschäftigungsverträge für die Inanspruchnahme der Arbeitnehmerfreizügigkeit hinreichend sein.<sup>40</sup> In zeitlicher Hinsicht ließ der EuGH eine Beschäftigung, die zweieinhalb

---

<sup>33</sup> EuGH, Rs. C-344/87 (Betray), Urt. v. 31.05.1989, Rn. 13, 17 ff.; EuGH, Rs. C.456/02 (Trojani), Urt. v. 07.09.2004, Rn. 18.

<sup>34</sup> Vgl. EuGH, Rs. 344/87 (Betray), Urt. v. 31.05.1989, Rn. 17 ff.; EuGH, Rs. C.456/02 (Trojani), Urt. v. 07.09.2004, Rn. 18.

<sup>35</sup> EuGH, Rs. C-46/12 (L.N.), Urt. v. 21.02.2013, Rn. 47. Dieser Aspekt wird auch im Abschlussbericht des Staatssekretärsausschusses betont, vgl. S. 42. Darin wird ausgeführt, dass das Arbeitsverhältnis „gelebt“ werden muss. Beispielhaft wird darauf verwiesen, dass der bloße Abschluss eines Scheinarbeitsvertrages und dessen Vorlage bei den Behörden noch keine Arbeitnehmereigenschaft begründen.

<sup>36</sup> Vgl. EuGH, Rs. C-46/12 (L.N.), Urt. v. 21.02.2013, Rn. 47.

<sup>37</sup> EuGH, Rs. C-456/02 (Trojani), Urt. v. 07.09.2004, Rn. 16; EuGH, Rs. C-46/12 (L.N.), Urt. v. 21.02.2013, Rn. 41.

<sup>38</sup> EuGH, Rs. C-53/81 (Levin / Staatssecretaris van Justitie), Urt. v. 23.03.1982, Rn. 14; EuGH, Rs. C-10/05 (Mattern und Cikotic), Urt. v. 30.03.2006, Rn.22; EuGH, verb. Rs. C-22 u. 23/08 (Vatsouras/Koupatantze), Urt. v. 04.06.2009, Rn. 27 f. Siehe auch die Auswertung der Rechtsprechung in den Schlussanträgen des Generalanwalts Colomerin in den verb. Rs. , C-22 u. 23/08, (Vatsouras/Koupatantze), Rn. 23 ff.

<sup>39</sup> Dazu der Überblick bei Stewen, Die Entwicklung des allgemeinen Freizügigkeitsrechts der Unionsbürger und seiner sozialen Begleitrechte, S. 150 f.

<sup>40</sup> Vgl. EuGH, Rs. C-53/81 (Levin/Staatssecretaris van Justitie), Urt. v. 23.03.1982, Rn. 15 ff.

Monate lang ausgeübt wurde, genügen.<sup>41</sup> Allerdings verwies der EuGH darauf, dass die Unregelmäßigkeit und die begrenzte Dauer der im Rahmen eines Vertrags über Gelegenheitsarbeit tatsächlich erbrachten Leistungen zu berücksichtigen seien.<sup>42</sup> So könne der Umstand, dass im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses nur sehr wenige Arbeitsstunden geleistet wurden, ein Anhaltspunkt dafür sein, dass die ausgeübten Tätigkeiten untergeordnet und unwesentlich sind.<sup>43</sup>

Insgesamt muss sich die Beurteilung, ob eine Arbeitnehmereigenschaft vorliegt oder nicht, nach der Rechtsprechung des EuGH auf objektive Kriterien stützen und in einer Gesamtbetrachtung alle die Ausübung einer Beschäftigung bzw. ein Beschäftigungsverhältnis kennzeichnenden Umstände des Sachverhalts würdigen. Insbesondere die Qualifizierung einer abhängigen Beschäftigung als „völlig untergeordnet und unwesentlich“ wird nur in Ausnahmefällen möglich sein.<sup>44</sup> Damit kann ein aus der Arbeitnehmereigenschaft nach Art. 45 AEUV bestehendes Aufenthaltsrecht grundsätzlich auch dann bestehen, wenn die Entlohnung dem betreffenden Unionsbürger keinen ausreichenden Lebensunterhalt gewährleistet.<sup>45</sup>

### 3.1.2. Verlust des Aufenthaltsrechts

Nachfolgend wird der Frage nachgegangen, zu welchen aufenthaltsrechtlichen Folgen die Beendigung einer Erwerbstätigkeit führt. Die Richtlinie 2004/38 unterscheidet dabei zwischen vorübergehenden und dauerhaften Phasen der Nichtausübung einer Erwerbstätigkeit:

Art. 7 Abs. 3 RL 2004/38 enthält die Voraussetzungen, unter denen die Arbeitnehmereigenschaft erhalten bleibt in Fällen vorübergehender Arbeitsunfähigkeit (Buchst. a), unfreiwilliger Arbeitslosigkeit (Buchst. b und c) oder Aufnahme einer (weiteren) Berufsausbildung (Buchst. d). Ein nicht ausdrücklich geregelter, aber in der Rechtsprechung kürzlich entschiedener Fall der Aufrechterhaltung der Arbeitnehmereigenschaft betrifft den Fall der Unterbrechung aus Gründen von Schwangerschaft und Geburt.<sup>46</sup>

---

<sup>41</sup> EuGH, Rs. C-413/01 (Ninni-Orasche), Urt. v. 6.11.2003, Rn. 10, 25.

<sup>42</sup> EuGH, Rs. C-357/89 (Raulin), Urt. v. 26.02.1992, Rn. 14.

<sup>43</sup> EuGH, Rs. C-357/89 (Raulin), Urt. v. 26.02.1992, Rn. 14.

<sup>44</sup> Vgl. dazu die Schlussanträge des Generalanwalts Colomer in den verb. Rs. C-22 u. C-23/08, (Vatsouras/Koupatantze), Rn. 23 f.

<sup>45</sup> EuGH, Rs. C-138/85 (Kommission / Griechenland), Urt. v. 03.06.1986, S. 1742: „Der Umstand, daß ein Angehöriger eines Mitgliedstaats, der im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats eine Tätigkeit ausübt, die für sich genommen eine tatsächliche und echte Erwerbstätigkeit ist, zur Ergänzung seiner Einkünfte aus dieser Tätigkeit eine finanzielle Unterstützung aus öffentlichen Mitteln dieses Mitgliedstaats in Anspruch nimmt, führt nicht dazu, daß die Vorschriften des Gemeinschaftsrechts über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer für ihn nicht gelten.“ (Rn. 16); dazu auch Frings, Das Sozialrecht für Zuwanderer, 2008, S. 53; Raschka, EuR 2013, S. 116 (120).

<sup>46</sup> Siehe EuGH, Rs. C-507/12 (Saint Prix), Urt. v. 19.07.2014, Rn. 47.

---

In Art. 17 RL 2004/38 ist hingegen das sog. Verbleiberecht geregelt, wenn der Arbeitnehmer altersgemäß aus dem Erwerbsleben ausscheidet (Buchst. a, vgl. auch Art. 45 Abs. 3 Buchst. d AEUV) oder auf Dauer arbeitsunfähig ist (Buchst. b).

Nur wenn die im Einzelnen geregelten Voraussetzungen dieser Konstellationen nicht erfüllt werden, die Arbeitnehmereigenschaft also nicht fortwirkt, kommt es zu einem Verlust des aus Art. 45 AEUV folgenden Aufenthaltsrechts. Dies bedeutet jedoch nicht zwingend, dass es dann an einem unionsrechtlich begründeten Aufenthalt fehlt. Der Rechtsprechung kann entnommen werden, dass der Aufenthalt – bei Vorliegen der einschlägigen Voraussetzungen – auch auf eine andere Rechtsgrundlage gestützt werden kann.<sup>47</sup> In Betracht kommt insbesondere das allgemeine, unabhängig von einem wirtschaftlichen Aufenthaltswert bestehende Aufenthaltsrecht aus Art. 21 Abs. 1 AEUV.<sup>48</sup> Möglich wäre auch, dass der betreffende Unionsbürger – etwa bei freiwilliger Arbeitslosigkeit – nach einer neuen Arbeitnehmertätigkeit sucht und dadurch das damit verknüpfte Aufenthaltsrecht begründet (siehe dazu sogleich unter 3.3.). Eine Ausweisung kann erst dann verfügt werden, wenn überhaupt kein unionsrechtlich begründetes Aufenthaltsrecht besteht.<sup>49</sup> Eine allein auf den Verlust der Aufenthaltsrechtsvoraussetzung gestützte Ausweisung nach der RL 2004/38 darf jedoch nicht mit einem Einreiseverbot verbunden werden.<sup>50</sup>

Dessen ungeachtet und unabhängig von der jeweiligen Rechtsgrundlage kann ein bestehendes Aufenthaltsrecht aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit eingeschränkt werden (vgl. für die Arbeitnehmerfreizügigkeit Art. 45 Abs. 3 AEUV sowie die Konkretisierung in Art. 27 ff. RL 2004/38). Bei diesen Vorbehaltsgründen handelt es sich ebenfalls um unionsrechtlich geprägte Begriffe, die allerdings den Mitgliedstaaten Beurteilungsspielräume eröffnen. Innerhalb des unionsrechtlich vorgegebenen Rahmens für mögliche Beschränkungen können Besonderheiten in den einzelnen Mitgliedstaaten Berücksichtigung finden.<sup>51</sup> Aufenthaltsbeschränkungen dürfen aber nicht aus wirtschaftlichen Erwägungen vorgenommen werden (Art. 27 Abs. 1 Satz 2 RL 2004/38). Darüber hinaus erfordert die Ausübung dieser Beschränkungsoption aus Gründen der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit neben der Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes eine Einzelfallprüfung, nach der das persönliche Verhalten des Betroffenen eine

---

<sup>47</sup> Vgl. EuGH, verb. Rs. C-482/01 und C-493/01 (Orfanopoulos), Urt. v. 29.04.2004, Rn. 52 f.

<sup>48</sup> Vgl. etwa EuGH, Rs. C-456/02 (Trojani), Urt. v. 07.09.2004, Rn. 29 ff. Für ein Aufleben des Art. 21 Abs. 1 AEUV nach Verlust eines grundfreiheitlich begründeten Aufenthaltsrechts spricht auch das in der Rechtsprechung oftmals betonte Spezialitätsverhältnis der letztgenannten gegenüber dem allgemeinen Aufenthaltsrecht. Vgl. dazu etwa EuGH, Rs. C-100/01 (Oteiza Olazabal), Urt. v. 26.11.2002, Rn. 26; EuGH, Rs. C-367/11 (Prete), Urt. v. 25.10.2012, Rn. 20.

<sup>49</sup> Vgl. Art. 14 in Verbindung mit Art. 15 Abs. 1 und 3 RL 2004/38.

<sup>50</sup> Siehe Art. 15 Abs. 3 RL 2004/38.

<sup>51</sup> EuGH, Rs. C-41/47 (Van Duyn / Home Office), Urt. v. 04.10.1974, Rn. 18. Vgl. dazu auch Frenz, Handbuch Europarecht, Bd. I Europäische Grundfreiheiten, Rn. 2000 f.

---

tatsächliche, gegenwärtige und erhebliche Gefahr darstellen muss, die ein Grundinteresse der Gesellschaft berührt. Vom Einzelfall gelöste oder auf Generalprävention verweisende Begründungen sind nicht zulässig (Art. 27 Abs. 2 UAbs. 2 RL 2004/38).<sup>52</sup>

Liegen die Voraussetzungen für eine Beschränkung des Aufenthaltsrechts aus Gründen der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit vor, kann der Mitgliedstaat eine Ausweisung verfügen (Art. 28 RL 2004/38) und ein Aufenthaltsverbot (Wiedereinreisesperre) verhängen (Art. 32 RL 2004/38). Im Hinblick auf den zeitlichen Umfang des Verbots enthält die RL 2004/38 zwar keine konkreten Vorgaben. Vorgesehen ist aber, dass der betroffene Unionsbürger spätestens drei Jahre nach Vollstreckung des Aufenthaltsverbots einen Aufhebungsantrag stellen kann (Art. 32 RL 2004/38).

Darüber hinaus räumt die RL 2004/38 den Mitgliedstaaten die Möglichkeit ein, Maßnahmen zu erlassen, um gegen Rechtsmissbrauch oder Betrug (bspw. im Fall von Scheinehen) vorzugehen.<sup>53</sup> Ausweislich des Richtlinienwortlauts geht es dabei um die Verweigerung, Aufhebung oder den Widerruf des Aufenthaltsrechts. Derartige Maßnahmen müssen verhältnismäßig sein und unterliegen darüber hinaus den gleichen Verfahrensgarantien wie Einschränkungen aus Gründen der öffentlichen Sicherheit, Ordnung und Gesundheit.<sup>54</sup>

### 3.2. Arbeitsuchende

Unionsbürger haben das Recht, sich innerhalb der EU einen Arbeitsplatz zu suchen. Art. 45 Abs. 3 AEUV enthält neben dem Aufenthaltsrecht der Arbeitnehmer auch ein Aufenthaltsrecht zum Zwecke der Arbeitssuche. Dieses ergibt sich zwar nicht ausdrücklich aus dem Vertragstext.<sup>55</sup> Der EuGH hat dieses Aufenthaltsrecht gleichwohl aus Sinn und Zweck dieser Grundfreiheit abgeleitet und in ständiger Rechtsprechung etabliert.<sup>56</sup> In Teilen ist die Ausgestaltung dieses Rechts

---

<sup>52</sup> Siehe zu weiteren Einzelheiten die Art. 27 Abs. 3 und 4 sowie Art. 28 ff. RL 2004/38. Hierzu gehören auch Vorgaben zu Mitteilungs- und Begründungspflichten sowie zur Einhaltung bestimmter Verfahrensgarantien.

<sup>53</sup> Siehe Art. 35 RL 2004/38. In Deutschland wurde von dieser Option in § 2 Abs. 7 FreizügG/EU Gebrauch gemacht. Danach kann das Nichtbestehen des Aufenthaltsrechts 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“.

<sup>54</sup> Von dieser Gestaltungsoption macht der Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Freizügigkeitsgesetzes/EU und weiterer Vorschriften (BT-Drs. 18/2581) Gebrauch, indem er die Einführung einer Rechtsgrundlage für die Möglichkeit eines befristeten Wiedereinreiseverbots im Fall von Rechtsmissbrauch oder Betrug in Bezug auf das Freizügigkeitsrecht vorsieht.

<sup>55</sup> In Art. 45 Abs. 3 Buchst. a und b AEUV ist lediglich das Recht geregelt, sich zum Zweck der Bewerbung um tatsächlich angebotene Stellen im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen.

<sup>56</sup> Vgl. EuGH, Rs. C-292/89 (Antonissen), Urt. v. 26.02.1991, Rn. 9 ff., insb. 13; EuGH, Rs. C-171/91 (Tsiotras), Urt. v. 26.05.1993, Rn. 8; EuGH, Rs. C-344/95 (Kommission/Belgien), Urt. v. 20.02.1997, Rn. 15; EuGH, Rs. C-138/02 (Collins), Urt. v. 23.03.2004, Rn. 36.

allerdings noch ungeklärt. Im Zusammenhang mit der Diskussion um den Zugang von EU-Ausländern zur Grundsicherung für Arbeitsuchende nach SGB II steht unter anderem dieses Aufenthaltsrecht im Vordergrund.<sup>57</sup>

### 3.2.1. Entstehung des Aufenthaltsrechts

Begründet wird dieses Aufenthaltsrecht mit der Arbeitsuche.<sup>58</sup> Anknüpfend an die Rechtsprechung zum Arbeitnehmerbegriff muss auch die Arbeitsuche tatsächlich erfolgen.<sup>59</sup> Darüber hinaus wird sie auf die Aufnahme solcher Tätigkeiten zielen müssen, die im Falle ihrer Ausübung den Arbeitnehmerstatus nach Art. 45 AEUV begründet.<sup>60</sup>

Ob weitergehende Anforderungen an die Arbeitsuche gestellt werden können – etwa hinsichtlich der beruflichen Qualifikation und der angestrebten Stellen –, ist der einschlägigen Rechtsprechung nicht eindeutig zu entnehmen.<sup>61</sup> Aus einer Entscheidung des EuGH lässt sich in negativer Hinsicht lediglich schließen, dass die Aussicht, eine Arbeit zu erhalten, nicht objektiv unmöglich sein darf.<sup>62</sup>

Die RL 2004/38 selbst normiert keine näheren Anforderungen an die Arbeitsuche. In dem Rechtsakt wird das Aufenthaltsrecht zur Arbeitsuche als eigenständige Kategorie jedenfalls im Rahmen

---

<sup>57</sup> Im Abschlussbericht des Staatssekretärsausschusses wird unter anderem vorgeschlagen, das Aufenthaltsrecht zur Arbeitsuche unter Berücksichtigung der unionsrechtlichen Vorgaben im nationalen Recht zu befristen (vgl. S. 10, 93). Dieser Vorschlag greift der Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Freizügigkeitsgesetz/EU und weiterer Vorschriften (BT-Drs. 18/2581) auf. Die dort enthaltene Neufassung des § 2 Abs. 2 Freizügigkeitsgesetz/EU sieht eine Befristung des Aufenthaltsrechts von Unionsbürgern zur Arbeitsuche bis zu sechs Monaten vor. Über diesen Zeitraum hinaus sollen sie ein Recht auf Einreise und Aufenthalt zur Arbeitsuche haben, solange sie nachweisen können, dass sie mit begründeter Aussicht auf Erfolg weiterhin Arbeit suchen. Zu dieser Problematik siehe aus dem Schrifttum etwa Fuchs, ZESAR 2014, S. 103 ff.; Steffen, ASR 2014, S. 11 ff.

<sup>58</sup> EuGH, Rs. C-292/89 (Antonissen), Urt. v. 26.02.1991, Rn. 13; EuGH, Rs. C-171/91 (Tsiotras), Urt. v. 26.05.1993, Rn. 8.

<sup>59</sup> Vgl. hierzu EuGH, verb. Rs. C-22 u. 23/08 (Vatsouras/Koupatantze), Urt. v. 04.06.2009, Rn. 39; EuGH, Rs. C-138/02 (Collins), Urt. v. 23.03.2004, Rn. 70.

<sup>60</sup> Ein solcher Schluss kann mit der Rechtsgrundlage dieses Aufenthaltsrechts in Art. 45 Abs. 3 AEUV begründet werden: Die sachlichen Voraussetzungen beider Aufenthaltsrechte müssen insoweit gleichlaufend ausgestaltet sein.

<sup>61</sup> Siehe etwa EuGH, Rs. C-292/89 (Antonissen), Urt. v. 26.02.1991, Rn. 16, 21, in welcher der Gerichtshof eher beiläufig ausführt, dass ein Zeitraum von sechs Monaten grundsätzlich als ausreichend angesehen wird, „*um den Betroffenen zu erlauben, [...] von Stellenangeboten Kenntnis zu nehmen, die ihren beruflichen Qualifikationen entsprechen, und sich gegebenenfalls um solche Stellen zu bewerben*“. (Hervorhebung durch Verfasser) Wortgleich auch in EuGH, Rs. C-171/91 (Tsiotras), Urt. v. 26.05.1993, Rn. 13.

<sup>62</sup> Vgl. EuGH, Rs. C-171/91 (Tsiotras), Urt. v. 26.05.1993, Rn. 14, 15. Dieser Entscheidung lag allerdings eine besondere Konstellation zugrunde. Betroffen war das Aufenthaltsrecht eines Bürgers, der sich bereits vor Beitritt seines Herkunftsstaates zur EU in einem anderen Mitgliedstaat aufhielt, dort schon zu dem Zeitpunkt arbeitslos war und nicht in eine Tätigkeit vermittelt werden konnte. Nach Beitritt stellte sich die Frage, ob er nunmehr ein unionsrechtliches Aufenthaltsrecht, u.a. aus Gründen der Arbeitsuche geltend machen konnte. Der Gerichtshof verneinte dies u. a. mit Blick auf die objektive Unmöglichkeit.

des Art. 7 RL 2004/38, der die verschiedenen Aufenthaltsrechte aufzählt, sogar gänzlich ausgespart.<sup>63</sup> Da diese Bestimmung im Wesentlichen lediglich zwischen Arbeitnehmern und Selbständigen einerseits<sup>64</sup> und sonstigen (wirtschaftlich nicht aktiven) Unionsbürgern andererseits unterscheidet<sup>65</sup>, stellt sich die Frage, wie ggf. Arbeitsuchende insoweit staatsrechtlich einzuordnen sind.

Von Bedeutung ist diese Frage deshalb, weil das Aufenthaltsrecht der wirtschaftlich nicht aktiven Unionsbürger bei einem Aufenthalt von mehr als drei Monaten nach der RL 2004/38 an die Voraussetzung geknüpft ist, dass sie über ausreichende Existenzmittel und über einen umfassenden Krankenversicherungsschutz verfügen.<sup>66</sup> Würde man arbeitsuchende Unionsbürger dieser Personengruppe zuordnen, würde das Aufenthaltsrecht der erstgenannten sekundärrechtlich an weitere (einschränkende) Voraussetzungen geknüpft. Hiergegen spricht jedoch, dass Art. 45 AEUV als Rechtsgrundlage des Aufenthaltsrechts zur Arbeitsuche – anders als das allgemeine, in Art. 21 Abs.1 AEUV geregelte Aufenthaltsrecht – keinen Vorbehalt zugunsten sekundärrechtlich geregelter „Beschränkungen und Bedingungen“ des Aufenthaltsrechts vorsieht. Eine primärrechtskonforme Auslegung des Art. 7 Abs. 1 RL 2004/38 dürfte daher dafür sprechen, arbeitsuchende Unionsbürger insoweit Arbeitnehmern gleichzustellen<sup>67</sup> und an deren Aufenthalt auch bei einem Zeitraum von über drei Monaten keine über die tatsächliche Arbeitsuchers hinausgehenden, weiteren Voraussetzungen zu stellen.<sup>68</sup> Ein solches Verständnis liegt auch der deutschen Umsetzung im Freizügigkeitsgesetz/EU zugrunde.<sup>69</sup>

### 3.2.2. Verlust

Der Verlust des auf Grund der Arbeitsuche bestehenden Aufenthaltsrechts ist untrennbar mit dessen Dauer verbunden. Hierzu hat der Gerichtshof in den ersten einschlägigen Entscheidungen aus den 1990iger Jahren festgestellt, dass das Unionsrecht die Dauer des Aufenthaltsrechts nicht

---

<sup>63</sup> An anderer Stelle regelt die RL 2004/38 allerdings auch die Situation der Arbeitsuchenden, siehe dazu sogleich unter 3.2.2. und 4.2.

<sup>64</sup> Siehe Art. 7 Abs. 1 Buchst. a) RL 2004/38.

<sup>65</sup> Siehe Art. 7 Abs. 1 Buchst. b) und c) RL 2004/38, der bei den wirtschaftlich nicht aktiven Unionsbürgern auf einer weiteren Ebene danach unterscheidet, ob die betreffende Person zur Absolvierung einer Ausbildung bei einer entsprechenden Einrichtung eingeschrieben ist (Buchst. c) oder nicht (Buchst. b). Nicht betrachtet werden vorliegend – wie oben ausgeführt – Familienangehörige der Unionsbürger, vgl. Art. Abs. 1 Buchst. d) RL 2004/38.

<sup>66</sup> Siehe insb. Art. 7 Abs. 1 Buchst. b) RL 2004/38, sowie Art. 7 Abs. 1 c) 2. Spltstr. RL 2004/38.

<sup>67</sup> Vgl. hierzu, wenngleich auf Grundlage eines anderen Sachverhalts, EuGH, Rs. C-507/12 (Prix), Urt. v. 19.06.2014, Rn. 24, 47.

<sup>68</sup> Für einen Zeitraum bis zu drei Monaten unterliegt das Aufenthaltsrecht nach Art. 6 RL 2004/38 keinen Voraussetzungen. Der Betroffene muss lediglich im Besitz eines gültigen Ausweises sein. Wie oben bereits ausgeführt, ist diese Regelung für Arbeitnehmer deklaratorisch. Gleiches gilt für Arbeitsuchende, deren Aufenthaltsrecht ebenfalls auf Art. 45 Abs. 3 AEUV gestützt wird.

<sup>69</sup> Vgl. § 2 Abs. 2 Nr. 1 einerseits und Nr. 2 i. V. m. § 4 FreizügigkeitsG/EU andererseits.

regle.<sup>70</sup> Daran hat sich bisher – auch mit der RL 2004/38 – nichts geändert. Es liegt daher weiter in der Verantwortung der Mitgliedstaaten, die Dauer dieses Aufenthalts zur Arbeitsuche festzulegen.<sup>71</sup> Unter Hinweis auf die praktische Wirksamkeit der Arbeitnehmerfreizügigkeit fordert der EuGH in ständiger Rechtsprechung allerdings, dass der gewährte Zeitraum angemessen sein muss.<sup>72</sup> Ausgehend von diesem Maßstab ließ der Gerichtshof etwa ein sechsmonatiges Aufenthaltsrecht genügen.<sup>73</sup> Offen ist, ob auch ein kürzerer Zeitraum als angemessen angesehen werden kann.<sup>74</sup> Dessen ungeachtet bleibt der Status als Arbeitsuchende nach neuerer Rechtsprechung bestehen, wenn die Arbeitsuche „wegen der körperlichen Belastungen im Spätstadium der Schwangerschaft und nach der Geburt des Kindes“ unterbrochen wird.<sup>75</sup>

Nach Ablauf eines angemessenen Zeitraums darf das Aufenthaltsrecht nach der Rechtsprechung des EuGH nicht automatisch wegfallen.<sup>76</sup> Führt der arbeitssuchende Unionsbürger den Nachweis, dass er weiterhin und mit begründeter Aussicht auf Erfolg Arbeit sucht, „*darf er vom Aufnahmemitgliedstaat nicht ausgewiesen werden*“.<sup>77</sup> Diese Rechtsprechungsvorgabe wurde nahezu wortgleich in die RL 2004/38 in einer Regelung zur Aufrechterhaltung des Aufenthaltsrechts übernommen.<sup>78</sup> Erläuterungsbedürftig sind in diesem Zusammenhang drei Aspekte:

---

<sup>70</sup> Vgl. EuGH, Rs. C-292/89 (Antonissen), Urt. v. 26.02.1991, Rn. 21; EuGH, Rs. C-344/95 (Kommission/Belgien), Urt. v. 20.02.1997, Rn. 16, 17; EuGH, Rs. C-138/02 (Collins), Urt. v. 23.03.2004, Rn. 37.

<sup>71</sup> EuGH, Rs. C-344/95 (Kommission/Belgien), Urt. v. 20.02.1997, Rn. 17; EuGH, Rs. C-138/02 (Collins), Urt. v. 23.03.2004, Rn. 37. In Deutschland ist dies bisher nicht erfolgt. Nach dem Abschlussbericht des Staatssekretärsausschusses soll das FreizügigkeitsG/EU jedoch insoweit angepasst und das Aufenthaltsrecht zur Arbeitsuche „*unter Berücksichtigung der Vorgaben des Unionsrechts künftig befristet werden*“ (vgl. S. 10, 93). ). Dieser Vorschlag greift der Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Freizügigkeitsgesetz/EU und weiterer Vorschriften (BT-Drs. 18/2581) auf. Die dort enthaltene Neufassung des § 2 Abs. 2 Freizügigkeitsgesetz/EU sieht eine Befristung des Aufenthaltsrechts von Unionsbürgern zur Arbeitsuche bis zu sechs Monaten vor. Über diesen Zeitraum hinaus sollen sie ein Recht auf Einreise und Aufenthalt zur Arbeitsuche haben, solange sie nachweisen können, dass sie mit begründeter Aussicht auf Erfolg weiterhin Arbeit suchen.

<sup>72</sup> Vgl. EuGH, Rs. C-292/89 (Antonissen), Urt. v. 26.02.1991, Rn. 16, 21; EuGH, Rs. C-344/95 (Kommission/Belgien), Urt. v. 20.02.1997, Rn. 16, 17; EuGH, Rs. C-138/02 (Collins), Urt. v. 23.03.2004, Rn. 37.

<sup>73</sup> Vgl. EuGH, Rs. C-292/89 (Antonissen), Urt. v. 26.02.1991, Rn. 21.

<sup>74</sup> In EuGH, Rs. C-344/95 (Kommission/Belgien), Urt. v. 20.02.1997, Rn. 12, stand ein dreimonatiges Aufenthaltsrecht in Frage. Der Gerichtshof nahm zur Angemessenheit eines solchen Zeitraums jedoch nicht Stellung, sondern lehnte die nationale Regelung aus anderen Gründen ab (vgl. Rn. 18 sowie die weiteren Ausführungen im Text).

<sup>75</sup> EuGH, Rs. C-507/12 (Saint Prix), Urt. v. 19.06.2014, Rn. 47.

<sup>76</sup> Vgl. EuGH, Rs. C-344/95 (Kommission/Belgien), Urt. v. 20.02.1997, Rn. 18; EuGH, Rs. C-138/02 (Collins), Urt. v. 23.03.2004, Rn. 37.

<sup>77</sup> EuGH, Rs. C-292/89 (Antonissen), Urt. v. 26.02.1991, Rn. 21; EuGH, Rs. C-344/95 (Kommission/Belgien), Urt. v. 20.02.1997, Rn. 17; EuGH, Rs. C-138/02 (Collins), Urt. v. 23.03.2004, Rn. 37.

<sup>78</sup> Siehe Art. 14 Abs. 4 Buchst. b) RL 2004/38.

Erstens stellt sich die Frage, unter welchen Umständen angenommen werden kann, dass mit begründeter Aussicht auf Erfolg Arbeit gesucht wird. Hierzu finden sich weder in der Rechtsprechung noch in der RL 2004/38 weitergehende Konkretisierungen. Diese vorzunehmen ist somit Aufgabe der Mitgliedstaaten, die diese Vorgabe letztlich auch im Einzelfall anzuwenden haben.<sup>79</sup> Allerdings ist davon auszugehen, dass die Mitgliedstaaten insoweit ebenfalls nicht gänzlich frei sein werden, sondern unionsrechtliche Grenzen zu beachten haben, die jedenfalls entlang der praktischen Wirksamkeit des Art. 45 AEUV verlaufen werden.

Zweitens ist festzuhalten, dass den arbeitssuchenden Unionsbürger nach Ablauf des angemessenen Zeitraums eine Nachweispflicht trifft. Die betreffende Person ist gegenüber den zuständigen Behörden des Aufenthaltsstaates im Hinblick auf die Umstände und die Erfolgsaussichten ihrer Arbeitsuche darlegungspflichtig, um weiterhin in den Genuss des Aufenthaltsrechts zu kommen. Für den Zeitraum vor Ablauf des angemessenen Zeitraums trifft demgemäß Unionsbürger eine solche Nachweispflicht nicht. Zu den Möglichkeiten der zuständigen Behörden, sich der Ernsthaftigkeit der Arbeitsuche oder ihrer objektiven Erfolgsmöglichkeit (siehe oben) in diesem Zeitraum zu versichern, enthält die RL 2004/38 eine Konkretisierung. Danach können die Mitgliedstaaten die Voraussetzungen des Aufenthaltsrechts dann prüfen, wenn an deren Vorliegen begründete Zweifel bestehen, wobei die Prüfung nicht systematisch durchgeführt werden darf.<sup>80</sup>

Der dritte Aspekt betrifft die Rechtsfolge nach Feststellung des Verlusts des Aufenthaltsrechts zur Arbeitsuche. In der zitierten Entscheidung ist von der Ausweisung die Rede. Daran knüpft auch die RL 2004/38 an.<sup>81</sup> Da eine unionsrechtliche Pflicht zur Ausweisung nicht besteht, dürfte eine solche Maßnahme jedoch nicht ohne weiteres ergriffen werden. Wie oben bereits ausgeführt, ist davon auszugehen, dass bei Wegfall des spezielleren, grundfreiheitlich verbürgten Aufenthaltsrechts jedenfalls das allgemeine Aufenthaltsrecht nach Art. 21 Abs. 1 AEUV besteht, soweit die Voraussetzungen hierfür erfüllt sind (siehe dazu unten). Dessen ungeachtet legt die RL 2004/38 fest, dass eine Ausweisung nach Wegfall der Voraussetzungen unionsrechtlicher Aufenthaltsrechte nicht mit einem Einreiseverbot einhergehen darf.<sup>82</sup>

Ein bestehendes Aufenthaltsrecht zwecks Arbeitsuche kann schließlich – wie auch bei der Arbeitnehmerfreizügigkeit – aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit eingeschränkt werden durch Ausweisung und ggf. Aufenthaltsverbot.<sup>83</sup>

---

<sup>79</sup> In Deutschland findet sich eine Konkretisierung in der Allgemeinen Verwaltungsvorschrift (AVV) zum FreizügigkeitsG/EU unter Punkt 2.2.1.3. Siehe dazu auch Raschka, EUR 2013, 116 (123). Die AVV ist online abrufbar unter [http://www.verwaltungsvorschriften-im-internet.de/bsvwvbund\\_26102009\\_MI19371156524.htm](http://www.verwaltungsvorschriften-im-internet.de/bsvwvbund_26102009_MI19371156524.htm) (letztmaliger Abruf am 28.02.17).

<sup>80</sup> Siehe Art. 14 Abs. 2 UAbs. 2 RL 2004/38.

<sup>81</sup> Siehe Art. 15 Abs. 1 und insbesondere Abs. 3 RL 2004/38. Aus dem Zusammenspiel dieser Vorschrift mit Art. 14 RL 2004/38, der die Voraussetzungen regelt, nach denen das Aufenthaltsrecht aufrechterhalten wird, wird deutlich, dass bei fehlender Aufrechterhaltung zumindest auch eine Ausweisung verhängt werden kann.

<sup>82</sup> Siehe Art. 15 Abs. 3 RL 2004/38.

<sup>83</sup> Dazu bereits oben unter 3.1.2.

### 3.3. Selbständige

Selbständig erwerbstätige Unionsbürger genießen nach Art. 49 AEUV das Recht der freien Niederlassung in einem anderen Mitgliedstaat. Dieses umfasst nach dem Wortlaut des Art. 49 Abs. 2 AEUV die Aufnahme und Ausübung selbständiger Erwerbstätigkeiten sowie die Gründung und Leitung von Unternehmen.

Ebenso wie bei der Arbeitnehmerfreizügigkeit gewährt auch die Niederlassungsfreiheit ein Recht zum Aufenthalt als notwendiges Begleitrecht der wirtschaftlichen Betätigung.<sup>84</sup> Mit Ausnahme des sogleich darzustellenden Begriffs der Niederlassung gleichen sich beide Aufenthaltsrechtsregime<sup>85</sup>, so dass im Übrigen auf die obigen Ausführungen zum Aufenthaltsrecht der Arbeitnehmer verwiesen werden kann.<sup>86</sup>

Unter einer Niederlassung im Sinne des Art. 49 AEUV versteht man die tatsächliche Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit mittels einer festen Einrichtung in einem anderen Mitgliedstaat auf unbestimmte Zeit.<sup>87</sup> Geschützt ist die stabile und kontinuierliche Teilnahme am Wirtschaftsleben eines anderen Mitgliedstaates und der daraus gezogene Nutzen.<sup>88</sup> Kennzeichnend für die Niederlassungsfreiheit und zugleich Unterscheidungsmerkmal zur Arbeitnehmerfreizügigkeit ist die Selbständigkeit. Anhaltspunkte für deren Vorliegen sind nach der Rechtsprechung des EuGH die Beteiligung an Gewinn und Verlust, die freie Bestimmung der Arbeitszeit, die Weisungsfreiheit und die Auswahl der Mitarbeiter.<sup>89</sup>

Anders als bei der Arbeitnehmerfreizügigkeit spielten in der bisherigen Rechtsprechung zur Niederlassungsfreiheit Fragen des Umfangs und der Dauer der selbständigen Tätigkeit sowie die Höhe des dabei erzielten Gewinns keine Rolle. Soweit ersichtlich hat der EuGH insbesondere noch nicht entschieden, ob die Erzielung von existenzsicherndem Erwerbseinkommen für den europarechtlichen Begriff der selbständigen Erwerbstätigkeit prägend ist. Es spricht einiges dafür, dass insoweit der gleiche Maßstab anzulegen ist wie für den Begriff des Arbeitnehmers, insb. die Höhe des Einkommens für den Status des Selbständigen allein nicht ausschlaggebend ist.<sup>90</sup> Im

---

<sup>84</sup> Siehe etwa EuGH, Rs. C-370/90 (Singh), Urt. v. 07.07.1992, Rn. 17.

<sup>85</sup> Vgl. EuGH, Rs. C-107/94 (Asscher), Urt. v. 27.06.1996, Rn. 29. Siehe auch die parallele Regelung in Art. 7 Abs. 1 Buchst. a), Abs. 3, Art. 14 Abs. 4 Buchst a) RL 2004/38.

<sup>86</sup> Siehe oben unter 3.1.

<sup>87</sup> EuGH, Rs. C-438/05 (International Transport Workers' Federation und Finnish Seamen's Union), Urt. v. 11.12.2007, Rn. 70; EuGH, Rs. C-107/94 (Factortame), Urt. v. 15.02.1996, Rn. 20.

<sup>88</sup> EuGH, Rs. C-48/11 (A), Urt. v. 19.07.2012, Rn. 23; EuGH, Rs. C-55/94 (Gebhard), Urt. v. 30.11.1995, Rn. 25.

<sup>89</sup> EuGH, Rs. 3/87 (The Queen/Ministry of Agriculture), Urt. v. 14.12.1989, Rn. 35 ff. Vgl. auch Nr. 2.2.2 der Allgemeinen Verwaltungsvorschrift zum Freizügigkeitsgesetz/EU.

<sup>90</sup> Siehe allgemein zum grundsätzlichen Gleichlauf der Gewährleistungsgehalte beider Grundfreiheiten, EuGH, Rs. C-107/94 (Asscher), Urt. v. 27.06.1996, Rn. 29. So auch Raschka, Freizügigkeit von Unionsbürgern und Zugang zu sozialen Leistungen, EuR 2013, S. 116 (120); Frings, Sozialrecht für Zuwanderer, 2008, S. 54.

---

Übrigen muss es sich auch bei der selbständigen Erwerbstätigkeit – wie bei der Arbeitnehmerfreizügigkeit – um eine „tatsächliche“ und „echte“ (wirtschaftliche) Tätigkeit handeln.<sup>91</sup>

#### 3.4. Wirtschaftlich nicht aktive Unionsbürger

Neben dem Aufenthaltsrecht zur Arbeitsuche steht vor allem das in Art. 21 Abs. 1 AEUV geregelte Aufenthaltsrecht für wirtschaftlich nicht aktive Unionsbürger<sup>92</sup> im Zentrum der um den Zugang von EU-Ausländern zur Grundsicherung für Arbeitsuchende nach dem SGB II geführten Diskussionen. Wie oben bereits ausgeführt, unterliegt dieses Aufenthaltsrecht – anders als die grundfreiheitlich verankerten – dem ausdrücklichen Vorbehalt sekundärrechtlich vorgesehener „Beschränkungen und Bedingungen“.<sup>93</sup> Von dieser Ausgestaltungskompetenz hat der Unionsgesetzgeber zuletzt in der RL 2004/38 Gebrauch gemacht<sup>94</sup> und das Aufenthaltsrecht der wirtschaftlich nicht aktiven Unionsbürger für einen Aufenthalt von über drei Monaten u. a. an das Vorhandensein ausreichender Existenzmittel geknüpft.<sup>95</sup> Vor allem hinsichtlich der Auslegung und Anwendung dieser „Bedingung“ bestehen erhebliche Unklarheiten.<sup>96</sup>

---

<sup>91</sup> Vgl. Schlussanträge des GA Philippe Léger zu EuGH, Rs. C-196/04 (Cadbury Schweppes), Anträge v. 02.05.2006, Rn. 42. Vgl. auch den Abschlussbericht des Staatssekretärsausschusses, S. 47, in dem darauf verwiesen wird, dass die bloße Anmeldung eines Scheingewerbes und die Vorlage eines Gewerbescheines noch nicht den Status des Selbständigen begründeten.

<sup>92</sup> Die RL 2004/38 unterscheidet in Art. 7 Abs. 1 Buchst. b) und c) zwei Personengruppen wirtschaftlich nicht aktiver Unionsbürger: solche mit dem Ziel der (Berufs-)Ausbildung (Buchst. c) und sonstige Unionsbürger ohne wirtschaftlichen Aufenthaltzweck (Buchst. b). Die sich daran knüpfenden Differenzierungen bezüglich rein aufenthaltsrechtlicher Fragen betreffen die in Art. 8 Abs. 3 Sphlstr. 1 und 2 RL 2004/38 geregelten Voraussetzungen für die Ausstellung einer Anmeldebescheinigung und unterscheiden sich hinsichtlich des Nachweises ausreichender Existenzmittel.

<sup>93</sup> Siehe dazu auch EuGH, Rs. C-333/13 (Dano), Urt. v. 11.11.2014, Rs. C-140/12 (Brey), Urt. v. 19.11.2013, Rn. 46. Unter die im Vertragswortlaut ebenfalls in Bezug genommenen primärrechtlichen „Beschränkungen und Bedingungen“ fallen in erster Linie die auch für alle grundfreiheitlichen Aufenthaltsrechte geltenden Einschränkungen aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit. Siehe dazu obenunter 3.1.2.

<sup>94</sup> Siehe zur vorhergehenden (Sekundär-)Rechtslage, nach der das Aufenthaltsrecht wirtschaftlich nicht aktiver Unionsbürger in drei verschiedenen Richtlinien geregelt war, Scheuing, EUR 2003, S. 774 (755 f., 766 f.).

<sup>95</sup> Siehe Art. 7 Abs. 1 Buchst. b) und c) 2. Sphlstr. RL 2004/38.

<sup>96</sup> Vgl. hierzu aus dem Schrifttum etwa Thym, NZS 2014, S. 81 (85 ff.).

---

### 3.4.1. Entstehung des Aufenthaltsrechts

Nach der RL 2004/38 ist dieses Aufenthaltsrecht für einen Zeitraum von bis zu drei Monaten nur an die für alle Aufenthaltsrechte geltende Anforderung geknüpft, gültige Ausweispapiere zu besitzen.<sup>97</sup> Damit entsteht es quasi voraussetzungslos nach tatsächlicher Einreise in das Hoheitsgebiet eines (anderen) Mitgliedstaates.<sup>98</sup>

Die in der RL 2004/38 für einen Aufenthalt von über drei Monaten geltenden Voraussetzungen – Vorhandensein ausreichender Existenzmittel und umfassender Krankenversicherungsschutz<sup>99</sup> – sind für die Entstehung dieses Aufenthaltsrechts somit ohne Bedeutung. Praktisch relevant werden sie allein für dessen Fortbestehen bzw. Verlust.

### 3.4.2. Verlust des Aufenthaltsrechts

In dem hier behandelten Kontext steht dabei allein die erste der beiden Voraussetzungen im Vordergrund, wonach der Unionsbürger über ausreichende Existenzmittel einen umfassenden Krankenversicherungsschutz verfügen müssen.<sup>100</sup> Hinsichtlich der Einschränkungen des Aufenthaltsrechts wirtschaftlich nicht aktiver Unionsbürger insbesondere aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit gelten keine Besonderheiten, so dass auf die allgemein geltenden Ausführungen im Rahmen der Arbeitnehmerfreizügigkeit verwiesen werden kann.

Wendet man sich sodann der genannten Voraussetzung zu, bestehen die eingangs erwähnten Unklarheiten auf zwei Ebenen. Die erste betrifft den Inhalt dieser Anforderung. Hier stellt sich insbesondere die Frage, welche aufenthaltsrechtlichen Folgen ein Sozialhilfebezug während des Aufenthalts für die Beurteilung des Vorhandenseins ausreichender Existenzmittel nach sich

---

<sup>97</sup> Siehe Art. 6 Abs. 1 RL 2004/38.

<sup>98</sup> Vgl. Erwägungsgrund Nr. 9 RL 2004/38. Nach vorhergehender (Sekundär-)Rechtslage (Fn. 5) unterlag das Aufenthaltsrecht wirtschaftlich nicht aktiver Unionsbürger von Anbeginn u. a. der Anforderung, über ausreichend Existenzmittel verfügen zu müssen, vgl. dazu Scheuing, EUR 2003, S. 774 (755) mit Nachweisen in Bezug auf die damals geltenden Richtlinien.

<sup>99</sup> Siehe Art. 7 Abs. 1 Buchst. b) und c) 2. Spglstr. RL 2004/38.

<sup>100</sup> Siehe zu den Konsequenzen eines nicht umfassenden Krankenversicherungsschutzes, EuGH, Rs. C- 413/99 (Baumbast), Urt. v. 17.09.2002, Rn. 91 ff.

zieht.<sup>101</sup> Auf der zweiten Ebene geht es um den Rechtscharakter der Feststellung einer unangemessenen Inanspruchnahme von Sozialleistungen durch nationale Behörden.

#### 3.4.2.1. Ausreichende Existenzmittel und unangemessener Sozialhilfebezug

Blickt man im Zusammenhang mit der ersten Frage in die deutsche Sprachfassung der RL 2004/38, so wird die Anforderung, über ausreichende Existenzmittel verfügen zu müssen, dahingehend umschrieben, dass man während seines Aufenthalts keine Sozialhilfeleistungen im Aufnahmemitgliedstaat in Anspruch nehmen muss.<sup>102</sup> Diese Regelung ist allerdings nicht so zu verstehen, dass im Fall eines Sozialleistungsbezugs automatisch von dem Fehlen ausreichender Existenzmittel und einem damit einhergehenden Verlust des Aufenthaltsrechts auszugehen ist.<sup>103</sup>

Unter Berücksichtigung anderer Sprachfassungen der einschlägigen Richtlinienbestimmung<sup>104</sup> sowie einer systematischen und teleologischen Auslegung des gesamten Rechtsaktes im Lichte der primärrechtlichen Vorgaben versteht der Gerichtshof diese Voraussetzung dahingehend, dass sie lediglich eine unangemessene Inanspruchnahme der Sozialhilfeleistungen des Aufnahmemitgliedstaates verhindern soll.<sup>105</sup>

Hierbei betont der EuGH zum einen, dass es sich bei dem Recht auf Freizügigkeit um ein grundlegendes Prinzip handele, von dem die in der RL 2004/38 normierten Voraussetzungen für den Aufenthaltsstatus wirtschaftlich nicht aktiver Unionsbürger eng, namentlich unter Einhaltung der vom Unionsrecht vorgegebenen Grenzen sowie nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit

---

<sup>101</sup> Auf das in Art. 8 Abs. 2 bis 5 RL 2004/38 angelegte System eines präventiven aufenthaltsrechtlichen Bescheinigungsverfahrens, im Rahmen dessen auch der Nachweis ausreichender Existenzmittel verlangt werden kann, wurde in der aktuell geltenden Fassung FreizügG/EU für Unionsbürger und Familienangehörige, die Unionsbürger sind, verzichtet. Anwendung findet es nun nur noch für drittstaatsangehörige Familienmitglieder von Unionsbürgern, vgl. § 5 Abs. 1 FreizügG/EU. Siehe dazu näher Thym, ZAR 2014, S. 220. Eine Überprüfung dieser und anderer Voraussetzungen kann nach jetziger Rechtslage nur (noch) aus besonderem Anlass erfolgen, vgl. § 5 Abs. 3 FreizügG/EU. Siehe dazu auch die Begründung der Gesetzesänderung, BT-Drs. 17/10746, S. 11. Zur Höhe der nachzuweisenden Existenzmittel finden sich Vorgaben in Art. 8 Abs. 4 RL 2004/38. Danach darf kein fester Betrag festgelegt werden, der als ausreichend betrachtet wird. Es muss vielmehr die persönliche Situation des Betroffenen berücksichtigt werden. Im Übrigen darf der Betrag nicht über den im Aufnahmestaat gültigen Schwellenbeträgen für Sozialhilfe oder Mindestrente liegen.

<sup>102</sup> Siehe Art. 7 Abs. 1 Buchst. b) und c) 2. Spltstr. RL 2004/38.

<sup>103</sup> Vgl. EuGH, Rs. C-140/12 (Brey), Urt. v. 19.11.2013, Rn. 75. Heinig, EuR-Beiheft 2013, S. 31(43); van Overmeiren, Filip/Eichenhofer, Eberhard/Verscheuren, Herwig, Social security coverage of non-active persons moving to another Member State, 2011, S. 10.

<sup>104</sup> So heißt es in der französischen und englischen Sprachfassung, dass (wirtschaftlich nicht aktive) Unionsbürger möglichst „ne pas devenir une charge pour le système d'assistance sociale“ bzw. „not to become a burden on the social assistance system“.

<sup>105</sup> EuGH, Rs. C-333/13 (Dano), Urt. v. 11.11.2014; Rs. C-140/12 (Brey), Urt. v. 19.11.2013, Rn. 65 ff. Aus dem Schrifttum Thym, NZS 2014, S. 81 (85 ff.). Das zitierte Urteil bezieht sich – seinem Vorlagegegenstand entsprechend – zwar nur auf Art. 7 Abs. 1 Buchst. b) RL 2004/38. Es kann jedoch davon ausgegangen werden, dass diese Auslegung für den insoweit wortgleichen Art. 7 Abs. 1 Buchst. c) RL 2004/38 ebenso gilt und somit auch die sich zu (Berufs-)Ausbildungszwecken aufhaltenden Unionsbürger (vgl. Fn. 65) betrifft.

auszulegen seien.<sup>106</sup> Zum anderen gehe aus der RL 2004/38 hervor, dass sie eine bestimmte finanzielle Solidarität der Staatsangehörigen des Aufnahmemitgliedstaates mit denen der anderen Mitgliedstaaten anerkenne, insbesondere, wenn die Schwierigkeiten des Aufenthaltsberechtigten nur vorübergehender Natur seien.<sup>107</sup>

Aus diesem Verständnis der RL 2004/38 folgt, dass es auch eine angemessene Inanspruchnahme von Sozialleistungen gibt, die nicht zum Verlust des Aufenthaltsrechts wirtschaftlich nicht aktiver Unionsbürger führt.<sup>108</sup> Das Fehlen ausreichender Existenzmittel kann bei Bezug von Sozialleistungen nur dann angenommen werden, wenn es sich dabei um eine *unangemessene* Inanspruchnahme handelt. Nur in diesem Maße steht das Aufenthaltsrecht von wirtschaftlich nicht aktiven Unionsbürgern unter einem „Sozialhilfevorbehalt“.<sup>109</sup>

Entscheidend für den Verlust dieses Aufenthaltsrechts bei Sozialhilfebezug ist danach die im Einzelfall zu treffende Feststellung einer unangemessenen Inanspruchnahme. Von einer solchen ist nach der Entscheidung des EuGH in der Rechtssache Brey dann auszugehen, wenn die Gewährung einer Sozialleistung zu einer Belastung für das gesamte Sozialhilfesystem des betreffenden Mitgliedstaats führt.<sup>110</sup> Dabei ist – wie nach bisheriger Rechtsprechung – jedenfalls die individuelle Situation des Betroffenen zu berücksichtigen, wobei es u.a. auf die Höhe und die Regelmäßigkeit der dieser Person verfügbaren (sonstigen) Einkünfte sowie auf den Zeitraum ankommt, in dem ihr die beantragte oder in Anspruch genommene Leistung voraussichtlich gewährt wird.<sup>111</sup> Neu ist hingegen der Verweis auf die Belastungswirkung für das jeweilige nationale Sozialhilfesystem. In diesem Zusammenhang weist der EuGH darauf hin, dass es von Bedeutung sein kann, „den Anteil derjenigen Empfänger dieser Leistung zu ermitteln, die Unionsbürger und Empfänger einer Altersrente in einem anderen Mitgliedstaat sind“.<sup>112</sup> Dieser durch die Brey-Entscheidung eingeführte „systemische“ Aspekt der Unangemessenheitsprüfung, wird im Schrifttum mit Blick auf seine unklare Handhabung im Einzelfall kritisch betrachtet.<sup>113</sup>

---

<sup>106</sup> EuGH, Rs. C-140/12 (Brey), Urt. v. 19.11.2013, Rn. 70.

<sup>107</sup> EuGH, Rs. C-140/12 (Brey), Urt. v. 19.11.2013, Rn. 72.

<sup>108</sup> Höfler, Die Unionsbürgerfreiheit, 2009, S. 105.

<sup>109</sup> Stewen, Die Entwicklung des allgemeinen Freizügigkeitsrechts der Unionsbürger und seiner sozialen Begleitrechte, 2011, S. 133.

<sup>110</sup> EuGH, Rs. C-140/12 (Brey), Urt. v. 19.11.2013, Rn. 72, 77.

<sup>111</sup> EuGH, Rs. C-140/12 (Brey), Urt. v. 19.11.2013, Rn. 76, 77. Vgl. auch Erwägungsgrund Nr. 16 der RL 2004/38, wonach auch die Dauer des Aufenthalts zu berücksichtigen ist und die Frage, ob es sich um vorübergehende Schwierigkeiten handelt. Siehe aus früherer Rechtsprechung etwa EuGH, Rs. C-184/99 (Grzelczyk), Urt. v. 20.09.2001, Rn. 42 ff.

<sup>112</sup> EuGH, Rs. C-140/12 (Brey), Urt. v. 19.11.2013, Rn. 77.

<sup>113</sup> Vgl. etwa Thym, NZS 2014, S. 81 (85 ff.); Fuchs, ZESAR 2014, S. 103 (111).

### 3.4.2.2. Rechtscharakter nationaler Maßnahmen

Die Beurteilung, ob die Inanspruchnahme von Sozialleistungen im Einzelfall unangemessen ist, obliegt den zuständigen nationalen Behörden.<sup>114</sup> Im Schrifttum ist umstritten, ob eine derartige Feststellung – wie bei den Entstehungsvoraussetzungen der grundfreiheitlichen Aufenthaltsrechte – rein deklaratorische Wirkung hat, soweit sie allein die unionsrechtlich ausgestaltete Rechtslage nachzeichnet, oder ob sie – vergleichbar der Einschränkung bestehender Aufenthaltsrechte aus Gründen öffentlicher Ordnung, Sicherheit und Gesundheit – konstitutiver Natur ist.<sup>115</sup> Der Rechtsprechung lässt sich die Antwort auf diese Frage nicht ausdrücklich entnehmen. Die Annahme einer konstitutiven Wirkung hätte ggf. zur Folge, dass das Aufenthaltsrecht wirtschaftlich nicht aktiver Unionsbürger als bis zu dem Moment bestehend angesehen werden müsste, in dem die nationale Feststellung getroffen wird – ungeachtet einer möglichen Rückwirkung der Behördenentscheidung.

### 3.5. Daueraufenthaltsrecht

Durch die RL 2004/38 neu eingeführt wurde das Recht auf Daueraufenthalt.<sup>116</sup> Dieses entsteht nach einem ununterbrochenen rechtmäßigen Aufenthalt von fünf Jahren im Aufnahmemitgliedstaat und ist sodann an keine Voraussetzungen gebunden, insbesondere nicht an die Ausübung einer Erwerbstätigkeit oder das Vorhandensein ausreichender Existenzmittel.<sup>117</sup> Dessen ungeachtet kann das Daueraufenthaltsrecht – ebenso wie die anderen Aufenthaltsrechte – aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit beschränkt werden.<sup>118</sup> Eine Ausweisung darf allerdings nur bei schwerwiegenden Gründen der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit verfügt werden.<sup>119</sup>

Für die hier relevante Problematik ist dieses Aufenthaltsrecht nicht von Bedeutung. Die in seinem Zusammenhang erörterten Streitfragen betreffen überwiegend die Anrechnung von Zeiten des Aufenthalts im jeweiligen Mitgliedstaat für den ununterbrochenen rechtmäßigen Aufenthalt von fünf Jahren und damit seine Entstehung.<sup>120</sup>

---

<sup>114</sup> Vgl. EuGH, Rs. C-140/12 (Brey), Urt. v. 19.11.2013, Rn. 72.

<sup>115</sup> Für eine deklaratorische Feststellung Thym, ZAR 2014, S. 220 (221 ff.); für eine konstitutive Wirkung eintretend, Wollenschläger, S. 180 ff. – jeweils mit weiteren Nachweisen.

<sup>116</sup> Siehe Art. 16 RL 2004/38, vgl. auch Erwägungsgründe 17 bis 19, sowie Brinkmann, in: Huber, Aufenthaltsgesetz, § 4a FreizügG/EU, Rn. 1. Dazu näher van Overmeiren, Filip/Eichenhofer, Eberhard/Verscheuren, Herwig, Social security coverage of non-active persons moving to another Member State, 2011, S. 10.

<sup>117</sup> Siehe Art. 16 Abs. 1 RL 2004/38.

<sup>118</sup> Siehe Art. 27 ff. RL 2004/38.

<sup>119</sup> Siehe Art. 28 Abs. 2 RL 2004/38.

<sup>120</sup> Vgl. dazu allgemein sowie zu einzelnen Fallkonstellationen, Dienelt, in: Renner/Bergmann/Dienelt, Ausländerrecht, 10. Auflage 2013, § 4a FreizügG/EU, Rn. 7 ff.

### 3.6. Zusammenfallen von wirtschaftlichem und nicht-wirtschaftlichem Aufenthaltszweck

Weder in den Verträgen noch in der Richtlinie 2004/38 ist ausdrücklich geregelt, in welchem Verhältnis die grundfreiheitsbezogenen „wirtschaftlichen“ Aufenthaltsrechte zu dem auf Art. 21 Abs. 1 AEUV gründenden Aufenthaltsrecht wirtschaftlich nicht aktiver Unionsbürger stehen. Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs sind die erstgenannten gegenüber dem letztgenannten spezieller und gehen – soweit die Entstehungsvoraussetzungen vorliegen – dem allgemeinen Aufenthaltsrecht aus Art. 21 Abs. 1 AEUV vor.<sup>121</sup>

Dies gilt auch dann, wenn der Unionsbürger hauptsächlich einen nicht-wirtschaftlichen Aufenthaltszweck, wie etwa die Absolvierung eines Hochschulstudiums, verfolgt und (nur) nebenbei einer den Kriterien des Art. 45 AEUV genügenden abhängigen Beschäftigung nachgeht.<sup>122</sup>

## 4. Inanspruchnahme von Sozialleistungen durch EU-Ausländer

Nachfolgend wird der Frage nachgegangen, inwieweit sich aus den unionsrechtlichen Gleichbehandlungsgeboten Ansprüche auf den Zugang zu Sozialleistungen herleiten. Diese Frage wird gesondert für EU-Ausländer, die sich als Arbeitnehmer, Arbeitsuchende, Selbständige oder als wirtschaftlich nicht aktive Unionsbürger in Deutschland aufhalten, am Beispiel der Grundsicherung für Arbeitsuchende beleuchtet.

### 4.1. Arbeitnehmer

Unionsbürger, die sich auf Grundlage der Richtlinie 2004/38 im Hoheitsgebiet des Aufnahmemitgliedstaates aufhalten, genießen im Anwendungsbereich der Unionsverträge die gleiche Behandlung wie die Staatsangehörigen dieses Mitgliedstaates.<sup>123</sup> Arbeitnehmer mit Staatsangehörigkeit eines anderen EU-Mitgliedstaates haben demgemäß im Aufnahmemitgliedstaat vom ersten Tag ihres Aufenthaltes an einen Anspruch auf die auch Inländern des Aufnahmestaates zustehenden Sozialleistungen. Die Möglichkeit, EU-Ausländern während der ersten drei Monate des Aufenthalts oder sogar darüber hinaus einen Anspruch auf *Sozialhilfe* nicht zu gewähren, schließt Art. 24 Abs. 2 RL 2004/38 für Arbeitnehmer, Selbständige und ihre Familienangehörigen aus. Darüber hinaus gebietet Art. 4 VO 883/2004 bzgl. seinem Anwendungsbereich zugehörigen Sozialleistungen – und dies unabhängig vom Bestehen eines Arbeitnehmerstatus – die Gleichbehandlung von EU-Ausländern und Inländern. Vorbehaltlich der in dieser Verordnung vorgesehenen Ausnahmeregelungen darf der Bezug von nach dem Recht der Mitgliedstaaten vorgesehenen Sozialleistungen nicht von der Staatsangehörigkeit abhängen.<sup>124</sup>

---

<sup>121</sup> Vgl. EuGH, Rs. C-100/01 (Oteiza Olazabal), Urt. v. 26.11.2002, Rn. 26; EuGH, Rs. C-367/11 (Prete), Urt. v. 25.10.2012, Rn. 20. Siehe dazu auch Kluth, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 4. Aufl. 2011, Art. 21 AEUV, Rn. 16; Haratsch/Koenig/Pechstein, Europarecht, 9. Aufl. 2014, Rn. 765.

<sup>122</sup> EuGH, Rs. C-46/12 (L. N.), Urt. v. 21.02.2013, Rn. 29, 46 f., 51.

<sup>123</sup> Art. 24 Abs. 1 RL 2004/38.

<sup>124</sup> Dern, in: Schreiber/Wunder/Dern, VO (EG) Nr. 883/2004. Kommentar, 2012, Art. 4 Rn. 1.

Nach Art. 7 Abs. 2 der Verordnung Nr. 492/2011<sup>125</sup> genießt ein Arbeitnehmer, der Staatsangehöriger eines Mitgliedstaats ist, im Hoheitsgebiet der anderen Mitgliedstaaten die gleichen sozialen und steuerlichen Vergünstigungen wie die inländischen Arbeitnehmer. Diese Vorschrift ist eine besondere „Ausprägung des in Art. 45 Abs. 2 AEUV enthaltenen Gleichbehandlungsgrundsatzes auf dem spezifischen Gebiet der Gewährung sozialer Vergünstigungen.“<sup>126</sup> Die Rechtsprechung des EuGH leitet aus diesen Normen ein weites Verständnis des Begriffs der sozialen Vergünstigung ab. Bei den sozialen Vergünstigungen handle es sich

*„um alle diejenigen, die – ob sie an einen Arbeitsvertrag anknüpfen oder nicht – den inländischen Arbeitnehmern im allgemeinen hauptsächlich wegen deren objektiver Arbeitnehmereigenschaft oder einfach wegen ihres Wohnsitzes im Inland gewährt werden und deren Ausdehnung auf die Arbeitnehmer, die Staatsangehörige eines anderen Mitgliedstaats sind, deshalb geeignet erscheint, deren Mobilität innerhalb der Gemeinschaft zu fördern“.*<sup>127</sup>

Nach dieser weiten Definition dürften neben einer Vielzahl anderer Sozialleistungen<sup>128</sup> auch die Leistungen der Grundsicherung für Arbeitsuchende vom Anwendungsbereich des Art. 7 Abs. 2 Verordnung Nr. 492/2011 erfasst sein. Als Arbeitnehmer können EU-Ausländer in Deutschland mithin ihr Erwerbseinkommen aufstockende Grundsicherungsleistungen unter den gleichen Voraussetzungen beanspruchen wie inländische Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer. Diese Personengruppe ist de lege lata bereits im SGB II – übereinstimmend mit den europarechtlichen Vorgaben – von dem in der Grundsicherung für Arbeitsuche vorgesehenen Leistungsausschluss von Unionsbürgern aus anderen Mitgliedstaaten in § 7 Abs. S. 2 SGB II ausgenommen.<sup>129</sup>

#### 4.2. Arbeitsuchende

Nicht abschließend geklärt ist, ob Arbeitsuchende aus anderen Mitgliedstaaten in gleicher Weise wie Staatsangehörige Sozialleistungen im Aufnahmemitgliedstaat beanspruchen können. Nachfolgend wird diese Problematik anhand der kontrovers diskutierten Frage beleuchtet, ob der in § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II vorgesehene Leistungsausschluss von Unionsbürgern für die Dauer der Arbeitsuche mit EU-Recht vereinbar ist.<sup>130</sup>

---

<sup>125</sup> Verordnung (EU) Nr. 492/11 des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 5. April 2011 über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Union, ABl. Nr. L 141 vom 27.05.2011, S. 1-12.

<sup>126</sup> EuGH, Rs. C-287/05 (Hendrix), Urt. v. 20.06.2013, Rs. C-20/12 (Giersch), Urt. v. 20.06.2013, Rn. 35.

<sup>127</sup> EuGH, Rs. 207/78 (Even), Urt. v. 31.05.1979, Rn. 22.

<sup>128</sup> Vgl. dazu den Überblick in Stewen, Die Entwicklung des allgemeinen Freizügigkeitsrechts der Unionsbürger und seiner sozialen Begleitrechte, S. 149.

<sup>129</sup> Dazu näher Thym, NZS 2014, S. 81 (84); Frings, Grundsicherung für Arbeitsuchende und Migration: Einschlüsse und Ausschlüsse nach der Staatsangehörigkeit und dem Aufenthaltsstatus, in: Matthias Kurth (Hrsg.), Arbeitsmarktintegration und Integrationspolitik - zur notwendigen Verknüpfung zweier Politikfelder: Eine Untersuchung über SGB II-Leistungsbeziehende mit Migrationshintergrund, 2010, S. 23 (27 ff.); Huber, ZRP 2014, S. 52 (53).

<sup>130</sup> Ein Überblick dazu findet sich bei Tießler-Marenda, Sozialrecht aktuell, 2012, S. 41 (42 f.).

---

Nach § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II sind Ausländerinnen und Ausländer, deren Aufenthaltsrecht sich allein aus dem Zweck der Arbeitsuche ergibt, und ihre Familienangehörigen für die Dauer der Arbeitsuche von Leistungen nach der Grundsicherung für Arbeitsuchende (SGB II) ausgeschlossen.<sup>131</sup>

Zwei sekundärrechtliche EU-Regelungen scheinen auf den ersten Blick auf die Frage, ob dieser Leistungsausschluss mit EU-Recht vereinbar ist, nur schwerlich miteinander vereinbare Antworten zu geben. Der in § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II vorgesehene Leistungsausschluss für die Dauer der Arbeitsuche könnte einerseits den durch Art. 24 Abs. 2 RL 2004/38 den Mitgliedstaaten dafür eingeräumten Gestaltungsspielraum nutzen, andererseits wiederum als unionsrechtswidrig anzusehen sein, wenn damit das Gleichbehandlungsgebot nach Art. 4 VO 883/2004 verletzt würde. Nachfolgend soll dargestellt werden, ob sich dieser Leistungsausschluss auf Art. 24 Abs. 2 RL 2004/38 stützen lässt (4.2.1.), und anschließend, ob dieser mit dem Gleichbehandlungsgebot nach Art. 4 VO 883/2004 vereinbar ist (4.2.2.).

4.2.1. Entspricht der Leistungsausschluss für Arbeitsuchende nach § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II dem in Art. 24 Abs. 2 RL 2004/38 den Mitgliedstaaten eingeräumten Gestaltungsspielraum?

Nach Art. 24 Abs. 2 RL 2004/38 sind die Mitgliedstaaten nicht dazu verpflichtet, anderen Personen als Arbeitnehmern, Selbständigen oder Personen, denen dieser Status erhalten bleibt, und ihren Familienangehörigen während der ersten drei Monate des Aufenthalts u.a. einen Anspruch auf „Sozialhilfe“ zu gewähren. Gegebenenfalls „während des längeren Zeitraums nach Artikel 14 Absatz 4 Buchstabe b“, also während des Zeitraums, „in dem Unionsbürger in das Hoheitsgebiet des Aufnahmemitgliedstaats eingereist sind, um Arbeit zu suchen,“ soll dies ebenfalls zulässig sein. Art. 24 Abs. 2 RL 2004/38 lautet:

*„Abweichend von Absatz 1 ist der Aufnahmemitgliedstaat jedoch nicht verpflichtet, anderen Personen als Arbeitnehmern oder Selbständigen, Personen, denen dieser Status erhalten bleibt, und ihren Familienangehörigen während der ersten drei Monate des Aufenthalts oder gegebenenfalls während des längeren Zeitraums nach Artikel 14 Absatz 4 Buchstabe b) einen Anspruch auf Sozialhilfe oder vor Erwerb des Rechts auf Daueraufenthalt Studienbeihilfen, einschließlich Beihilfen zur Berufsausbildung, in Form eines Stipendiums oder Studiendarlehens, zu gewähren.“*

Diese Regelung wirft eine Reihe von Fragen auf, die nachfolgend kurz beleuchtet werden sollen:

- Ist die in Art. 24 Abs. 2 RL 2004/38 den Mitgliedstaaten eröffnete Möglichkeit, Unionsbürgern für die Dauer der Arbeitsuche keinen Anspruch auf „Sozialhilfe“ zu gewähren, mit Art. 45 Abs. 2, 3 AEUV vereinbar, oder müssen unionsrechtlich Arbeitsuchende mit Arbeitnehmern leistungsrechtlich gleich behandelt werden? (4.2.1.1.)
- Ist die Ausnahmeregelung in Art. 24 Abs. 2 RL 2004/38 mit dem allgemeinen Diskriminierungsverbot (Art. 18 AEUV) vereinbar? (4.2.1.2.)

---

<sup>131</sup> Derksen, Die Darstellung der Grundsicherung für Arbeitsuchende, 2008, S. 6 f.; Tieblier-Marenda, Sozialrecht aktuell, 2012, S. 41 (42 f.).

- Lassen sich die im SGB II vorgesehenen Leistungen (ganz oder teilweise) als „Sozialhilfe“ i.S.d. Art. 24 Abs. 2 RL 2004/38 qualifizieren? (4.2.1.3.)

#### 4.2.1.1. Sind Arbeitsuchende leistungsrechtlich mit Arbeitnehmern gleich zu behandeln?

Nach der einschlägigen Rechtsprechung des EuGH sind Arbeitsuchende mit Arbeitnehmern, was deren Zugang zu steuerfinanzierten Sozialleistungen betrifft, nicht (im vollen Umfang) gleich zu stellen. In der Rechtssache Collins<sup>132</sup> fordert der EuGH ihre strikte Gleichbehandlung nur für deren Beschäftigungszugang, hält es aber gleichwohl für legitim, wenn ein Mitgliedstaat die Gewährung von sekundärrechtlich Arbeitnehmern vorbehaltenen Sozialleistungen an Arbeitsuchende von der tatsächlichen Verbindung Arbeitsuchender mit dem Arbeitsmarkt des Aufnahmemitgliedstaates abhängig macht.<sup>133</sup> Arbeitsuchende haben mithin zwar im Grundsatz Anspruch auf die Arbeitnehmern vorbehaltenen Sozialleistungen. Diese können aber davon abhängig gemacht werden, dass das „Bestehen einer tatsächlichen Verbindung des Arbeitsuchenden mit dem Arbeitsmarkt“ vom Aufnahmemitgliedstaat zuvor festgestellt wurde.<sup>134</sup>

Von diesem Ausgangspunkt her stellt sich die weitere Frage, ob Unionsbürger, die ihr Aufenthaltsrecht allein auf die Arbeitsuche stützen, generell keine ausreichende Verbindung zum Arbeitsmarkt des Aufnahmestaates aufweisen und dementsprechend ein Leistungszugang generell ausgeschlossen werden darf oder ob diese Frage einer Prüfung im Einzelfall vorbehalten ist. Das Bundessozialgericht (BSG) hält letzteres europarechtlich für geboten und hat demgemäß Zweifel an der Europarechtskonformität des § 7 Abs. 1 Satz 2 lit. 2. SGB II<sup>135</sup>, weil diese Regelungen generell einen Leistungsausschluss für gebietsfremde Unionsbürger für die Dauer der Arbeitsuche anordnet, ohne einer entsprechenden Einzelfallprüfung Raum zu geben. Eine solche Einzelfallprüfung dürfte aber erforderlich sein, da eine den Anspruch auf soziale Leistungen begründende tatsächliche hinreichende Bindung zum innerstaatlichen Arbeitsmarkt nicht von vornherein ausgeschlossen ist: Diese könnte etwa auf Grund eines zuvor ausgeübten Beschäftigungsverhältnisses

---

<sup>132</sup> EuGH, Rs. C-138/02 (Collins), Urt. v. 23.03.2004

<sup>133</sup> EuGH, Rs. C-138/02 (Collins), Urt. v. 23.03.2004 Rn. 69 ff. Vgl. dazu auch die Darstellung bei Höfler, Die Unionsbürgerfreiheit, 2009, S. 180 ff.

<sup>134</sup> Der EuGH führte in der Rs. C 138/02 (Collins) dazu aus: *„Die mit dem Jobseekers Act 1995 eingeführte Beihilfe für Arbeitsuchende ist eine Leistung der sozialen Sicherheit, die, da sie das Arbeitslosengeld und die Sozialhilfe ersetzt, u. a. voraussetzt, dass eine Person, die sie beantragt, dem Arbeitsmarkt zur Verfügung steht, dass sie aktiv nach einer Beschäftigung sucht, und dass ihr Einkommen und Vermögen bestimmte Beträge nicht überschreiten. (Rn. 68) Es kann als legitim angesehen werden, dass ein Mitgliedstaat eine solche Beihilfe erst gewährt, nachdem das Bestehen einer tatsächlichen Verbindung des Arbeitsuchenden mit dem Arbeitsmarkt dieses Mitgliedstaats festgestellt wurde. (Rn. 69)“.*

<sup>135</sup> Diese Regelung wurde erst nach Inkrafttreten des SGB II mit dem Gesetz zur Änderung des SGB II vom 24.03.2006 (BGBl. I 2006, 558) eingeführt.

---

bestehen, obgleich sich die EU-Ausländer dort nur zur Arbeitsuche aufhalten.<sup>136</sup> Für die Notwendigkeit einer solchen Einzelfallprüfung spricht die Entscheidung des EuGH in der Rechtssache Stewert<sup>137</sup>. Hier verwarf der Gerichtshof eine leistungsrechtliche Regelung, die die Gewährung einer Sozialleistung an EU-Ausländer von einem Aufenthaltserfordernis unter Ausschluss jedes anderen Umstands, der das Bestehen einer tatsächlichen Verbindung zwischen dem Antragsteller und diesem Mitgliedstaat belegen kann, abhängig machte.

#### 4.2.1.2. Vereinbarkeit des Art. 24 Abs. 2 RL 2004/38 mit dem Diskriminierungsverbot nach Art. 18 AEUV

Vereinzelt wird auch die Unionsrechtskonformität des Art. 24 Abs. 2 RL 2004/38 mit Blick darauf angezweifelt, dass diese dessen Regelungen Unionsbürger aus anderen Mitgliedstaaten leistungsrechtlich schlechter stellen als eigene Staatsangehörige. Die im Schrifttum vereinzelt vertretene Ansicht, Art. 24 Abs. 2 RL 2004/38 wäre mit dem Diskriminierungsverbot nach Art. 18 AEUV nicht vereinbar und damit nicht primärrechtskonform<sup>138</sup>, findet in der Rechtsprechung des EuGH keine Bestätigung. Ungleichbehandlungen, auch hinsichtlich des Zugangs von Unionsbürgern zu Sozialleistungen in anderen EU-Mitgliedstaaten, sind nach europäischem Recht nicht von vornherein unzulässig. Art. 18 AEUV schließt zwar die nachteilige Ungleichbehandlung eines Angehörigen eines Mitgliedstaates gegenüber Angehörigen eines anderen Mitgliedstaates nur aufgrund der Staatsangehörigkeit uneingeschränkt aus. Nicht unmittelbar auf die Staatsangehörigkeit abstellende Differenzierungen, die an Kriterien anknüpfen, die typischerweise nur Ausländer oder Inländer erfüllen, sind zwar ebenfalls verboten, können allerdings nach der Rechtsprechung des EuGH gerechtfertigt sein.<sup>139</sup>

---

<sup>136</sup> BSG, EuGH-Vorlage v. 12.12.2013, B 4 AS 9/13, Rn. 48; skeptisch auch Huber, ZRP 2014, S. 52 (53); Frings, Grundsicherung für Arbeitsuchende und Migration: Einschlüsse und Ausschüsse nach der Staatsangehörigkeit und dem Aufenthaltsstatus, in: Matthias Kurth (Hrsg.), Arbeitsmarktintegration und Integrationspolitik - zur notwendigen Verknüpfung zweier Politikfelder: Eine Untersuchung über SGB II-Leistungsbeziehende mit Migrationshintergrund, S. 23 (32).

<sup>137</sup> EuGH, Rs. C-503/09 (Stewert), Urt. v. 21.07.2011.

<sup>138</sup> Stewen, Die Entwicklung des allgemeinen Freizügigkeitsrechts der Unionsbürger und seiner sozialen Begleitrecht, 2009, S. 203; zweifelnd auch Hofmann/Kummer, ZESAR 2013, S. 199 (202).

<sup>139</sup> EuGH, Rs. C-388/01 (Kommission der Europäischen Gemeinschaften gegen Italienische Republik, Urt. v. 16.01.2003).

#### 4.2.1.3. Handelt es sich bei den Leistungen des SGB II um Sozialhilfe i.S.d. Art. 24 Abs. 2 RL 2004/38?

Ob der Ausschluss Arbeitsuchender aus dem EU-Ausland von Grundsicherungsleistungen sich auf Art. 24 Abs. 2 RL 2004/38 stützen lässt, hängt (auch) davon ab, ob sich die im SGB II vorgesehenen Leistungen – insgesamt oder ein Teil des Leistungskatalogs hieraus – als „Sozialhilfe“ qualifizieren lassen.<sup>140</sup>

Der EuGH hatte sich auf Vorlage des Sozialgerichts Nürnberg mit Urteil vom 4. Juni 2009<sup>141</sup> in der Rechtssache *Vatsouras/Koupatantze gegen Arbeitsgemeinschaft Nürnberg* mit der Problematik befasst, ob ein Ausschluss von Unionsbürgern von Leistungen nach dem SGB II auf Art. 24 Abs. 2 RL 2004/38 gestützt werden kann und dabei zu der Frage Stellung bezogen, ob die Grundsicherung für Arbeitsuchende nach dem SGB II als *Sozialhilfe* i.S.d. Art. 24 Abs. 2 RL 2004/38 qualifiziert werden kann.

Nach Ansicht des EuGH obliegt diese Feststellung den nationalen Behörden und Gerichten. Zur Auslegung des nationalen Rechts im Lichte dieser Richtlinie gibt das Gericht folgende Hinweise: Für die Feststellung, ob eine Leistung als „Sozialhilfe“ i.S.d. Art. 24 Abs. 2 RL 2004/38 gelte, sei auf den Zweck der Leistung und nicht auf ihre „formale Struktur“ abzustellen. Der Gerichtshof sieht es als legitim an, „dass ein Mitgliedstaat eine solche Beihilfe erst gewährt, nachdem das Bestehen einer tatsächlichen Verbindung des Arbeitsuchenden mit dem Arbeitsmarkt dieses Staates festgestellt wurde.[...] Eine Voraussetzung wie die in § 7 Abs. 1 SGB II enthaltene, wonach der Betroffene erwerbsfähig sein muss, könnte ein Hinweis darauf sein, dass die Leistung den Zugang zur Beschäftigung erleichtern soll [...]. Finanzielle Leistungen, die unabhängig von ihrer Einstufung nach nationalem Recht den Zugang zum Arbeitsmarkt erleichtern sollen, können nicht als „Sozialhilfeleistungen“ im Sinne von Art. 24 Abs. 2 RL 2004 angesehen werden.“

In der Rechtssache *Brey* hat der EuGH später dargelegt, dass der Begriff „Sozialhilfe“ in der Richtlinie 2004/38 und in der Verordnung 883/2004 nicht die gleiche Bedeutung habe, sondern für diese Regelwerke jeweils eigenständig zu deuten sei. Demgemäß ist der Begriff der „Sozialhilfe“ bzw. „Sozialhilfeleistung“ auf Grundlage der Richtlinie 2004/38/EG eigenständig zu bestimmen. Der in dieser Richtlinie verwendete Begriff „Sozialhilfeleistungen“ sei

*„...so zu verstehen, dass er sich auf sämtliche von öffentlichen Stellen eingerichteten Hilfssysteme bezieht, die auf nationaler, regionaler oder örtlicher Ebene bestehen und die ein Einzelner in Anspruch nimmt, der nicht über ausreichende Existenzmittel zur Bestreitung seiner Grundbedürfnisse und derjenigen seiner Familie verfügt...“<sup>142</sup>*

---

<sup>140</sup> Der Sprachgebrauch im europäischen Sekundärrecht ist nicht einheitlich. Der Begriff „Sozialhilfe“ wird sowohl in der Richtlinie 2004/38 als auch in der Verordnung 883/2004 verwendet. Der Begriff „Sozialhilfeleistung“ findet sich in der Richtlinie 2004/38, nicht aber in der Verordnung 883/2004.

<sup>141</sup> EuGH, verb. Rs. C-22/08, C-23/08 (*Vatsouras/Koupatantze*), Urt. v. 4.6.2009.

<sup>142</sup> EuGH, Rs. C-140/12, Urt. v. 19.09.2013 Rn. 61

---

In diesem weiten Verständnis dürften als Sozialhilfeleistungen i.S.d. Richtlinie 2004/38/EG alle sozialen Hilfssysteme gelten können, die durch öffentliche Haushalte finanziert werden.<sup>143</sup>

Nicht abschließend geklärt ist die für den Leistungszugang von Unionsbürgern aus anderen Mitgliedstaaten bedeutsame Frage, ob Leistungen, die den Zugang zum Arbeitsmarkt erleichtern sollen, als „Sozialhilfe“ bzw. „Sozialhilfeleistung“ i.S.d. europarechtlichen Sekundärrechts gelten können. Leistungen, die den Zugang zum Arbeitsmarkt erleichtern sollen, haben in der Rechtsprechung des EuGH eine Sonderstellung. Sie unterfallen der Arbeitnehmerfreizügigkeit (Art. 45 Abs. 2 AEUV).<sup>144</sup> Es sprechen weder der Gesetzeswortlaut noch systematische oder teleologische Erwägungen dafür, diese Leistungen begrifflich auf Arbeitsfördermaßnahmen i.e.S. zu beschränken und Leistungen hiervon auszunehmen, die nicht ausschließlich dazu dienen, den Zugang zum Arbeitsmarkt zu eröffnen.

Die Frage, ob soziale Leistungen, die (auch) die Eingliederung in den Arbeitsmarkt bezwecken, als „Sozialhilfe“ bzw. „Sozialhilfeleistung“ gelten können, hat für den Zugang von EU-Ausländern zu den Leistungen der Grundsicherung für Arbeitsuchende erhebliche Bedeutung. Das im SGB II vorgesehene Leistungssystem sieht Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts<sup>145</sup> und zur Eingliederung in den Arbeitsmarkt<sup>146</sup> vor und ist Erwerbsfähigen vorbehalten (§ 8 SGB II). Da das Leistungssystem des SGB II dazu dient, sowohl die Sicherung des Lebensunterhalts zu gewährleisten als auch den Zugang zu Beschäftigung zu ermöglichen, spricht viel dafür, dieses (zumindest, soweit es der Existenzsicherung dient) als Sozialhilfe bzw. Sozialhilfeleistung i.S.d. der Richtlinie 2004/38 zu qualifizieren.<sup>147</sup> Zu diesem Ergebnis kommt jedenfalls Generalanwalt Wathelet in seinen Schlussanträgen in der Rechtssache *Dano gegen Jobcenter Leipzig*. Zwar verweist er zunächst darauf, dass der EuGH in der Rechtssache *Vatsouras/Koupatantze* „finanzielle Leistungen, die unabhängig von ihrer Einstufung nach nationalem Recht den Zugang zum Arbeitsmarkt erleichtern sollen, nicht als „Sozialhilfe“ im Sinne von Art. 24 Abs. 2 der Richtlinie 2004/38 gelten ließ<sup>148</sup>; gleichwohl vertritt er aber nach umfassender Prüfung mit Blick auf die jüngere Entwicklung der europäischen Rechtsprechung die Ansicht, „dass die Leistungen der Grundsicherung zum einen besondere beitragsunabhängige Geldleistungen im Sinne der Verord-

---

<sup>143</sup> Thym, NZS 2014, S. 81 (83).

<sup>144</sup> Janda, KritV 2011, S. 275 (280).

<sup>145</sup> Das den Regelbedarf, Mehrbedarfe und den Bedarf für Unterkunft und Heizung umfassende Arbeitslosengeld II nach §§ 19, 20 SGB II.

<sup>146</sup> Insb. §§ 16, 16b, 16d, 16e SGB II.

<sup>147</sup> So auch BSG, EuGH-Vorlage v. 12.12.2013- B 4 AS 9/13 R; Hailbronner, ZFSH/SGB 2009, S. 195 (201 f.); Hofmann/Kummer, ZESAR 2013, S. 199 (202); Kingreen, Soziale Rechte und Migration, S. 70; Mangold/Pattar, VSSR 2008, S. 243 (249); anders aber SG Leipzig, EuGH-Vorlage v. 03.06.2013 - AS 2198/12, S. 17 und Schreiber, info also 2009, S. 196 (197), der vom Begriff der Sozialhilfe i.S.d. RL 2004/38/EG die Grundsicherung für Arbeitsuchende nicht umfasst sieht.

<sup>148</sup> Schlussanträge des Generalanwalts Melchior Wathelet vom 20. Mai 2014, Rs. C-333/13 Rn. 63, online abrufbar unter: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=152523&pageIndex=0&doclang=DE&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=160949>.

nung Nr. 883/2004 und zum anderen Sozialhilfeleistungen im Sinne der Richtlinie 2004/38 darstellen.“<sup>149</sup> Diese Rechtsauffassung bestätigt der EuGH jüngst in seiner Entscheidung *Dano*<sup>150</sup> unter Hinweis darauf, dass der Begriff der Sozialhilfe sich „auf sämtliche von öffentlichen Stellen eingerichteten Hilfssysteme“ beziehe, „die auf nationaler, regionaler oder örtlicher Ebene bestehen und die ein Einzelner in Anspruch nimmt, der nicht über ausreichende Existenzmittel zur Bestreitung seiner Grundbedürfnisse und derjenigen seiner Familie verfügt und deshalb während seines Aufenthalts möglicherweise die öffentlichen Finanzen des Aufnahmemitgliedstaats belasten muss, was geeignet ist, sich auf das gesamte Niveau der Beihilfe auszuwirken, die dieser Staat gewähren kann.“<sup>151</sup>

4.2.2. Ist der Leistungsausschluss für Arbeitsuchende nach § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2. SGB II an Art. 4 VO 883/2004 zu messen?

In der Rechtssache *Brey*<sup>152</sup> hatte der EuGH die Koordinierungsfunktion der Verordnung 883/2004 hervorgehoben, die darin bestehe, dass durch die Bereitstellung von Kollisionsnormen bei grenzüberschreitenden Sachverhalten jeweils eine der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen für anwendbar erklärt werde. Die Verordnung grenze Zuständigkeiten ab, ohne das jeweilige Sozialrecht zu harmonisieren. Vielmehr regelten die Mitgliedstaaten die Leistungsvoraussetzungen autonom. Aus den unterschiedlichen Zielsetzungen der VO 883/2004 und der Richtlinie 2004/38 folgert der EuGH, dass die VO 883/2004 zwar allen Unionsbürgern bei Ausübung ihres Freizügigkeitsrechts die Beibehaltung der in ihrem Ursprungsland gewährten Ansprüche auf bestimmte Sozialleistungen garantieren soll, es aber die Richtlinie 2004/38 ihrerseits dem Aufnahmestaat erlaube, „Unionsbürgern, wenn sie die Arbeitnehmereigenschaft nicht oder nicht mehr besitzen, rechtmäßige Beschränkungen in Bezug auf die Gewährung von Sozialleistungen aufzuerlegen, damit diese die Sozialhilfeleistungen dieses Staates nicht unangemessen in Anspruch nehmen.“<sup>153</sup>

Käme für die hier untersuchte Fragestellung sowohl Art. 24 Abs. 2 RL 2004/38 als auch Art. 4 VO 883/2004 zur Anwendung, entstünde das Problem, dass diese Normen auf die Frage, ob EU-Ausländer als Arbeitsuchende Anspruch auf Grundsicherungsleistungen unter den gleichen Bedingungen wie Inländer haben, auf den ersten Blick schwerlich vereinbare Antworten geben. Nach Art. 4 VO 883/2004 haben EU-Ausländer die gleichen Rechte und Pflichten aufgrund der Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaates wie die Staatsangehörigen dieses Staates, was für eine strikte Gleichbehandlung beim Leistungsbezug der Grundsicherung für Arbeitsuchende sprechen könnte, während nach Art. 24 Abs. 2 RL 2004/38 ein Aufnahmemitgliedstaat nicht verpflichtet ist, Unionsbürgern für die Dauer der Arbeitsuche einen Anspruch auf Sozialhilfe zu gewähren.

<sup>149</sup> Schlussanträge des Generalanwalts Melchior Wathelet vom 20. Mai 2014, Rs. C-333/13 Rn. 73.

<sup>150</sup> Rs. C-333/13, Urt. v. 11.11.2014.

<sup>151</sup> Rs. C-333/13, Urt. v. 11.11.2014, Rn. 63.

<sup>152</sup> EuGH, Rs. C-140/12 (*Brey*), Urt. v. 19.09.2013; dazu die Darstellung dieser Entscheidung in: Aktueller Begriff Europa: EuGH, C-140/12 (*Brey*) vom 16.01.2014, online abrufbar unter: [http://www.bundestag.btg/Butag-Verw/W/Ausarbeitungen/Einzelpublikationen/Ablage/2014/EuGH\\_Rs.\\_C-140\\_1\\_1389870508.pdf](http://www.bundestag.btg/Butag-Verw/W/Ausarbeitungen/Einzelpublikationen/Ablage/2014/EuGH_Rs._C-140_1_1389870508.pdf)

<sup>153</sup> EuGH, C-140/12 (*Brey*), Urt. v. 19.09.2013, Rn. 57.

Die auf den ersten Blick widersprüchlichen Rechtsfolgen für die hier untersuchte Fragestellung ergäben sich aber nur, soweit beide Normen dafür überhaupt Anwendung finden. Erst dann wäre es erforderlich, nach Wegen zu suchen, das Spannungsverhältnis zwischen Art. 24 Abs. 2 RL 2004/38 und Art. 4 VO 883/2004 aufzulösen.

Zunächst soll daher der Frage nachgegangen werden, ob Art. 4 VO 883/2004 überhaupt als Prüfungsmaßstab dafür, ob § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2. SGB II europarechtskonform ist, in Betracht kommt. Dies setzte voraus, dass die VO 883/2004 für die Leistungen des SGB II insgesamt Anwendung findet (4.2.2.1.). Im Anschluss daran wird untersucht, ob vorstehende Regelung an dem Gleichbehandlungsgebot nach Art. 4 VO 883/2004 zu messen ist und welche Folgen sich – insb. für das Verhältnis des Art. 24 Abs. 2 RL 2004/38 zu Art. 4 VO 883/2004 – daraus ergeben (4.2.2.2.).

#### 4.2.2.1 Anwendbarkeit der VO 883/2004

Damit Art. 4 VO 883/2004 als Prüfungsmaßstab für den Leistungsausschluss nach § 7 Abs. 1 Satz 2 SGB II herangezogen werden kann, müsste diese Verordnung auf die Grundversicherung für Arbeitsuchende Anwendung finden.

In zeitlicher Hinsicht findet die VO 883/2004 erst mit Inkrafttreten der Durchführungsverordnung Anwendung (Art. 91 VO 883/2004). Diese Durchführungsverordnung – die Verordnung (EG) Nr. 987/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16.9.2009 zur Festlegung der Modalitäten für die Durchführung der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 über die Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit<sup>154</sup> – ist am 1. Mai 2010 in Kraft getreten (Art. 97 VO 987/2009). Ab diesem Zeitpunkt ist also auch die VO 883/2004 anzuwenden.

Das SGB II unterfällt dem sachlichen Geltungsbereich<sup>155</sup> dieser Verordnung. Die Verordnung 883/2004 findet nach Art. 3 Abs. 3 und Art. 70 VO 883/2004 auf beitragsunabhängige Geldleistungen Anwendung, „die aufgrund ihres persönlichen Geltungsbereichs, ihrer Ziele und/oder ihrer Anspruchsvoraussetzungen sowohl Merkmale der in Artikel 3 Abs. 1 genannten Rechtsvorschriften der sozialen Sicherheit als auch Merkmale der Sozialhilfe aufweisen.“<sup>156</sup>

Generalanwalt Melchior Wathelet legt in seinen Schlussanträgen zum Vorlageverfahren des Sozialgerichts (SG) Leipzig in der Rechtssache Dano<sup>157</sup> dar, dass die existenzsichernden Leistungen des SGB II, der Regelbedarf zur Sicherung des Lebensunterhalts (§ 20 SGB II), das Sozialgeld (§

---

<sup>154</sup> ABl. L 284 vom 30.10.2009, S. 1. online abrufbar unter: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2009:284:0001:0042:DE:PDF>.

<sup>155</sup> So auch BSG, EuGH-Vorlage v. 12.12.2013, B 4 AS 9/13 R; LSG Hessen, Beschl. v. 14.07.2011, L 7 AS 107/11 B ER; Schreiber, in: Schreiber/Wunder/Dern, VO (EG) Nr. 883/2004. Europäische Verordnung zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit, Kommentar, 2012, Art. 70 Rn. 35; Frings, ZAR 2012, S. 317 (319).

<sup>156</sup> Art. 70 Abs. 1 VO 883/2004.

<sup>157</sup> Dazu auch die Schlussanträge des Generalanwalts Melchior Wathelet vom 20. Mai 2014, Rs. C-333/13 (Dano).

---

23 SGB II) und die Bedarfe für Unterkunft und Heizung (§ 22 SGB II) als besondere beitragsunabhängige Geldleistungen im Sinne der VO 883/2004 zu qualifizieren sind.

Dafür dürfte sprechen, dass die Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts der Grundsicherung für Arbeitsuchende im Anhang X, auf die Art. 70 Abs. 2 lit. c VO 883/2004 verweist, unter Deutschland lit. b) der Verordnung aufgeführt sind.

Der persönliche Geltungsbereich der Verordnung umfasst u.a. alle Staatsangehörigen eines Mitgliedstaates (Art. 2 Abs. 1 VO 883/2004).<sup>158</sup>

Der Leistungsausschluss nach § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2. SGB II ist mithin – soweit EU-Bürger davon betroffen sind – seit dem 1. Mai 2010 an der VO 883/2004 zu messen. Damit steht allerdings noch nicht fest, ob das Gleichbehandlungsgebot nach Art. 4 VO 883/2004 dafür Anwendung findet.

#### 4.2.2.2. Zum Gleichbehandlungsgebot des Art. 4 VO 883/2004

Nach Art. 4 VO 883/2004 haben Personen, für die diese Verordnung gilt, die gleichen Rechte und Pflichten aufgrund der Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaates wie die Staatsangehörigen dieses Staates. Diese Norm konkretisiert das primärrechtliche Verbot der Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit (Art. 18 AEUV) für das koordinierende Sozialrecht.

Ob das Gleichbehandlungsgebot nach Art. 4 VO 883/2004 auch für die besonderen beitragsunabhängigen Geldleistungen nach Art. 70 VO 883/2004 gilt, hängt maßgeblich davon ab, wie der in Art. 4 VO 883/2004 verwandte Begriff „Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten“ auszulegen ist.

Nach dem Wortlaut des Art. 1 lit. I VO 883/2004 beziehen sich die besagten „Rechtsvorschriften“ nur auf die in Art. 3 Abs. 1 dieser Verordnung genannten Zweige der sozialen Sicherheit, nicht aber auf die besonderen beitragsunabhängigen Leistungen nach Art. 70 VO 883/2004 und damit auch nicht auf die Grundsicherung für Arbeitsuchende. Gleichwohl wird vielfach die Meinung vertreten, dass auf die VO 883/2004 – wie bereits die Vorgängerregelung VO 1408/71/EWG – für sämtliche beitragsunabhängigen besonderen Geldleistungen der Gleichbehandlungsgrundsatz nach Art. 4 VO 883/2004 Anwendung findet.<sup>159</sup> Dafür dürfte sprechen, dass nach Art. 70 Abs. 3 VO 883/2004 lediglich Art. 7 VO 883/2004, nicht aber Art. 4 VO 883/2004 für die besonderen beitragsunabhängigen Geldleistungen keine Anwendung finden soll.

Die Frage, ob an dieser Norm auch die Grundsicherung für Arbeitsuchende zu messen ist, dürfte vor dem Hintergrund der geführten Diskussion und noch ausstehender höchstrichterlicher Entscheidungen dazu noch als nicht abschließend geklärt angesehen werden. Geht man hiervon aus,

---

<sup>158</sup> Zum persönlichen Anwendungsbereich dieser Verordnung im Vergleich zur Vorgängerregelung (VO 1408/71 EWG) vgl. Fischer, *Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit in Europa*, 2008, S. 35 ff.; Bokeloh, *ZESAR* 2013, S. 398 f.; Frings, *ZAR* 2012, S. 317 (319).

<sup>159</sup> LSG Bayern, *Urt. v. 19.06.2013 – L 16 AS 847/12*; Frings, *ZAR* 2012, S. 317 (322); Hailbronner, *JZ* 2014, S. 869 (871); so auch die Schlussanträge des Generalanwalts Melchior Wathelet vom 20. Mai 2014, *Rs. C-333/13 (Dano)*, Rn. 84.

so wäre noch auf Folgendes hinzuweisen: Der Wortlaut des Art. 4 VO 883/2004 legt die Verpflichtung nahe, Unionsbürgern anderer Mitgliedstaaten unter den gleichen Bedingungen wie deutschen Staatsangehörigen Leistungen der Grundsicherung für Arbeitsuchende nach dem SGB II zu gewähren.

Art. 4 VO 883/2004 verbietet jegliche Ungleichbehandlung aufgrund der Staatsangehörigkeit und fordert die Gleichbehandlung von Unionsbürgern mit ausländischer Staatsangehörigkeit mit inländischen Staatsangehörigen (sog. Inländergleichbehandlung).<sup>160</sup> Untersagt sind alle Formen der direkten bzw. offenen Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit.<sup>161</sup> Verboten sind aber auch mittelbare Diskriminierungen, insb. in der Form, dass Regelungen eines EU-Mitgliedstaates nicht an die Staatsangehörigkeit Rechtsfolgen knüpfen, im Wesentlichen sich aber ausschließlich oder ganz überwiegend für EU-Ausländer nachteilig auswirken.<sup>162</sup>

Vorstehende, für die Anwendung des Art. 4 VO 883/2004 wesentliche Unterscheidung wird nicht von allen, die zu den hier untersuchten Problemstellungen Position bezogen haben, nachvollzogen. Während in der deutschen sozialgerichtlichen Rechtsprechung<sup>163</sup> und im Schrifttum<sup>164</sup> vielfach die Ansicht vertreten wird, dass dieser Vorschrift ein striktes, keiner Differenzierung zugängliches Verbot, EU-Ausländer und EU-Inländer ungleich zu behandeln, zu entnehmen sei, soll Art. 4 VO 883/2004 nach der Rechtsprechung des EuGH nicht jede Ungleichbehandlung ausschließen. Eine Ungleichbehandlung könne auch im koordinierenden Sozialrecht gerechtfertigt sein, wenn sie „auf objektiven, von der Staatsangehörigkeit der Betroffenen unabhängigen Erwägungen beruht.“<sup>165</sup>

Die Rechtsfrage, ob die nach Art. 4 VO 883/2004 gebotene Gleichbehandlung eine sofortige Leistungspflicht für EU-Ausländer auslöst oder ob es den Mitgliedstaaten frei steht, (gestützt auf Art. 24 Abs. 2 RL 2004/38) eine Leistungspflicht erst nach drei Monaten oder den Ausschluss ei-

---

<sup>160</sup> Otting, in: Eichenhofer (Hrsg.), Sozialrecht der Europäischen Union, Art. 4 Rn. 1, 7; Frings, ZAR 2012, S. 317 (319).

<sup>161</sup> Bokeloh, ZESAR 2013, S. 398 (402).

<sup>162</sup> Dern, in: Schreiber/Wunder/Dern, VO (EG) Nr. 883/2004, 2012, Art. 4 Rn. 5 f.; Otting, in: Eichenhofer (Hrsg.), Sozialrecht der Europäischen Union, Art. 4 Rn. 10; Bokeloh, ZESAR 2013, S. 398 (402).

<sup>163</sup> So z.B. LSG Hessen, Beschl. v. 14.07.2011, L 7 AS 107/11 B ER; vgl. auch Hofmann/Kummer, ZESAR 2013, S. 199 (207); Sokolowski, ZESAR 2011, S. 373 (376).

<sup>164</sup> Schreiber, NZS 2012, S. 647 (650); Husmann, ZESAR 2010, S. 97 (101 f.); Janda, KritV 2011, S. 275 (288).

<sup>165</sup> EuGH, Rs. C-346/05 (Chateignier), Urt. v. 9. 11.2006; Rs. C-124/99 (Borowitz), Urt. v. 21.09.2000; dazu auch Thym, NZS 2014, s. 81 (84).

ner Leistungspflicht für die Dauer der Arbeitsuche vorzusehen, soll in den jüngst vom Sozialgericht Leipzig<sup>166</sup> und vom Bundessozialgericht<sup>167</sup> initiierten Vorlageverfahren geklärt werden.<sup>168</sup> Im Rahmen des erstgenannten Vorlageverfahrens hat Generalanwalt Wathelet zur Möglichkeit Stellung bezogen, die im Grundsatz von Art. 4 VO 883/2004 geforderte Gleichbehandlung zu beschränken. Ein legitimes Kriterium, Sozialleistungen zu verweigern, ist seiner Ansicht nach das Erfordernis einer tatsächlichen Verbindung mit dem Aufnahmemitgliedstaat. Die in § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1/2 SGB II normierten Gründe für den Ausschluss von Grundsicherungsleistungen,

---

<sup>166</sup> SG Leipzig, EuGH-Vorlage v. 03.06.2013, S. 17 AS 2198/12; das SG Leipzig hat dem EuGH folgende Fragen vorgelegt:

*„1. Ist der persönliche Anwendungsbereich von Art 4 EGV 883/2004 für Personen eröffnet, die keine Leistung sozialversicherungsrechtlicher oder familienfördernder Art i.S. des Art 3 Abs. 1 der Verordnung, sondern eine besondere beitragsunabhängige Leistung i.S. der Art 3 Abs. 3, 70 der Verordnung in Anspruch nehmen wollen?“*

*2. Falls die Frage zu 1) bejaht wird: Ist es den Mitgliedstaaten durch Art 4 EGV 883/2004 verwehrt, zur Vermeidung einer unangemessenen Inanspruchnahme von existenzsichernden beitragsunabhängigen Sozialleistungen i.S. des Art 70 der Verordnung bedürftige Unionsbürger vom Bezug derartiger Leistungen, die eigenen Staatsbürgern in gleicher Lage gewährt werden, ganz oder teilweise auszuschließen?“*

*3. Falls die Fragen zu 1) oder 2) verneint werden: Ist es den Mitgliedstaaten nach a) Art 18 AEUV und/oder b) Art 20 Abs. 2 S 2 Buchst a AEUV iVm Art 20 Abs. 2 S 3 AEUV und Art 24 Abs. 2 EGRL 38/2004 verwehrt, zur Vermeidung einer unangemessenen Inanspruchnahme von existenzsichernden beitragsunabhängigen Sozialleistungen i.S. von Art 70 EGV 883/2004 bedürftige Unionsbürger vom Bezug derartiger Leistungen, die eigenen Staatsbürgern in gleicher Lage gewährt werden, ganz oder teilweise auszuschließen?“*

*4. Falls nach Beantwortung der vorgenannten Fragen der teilweise Ausschluss von existenzsichernden Leistungen europarechtskonform ist: Darf sich die Gewährung beitragsunabhängiger existenzsichernder Leistungen für Unionsbürger außerhalb akuter Notfälle auf die Bereitstellung der erforderlichen Mittel zur Rückkehr in den Heimatstaat beschränken oder gebieten Art 1, 20, 51 der Grundrechtecharta weitergehende Leistungen, die einen dauerhaften Aufenthalt ermöglichen?“* .

Aktenzeichen beim EuGH: Rs. C-333/13 (Elisabeta Dano u.a. gegen Jobcenter Leipzig).

<sup>167</sup> BSG, EuGH-Vorlage v. 12.12.2013, B 4 AS 9/13 R; das BSG hat dem EuGH folgende Fragen vorgelegt:

*„1. Gilt das Gleichbehandlungsgebot des Art 4 VO (EG) 883/2004 – mit Ausnahme des Exportausschlusses des Art. 70 Abs. 4 VO (EG) 883/2004 – auch für die besonderen beitragsunabhängigen Geldleistungen i.S. von Art. 70 Abs. 1, 2 VO (EG) 883/2004?“*

*2. Falls 1. bejaht wird: Sind – ggf. in welchem Umfang – Einschränkungen des Gleichbehandlungsgebots des Art. 4 VO (EG) 883/2004 durch Bestimmungen in nationalen Rechtsvorschriften in Umsetzung des Art. 24 Abs. 2 RL 2004/38 möglich, nach denen der Zugang zu diesen Leistungen ausnahmslos nicht besteht, wenn sich ein Aufenthaltsrecht des Unionsbürgers in dem anderen Mitgliedstaat allein aus dem Zweck der Arbeitsuche ergibt?“*

*3. Steht Art. 45 Abs. 2 AEUV in Verbindung mit Art. 18 AEUV einer nationalen Bestimmung entgegen, die Unionsbürgern, die sich als Arbeitsuchende auf die Ausübung ihres Freizügigkeitsrechts berufen können, eine Sozialleistung, die der Existenzsicherung dient und gleichzeitig auch den Zugang zum Arbeitsmarkt erleichtert, ausnahmslos für die Zeit eines Aufenthaltsrechts nur zur Arbeitsuche und unabhängig von der Verbindung mit dem Aufnahmestaat verweigert?“*

Aktenzeichen beim EuGH: Rs. C-67/14 (Jobcenter Berlin-Neukölln gegen Nazifa Alimanovic u.a.).

<sup>168</sup> Zu ersterem Vorlageverfahren liegen bereits die Schlussanträge des Generalanwalts Melchior Wathelet vom 20. Mai 2014, Rs. C-333/13 (Dano) vor.

nämlich, dass sich EU-Ausländer in das deutsche Staatsgebiet einzig und allein mit dem Ziel begeben, Sozialleistungen zu beziehen oder eine Beschäftigung zu suchen, seien geeignet, das Fehlen einer tatsächlichen Verbindung mit dem Aufnahmestaat und einer Integration in diesen nachzuweisen. Demgemäß stünden die Verordnung 883/2004 und die Richtlinie 2004/48/EG einer Entscheidung der Mitgliedstaaten nicht entgegen, „die Staatsangehörigen der anderen Mitgliedstaaten auf der Grundlage eines allgemeinen Kriteriums – wie dem Grund der Ankunft im Staatsgebiet des Aufnahmemitgliedstaats –, das geeignet ist, das Fehlen einer tatsächlichen Verbindung mit diesem Staat nachzuweisen, vom Bezug einer besonderen beitragsunabhängigen Geldleistung auszuschließen, um eine übermäßige Belastung für sein Sozialhilfesystem zu verhindern“.<sup>169</sup>

Übereinstimmende Antworten der Richtlinie 2004/38 und der Verordnung 883/2004 auf die Frage der EU-Rechtskonformität des § 7 Abs. 1 Satz 2, 2. SGB II ließen sich mithin im Wege der Auslegung des Art. 4 VO 883/2004 finden. Da Art. 4 Abs. 1 VO 883/2004 nicht jede leistungsrechtliche Ungleichbehandlung ausschließt, einer Ungleichbehandlung mithin nicht entgegensteht, die auf „auf objektiven, von der Staatsangehörigkeit der Betroffenen unabhängigen Erwägungen beruht“<sup>170</sup>, ließe sich die Ausnahmeregelung in Art. 24 Abs. 2 RL 2004/38 als Rechtfertigung für Ausnahmen vom Gleichbehandlungsgebot gemäß Art. 4 VO 883/2004 deuten.<sup>171</sup> Es bleibt abzuwarten, ob und wie der EuGH das Spannungsverhältnis beider Normen letztlich auflösen wird. Erst danach ließe sich die Frage (abschließend) beantworten, ob der Leistungsausschluss in § 7 Abs. S. 2 2. SGB II als europarechtskonform angesehen werden kann.

#### 4.2.3. Abhängigkeit von Grundsicherungsleistungen vom gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland

Nach der Konzeption des deutschen Grundsicherungsrechts haben Unionsbürger aus anderen Mitgliedstaaten nicht bereits aufgrund ihres Freizügigkeitsrechts Zugang zur Grundsicherung für Arbeitsuchende (SGB II). Hilfebedürftige können unabhängig von ihrer Staatsangehörigkeit Grundsicherungsleistungen nur erhalten, wenn sie ihren gewöhnlichen Aufenthalt innerhalb des Bundesgebietes haben.<sup>172</sup> Nach § 30 Abs. 3 S. 2 SGB I gilt als gewöhnlicher Aufenthalt nur ein solcher, der nicht nur vorübergehend ist, m.a.W. wenn die Bundesrepublik Deutschland dauerhaft zum Lebensmittelpunkt gewählt wird.<sup>173</sup>

---

<sup>169</sup> Schlussanträge des Generalanwalts Melchior Wathelet vom 20. Mai 2014, Rs. C-333/13 (Dano), Rn. 139.

<sup>170</sup> EuGH, Rs. C-346/05 (Chateignier), Urt. v. 9.11.2006; Rs. C-124/99 (Borawitz), Urt. v. 21.09.2000; dazu auch Thym, NZS 2014, 81 (84).

<sup>171</sup> In diese Richtung gehend dürfte auch Thym, NZS 2014, S. 81 (84) zu verstehen sein.

<sup>172</sup> Dazu näher BSG, Urt. v. 30.01.2013 – B 4 AS 1324/12 B ER; Derksen, Grundsicherung, 2008, S. 6 f.; Janda, KritV 2011, S. 275 f.; Thym, ZAR 2014, S. 220 (225)

<sup>173</sup> Janda, KritV 2011, S. 275 (276).

---

Die Bindung von Sozialleistungen an Wohnsitz- bzw. Aufenthaltserfordernissen erachtet der EuGH als EU-rechtskonform, soweit damit eine Verbundenheit zum leistungsgewährenden Mitgliedstaat deutlich wird, etwa in der Gestalt, dass mit einem Aufenthaltserfordernis eine Verbundenheit zum Arbeitsmarkt des Aufnahmestaates belegt werde.<sup>174</sup>

#### 4.3. Selbständige

Selbständige haben im Aufnahmemitgliedstaat wie Arbeitnehmer vom ersten Tag ihres Aufenthaltes an einen Anspruch auf die auch Inländern des Aufnahmestaates zustehenden Sozialleistungen. Unionsbürger, die sich auf Grund der Richtlinie 2004/38 im Hoheitsgebiet des Aufnahmemitgliedstaates zur Ausübung einer selbständigen Tätigkeit aufhalten, genießen im Anwendungsbereich der Unionsverträge die gleiche Behandlung wie die Staatsangehörigen dieses Mitgliedstaates.<sup>175</sup>

Die Möglichkeit, EU-Ausländern während der ersten drei Monate des Aufenthalts einen Anspruch auf Sozialhilfe zu versagen, ist nach Art. 24 Abs. 2 RL 2004/38 für Selbständige und ihren Familienangehörigen nicht eröffnet.

#### 4.4. Wirtschaftlich nicht aktive Unionsbürger

Den primärrechtlichen Verbürgungen der Unionsbürgerfreiheit und des Diskriminierungsverbots aus Gründen der Staatsangehörigkeit (Art. 18, 20, 21 AEUV) entnimmt der EuGH einen Teilhabeanspruch aller sich im Aufnahmemitgliedstaat rechtmäßig aufhaltenden Unionsbürger an den in den Mitgliedstaaten vorgesehenen sozialen Leistungen.<sup>176</sup> Dieser Anspruch soll allerdings nicht schrankenlos bestehen, sondern von einer Bindung zum Aufenthaltsstaat abhängig gemacht werden dürfen.<sup>177</sup>

§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 SGB II sieht einen Leistungsausschluss für wirtschaftlich nicht aktive Unionsbürger in den ersten drei Monaten vor. Diese Regelung stützt sich auf Art. 24 Abs. 2 Satz 1 RL 2004/38, nach der ein Aufnahmemitgliedstaat nicht verpflichtet ist, anderen Personen als Arbeitnehmern, Selbständigen oder Personen, denen dieser Status erhalten bleibt, und ihren Familienangehörigen während der ersten drei Monate ihres Aufenthalts einen Anspruch auf „Sozialhilfe“ zu gewähren. Umstritten ist allerdings die Frage, ob für diese Personengruppe Sozialhilfe i.S.d.

---

<sup>174</sup> So in der Entscheidung des EuGH in der Rechtssache Collins, C-138/02, Urt. v. 23.03.2004.

<sup>175</sup> Art. 24 Abs. 1 RL 2004/38.

<sup>176</sup> EuGH, Rs. C-85/96 (Martinez Sala), Urt. v. 12.05.1998; Rs. C-184/99 (Grzelczyk), Urt. v. 20.09.2009; Rs. C-456/02, Urt. v. 7.09.2004; Rs. C-138/02 (Collins), Urt. v. 23.03.2004; Stewen, Die Entwicklung des allgemeinen Freizügigkeitsrechts der Unionsbürger und seiner sozialen Begleitrechte, 2011, S. 143; Janda, Migranten im Sozialstaat, 2011, S. 146; Kubicki, EuR 2006, S. 489 (499 ff.).

<sup>177</sup> EuGH, Rs. C-138/02 (Collins), Urt. v. 23.03.2004; Janda, ZFSH/SGB 2013, S. 443 (455) m.w.N.

Vorschrift für einen längeren Aufenthalt als drei Monate zwingend zu gewähren ist<sup>178</sup> oder ob diese von hinreichender Integration in einem Aufnahmemitgliedstaat, die nicht allein an der Aufenthaltsdauer festgemacht werden könne, abhängig gemacht werden darf.<sup>179</sup> Der EuGH hat mehrfach die Ansicht vertreten, dass es mit dem Freizügigkeitsrecht unvereinbar sei, die Gewährung sozialer Leistungen nur von der Aufenthaltsdauer und dem tatsächlichen Aufenthalt im Aufnahmemitgliedstaat abhängig zu machen. In der Rechtssache *Stewart gegen Secretary of State for Work and Pensions*<sup>180</sup> verdeutlichte er seine Position, dass das Freizügigkeitsrecht nach Art. 21 Abs. 1 AEUV einem Mitgliedstaat verwehrt, soziale Leistungen wie das in diesem Verfahren streitbefangene kurzfristige Arbeitsunfähigkeitsgeld (nur) von einer Voraussetzung abhängig zu machen, „nach der sich der Antragsteller zuvor im Inland aufgehalten haben muss, unter Ausschluss jedes anderen Umstands, der das Bestehen einer tatsächlichen Verbindung zwischen dem Antragsteller und diesem Mitgliedstaat belegen kann...“<sup>181</sup>

#### 4.5. Unionsbürger ohne Freizügigkeitsrecht

Mit Ansprüchen auf soziale Leistungen solcher Unionsbürger, die weder nach Unionsrecht noch nach nationalem Recht aufenthaltsberechtigt sind, musste sich der EuGH jüngst in der Rechtssache *Dano* befassen.<sup>182</sup>

Das Gericht stellte klar, dass „Staatsangehörige anderer Mitgliedstaaten vom Bezug bestimmter „besonderer beitragsunabhängiger Geldleistungen“ im Sinne des Art. 70 Abs. 2 der Verordnung Nr. 883/2004 ausgeschlossen werden können, „sofern den betreffenden Staatsangehörigen anderer Mitgliedstaaten im Aufnahmemitgliedstaat kein Aufenthaltsrecht nach der Richtlinie 2004/38 zusteht.“<sup>183</sup>

---

<sup>178</sup> Vielfach wird aus Art. 24 Abs. 2 RL 2004/38 der Umkehrschluss gezogen, dass wirtschaftlich nicht aktive Unionsbürger in dem Mitgliedstaat, in dem sie sich aufhalten, nach Ablauf von drei Monaten Sozialhilfe unter den gleichen Voraussetzungen wie Staatsangehörige beanspruchen können. So van Overmeiren, Filip/Eichenhofer, Eberhard/Verscheuren, Herwig, Social security coverage of non-active persons moving to another Member State. Ghent University, Department of Social Law, 2011, S. 15/49; Janda, KritV 2011, S. 275 (285); Husmann, NZS 2009, S. 652 (656).

<sup>179</sup> Dazu näher Dougan, EL Rev. 31 (2006), S. 613 (628 f.); Hailbronner, JZ 2014, S. 869 (872 f.); Thym, NZS 2014, S. 81 (88).

<sup>180</sup> EuGH, Rs. C-503/09, Urt. v. 21.07.2011.

<sup>181</sup> Ähnlich auch EuGH, verb. Rs. C-523/11, 585/11 (Prinz/Seeberger), Urt. v. 18.07.2013: „Nach ständiger Rechtsprechung darf jedoch der von einem Mitgliedstaat verlangte Nachweis für die Geltendmachung des Bestehens eines tatsächlichen Bandes der Integration keinen zu einseitigen Charakter haben, indem er einem Gesichtspunkt, der nicht zwangsläufig für den tatsächlichen und effektiven Grad der Verbundenheit des Antragstellers mit diesem Mitgliedstaat repräsentativ ist, unangemessen hohe Bedeutung beimisst und jeden anderen repräsentativen Gesichtspunkt ausschließt.“

<sup>182</sup> EuGH, Rs. C-333/13, Urt. v. 11.11.2014; dazu auch Hailbronner, ZFSH/SGB 2009, S. 195 (196 f.); Thym, NZS 2014, S. 81 (89).

<sup>183</sup> EuGH, Rs. C-333/13, Urt. v. 11.11.2014, Rn. 84.

---

Eine andere Frage ist, ob sich ohne Aufenthaltsrecht im Bundesgebiet aufhaltenden EU-Ausländern existenzsichernde Sozialleistungen nach dem Recht der Mitgliedstaaten zu gewähren sind.

Das Landessozialgericht Nordrhein-Westfalen vertrat in einer Entscheidung aus dem Jahre 2013<sup>184</sup> die Ansicht, dass für Unionsbürger ohne materielles Aufenthaltsrecht der Leistungsausschluss nach § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II für die Gewährung der Grundsicherung für Arbeitsuchende keine Anwendung findet<sup>185</sup> und deshalb bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen diesen die Leistungen der Grundsicherung für Arbeitsuchende zu gewähren sind.<sup>186</sup> Das führte zu dem seltsamen, durch europäisches Recht so nicht vorgegebenen Ergebnis, dass Unionsbürger, deren (berechtigter) Aufenthalt alleine der Arbeitssuche dient, nach vorstehender Regelung auch nach einer Aufenthaltsdauer von drei Monaten von Leistungen der Grundsicherung für Arbeitsuchende ausgeschlossen sind, während nicht aufenthaltsberechtigte (wirtschaftlich nicht aktive) Unionsbürger hingegen entsprechende Leistungen beanspruchen könnten, vorausgesetzt, dass die sonstigen Voraussetzungen für den Leistungsbezug vorliegen.<sup>187</sup>

Existenzsichernde Leistungen sind zur Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums bereits verfassungsunmittelbar nach Art. 1 Abs. 1, Art. 20 Abs. 1 Grundgesetz zu erbringen. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist das Grundrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums „dem Grunde nach unverfügbar und muss durch einen Leistungsanspruch eingelöst werden.“<sup>188</sup> Dieses Grundrecht steht deutschen und ausländischen Staatsangehörigen, die sich in der Bundesrepublik Deutschland aufhalten, gleichermaßen zu.<sup>189</sup> Bei der Ausgestaltung des Grundrechts steht dem Gesetzgeber ein Gestaltungsspielraum zu. Im Schrifttum wird darüber hinaus die Frage diskutiert, ob und in welchem Maße verfassungskonform bei der Gewährung und Bemessung von Sozialleistungen zwischen Ausländern und Staatsangehörigen differenziert werden darf.<sup>190</sup>

#### 4.6. Zusammenfassung

Arbeitnehmer und Selbständige aus dem EU-Ausland haben im Aufnahmemitgliedstaat vom ersten Tag ihres Aufenthaltes an einen Anspruch auf die den Angehörigen des Aufnahmestaates zustehenden Sozialleistungen.

---

<sup>184</sup> LSG NRW, Urt. v. 10.10.2013 – L 19 AS 129/13.

<sup>185</sup> So auch Kingreen SGb 2013, S. 132 (134).

<sup>186</sup> Vgl. dazu LSG NRW, Urt. v. 10.10.2013 – L 19 AS 129/13, Rn. 57.

<sup>187</sup> Dazu kritisch Greiser, in: Juris-Pk SGB XII, 2. Aufl. 2014, Anhang zu § 23 SGB XII Rn. 15.2.

<sup>188</sup> BVerfG, Urt. v. 18.07.2012 – 1 BvL 10/10, 1 BvL 2/11 (= BVerfGE 132, 134), Rn. 62.

<sup>189</sup> LSG Bayern, Beschl. v. 22. 12. 2010 – L 16 AS 767/10 B ER; vgl. auch Mangold/Pattar, Ausschluss von Leistungen für Arbeit suchende Ausländer: Notwendigkeit einer europa-, völker- und grundrechtskonformen Auslegung des § 7 Abs. 1 S. 2 SGB II, VSSR 2008, 243 (268).

<sup>190</sup> Kingreen, SGb 2013, 132 (137 ff.); Milej, NVwZ 2013, S. 684, Stewen, Die Entwicklung des allgemeinen Freizügigkeitsrechts der Unionsbürger und seiner sozialen Begleitrechte, 2011, S. 191.

---

Nicht abschließend geklärt ist die Frage, ob Arbeitsuchende im gleichen Maße wie Arbeitnehmer soziale Leistungen im Aufnahmestaat beanspruchen können. Die europäische Rechtsprechung erkennt an, dass arbeitsuchende Unionsbürger das Recht der Arbeitnehmerfreizügigkeit genießen, erachtet es andererseits aber für legitim, wenn ein Mitgliedstaat die Gewährung von steuerfinanzierten Sozialleistungen von einer tatsächlichen Bindung arbeitsuchender EU-Ausländer an den Arbeitsmarkt des Aufnahmestaates abhängig macht. Vom Bundessozialgericht und dem Sozialgericht Leipzig initiierte Vorlageverfahren sollen klären, ob und für welche Dauer EU-Ausländern der Zugang zur Grundsicherung für Arbeitsuchende (SGB II) verwehrt werden darf und ob dieses Leistungssystem als Sozialleistung i.S.d. EU-Sekundärrechts zu qualifizieren ist.

Die Mitgliedstaaten dürften nicht verpflichtet sein, wirtschaftlich nicht aktiven EU-Ausländern in den ersten drei Monaten ihres Aufenthalts Sozialhilfe i.S.d. EU-Sekundärrechts zu gewähren, während die Rechtsprechung des EuGH bei einer Aufenthaltsdauer von mehr als drei Monaten bis zu fünf Jahren die Tendenz erkennen lässt, dass die Mitgliedstaaten die Gewährung beitragsunabhängiger Sozialleistungen an einen EU-Ausländer von dessen hinreichender Verbindung mit dem Aufenthaltsstaat abhängig machen können.

Unionsbürger ohne Freizügigkeitsrecht haben im Aufenthaltsstaat keinen Anspruch auf steuerfinanzierte Sozialleistungen.

Zur Gewährleistung des Existenzminimums sind nach dem Recht der Bundesrepublik Deutschland (verfassungsunmittelbar) existenzsichernde Sozialleistungen zu gewähren.

---

## 5. Literaturverzeichnis

Bokeloh, Arno (2013). Die Gleichbehandlung der Staatsangehörigen in der Europäischen Sozialrechtskoordinierung, ZESAR 2013, S. 398

Bundesministerium des Innern, Bundesministerium für Arbeit und Soziales (2014): Zwischenbericht des Staatssekretärsausschusses zu „Rechtsfragen und Herausforderungen bei der Inanspruchnahme der sozialen Sicherungssysteme durch Angehörige der EU-Mitgliedstaaten“ vom 19. März 2014

Calliess, Christian/Ruffert, Matthias (2011). EUV/AEUV. Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta, 4. Aufl.. München 2011

Derksen, Roland (2008). Die Darstellung der Grundsicherung für Arbeitsuchende. Das SGB II und seine Bezüge zum übrigen Sozialrecht. Kohlhammer. Stuttgart 2008.

Dougan, M (2006). The constitutional dimension to the case of Union Citizenship, EL Rev. 31 (2006), S. 613

Eichenhofer, Eberhard (2003). Unionsbürgerschaft – Sozialbürgerschaft? ZIAS 2003, S. 404

Eichenhofer, Eberhard (2013). Sozialrecht der Europäischen Union. München 5. Aufl. 2013

Fischer, Timo (2008). Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit in Europa. Wien 2008

Fuchs, Maximilian (Hrsg.) (2013). Europäisches Sozialrecht. Baden-Baden 6. Aufl. 2013

Fuchs, Maximilian (2014). Freizügiger Sozialtourismus?, ZESAR 2014, S. 103

Frenz, Walter (2012). Handbuch Europarecht. Bd. I. Europäische Grundfreiheiten, 2. Aufl. Berlin u.a. 2012

Frings, Dorothee (2010). Grundsicherung für Arbeitsuchende und Migration: Einschlüsse und Ausschüsse nach der Staatsangehörigkeit und dem Aufenthaltsstatus, in: Matthias Kurth (Hrsg.), Arbeitsmarktintegration und Integrationspolitik - zur notwendigen Verknüpfung zweier Politikfelder: Eine Untersuchung über SGB II-Leistungsbeziehende mit Migrationshintergrund, 2010, S. 23

Frings, Dorothee (2012). Grundsicherungsleistungen für Unionsbürger unter dem Einfluss der VO (EG) Nr. 883/2004, ZAR 2012, S. 317

Frings, Dorothee (2008). Sozialrecht für Zuwanderer. Baden-Baden 2008

Geiger, Rudolf/Khan, Daniel-Erasmus/Kotzur, Markus (2010). EUV/AEUV. Vertrag über die Europäische Union und Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union. München 2010

Greiser, Johannes (2014), Juris Praxiskommentar SGB XII – Sozialhilfe mit Asylbewerberleistungsgesetz (AsylbLG). Saarbrücken 2014

- Hailbronner, Kay (2009). Ansprüche nicht erwerbstätiger Unionsbürger auf gleichen Zugang zu sozialen Leistungen, ZFSH/SGB 2009, S. 195
- Haratsch, Andreas/Koenig, Christian/Pechstein, Matthias (2014). Europarecht. Tübingen 9. Aufl. 2014
- Hofmann, Ekkehard/Kummer, Marie-Therese (2013). Sozialleistungen im europäischen Mehrebenensystem. Ansprüche auf Leistungen bei Arbeitslosigkeit nach dem SGB II auf dem Prüfstand des europäischen Rechts, ZESAR 2013, S. 199
- Heinig, Hans Michael (2013). Territorialität sozialer Sicherheit und transnationale soziale Rechte, Beiheft EuR 2013, S. 31
- Höfler, Rosemarie (2009). Die Unionsbürgerfreiheit. Ansprüche der Unionsbürger auf allgemeine Freizügigkeit und Gleichheit unter besonderer Berücksichtigung sozialer Rechte. Berlin 2009
- Huber, Bertold (2014). Integration und Zuwanderung im Koalitionsvertrag, ZRP 2014, S. 52
- Huber, Peter M (2013). Unionsbürgerschaft. EuR 2013, S. 637
- Husmann, Manfred (2009). Auswirkungen des EG-Primärrechts auf den Erwerb von Sozialleistungen, NZS 2009, S. 652
- Husmann, Manfred (2010). Diskriminierungsverbot und Gleichbehandlungsgebot des Art. 3 VO 1408/71 und der Artt. 4 und 5 VO 883/2004, ZESAR 2010, S. 97
- Janda, Constanze (2012). Migranten im Sozialstaat. Sozial- und Migrationsrecht zwischen Kollisionsnormen und Gleichbehandlungsansprüchen. Tübingen 2012
- Janda, Constanze (2011). Soziale Sicherung für Migranten unter besonderer Berücksichtigung der Unionsbürgerschaft, KritV 2011, S. 275
- Janda, Constanze (2013). Grundsicherung für neue Unionsbürger. Zugleich eine Anmerkung zu BSG v. 30.1.2013 – B 4 AS 54/12 R. ZFSH/SGB 2013, S. 443
- Kingreen, Thorsten (2013). Zur Vereinbarkeit von § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II mit europäischem Unions- und deutschem Verfassungsrecht. SGB 2013, S. 132
- Kingreen, Thorsten (2010). Soziale Rechte und Migration. Baden-Baden 2010
- Kubicki, Philipp (2006). Die subjektrechtliche Komponente der Unionsbürgerschaft, EuR 2006, S. 489
- Mangold, Anna Katharina/Pattar, Andreas Kurt (2008). Ausschluss von Leistungen für arbeitssuchende Ausländer: Notwendigkeit einer europa-, völker- und grundrechtskonformen Auslegung des § 7 Abs. 1 S. 2 SGB II, VSSR 2008, 243 (268)

- 
- Milej, Tomasz (2013). Verfassungsmäßigkeit der Unterscheidung nach dem Merkmal der Staatsangehörigkeit im Bereich der gewährenden Staatstätigkeit, NVwZ 2013, S. 684
- van Overmeiren, Filip/Eichenhofer, Eberhard/Verscheuren, Herwig (2011). Social security coverage of non-active persons moving to another Member State. Ghent University, Department of Social Law, 2011
- Raschka, Johannes (2013). Freizügigkeit von Unionsbürgern und Zugang zu sozialen Leistungen, EUR 2013, S. 116
- Renner, Günter/Bergmann, Jan /Dienelt, Klaus (2013). Ausländerrecht. Kommentar. München 10. Aufl. 2013
- Schreiber, Frank/ Wunder, Anett/ Dern, Susanne (2012). Europäische Verordnung zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit : VO (EG) Nr. 883/2004; Kommentar. München 2012
- Schreiber, Frank (2009). Der Leistungsausschluss des § 7 Abs. 1 Satz 2 SGB II auf dem gemeinschaftsrechtlichen Prüfstand – Die Fortentwicklung der EuGH-Rechtsprechung zur teilhaberechtlichen Dimension von Arbeitnehmerfreizügigkeit und Unionsbürgerschaft durch „Vatsouras/Koupatantze“ – EuGH, Urteil vom 4. Juni 2009, C-22/08 und C-23/08, info also 2009, S. 195
- Schwarze, Jürgen (Hrsg.) (2012). EU- Kommentar, Baden-Baden 3. Aufl. 2012
- Sokolowski, Krzysztof Piotr (2011). Das Arbeitslosengeld II für Unionsbürger, ZESAR 2011, S. 373
- Scheuing, Dieter H. (2003). Freizügigkeit als Unionsbürgerrecht. EuR 2003, S. 744
- Steffen, Eva (2014). EuGH-Entscheidung zum Leistungsausschluss bei Unionsbürgern - Ist eine Lösung in Sicht?, ASR 2014, S. 11
- Stewen, Susanne (2011). Die Entwicklung des allgemeinen Freizügigkeitsrechts der Unionsbürger und seiner sozialen Begleitrechte. Tübingen, 2011.
- Thym, Daniel (2014). Sozialleistungen für und Aufenthalt von nichterwerbstätigen Unionsbürgern, NZS 2014, S. 81
- Thym, Daniel (2014). Unionsbürgerfreiheit und Aufenthaltsrecht, ZAR 2014, S. 220
- Tießler-Marenda, Elke (2012). Sozialrechtliche Ansprüche von Ausländer/innen (Teil 1), Sozialrecht aktuell 2012, S. 11
- Tießler-Marenda, Elke (2012). Sozialrechtliche Ansprüche von Ausländer/innen (Teil 2), Sozialrecht aktuell 2012, S. 41
- Wollenschläger, Ferdinand (2007). Grundfreiheit ohne Markt – Die Herausbildung der Unionsbürgerschaft im unionsrechtlichen Freizügigkeitsregime. Tübingen 2007