

Policy Papers on Transnational Economic Law

No. 40

„Sozialtourismus“ in Europa?: Unions- und sozialrechtliche Anmerkungen zu einer aktuellen Debatte

Karsten Nowrot/
Britta Struckmeyer-Öner

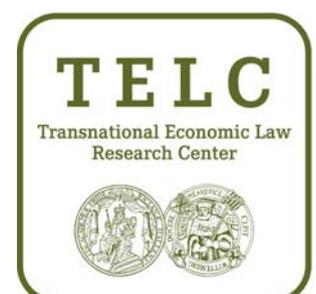
TRANSNATIONAL
ECONOMIC LAW
RESEARCH CENTER

Faculty of Law
Martin-Luther-University
Halle-Wittenberg
Universitätsplatz 5
06099 Halle (Saale)
Germany

Tel.: +49 345 / 55 23149
/ 55 23180
Fax: +49 345 / 55 27201

E-Mail: telc@jura.uni-halle.de
www.telc.uni-halle.de

Februar 2014



„Sozialtourismus“ in Europa?:
Unions- und sozialrechtliche Anmerkungen zu einer aktuellen Debatte

Einführung

Ein Blick auf die einschlägigen Diskurskreise in Politik und Medien in den vergangenen Wochen lässt mit einiger Berechtigung die Vermutung aufkommen, dass wohl kaum ein anderes Thema die deutsche Öffentlichkeit in jüngerer Zeit so in seinen Bann gezogen hat, wie die befürchtete „Welle“ von Zuwanderern aus Bulgarien und Rumänien, welche Deutschland – wie es gelegentlich heißt – nunmehr zu „überschwemmen“ drohe. Eine Wortwahl, die – bewusst oder unbewusst – gerade auch auf die negativen Erfahrungen vieler Einwohner mit dem Hochwasser an Elbe, Saale und Donau im Frühsommer des vergangenen Jahres anspielt (so bereits *Eichenhofer*, 2013: 616). Will man alternativ diesen nationalstaatlichen Erfahrungshorizont hinter sich lassen, so richtet sich das Augenmerk unweigerlich auf Aussagen wie „Bulgaren und Rumänen ante portas“ oder gar „Sinti und Roma ante portas“. Auch dieser im Grundsatz uralte, in das kulturelle Gedächtnis Gesamteuropas eingegangene Warnruf erschallt zurzeit einmal mehr in zahlreichen Variationen.

Im Rahmen dieser gelegentlich also

durchaus polarisierend und polemisierend geführten Debatten um die Gefahr eines europäischen „Sozialtourismus“ – in Deutschland gerade zum „Unwort des Jahres 2013“ gekürt – ging und geht es weiterhin insbesondere auch um die Frage, welche Rolle dem Recht, namentlich dem Rechtsregime der Europäischen Union, als einem zentralen Mechanismus der Steuerung sozialer Wirklichkeit zukommt. Erlaubt oder fördert das Europarecht nicht nur den Zugang zu den Arbeitsmärkten, sondern auch eine Einwanderung in die Sozialleistungssysteme anderer Mitgliedstaaten? Oder gewährt es den nationalen Legislativorganen hinreichende Spielräume, um möglichen „sozialleistungsmotivierten Wanderbewegungen“ (*Greiser*, 2014: 18) normative Schranken zu setzen? Auch in diesem Zusammenhang ist in den Streitgesprächen und Beiträgen der vergangenen Wochen und Monate viel sachlich und weiterführend argumentiert, aber eben auch vieles bloß behauptet und unterstellt worden.

Vor diesem Hintergrund soll im Folgenden das Thema „Arbeitnehmerfreizügigkeit contra Armutswanderung“ einer Betrachtung aus europarechtlicher Perspektive unterzogen werden. Eine auch nur im Ansatz den Anspruch auf Vollständigkeit und Detailgenauigkeit erhebende Behandlung ist dabei im Rahmen dieses Beitrags weder möglich noch überhaupt zwingend erforderlich. An entsprechenden Detailanalysen zu einzelnen Fragestel-

lungen herrscht nämlich im rechtswissenschaftlichen Schrifttum wahrlich kein Mangel (vgl. statt vieler *Hofmann/Kummer*, 2013: 199 ff.; *Kingreen*, 2013: 132 ff.; *Frenz*, 2013: 1210 ff.). Vielmehr sind diese bewusst als „Anmerkungen“ charakterisierten Ausführungen als ein Versuch anzusehen, die insgesamt durchaus komplexen und im Einzelnen auch noch keineswegs in umfassender Weise höchstrichterlich entschiedenen Rechtsfragen zu systematisieren und mittels einer Luhmannschen Reduktion von Komplexität (*Luhmann*, 1967: 618 ff.) einen den wissenschaftlichen Fachdiskurs transzendierenden Überblick über einige wesentliche unionsrechtliche Rahmenvorgaben zu geben; ein Darstellungsansatz, welcher trotz seiner kaum mehr einer Rechtfertigung bedürftigen Gebotenheit bislang, soweit ersichtlich, in Bezug auf die vorliegende Thematik keine weite Verbreitung gefunden hat.

Zur Bedeutung der Arbeitnehmerfreizügigkeit

Wie lässt sich nun dieses europarechtliche Normengerüst in eingängiger Weise beschreiben? Den Ausgangspunkt der Betrachtung bildet die Arbeitnehmerfreizügigkeit. Diese in Art. 45 AEUV ihre normative Basis findende Grundfreiheit ist nicht nur traditionell gesehen die tragende Säule der Personenfreizügigkeit in der EU (*Becker*,

2009: 305). Vielmehr stellt sie auch weiterhin eine der – wenn nicht sogar die – wichtigste subjektive Rechtsposition dar, welche es Unionsbürgern ermöglicht, in andere Mitgliedstaaten einzureisen, sich dort aufzuhalten und gegebenenfalls auch den Lebensmittelpunkt zu wählen. Die Arbeitnehmerfreizügigkeit ist auf diese Weise zu einem wesentlichen Realisierungselement des europäischen Integrationsprozesses insgesamt geworden. Mehr noch als andere Grundfreiheiten wie beispielsweise die Freiheit des Warenverkehrs manifestiert sich in ihr der auf einen engen Zusammenschluss der Staaten und Bürger abzielende Charakter der EU; unterscheidet doch gerade die umfassende Gewährung der Arbeitnehmerfreizügigkeit die Integrationsgemeinschaft der EU von den meisten anderen, weniger ambitionierten Wirtschaftsintegrationsabkommen wie beispielsweise Freihandelszonen, welche sowohl regional als auch transregional zunehmende Verbreitung finden (*Nowrot*, 2009: 118 ff.). Erst diese von der EU vollzogene Integration der Dienstleistungs- und Arbeitsmärkte ermöglicht es jedoch, dass „die Produktionsfaktoren tatsächlich an den Ort ihrer jeweils größten Produktivität im Integrationsraum wandern können“ (*Behrens*, 1981: 33).

Auch in der Rechtsordnung der EU ist die Arbeitnehmerfreizügigkeit allerdings nicht schrankenlos gewährleistet. Abgesehen von gegebenenfalls gerechtfertigten Beschränkungen aus Gründen

der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit (Art. 45 Abs. 3 AEUV, Art. 27 ff. Richtlinie 2004/38/EG) sowie dem Anwendungsausschluss in Bezug auf die Beschäftigung in der öffentlichen Verwaltung (Art. 45 Abs. 4 AEUV), verdeutlichen dies unter anderem auch die Übergangsbestimmungen in den Beitrittsverträgen mit Bulgarien und Rumänien, welche es den „alten“ Mitgliedstaaten ermöglichten, die Anwendbarkeit der Arbeitnehmerfreizügigkeit hinsichtlich der Staatsangehörigen aus den beiden „neuen“ Mitgliedern unter bestimmten Voraussetzungen um insgesamt bis zu sieben Jahre aufzuschieben (eingehender hierzu z.B. *Schroeder/Lechner/Müller*, 2009: 85 ff.). Diese Option stellt allerdings keine singuläre Erscheinung im Zusammenhang mit diesem konkreten Beitrittsverfahren dar. Vielmehr findet sie sich erstmals bereits Ende der 1970er Jahre im Vorfeld des Beitritts Griechenlands und ist auch gegenwärtig noch für den im vergangenen Jahr erfolgten Beitritt Kroatiens von aktueller Relevanz; potentiell bis zum 30. Juni 2020.

Auf bulgarische und rumänische Staatsangehörige finden aber nunmehr auch die letzten dieser unter anderem von Deutschland in Anspruch genommenen Übergangsregeln keine Anwendung mehr. Ihre Rechtsstellung beurteilt sich seit dem 1. Januar 2014 nach den allgemeinen unionsrechtlichen Vorgaben. Wie stellt sich nun dieses allgemeine Rechtsregime in seinen

Grundzügen dar? Die Arbeitnehmerfreizügigkeit gewährt gemäß Art. 45 Abs. 3 AEUV zunächst das Recht auf Aufenthalt in einem anderen Mitgliedstaat sowohl zur Ausübung einer unselbständigen Beschäftigung als auch zum Zwecke der Arbeitssuche. Gleiches gilt für die jeweiligen Familienangehörigen. So weit, so gut – und so im Grundsatz auch seit Jahrzehnten anerkannt. Diese Rechtspositionen stehen denn auch bekanntermaßen gar nicht im Zentrum der gegenwärtigen Kontroverse. Wohl kaum jemand stellt die Arbeitnehmerfreizügigkeit an sich in Frage. Die derzeitige Diskussion hat vielmehr im Kern den Beziehungszusammenhang zwischen dem unionsrechtlichen Anspruch auf Zugang zum Arbeitsmarkt in einem anderen Mitgliedstaat und dem möglichen Recht auf Zugang zu Sozialleistungen in diesem Aufnahmeland zum Gegenstand; also das Verhältnis bzw. „Spannungsverhältnis“ (so u.a. *Schönberger*, 2006: 230; *Calliess*, 2007: 40; *Raschka*, 2013: 116) zwischen europäischem Aufenthaltsrecht einerseits und europäischem Sozialrecht andererseits.

Zur Rechtslage in Bezug auf erwerbstätige Arbeitnehmer

Unstrittig Anspruch auf den Bezug von Sozialleistungen haben nach Art. 45 Abs. 2 AEUV und Art. 7 Abs. 2 VO (EU) Nr. 492/2011 in gleichem Um-

fang wie inländische Beschäftigte – vom ersten Monat ihrer Tätigkeit an und ohne dass dieser Umstand ihren aufenthaltsrechtlichen Status beeinträchtigen könnte (Erwägungsgrund 16 und Art. 7 Abs. 1 lit. a sowie Art. 14 Abs. 4 lit. a Richtlinie 2004/38/EG; vgl. auch § 2 Abs. 2 Nr. 1 FreizügG/EU) – zunächst solche Unionsbürger aus anderen Mitgliedstaaten und ihre Familienangehörigen, welche als Arbeitnehmer i.S.d. Art. 45 AEUV anzusehen sind. Hierbei ist zu berücksichtigen, dass der unionsrechtliche Begriff des Arbeitnehmers nach ständiger Rechtsprechung des EuGH im Lichte der grundsätzlichen Bedeutung dieser Grundfreiheit eine weite Auslegung erfährt, so dass im Ergebnis nur solche wirtschaftlichen Tätigkeiten außer Betracht bleiben, welche „einen so geringen Umfang haben, dass sie sich als völlig untergeordnet und unwesentlich darstellen“ (vgl. u.a. EuGH, verb. Rs. C-22/08 u. C-23/08, *Vatsouras/Koupatantze*, Urteil v. 4. Juni 2009, Rn. 26; *Barnard*, 2013: 274 ff.). Namentlich der Umstand, dass die erlangte Vergütung der Tätigkeit gegebenenfalls nicht zur Deckung der Lebenshaltungskosten ausreicht und der Unionsbürger sowie seine Familienangehörigen daher staatliche Unterstützung im Aufnahmestaat in Anspruch nehmen müssen, hat keine Auswirkungen auf die Arbeitnehmereigenschaft im unionsrechtlichen Sinne (hierzu z.B. EuGH, Rs. C-317/93, *Nolte*, Urteil v. 14. Dezember 1995, Rn. 19; *Forsthoff*,

in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 2013, Art. 45 AEUV, Rn. 78). Auch so genannte „Aufstocker“ bzw. „erwerbstätige Arbeitslosengeld-II Bezieher“ sind also hiervon – im Grundsatz zeitlich unbefristet – erfasst.

Überdies bleibt die Eigenschaft als Arbeitnehmer i.S.d. Art. 45 AEUV unter bestimmten Umständen auch dann erhalten, wenn der betreffende Unionsbürger zeitweise keiner wirtschaftlichen Tätigkeit mehr nachgeht. Dies gilt beispielsweise gemäß Art. 7 Abs. 3 lit. a Richtlinie 2004/38/EG (vgl. auch § 2 Abs. 3 Nr. 1 FreizügG/EU) für den Fall, dass der Unionsbürger wegen einer Krankheit oder eines Unfalls vorübergehend arbeitsunfähig wird. Zumindest nach gegenwärtig geltendem Sekundärrecht (zur möglicherweise engeren primärrechtlichen Perspektive *Forsthoff*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 2013, Art. 45 AEUV, Rn. 111) aber weiterhin namentlich auch dann – und dies ohne zeitliche Begrenzung –, wenn der entsprechende Unionsbürger nach einer mehr als einjährigen Beschäftigung im Aufenthaltsstaat unfreiwillig arbeitslos wird und sich der zuständigen Arbeitsverwaltung zum Zwecke der Arbeitsvermittlung zur Verfügung stellt, Art. Art. 7 Abs. 3 lit. b Richtlinie 2004/38/EG (vgl. auch § 2 Abs. 3 Nr. 2 FreizügG/EU). Solange diese Unionsbürger grundsätzlich erwerbsfähig sind, steht ihnen unter den letztgenannten Umständen nicht nur ein Recht auf Aufenthalt in dem Mitgliedstaat zu. Vielmehr haben sie auch in

gleichem Umfang wie inländische arbeitssuchende Personen einen Anspruch auf den Bezug von Sozialleistungen. Diese Rechtsposition ergibt sich entweder unmittelbar aus Art. 45 Abs. 2 AEUV. Alternativ kann sie – unter Zugrundelegung eines gegebenenfalls engeren Verständnisses des primärrechtlichen Arbeitnehmerbegriffs – im Lichte ihres rechtmäßigen Aufenthalts im Aufnahmestaat primärrechtlich auf das allgemeine Diskriminierungsverbot des Art. 18 AEUV und sekundärrechtlich auf Art. 24 Abs. 1 Richtlinie 2004/38/EG sowie, im Falle ihres regelmäßig vorliegenden auch ständigen Aufenthalts im Mitgliedstaat, auf Art. 4 VO (EG) Nr. 883/2004 gestützt werden (siehe hierzu im Grundsatz z.B. EuGH, Rs. C-184/99, *Grzelczyk*, Urteil v. 20. September 2001, Rn. 32; EuGH, Rs. C-456/02, *Trojani*, Urteil v. 7. September 2004, Rn. 43; EuGH, Rs. C-140/12, *Brey*, Urteil v. 19. September 2013, Rn. 39 ff.). Diesem Regelungsansatz liegt die Überlegung zugrunde, dass diejenigen Unionsbürger, welche bereits für einen gewissen Zeitraum erfolgreich Zugang zum Arbeitsmarkt des Aufnahmestaates gefunden haben, sowohl aus aufenthalts- als auch aus sozialrechtlicher Perspektive eine gefestigte Rechtsposition erhalten sollen (siehe hierzu im Grundsatz z.B. EuGH, Rs. C-138/02, *Collins*, Urteil v. 23. März 2004, Rn. 30 f.; *Franzen*, in: Streinz, 2012, Art. 45 AEUV, Rn. 32).

Zum unionsrechtlichen Status von Arbeitssuchenden

Dieser Befund leitet bereits über zu einer weiteren Kategorie von Unionsbürgern, welche im vorliegenden Kontext keineswegs unerwähnt bleiben sollte: Wie stellt sich der unionsrechtliche Status derjenigen Personen aus anderen Mitgliedstaaten dar, die noch nicht erfolgreich Zugang zum entsprechenden Arbeitsmarkt gefunden haben, also den im jeweiligen Aufnahmeland erstmalig Arbeitssuchenden? Aus aufenthaltsrechtlicher Perspektive ist die Rechtslage noch vergleichsweise eindeutig. Erstmals in dem jeweiligen Mitgliedstaat Arbeitssuchende – einschließlich ihrer Familienangehörigen – sind gemäß Art. 45 Abs. 3 lit. a und b AEUV grundsätzlich uneingeschränkt aufenthaltsberechtigt, solange sie in den Anwendungsbereich der Arbeitnehmerfreizügigkeit fallen (vgl. u.a. EuGH, Rs. C-292/89, *Antonissen*, Urteil v. 26. Februar 1991, Rn. 9 ff.; EuGH, Rs. C-138/02, *Collins*, Urteil v. 23. März 2004, Rn. 56). Dies ist auf Basis der sekundärrechtlichen Konkretisierung gemäß Art. 14 Abs. 4 lit. b Richtlinie 2004/38/EG in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des EuGH (siehe z.B. EuGH, Rs. C-292/89, *Antonissen*, Urteil v. 26. Februar 1991, Rn. 21) solange zu bejahen, wie der Unionsbürger nachweisen kann, dass er tatsächlich Arbeit sucht und eine begründete Aussicht hat, eingestellt zu werden. Den Mitgliedstaat-

ten ist es jedoch gestattet, dieses Aufenthaltsrecht auf einen angemessenen Zeitraum zu beschränken. Der EuGH hat in diesem Zusammenhang beispielsweise einen Zeitraum von sechs Monaten als angemessen angesehen (EuGH, Rs. C-292/89, *Antonissen*, Urteil v. 26. Februar 1991, Rn. 21; vgl. auch EuGH, Rs. C-344/95, *Kommission/Belgien*, Urteil v. 20. Februar 1997, Rn. 16 f.; EuGH, Rs. C-138/02, *Collins*, Urteil v. 23. März 2004, Rn. 37).

Die Möglichkeit einer solchen zeitlichen Befristung des Aufenthaltsrechts von Arbeitssuchenden und ihren Familienangehörigen in einem Mitgliedstaat ist allerdings in zweifacher Hinsicht qualifiziert. Zum einen darf der arbeitssuchende Unionsbürger gemäß Art. 14 Abs. 4 lit. b Richtlinie 2004/38/EG im Einklang mit der ständigen Rechtsprechung des EuGH auch nach Ablauf eines solchen angemessenen Zeitraums nicht ausgewiesen werden, wenn er den Nachweis erbringt, dass er weiterhin mit begründeter Aussicht auf Erfolg Arbeit sucht (siehe bereits EuGH, Rs. C-292/89, *Antonissen*, Urteil v. 26. Februar 1991, Rn. 21; sowie nachfolgend u.a. EuGH, Rs. C-344/95, *Kommission/Belgien*, Urteil v. 20. Februar 1997, Rn. 17; EuGH, Rs. C-138/02, *Collins*, Urteil v. 23. März 2004, Rn. 37). Zum anderen kann der Arbeitssuchende nach Beendigung des Aufenthalts jederzeit in den Aufnahmestaat zurückkehren, um seinen Anspruch auf Arbeitssuche nach Art. 45 Abs. 3 lit. a und b AEUV erneut gel-

tend zu machen (*Franzen*, in: Streinz, 2012, Art. 45 AEUV, Rn. 121). In der letztgenannten Fallkonstellation wird man aber wohl – jedenfalls bei unveränderter Qualifikation des Arbeitssuchenden und unveränderter Situation auf dem Arbeitsmarkt des entsprechenden Mitgliedstaates – erhöhte Anforderungen an das Vorliegen des Tatbestandsmerkmals „begründete Aussicht“ i.S.d. Art. 14 Abs. 4 lit. b Richtlinie 2004/38/EG stellen können.

Wendet man sich nunmehr der sozialrechtlichen Perspektive zu, so gelangt man zur eigentlichen „Gretchenfrage“ im Zusammenhang mit der unionsrechtlichen Behandlung von Arbeitssuchenden. „Nun sag, wie hast du’s mit Sozialleistungsansprüchen von arbeitssuchenden Unionsbürgern aus anderen Mitgliedstaaten?“, so wird das Europarecht zunehmend – erwartungsfroh oder skeptisch – befragt. Blickt man zunächst auf die deutsche Rechtsordnung, so scheint die Rechtslage eindeutig zu sein: Arbeitssuchende und ihre Familienangehörigen haben gemäß § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II keinen Anspruch auf Grundsicherung (auch unter den Bezeichnungen „Arbeitslosengeld II“ bzw. „Hartz IV“ bekannt), wenn sich ihr Aufenthaltsrecht in Deutschland allein aus dem Zweck der Arbeitssuche ergibt (vgl. in diesem Zusammenhang auch z.B. § 23 Abs. 3 SGB XII). Es stellt sich allerdings die Frage – und selbige wird denn in der Tat auch von deutschen Gerichten und im Schrifttum zunehmend häufiger

aufgeworfen –, ob dieser umfassende Leistungsausschluss Arbeitssuchender mit den unionsrechtlichen Diskriminierungsverboten vereinbar ist, welche in vorliegend gegebenenfalls einschlägiger Weise unter anderem in Art. 45 Abs. 2 AEUV, Art. 24 Abs. 1 Richtlinie 2004/38/EG und Art. 4 VO (EG) Nr. 883/2004 ihre positivrechtliche Grundlage finden und Anwendungsvorrang vor den sozialrechtlichen Bestimmungen in Deutschland genießen (zur intensiv und kontrovers geführten Diskussion über die Vereinbarkeit des Leistungsausschlusses mit europarechtlichen Vorgaben vgl. statt vieler BSG, Az: B 4 AS 54/12 R, Urteil v. 30. Januar 2013, Rn. 23 ff.; LSG Nordrhein-Westfalen, Az: L 19 AS 129/13, Urteil v. 10. Oktober 2013, Rn. 57 ff.; Bayerisches LSG, Az: L 16 AS 847/12, Urteil v. 19. Juni 2013, Rn. 43 ff.; LSG Schleswig-Holstein, Az: L 6 AS 29/13 B ER, Beschluss v. 1. März 2013, Rn. 17 ff.; *Schmidt-De Caluwe*, 2013; *Kingreen*, 2013: 132 ff.; *Hofmann/Kummer*, 2013: 199 ff.). Höchstrichterlich ist diese Frage bislang noch nicht abschließend geklärt. Entsprechende Verfahren sind jedoch zurzeit vor dem EuGH anhängig (vgl. u.a. BSG, EuGH-Vorlage v. 12. Dezember 2013, Az: B 4 AS 9/13 R).

Im Kern geht es bei dieser aktuellen Kontroverse um die Fragestellung, ob die in Deutschland gewährte Grundversicherung für erwerbsfähige Arbeitslose sich von ihrem Charakter her als soziale Fürsorge und damit als eine Sozial-

hilfe im engeren Sinne darstellt – in diesem Fall wäre ein Leistungsausschluss von Arbeitssuchenden zumindest aus der Perspektive der Arbeitnehmerfreizügigkeit auf der Grundlage des insoweit mit Art. 45 AEUV vereinbarten Art. 24 Abs. 2 Richtlinie 2004/38/EG als unionsrechtskonform anzusehen (siehe in diesem Zusammenhang u.a. EuGH, verb. Rs. C-22/08 u. C-23/08, *Vatsouras/Koupatantze*, Urteil v. 4. Juni 2009, Rn. 34 ff.) oder ob sich diese Sozialleistung – und hierfür scheint einiges zu sprechen – von ihrer Zwecksetzung her nicht vielmehr gerade auch als eine staatliche Hilfe darstellt, welche den Leistungsempfängern den Zugang zum Arbeitsmarkt erleichtern sollen. Unter der letztgenannten Voraussetzung wäre der derzeitige umfassende Leistungsausschluss gemäß § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II schon im Lichte des auch auf Arbeitssuchende aus anderen Mitgliedstaaten Anwendung findende Diskriminierungsverbotes nach Art. 45 Abs. 2 AEUV (EuGH, Rs. C-258/04, *Ioannidis*, Urteil v. 15. September 2005, Rn. 21) europarechtswidrig, jedenfalls soweit er sich auch auf solche arbeitssuchenden Unionsbürger bezieht, welche die erforderliche tatsächliche Verbindung mit dem Arbeitsmarkt des entsprechenden Mitgliedstaates aufweisen; sei es, weil sie dort ihren gewöhnlichen Aufenthalt bzw. Wohnsitz haben, sei es, weil sie dort bereits während eines angemessenen Zeitraumes tatsächlich eine Beschäftigung gesucht haben (vgl.

hierzu z.B. EuGH, Rs. C-224/98, *D’Hoop*, Urteil v. 11. Juli 2002, Rn. 38; EuGH, Rs. C-138/02, *Collins*, Urteil v. 23. März 2004, Rn. 63 ff.; EuGH, Rs. C-258/04, *Ioannidis*, Urteil v. 15. September 2005, Rn. 22 ff.; EuGH, verb. Rs. C-22/08 u. C-23/08, *Vatsouras/Koupatantze*, Urteil v. 4. Juni 2009, Rn. 36 ff.; *Barnard*, 2013: 293 f.).

Weiterhin ist auf der Ebene des Sekundärrechts hier das Gleichbehandlungsgebot des Art. 4 VO (EG) Nr. 883/2004 zu berücksichtigen, welches jedenfalls solchen arbeitssuchenden Unionsbürgern aus anderen Mitgliedstaaten einen Anspruch auf Zugang zu Sozialleistungen in gleichem Umfang wie inländischen Personen gewährt, die hier über ihren Wohnsitz im Sinne des gewöhnlichen Aufenthalts gemäß Art. 1 lit. j VO (EG) Nr. 883/2004 i.V.m. Art. 11 VO (EG) Nr. 987/2009 verfügen (siehe hierzu u.a. *Frings*, 2012: 317 ff.; sowie speziell zur Feststellung des gewöhnlichen Aufenthalts auch European Commission, 2014: 41 ff.; *Wendland*, 2013: 435 ff.).

Gleiches gilt überdies aus völkerrechtlicher Perspektive vor dem Hintergrund der Regelungswirkung von Art. 1 des im Rahmen des Europarates ausgearbeiteten Europäischen Fürsorgeabkommens vom 11. Dezember 1953, wobei allerdings in Bezug auf den Anwendungsbereich dieses Übereinkommens zu berücksichtigen ist, dass gegenwärtig beispielsweise weder Bulgarien noch Rumänien zum Kreis der Vertragspar-

teien gehören und wohl insoweit auch gemäß Art. 18 AEUV keine Ausdehnung der durch das Übereinkommen gewährten Vorteile auf Unionsbürger aus Nichtvertragsparteien geboten erscheint (anders jedoch z.B. *Frings*, 2012: 325, allerdings unter Verweis auf die ihre Auffassung im Ergebnis nicht stützenden Ausführungen des EuGH in Rs. C-55/00, *Gottardo*, Urteil v. 15. Januar 2002, Rn. 34. Unklar im Hinblick auf eine möglicherweise auf Art. 18 AEUV gestützte Anwendung des Meistbegünstigungsprinzips im Unionsrecht aber in der Tat beispielsweise EuGH, verb. Rs. C-22/08 u. C-23/08, *Vatsouras/Koupatantze*, Urteil v. 4. Juni 2009, Rn. 52).

So das Europäische Fürsorgeabkommen nicht überhaupt im unionsrechtlichen Kontext durch das sekundärrechtliche Regime der VO (EG) Nr. 883/2004 verdrängt wird (vgl. Art. 8 VO (EG) Nr. 883/2004; sowie hierzu z.B. *Frings*, 2012: 326), gewährt es nach seinem Art. 1 allen Staatsangehörigen der anderen Vertragsparteien, die sich in Deutschland „erlaubt aufhalten“ – und dies ist bei Arbeitssuchenden sowohl im Lichte europarechtlicher Vorgaben als auch gemäß § 2 Abs. 2 Nr. 1 2. Alt. FreizügG/EU zweifelsohne der Fall – in gleicher Weise wie inländischen Personen einen Anspruch auf Bezug von „Leistungen der sozialen und Gesundheitsfürsorge“. Der in Bezug auf Sozialleistungen nach dem SGB II von der Bundesregierung im Dezember 2011 erklärte Vorbehalt

zum Europäischen Fürsorgeabkommen wird im Lichte der entsprechenden Vorgaben des Art. 16 lit. b des Übereinkommens zu Recht ganz überwiegend als völkerrechtlich unwirksam angesehen (vgl. u.a. LSG Berlin-Brandenburg, Az: L 19 AS 794/12 B ER, Beschluss v. 9. Mai 2012, Rn. 7 f.; *Schmidt-De Caluwe*, 2013; *Frings*, 2012: 325).

Im Ergebnis spricht vor diesem Hintergrund vieles dafür, entgegen der derzeitigen deutschen Sozialrechtslage solchen „etablierten“ arbeitssuchenden Unionsbürgern aus anderen Mitgliedstaaten und ihren Familienangehörigen einen europarechtlichen Anspruch auf Grundsicherung in Deutschland zuzuerkennen; jedenfalls solange sie als Arbeitssuchende im Sinne der Arbeitnehmerfreizügigkeit qualifiziert werden können.

Die Anderen: Nichterwerbstätige Unionsbürger aus der Perspektive des europäischen Aufenthalts- und Sozialrechts

Diese letztgenannte Einschränkung weist schließlich den Weg zu einer weiteren Kategorie von Unionsbürgern, welche im vorliegenden Kontext von Interesse ist, sich im Einzelnen in Bezug auf ihre Mitglieder allerdings als ausgesprochen heterogen darstellt. Hierzu gehören zunächst Personen aus anderen Mitgliedstaaten der EU, die

sich beispielsweise mangels begründeter Aussicht auf Einstellung nicht mehr auf einen arbeitnehmerfreizügigkeitsrelevanten Status als Arbeitssuchende berufen können, aber auch unter anderem Rentner, welche ihren „Lebensabend“ in einem anderen Mitgliedstaat verbringen möchten, Langzeittouristen und Studierende, die sich an Hochschulen im europäischen Ausland qualifizieren wollen, sowie schließlich auch Personen, die man zusammenfassend vielleicht als „Glücksritter“ bezeichnen kann, welche mit oder ohne Familienangehörige, aber in jedem Fall möglichst ohne Einsatz ihrer Arbeitskraft im Ausland ihr Glück suchen. So heterogen diese farbenfrohe Gruppe auch auf den ersten Blick erscheinen mag, ihre Angehörigen weisen doch aus unionsrechtlicher Perspektive einige Gemeinsamkeiten auf. Hierzu gehört zunächst in zentraler Weise der Umstand, dass sie sich nicht oder nicht mehr auf die Arbeitnehmerfreizügigkeit gemäß Art. 45 AEUV berufen können. Ihr Recht auf Einreise und Aufenthalt in anderen Mitgliedstaaten bestimmt sich vielmehr nach dem allgemeinen Freizügigkeitsrecht des Art. 21 Abs. 1 AEUV, welches allen Unionsbürgern zusteht.

Dieses allgemeine Recht auf Freizügigkeit erlaubt es allen Unionsbürgern, sich in einem anderen Mitgliedstaat aufzuhalten und dort gegebenenfalls auch ihren Wohnsitz zu begründen. Wie bereits der Wortlaut von Art. 21 Abs. 1 AEUV verdeutlicht, ist auch

dieses Freizügigkeitsrecht jedoch keineswegs vorbehaltlos gewährleistet. Namentlich ein Aufenthalt von mehr als drei Monaten ist für diese Personenkategorie gemäß Art. 7 Abs. 1 lit. b Richtlinie 2004/38/EG (vgl. auch § 4 FreizügG/EU) grundsätzlich nur dann als aus unionsrechtlicher Perspektive rechtmäßig anzusehen, wenn und solange der entsprechende Unionsbürger und seine Familienangehörigen über „ausreichende Existenzmittel“ und einen umfassenden Krankenversicherungsschutz im Aufnahmestaat verfügen (siehe auch Art. 14 Abs. 2 Richtlinie 2004/38/EG); sie also mit anderen Worten während ihres Aufenthalts keine Sozialhilfeleistungen des jeweiligen Mitgliedstaats in Anspruch nehmen müssen. Bereits in diesem Zusammenhang ist jedoch zu berücksichtigen, dass die in Art. 7 Abs. 1 lit. b Richtlinie 2004/38/EG statuierten Voraussetzungen – im Lichte des Rechts auf Freizügigkeit gemäß Art. 21 Abs. 1 AEUV als einem grundlegenden Prinzip des Unionsrechts – in der Weise eine restriktive Auslegung erfordern, dass durch diese Vorschrift lediglich eine „unangemessene“ Inanspruchnahme von Sozialhilfeleistungen im Aufnahmestaat der Rechtmäßigkeit des Aufenthalts entgegensteht (so nunmehr EuGH, Rs. C-140/12, *Brey*, Urteil v. 19. September 2013, Rn. 70 ff.).

Von dieser aufenthaltsrechtlichen Perspektive ist überdies – wenigstens zunächst einmal – die sozialrechtliche Perspektive zu trennen. Wer als Uni-

onsbürger seinen gewöhnlichen Aufenthalt in einem anderen Mitgliedstaat hat – und dies erfordert mehr als die bloße Anmeldung eines Wohnsitzes (vgl. Art. 11 VO (EG) Nr. 987/2009; sowie European Commission, 2014: 41 ff.) –, dem steht zumindest aufgrund des sekundärrechtlichen Diskriminierungsverbotes des Art. 4 VO (EG) Nr. 883/2004 ein Anspruch auf Sozialleistungen zu; und dies wohl in der Tat unabhängig davon, ob sein Aufenthalt aus der Perspektive des europäischen Aufenthaltsrechts sich als rechtmäßig darstellt oder nicht (vgl. z.B. *Frings*, 2012: 321 ff.; unklar insoweit allerdings nunmehr EuGH, Rs. C-140/12, *Brey*, Urteil v. 19. September 2013, Rn. 38 ff.). Die Anwendbarkeit des primärrechtlichen Gleichbehandlungsgebotes nach Art. 18 AEUV setzt demgegenüber wahrscheinlich auch weiterhin einen rechtmäßigen Aufenthalt im Aufnahmestaat voraus (vgl. u.a. EuGH, Rs. C-456/02, *Trojani*, Urteil v. 7. September 2004, Rn. 43; EuGH, Rs. C-138/02, *Collins*, Urteil v. 23. März 2004, Rn. 61; EuGH, Rs. C-209/03, *Bidar*, Urteil v. 15. März 2005, Rn. 32; EuGH, Rs. C-158/07, *Förster*, Urteil v. 18. November 2008, Rn. 36 ff.).

Diese sekundärrechtliche Rechtsposition nach Art. 4 VO (EG) Nr. 883/2004 erscheint auf den ersten Blick sehr weitgehend. Sozialleistungsansprüche für alle, die sich entschlossen haben, ihren gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland zu nehmen? Hierbei ist

allerdings zu berücksichtigen, dass – im Unterschied zu den vorgenannten Fallgruppen der Arbeitnehmer und „aussichtsreich“ Arbeitssuchenden – für die vorliegende Kategorie der sich nicht in legitimer Weise auf die Arbeitnehmerfreizügigkeit Berufenden die Inanspruchnahme von Sozialleistungen im Aufnahmestaat sehr wohl gegebenenfalls Konsequenzen hinsichtlich ihres aufenthaltsrechtlichen Status hat. Hier zeigen sich also dann doch Verbindungslinien zwischen der sozialrechtlichen und aufenthaltsrechtlichen Perspektive. Der Aufnahmestaat kann die Geltendmachung von Sozialleistungsansprüchen nämlich zum Anlass nehmen, festzustellen, dass der entsprechende Unionsbürger die Voraussetzungen für sein Aufenthaltsrecht gemäß Art. 7 Abs. 1 lit. b Richtlinie 2004/38/EG nicht mehr erfüllt (vgl. z.B. EuGH, Rs. C-184/99, *Grzelczyk*, Urteil v. 20. September 2001, Rn. 42; EuGH, Rs. C-456/02, *Trojani*, Urteil v. 7. September 2004, Rn. 45), eben gerade weil er Sozialhilfeleistungen in Anspruch bzw. „unangemessen“ in Anspruch nehmen muss.

Und jedenfalls soweit dieser Unionsbürger sich zu diesem Zeitpunkt noch nicht mindestens fünf Jahre rechtmäßig und ununterbrochen im Aufnahmemitgliedstaat aufgehalten und auf diese Weise ein Daueraufenthaltsrecht gemäß Art. 16 Richtlinie 2004/38/EG erworben hat (eingehender hierzu z.B. EuGH, verb. Rs. C-424/10 u. C-425/10, *Ziolkowski/Szeja*, Urteil v. 21.

Dezember 2011, Rn. 31 ff.; vgl. auch § 4a FreizügG/EU), kann sich die erfolgreiche Geltendmachung von Sozialleistungen damit im Ergebnis für den Empfänger aus aufenthaltsrechtlicher Perspektive als eine Art von „Pyrrhussieg“ erweisen. Zwar darf die Inanspruchnahme von Sozialhilfeleistungen durch einen Unionsbürger oder seine Familienangehörigen gemäß Art. 14 Abs. 3 Richtlinie 2004/38/EG im Einklang mit der Rechtsprechung des EuGH nicht automatisch zu aufenthaltsbeendenden Maßnahmen führen. Vielmehr setzt die Feststellung eines entsprechenden Verlustes des Aufenthaltsrechts – und damit die allerdings grundsätzlich nicht mit einer Wiedereinreisepflicht verbundene Pflicht zur Ausreise (vgl. in Bezug auf Deutschland § 7 FreizügG/EU) – einen „unangemessenen“ Bezug von Sozialleistungen voraus. In diesem Zusammenhang ist der Aufnahmemitgliedstaat – wie beispielsweise Erwägungsgrund 16 der Richtlinie 2004/38/EG wiederum in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des EuGH verdeutlicht – unionsrechtlich zu einer Prüfung angehalten, ob die finanziellen Schwierigkeiten des Unionsbürgers lediglich vorübergehender Natur sind. Überdies sind bei der Entscheidung über die Verhältnismäßigkeit einer Ausweisung unter anderem Gesichtspunkte wie die bisherige Dauer des Aufenthalts, die persönlichen Umstände des Betroffenen und die Höhe des gewährten Sozialhilfebetrags zu berücksichtigen. Insgesamt

spiegeln diese einschränkenden Voraussetzungen damit – in den Worten des EuGH – gerade auch die unionsrechtlich fundierte Erwartung einer „bestimmte[n] finanzielle[n] Solidarität der Staatsangehörigen des Aufnahmemitgliedstaats mit denen der anderen Mitgliedstaaten“ wider (so z.B. EuGH, Rs. C-140/12, *Brey*, Urteil v. 19. September 2013, Rn. 72; vgl. insgesamt zum Vorgenannten u.a. auch EuGH, Rs. C-184/99, *Grzelczyk*, Urteil v. 20. September 2001, Rn. 43 f.; EuGH, Rs. C-209/03, *Bidar*, Urteil v. 15. März 2005, Rn. 56).

Unter Einhaltung dieser vom Unionsrecht gezogenen Schranken ist der jeweilige Aufnahmestaat jedoch nach dem gegenwärtigen Stand des europäischen Integrationsprozesses grundsätzlich berechtigt, aufenthaltsbeendende Maßnahmen gegen den entsprechenden Unionsbürger einzuleiten (vgl. u.a. EuGH, Rs. C-184/99, *Grzelczyk*, Urteil v. 20. September 2001, Rn. 42; EuGH, Rs. C-456/02, *Trojani*, Urteil v. 7. September 2004, Rn. 45; BVerwG, NVwZ-RR 2012, 821, 824; LSG Nordrhein-Westfalen, Az: L 19 AS 129/13, Urteil v. 10. Oktober 2013, Rn. 69 f.; *Schmidt-De Caluwe*, 2013; *Raschka*, 2013: 125 f.; a.A. allerdings wohl z.B. *Eichenhofer*, 2013: 625 f.). Mit anderen Worten: Wer keine Möglichkeit hat, sich erfolgreich auf die Arbeitnehmerfreizügigkeit zu berufen, genießt im Regelfall einen deutlich abgeschwächten Schutz vor Ausweisung (*Huber*, 2013: 654); jedenfalls

soweit und solange er nicht über ausreichende Existenzmittel verfügt.

Ausblick

Dieses gegenwärtige unionsrechtliche Regime ist natürlich nicht gleichsam „in Stein gemeißelt“. Das Verhältnis von Recht und sozialer Wirklichkeit stellt sich vielmehr als ein solches wechselseitiger Beeinflussung dar. Recht soll und kann nicht nur die soziale Wirklichkeit steuernd beeinflussen. Es muss sich, um längerfristig effektiv und anerkennungswürdig zu sein, auch in eben dieser sozialen Wirklichkeit bewähren, indem es einen gegenstands- und situationsangemessenen Steuerungsbeitrag leistet. In der Vergangenheit hat sich die Arbeitnehmerfreizügigkeit gemäß Art. 45 AEUV, ebenso wie das allgemeine Freizügigkeitsrecht der Unionsbürger nach Art. 21 AEUV, zweifelsohne bewährt. Beide grundlegenden Rechtspositionen waren und sind freiheitsermöglichend und wohlstandsmehrend. Ob dies auch in der nahen und fernen Zukunft unter möglicherweise veränderten Rahmenbedingungen der Fall sein wird, lässt sich nur mittels regelmäßiger objektiver Bestandsaufnahmen und diskursivem rechtspolitischen Meinungsaustausch ermitteln. Ein Rekurs auf die bekannten Stilmittel der Polemik ist hier, wie so oft, als eher wenig hilfreich anzusehen.

Nachweise

- Barnard*, Catherine, *The Substantive Law of the EU: The Four Freedoms*, 4. Aufl., Oxford 2013.
- Becker*, Ulrich, Arbeitnehmerfreizügigkeit, in: Ehlers, Dirk (Hrsg.), *Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten*, 3. Aufl., Berlin 2009, 305-331.
- Behrens*, Peter, Internationale wirtschaftliche Integration als Gegenstand politologischer, ökonomischer und juristischer Forschung, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* 45 (1981), 8-50.
- Calliess*, Christian, Der Unionsbürger: Status, Dogmatik und Dynamik, in: Hatje, Armin/Brinker, Ingo (Hrsg.), *Unionsbürgerschaft und soziale Rechte*, Baden-Baden 2007, 7-42.
- Eichenhofer*, Eberhard, Sozialer Schutz oder Zuzug in die Sozialsysteme? Freizügigkeit und Sozialleistungsberechtigung in der EU, *Sozialrecht + Praxis* 10 (2013), 615-629.
- European Commission*, *Practical Guide: The Legislation that Applies to Workers in the European Union, the European Economic Area and in Switzerland* (published on 13 January 2014).
- Frenz*, Walter, „Armutseinwanderung“ zwischen EU-Freizügigkeit und Menschenwürde, *Neue Juristische Wochenschrift* 66 (2013), 1210-1212.
- Frings*, Dorothee, Grundsicherungsleistungen für Unionsbürger unter dem Einfluss der VO (EG) Nr. 883/2004, *Zeitschrift für Ausländerrecht und Ausländerpolitik* 32 (2012), 317-327.
- Grabitz*, Eberhard/Hilf, Meinhard/Nettesheim, Martin (Hrsg.), *Das Recht der Europäischen Union*, Loseblatt-Kommentar, Stand: September 2013, München 2013.
- Greiser*, Johannes, Europarechtliche Spielräume des Gesetzgebers bei der Verhinderung sozialleistungsmotivierter Wanderbewegungen, *Zeitschrift für europäisches Sozial- und Arbeitsrecht* 13 (2014), 18-26.
- Hofmann*, Ekkehard/Kummer, Marie-Therese, Sozialleistungen im europäischen Mehrebenensystem, *Zeitschrift für europäisches Sozial- und Arbeitsrecht* 12 (2013), 199-208.
- Huber*, Peter M., Unionsbürgerschaft, *Europarecht* 48 (2013), 637-654.
- Kingreen*, Thorsten, Staatsangehörigkeit als Differenzierungskriterium im Sozialleistungsrecht, *Die Sozialgerichtsbarkeit* 60 (2013), 132-139.
- Luhmann*, Niklas, Soziologie als Theorie sozialer Systeme, *Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie* 19 (1967), 615-644.
- Nowrot*, Karsten, Steuerungssubjekte und -mechanismen im Internationalen Wirtschaftsrecht (einschließlich regionale Wirtschaftsintegration), in: Tietje, Christian (Hrsg.), *Internationales Wirtschaftsrecht*, Berlin 2009, 61-144.

Raschka, Johannes, Freizügigkeit von Unionsbürgern und Zugang zu sozialen Leistungen, *Europarecht* 48 (2013), 116-126.

Schmidt-De Caluwe, Reimund, Hartz IV für EU-Ausländer: Auch Europarecht verlangt ein Existenzminimum, *Legal Tribune Online*, 16. Oktober 2013, erhältlich unter: www.lto.de/recht/hintergruende/h/landessozialgerichte-eu-auslaender-hartz-iv-europarecht/.

Schönberger, Christoph, Die Unionsbürgerschaft als Sozialbürgerschaft, *Zeitschrift für Ausländerrecht und Ausländerpolitik* 26 (2006), 226-231.

Schroeder, Werner/*Lechner*, Eva/*Müller*, Andreas Th., EU-Übergangsmaßnahmen für die Freizügigkeit in den Beitrittsverträgen, *Zeitschrift für öffentliches Recht* 64 (2009), 85-114.

Streinz, Rudolf (Hrsg.), *EUV/AEUV*, Kommentar, 2. Aufl., München 2012.

Wendtland, Carsten, Der sozialrechtliche Begriff des gewöhnlichen Aufenthalts im gemeinschaftsrechtlichen Kontext, *Zeitschrift für europäisches Sozial- und Arbeitsrecht* 12 (2013), 435-439.

Prof. Dr. Karsten Nowrot, LL.M. (Indiana) ist Inhaber der Professur für Öffentliches Wirtschaftsrecht mit Schwerpunkt Europäisches und Internationales Wirtschaftsrecht am Fachbereich Sozialökonomie an der Fakultät für Wirtschafts- und Sozialwissenschaften der Universität Hamburg.

Ass. iur. Britta Struckmeyer-Öner ist wissenschaftliche Mitarbeiterin von Prof. Nowrot.

Der Beitrag basiert auf einem Vortrag, welchen Prof. Nowrot im Rahmen der von der Europa-Union Hamburg, dem Info-Point Europa Hamburg und dem Europa-Kolleg Hamburg organisierten Veranstaltung „Arbeitnehmerfreizügigkeit contra Armutswanderung: Zuwanderung aus Rumänien und Bulgarien – Was bedeutet das für Hamburg?“ in Hamburg am 3. Februar 2014 gehalten hat.