



Blickpunkt Brüssel



Europarechtskonformität des Ausschlusses existenzsichernder Leistungen für EU-Migrant(innen)

Kathrin Bauwens

Juni
2014



Steht arbeitssuchenden EU-Bürgern in Deutschland ein Anspruch auf Hartz IV zu?

Spätestens seit dem Jahreswechsel beschäftigen sich Medien und Politik verstärkt mit der Zuwanderung aus Bulgarien und Rumänien. Denn am 1. Januar 2014 endeten die Freizügigkeitsbeschränkungen für Bulgaren und Rumänen gemäß den jeweiligen Übergangsregelungen anlässlich ihres Beitritts im Jahre 2007.

Die zunächst von Stimmungsmache geprägte und wenig sachliche Diskussion fand ihren traurigen Höhepunkt in der Wahl des Begriffs „Sozialtourismus“ zum Unwort des Jahres 2013.¹ Von einer „Einwanderungswelle in die Sozialsysteme“ war die Rede. „Wer betrügt, der fliegt“, hieß es Anfang des Jahres in einem Beschluss der CSU-Landesgruppenklausur in Kreuth zur „Armutszuwanderung“ aus EU-Staaten.

Mit dem Ziel der Versachlichung der Debatte hat die Bundesregierung zu Beginn des Jahres einen Staatssekretärsausschuss zu „Rechtsfragen und Herausforderungen bei der Inanspruchnahme der sozialen Sicherungssysteme durch Angehörige der EU-Mitgliedstaaten“ eingesetzt. Am 26. März 2014 legte der Ausschuss dem Kabinett seinen Zwischenbericht vor. Der Bericht zeigt, dass tatsächlich nur wenige Zuwanderer aus EU-Mitgliedsstaaten Sozialleistungen beziehen. Verstärkte soziale Probleme aufgrund einer vermehrten Einwanderung aus Bulgarien und Rumänien sind lediglich in vereinzelt Ballungsräumen zu verzeichnen. Für die Zukunft wird zwar mit einer verstärkten Zuwanderung aus den EU-Mitgliedsstaaten Rumänien und Bulgarien nach Deutschland gerechnet, diese wird aber ebenfalls nur in einzelnen Kommunen besonders ins Gewicht fallen.²

Vor diesem Hintergrund will sich der vorliegende Aufsatz einer zentralen rechtlichen Frage der Debatte widmen, die in der Sozialrechtsprechung uneinheitlich behandelt wird und deren Klärung durch den Europäischen Gerichtshof dringend notwendig ist: Sind

¹ Hierzu die Pressemitteilung der Sprachkritischen Aktion:
http://www.unwortdesjahres.net/fileadmin/unwort/download/pressemitteilung_unwort2013.pdf.

² Zum Ganzen siehe den Zwischenbericht des Staatssekretärsausschusses vom 26. März 2014, abrufbar unter:
[http://www.bmi.bund.de/SharedDocs/Downloads/DE/Nachrichten/Kurzmeldungen/zwischenbericht.pdf?__blob=publicationFile\(20.05.2014\)](http://www.bmi.bund.de/SharedDocs/Downloads/DE/Nachrichten/Kurzmeldungen/zwischenbericht.pdf?__blob=publicationFile(20.05.2014)).



die derzeit geltenden Ausschlüsse von sozialleistungsrechtlichen Ansprüchen europarechtskonform? Die Beantwortung dieser Frage ist freilich nicht nur für bulgarische und rumänische Einwanderer, sondern auch für alle anderen EU-Immigranten von Bedeutung.

Hierzu sollen zunächst die in Deutschland geltenden Regelungen sozialleistungsrechtlicher Ansprüche zur Sicherung des Lebensunterhalts und die Regelungen zu deren Ausschluss aufgezeigt werden (A.). Es folgt ein Überblick über die europarechtlichen Rahmenbedingungen (B.). Vor diesem Hintergrund wird sodann anhand einer Darstellung des aktuellen Vorlagebeschlusses des Bundessozialgerichts die europarechtliche Problematik der deutschen Regelungen erläutert (C.). Sodann sollen die jüngst durch den Generalanwalt Wathelet gestellten Schlussanträge zur Rechtssache *Dano* bewertet werden (D.). Die Darstellung schließt mit einer Zusammenfassung und einem kurzen Ausblick auf die zu erwartenden Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs (E.).

A. Sozialleistungsrechtliche Ansprüche zur Sicherung des Lebensunterhalts und deren Ausschluss für Ausländer

Für nicht erwerbstätige und sich nicht in der Berufsausbildung befindliche Migranten aus EU-Mitgliedsstaaten, die noch nie in Deutschland erwerbstätig waren, kommen vor allem Leistungen der Grundsicherung für Arbeitssuchende nach dem SGB II in Betracht. Hier ist insbesondere § 19 SGB II relevant, der die Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts („ALG II“/„Hartz IV“) regelt. Der umstrittene Leistungsausschluss findet sich in § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II.³ Die Vorschrift schließt Ausländer und ihre Familienangehörigen, deren Aufenthaltswitz sich allein aus dem Zweck der Arbeitssuche ergibt, von den Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts aus. Es handelt sich um eine zwingende Ausschlussregelung, die eine zeitliche Beschränkung oder die Möglichkeit einer Prüfung des Einzelfalls nicht vorsieht

³ Die Vorschrift wurde durch das Gesetz zur Umsetzung aufenthalts- und asylrechtlicher Richtlinien der Europäischen Union vom 19. August 2007 in das SGB II eingefügt.



B. Die europarechtlichen Rahmenbedingungen

I. Der Grundsatz der Arbeitnehmerfreizügigkeit, Art. 45 AEUV

Die in Art. 45 AEUV geregelte Arbeitnehmerfreizügigkeit ist als Bestandteil des freien Personenverkehrs eine Grundfreiheit der Europäischen Union und neben dem freien Waren-, Dienstleistungs-, und Kapitalverkehr ein konstituierendes Merkmal des Binnenmarktes. Die Arbeitnehmerfreizügigkeit umfasst sowohl das Verbot, die Freizügigkeit zu beschränken, als auch das Verbot, Arbeitnehmer aufgrund ihrer Staatsangehörigkeit zu diskriminieren.⁴

Vorliegend ist insbesondere das in Art. 45 Abs. 2 AEUV geregelte Diskriminierungsverbot von Bedeutung, das jede auf der Staatsangehörigkeit beruhende unterschiedliche Behandlung der Arbeitnehmer der Mitgliedstaaten in Bezug auf Beschäftigung, Entlohnung und sonstige Arbeitsbedingungen verbietet. Voraussetzung der Arbeitnehmereigenschaft ist eine weisungsgebundene Erbringung von Leistungen für einen Dritten gegen Vergütung⁵, wobei diese Leistungen auf dem Beschäftigungsmarkt als entgeltliche Tätigkeit üblich sein müssen.⁶ Der Europäische Gerichtshof unterscheidet zwischen unmittelbaren und mittelbaren Diskriminierungen.

Eine unmittelbare oder direkte Diskriminierung liegt vor, wenn die Staatsangehörigkeit das für eine Differenzierung maßgebliche Kriterium ist und die von der Differenzierung abhängigen Rechtsfolgen für Inländer günstiger sind als für Ausländer.⁷

Eine mittelbare oder indirekte Diskriminierung liegt vor, wenn auf andere Unterscheidungsmerkmale als die Staatsangehörigkeit abgestellt wird, dies aber

⁴ H. Wißmann, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 14. Aufl. 2014, Art. 45 AEUV Rn. 1.

⁵ EuGH, Urteil vom 21. Februar 2013 – C-46/12 – juris Rn. 41.

⁶ EuGH, Urteil vom 07. September 2004 – C-456/02 – juris Rn. 24. Zum europarechtlichen Arbeitnehmerbegriff U. Forsthoff, in: E. Grabitz/M. Hilf/M. Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, Art. 45 AEUV (2010) Rn. 66 ff.

⁷ Wißmann (Fn. 4), Art. 45 AEUV Rn. 44; hierzu auch die dort angegebenen Entscheidungen EuGH 16.9.2004 – C-465/01 (keine Zulassung von Ausländern zur Wahl zu den österreichischen Arbeitnehmerkammern) und EuGH 31.5.2001 – C-283/99 (keine Zulassung von Ausländern zur Tätigkeit in einem Wachdienst).



tatsächlich zur Benachteiligung von Ausländern führt. Der Europäische Gerichtshof bezeichnet Ungleichbehandlungen dieser Art auch als verschleierte oder versteckte Diskriminierung.⁸

Eine Vorschrift, die eine Diskriminierung im dargestellten Sinne bewirkt, verstößt aber nur gegen die Arbeitnehmerfreizügigkeit, wenn sie nicht zu rechtfertigen ist. Die Art. 45 Abs. 3 und 52 Abs. 1 AEUV erlauben „Sonderregelungen für Ausländer“, die „aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit gerechtfertigt sind“. Die Aufzählung der Schutzgüter in diesen Vorschriften ist abschließend.⁹ Daneben besteht der ungeschriebene Rechtfertigungsgrund der „zwingenden Gründe des Allgemeininteresses“, durch die jedoch nur indirekte Diskriminierungen gerechtfertigt werden können.¹⁰ Den Mitgliedstaaten steht hier ein weiter Spielraum zur Definition schützenswerter Belange zur Verfügung. Schließlich kann eine Diskriminierung auch zur Verhinderung von Umgehungen, Missbräuchen und Betrug gerechtfertigt sein.¹¹

II. Die Verordnung EG 883/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit

Von besonderer Bedeutung für die aufgeworfene Frage ist daneben die Verordnung EG Nr. 883/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit. Die Verordnung unterscheidet unter anderem zwischen Sozialleistungen und besonderen beitragsunabhängigen Geldleistungen. Als beitragsunabhängige Geldleistung bezeichnet die Verordnung in Art. 70 solche Leistungen, die einen zusätzlichen, ersatzweisen oder ergänzenden Schutz gegen die Risiken gewähren, die von den in Art. 3 Abs. 1 genannten Zweigen der sozialen Sicherheit gedeckt sind, und den betreffenden Personen ein Mindesteinkommen zur Bestreitung des Lebensunterhalts garantieren, das in Beziehung zu dem wirtschaftlichen und sozialen Umfeld in dem betreffenden Mitgliedstaat steht. Zudem muss die Finanzierung der Leistung ausschließlich durch obligatorische Steuern zur Deckung der allgemeinen öffentlichen Ausgaben erfolgen. Die Gewährung und

⁸ Etwa EuGH, Urteil vom 25. Oktober 2012 – C-367/11, juris Rn. 25; EuGH, Urteil vom 28. Juni 2012 – C-172/11, juris Rn. 39.

⁹ Forsthoff (Fn. 6), Art. 45 AEUV Rn. 324.

¹⁰ EuGH, Urteil vom 09. September 2010 – C-64/08 –, juris Rn. 47.

¹¹ Forsthoff (Fn. 6), Art. 45 AEUV Rn. 324.



Berechnung der Leistungen darf nicht von Beiträgen der Leistungsempfänger abhängen. Letztlich muss die jeweilige Leistung in Annex X der Verordnung aufgeführt sein. Die Grundsicherung nach dem SGB II stellt eine solche besondere beitragsunabhängige Geldleistung dar und ist zudem in Annex X der Verordnung aufgeführt.

Für die Vorlagefrage des Bundessozialgerichts ist zudem der in Art. 4 der Verordnung EG 883/2004 festgeschriebene Gleichbehandlungsgrundsatz von besonderer Relevanz. Dort heißt es: „Sofern in dieser Verordnung nichts anderes bestimmt ist, haben Personen, für die diese Verordnung gilt, die gleichen Rechte und Pflichten aufgrund der Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats wie die Staatsangehörigen dieses Staates.“

III. Die Richtlinie 2004/38/EG des europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004

Relevant ist schließlich auch die Richtlinie 2004/38/EG des europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedsstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten. In Art. 24 Abs. 1 ist ein Gleichbehandlungsgebot geregelt, das aber durch eine Ausnahmeregelung in Art. 24 Abs. 2 wieder eingeschränkt wird. Die Vorschrift besagt in Abs. 1, dass Unionsbürger, die sich aufgrund der Richtlinie in einem Aufnahmemitgliedsstaat aufhalten, im Anwendungsbereich des Vertrages die gleiche Behandlung wie Staatsangehörige dieses Staates erfahren müssen. Eine Ausnahme besteht jedoch nach Abs. 2 insofern, als dass der Aufnahmemitgliedsstaat nicht verpflichtet ist, „anderen Personen als Arbeitnehmern oder Selbstständigen, Personen, denen dieser Status erhalten bleibt, und ihren Familienangehörigen wegen der ersten drei Monate des Aufenthalts oder gegebenenfalls während des längeren Zeitraums nach Art. 14 IV b einen Anspruch auf Sozialhilfe [...] zu gewähren.“

C. Europarechtskonformität des Leistungsausschlusses: Darstellung der Problematik anhand des Vorlagebeschlusses des Bundessozialgerichts vom 12. Dezember 2013

Im Folgenden soll aufgezeigt werden, inwiefern § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II gegen europäisches Primär- und Sekundärrecht verstoßen könnte. Hierbei wird auf den Vorlagebeschluss des Bundessozialgerichts vom 12.12.2013 Bezug genommen.



I. Der zugrundeliegende Sachverhalt

Dem Vorlagebeschluss lag folgender Sachverhalt zugrunde¹²: Die Klägerinnen, eine in Bosnien geborene schwedische Staatsangehörige (Klägerin zu 1) und ihre drei Töchter, von denen eine wie die Klägerin erwerbsfähig ist, reisten im Juni 2010 erneut in die Bundesrepublik ein. Bereits zuvor war die Klägerin zu 1) in Deutschland wirtschaftlich aktiv. Ihre Töchter sind in der Bundesrepublik geboren. Den Klägerinnen wurde am 1.7.2010 eine Bescheinigung nach § 5 FreizügG/EU erteilt. Nach ihrer Einreise bezog die Klägerin zu 1) Kindergeld für die Klägerinnen zu 2) bis 4). Die Klägerin zu 1) und eine ihrer Töchter waren im Juni 2010 in kürzeren Beschäftigungen bzw.

Arbeitsgelegenheiten von weniger als einem Jahr tätig, jedoch nicht mehr in der Zeit ab Mai 2011. Im Übrigen bezogen sämtliche Klägerinnen SGB II-Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts, die zuletzt für die Zeit vom 1.12.2011 bis 31.5.2012 bewilligt wurden. Bei der Leistungsbewilligung ging das beklagte Jobcenter davon aus, dass die Ausschlussregelung für arbeitssuchende Unionsbürger (§ 7 Abs. 1 S 2 Nr. 2 SGB II) nicht anwendbar gewesen sei, weil sie bei den Klägerinnen als schwedische Staatsangehörige durch das Gleichbehandlungsgebot des Art. 1 des Europäischen Fürsorgeabkommens (EFA) verdrängt worden sei.¹³

¹² Zum Sachverhalt vgl. BSG, EuGH Vorlage vom 12. Dezember 2013, Az.: B 4 AS 9/13 R, juris Rn. 3-5.

¹³ Im Europäischen Fürsorgeabkommen verpflichten sich die Vertragsparteien dazu, „Staatsangehörigen der anderen Vertragsparteien, die sich erlaubt auf ihrem Hoheitsgebiet aufhalten und nicht über ausreichende Mittel verfügen, in gleicher Weise wie ihren eigenen Staatsangehörigen die Leistungen der Sozial- und Gesundheitsfürsorge zu gewähren.“ Zwar haben Bulgarien und Rumänien das Abkommen nicht unterzeichnet, für andere europäische Einwanderer ist das Abkommen im Hinblick auf die Frage der Wirksamkeit des Leistungsausschlusses jedoch relevant. Die Bundesregierung hat allerdings im Dezember 2011 einen Vorbehalt hinsichtlich des Abkommens erklärt. Danach soll Zuwanderern aus 14 EU-Ländern sowie Norwegen, Island und der Türkei, die ausschließlich zur Arbeitssuche nach Deutschland kommen, kein Anspruch mehr auf Leistungen der Grundsicherung für Arbeitsuchende nach dem SGB II zustehen. Die völkerrechtliche Wirksamkeit des Vorbehalts ist allerdings umstritten. Das Sozialgericht Berlin sowie das Landessozialgericht Berlin-Brandenburg sind in einstweiligen Rechtsschutzverfahren von der Unwirksamkeit des Vorbehalts ausgegangen. Auch der Deutsche Anwaltverein hält den Vorbehalt für völkerrechtswidrig. Das Bundessozialgericht hält den Vorbehalt hingegen für rechtmäßig. Hier soll nicht vertieft auf die völkerrechtliche Frage der Wirksamkeit des Vorbehalts eingegangen werden, da der Aufsatz sich nur der unionsrechtlichen Wirksamkeit der Leistungsausschlüsse widmen will. Zur Vertiefung sei verwiesen auf *E. Steffen/S. Keßler*, *Pacta sunt servanda – Ist der deutsche Vorbehalt zum Europäischen Fürsorgeabkommen wirksam?*, in: ZAR 2012, 245 sowie die Anfrage der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen und weiterer Abgeordneter vom 21.3.2012, BT-Drucksache 17/9036, abrufbar unter: <http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/17090/1709036.pdf> (20.05.2014).



Unter Hinweis auf den von der Bundesrepublik im November 2011 erklärten Vorbehalt zum EFA hob das Jobcenter die Bewilligung für den Monat Mai 2012 für die Klägerin zu 1) und ihre minderjährigen Kinder wieder auf. Das Sozialgericht hat diesen Aufhebungsbescheid mit Urteil vom 19.12.2012 aufgehoben.

Zur Begründung seiner Entscheidung führte es unter anderem an, den Klägerinnenn stehe auch im Mai 2012 weiterhin ein Anspruch auf SGB II-Leistungen zu. Der deutsche Leistungsausschluss nach § 7 Abs. 1 S 2 Nr. 2 SGB II greife nicht, weil Art 4 VO (EG) 883/2004 jede Ungleichbehandlung von Unionsbürgern gegenüber den eigenen Staatsangehörigen bei den hier vorliegenden besonderen beitragsunabhängigen Geldleistungen untersage. Hiergegen wandte sich das Jobcenter mit der Revision. Das Bundessozialgericht setzte das Verfahren aus und legte drei Vorlagefragen dem Europäischen Gerichtshof vor.¹⁴

II. Der Vorlagebeschluss des Bundessozialgerichts

Das Bundessozialgericht hatte also zu entscheiden, ob die Klägerinnen einen Anspruch auf SGB II Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts haben. Verallgemeinert musste die Frage beantwortet werden, ob nichterwerbstätige Unionsbürgern, deren Aufenthaltsrecht in Deutschland sich alleine aus dem Zweck der Arbeitssuche ergibt, Sozialleistungen zustehen.

Nach der deutschen Rechtslage ist dies zunächst schlicht zu verneinen. In § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II heißt es: „Ausgenommen sind Ausländerinnen und Ausländer, deren Aufenthaltsrecht sich allein aus dem Zweck der Arbeitssuche ergibt und ihre Familienangehörigen.“

1. Verstoß gegen das Gleichbehandlungsgebot des Art. 4 VO EG 883/2004

Fraglich ist jedoch, ob diese Vorschrift mit Unionsrecht vereinbar ist. Hier werden die oben bereits angesprochenen drei Rechtsakte relevant. Der Leistungsausschluss in § 7 SGB II könnte zunächst gegen den in Art. 4 VO EG 883/2004 festgeschriebene Gleichbehandlungsgrundsatz verstoßen. („*Sofern in dieser Verordnung nichts anderes bestimmt ist, haben Personen, für die diese Verordnung gilt, die gleichen Rechte und*

¹⁴ Ein letztinstanzliches nationales Gericht muss gemäß § 267 AEUV ein Vorabentscheidungsverfahren durchführen, wenn sich in einem bei ihm schwebenden Verfahren eine Frage zur Auslegung einer Norm des Unionsrechts stellt.



Pflichten aufgrund der Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats wie die Staatsangehörigen dieses Staates.“) Ob dies der Fall ist, hängt nach Ansicht des Bundessozialgerichts zunächst davon ab, wie der Begriff „Rechtsvorschriften“ in Art. 4 der Verordnung auszulegen ist. Teilweise ist die instanzgerichtliche Rechtsprechung davon ausgegangen, dass nur die Rechtsvorschriften im Sinne der Legaldefinition des Art. 1 lit. 1 VO EG 883/2204 erfasst sind.¹⁵ Dort sind die beitragsunabhängigen Geldleistungen jedoch nicht genannt. Somit könnte die Auffassung vertreten werden, das Gleichbehandlungsgebot finde auf diese schon gar keine Anwendung.¹⁶

Das Bundessozialgericht tendiert in seinem Vorlagebeschluss hingegen zu der Ansicht, dass auch die beitragsunabhängigen Geldleistungen dem Gleichbehandlungsgebot unterfallen. Dafür spreche insbesondere, dass mit der Einbeziehung sämtlicher Unionsbürger durch die Neuformulierung des persönlichen Anwendungsbereichs der Verordnung nicht hinter den Stand der Koordinierung besonderer beitragsunabhängiger Leistungen nach der alten Verordnung (EWG) 1408/71 zurückgegangen werden sollte.¹⁷

Folgte man der Ansicht des Bundessozialgerichts, so hätte § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II unmittelbar diskriminierende Wirkung. Die Vorschrift knüpft für den Anspruchsausschluss unmittelbar an die Staatsangehörigkeit an. Während arbeitssuchende deutsche Staatsangehörige einen Anspruch auf die SGB II Leistungen haben, ist ein solcher Anspruch für Unionsbürger für die Dauer ihres Aufenthalts zur Arbeitssuche ausgeschlossen.¹⁸

Teilweise wird jedoch vertreten, dass die nationalen Gesetzgeber das Gleichbehandlungsgebot im Hinblick auf beitragsunabhängige Geldleistungen einschränken dürften. Teilweise wird dies als wirksame Umsetzung der Regelung des Art. 24 Abs. 2 RL (EG) 2004/38 angesehen (hierzu sogleich).¹⁹ Alternativ wird vertreten, dass Art. 70 Abs. 4 VO (EG) 883/2004 bei beitragsunabhängigen Leistungen eine Abweichung vom Gleichbehandlungsgrundsatz ermöglicht.²⁰

Die erste Vorlagefrage des Bundessozialgerichts betrifft daher die Reichweite des Diskriminierungsverbots in Art. 4 der VO EG 883/2004. Sie lautet: „Gilt das

¹⁵ Etwa LSG Rheinland-Pfalz, Beschluss vom 21.8.2012 – L 3 AS 250/12 B ER – juris Rn. 21.

¹⁶ BSG (Fn. 12), Rn. 34.

¹⁷ BSG (Fn. 12), Rn. 35.

¹⁸ BSG (Fn. 12), Rn. 37.

¹⁹ LSG Niedersachsen-Bremen, Beschluss vom 23.5.2012 – L 9 AS 347/ 12 B ER, juris Rn. 35 ff.

²⁰ BSG (Fn. 12), Rn. 39.



Gleichbehandlungsgebot des Art. 4 VO (EG) 883/2004 [...] auch für die besonderen beitragsunabhängigen Geldleistungen im Sinne von Art. 70 Abs. 1, 2 VO (EG) 883/2004?“

3. § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II als zulässige Umsetzung des Art. 24 Abs. 2 RL (EG) 38/2004

Geht man von der grundsätzlichen Einschränkung des Gleichbehandlungsgrundsatzes in Art. 4 VO (EG) 883/2004 aus, so ist weiter klärungsbedürftig, ob § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II in zulässiger Weise Art. 24 Abs. 2 RL (EG) 38/2004 umsetzt. Nach dieser Vorschrift ist der Aufnahmestaat nicht verpflichtet, anderen Personen als Arbeitnehmern oder Selbstständigen, Personen, denen dieser Status erhalten bleibt, und ihren Familienangehörigen während der ersten drei Monate des Aufenthalts oder gegebenenfalls während eines längeren Zeitraums nach Art. 14 Abs. 4 RL (EG) 38/2004 Ziff. B einen Anspruch auf Sozialhilfe zu gewähren.

Lange wurde in der instanzgerichtlichen Rechtsprechung zunächst über das Wort „Sozialhilfe“ in Art. 24 Abs. 2 RL (EG) 38/2004 diskutiert. Denn wie oben dargelegt, unterscheidet die Verordnung (EG) 883/2004 terminologisch zwischen „Sozialhilfe“ und „sonstigen beitragsunabhängigen Leistungen“. Daher wurde teilweise vertreten, der Ausschlussbestand des Art. 24 Abs. 2 RL (EG) 38/2004 gelte von vornherein nicht für beitragsunabhängige Leistungen. Mit diesem Argument konnte dann die Europarechtswidrigkeit des Art. 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 begründet werden. Nun hat der Europäische Gerichtshof jedoch in der Rechtssache *Brey* ausdrücklich betont, dass die Verordnung (EG) 883/2004 und die RL (EG) 38/2004 unterschiedliche Zielrichtungen verfolgen und die Definition der Verordnung nicht für die Richtlinie übernommen werden könne. Der Begriff der Sozialhilfe im Sinne des Art. 24 der RL (EG) 38/2004 umfasse vielmehr „sämtliche von öffentlichen Stellen eingerichteten Hilfssysteme [...], 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 Auswirkungen auf das gesamte Niveau der Beihilfe haben kann, die



dieser Staat gewähren kann.“²¹ Danach ist ein Ausschluss von arbeitssuchenden Unionsbürgern im Sinne des Art. 24 RL (EG) 38/2004 grundsätzlich möglich.

Fraglich ist jedoch, ob ein solcher Ausschluss – wie in § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II – ausnahmslos und ohne Abwägung im Einzelfall festgelegt werden darf. Denn nach Ansicht des Bundessozialgerichts könnte die Formulierung in Art. 24 Abs. 2 RL (EG) 38/2004 „oder ggf. für einen längeren Zeitraum“ so auszulegen sein, dass nationale Regelungen, die einen Ausschluss Arbeitssuchender von Sozialhilfeleistungen für mehr als drei Monate festlegen, eine Einzelfallprüfung zulassen müssen.²²

Die zweite Vorlagefrage des Bundessozialgerichts lautet daher: „[...] Sind – gegebenenfalls in welchem Umfang – Einschränkungen des Gleichbehandlungsgebots des Art. 4 VO (EG) 883/2004 durch Bestimmungen in nationalen Rechtsvorschriften in Umsetzung des Art. 24 RL (EG) 38/2004 möglich, nach denen der Zugang zu diesen Leistungen ausnahmslos nicht besteht, wenn sich ein Aufenthaltsrecht des Unionsbürgers in dem anderen Mitgliedsstaat allein aus dem Zweck der Arbeitssuche ergibt?“

4. Vereinbarkeit mit dem Arbeitnehmerfreizügigkeitsrecht

Das Bundessozialgericht wirft in seinem Vorlagebeschluss außerdem die Frage auf, ob der Leistungsausschluss in § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II mit europäischem Primärrecht, insbesondere mit der in Art. 45 Abs. 2 AEUV festgeschriebenen Arbeitnehmerfreizügigkeit vereinbar ist. Insofern hatte der Europäische Gerichtshof in der Rechtssache *Vatsouras* nämlich ausgeführt, dass es angesichts des Gleichbehandlungsgrundsatzes und der Einführung der Unionsbürgerschaft nicht möglich sei, eine finanzielle Leistung vom Anwendungsbereich des Art. 45 AEUV auszunehmen, die den Zugang zum Arbeitsmarkt eines Mitgliedsstaates erleichtern soll. Es sei jedoch zulässig, dass ein Mitgliedsstaat eine solche Beihilfe erst auszahle, wenn das Bestehen einer tatsächlichen Verbindung des Arbeitssuchenden mit dem Arbeitsmarkt des Aufnahmestaates festgestellt worden sei.²³

²¹ EuGH, Urteil vom 19. September 2013 – C -140/12 – juris Rn. 61.

²² BSG (Fn. 12), Rn. 43.

²³ EuGH Urteil vom 25.10.2012 – Rs C-367/11 – juris Rn. 25; hierzu BSG (Fn. 12), Rn. 44.



Das Bundessozialgericht geht in seinem Vorlagebeschluss davon aus, dass es sich bei den Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach dem SGB II um Leistungen handelt, die den Zugang zum Arbeitsmarkt erleichtern.²⁴ Mit der Neustrukturierung der existenzsichernden Leistungen seit dem Jahre 2005 habe sich der deutsche Gesetzgeber für eine stärkere Aktivierung erwerbstätiger Personen im Sinne einer Arbeitsmarktintegration entschieden. Dafür spreche vor allem, dass die Anspruchsberechtigung nach dem SGB II auf die Erwerbsfähigkeit des Antragssteller abstellt sowie die Tatsache, dass das SGB II in einem gesonderten Kapitel Leistungen zur Eingliederung in die Arbeit enthält.²⁵

Daher ist nach Ansicht des Bundessozialgerichts zu klären, ob der unbedingte Ausschluss des § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II, der keine Einzelfallprüfung vorsieht, gegen europäisches Primärrecht verstößt. Die dritte Vorlagefrage lautet daher: „Steht Art. 45 Abs. 2 AEUV in Verbindung mit Art. 18 AEUV einer nationalen Bestimmung entgegen, die Unionsbürgern, die sich als Arbeitssuchende 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 Arbeitssuche und unabhängig von der Verbindung mit dem Aufnahmestaat verweigert?“²⁶

Das Bundessozialgericht stellt insofern fest, die Regelung des § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II lasse für Unionsbürger mit Aufenthaltsrecht allein zur Arbeitssuche keine einzelfallbezogene Berücksichtigung einer dennoch bestehenden Verbindung zum innerstaatlichen Arbeitsmarkt bzw. einer sonstigen tatsächlichen Verbindung zum Aufnahmemitgliedsstaat zu. Dies verdeutliche der vorliegende Fall. Die Klägerinnen seien bereits früher im Bundesgebiet wirtschaftlich aktiv gewesen, hätten eine langjährige Verbindung zu Deutschland und hätten unmittelbar nach Ablauf des streitigen Zeitraums eine berufliche Tätigkeit aufgenommen. Eine tatsächliche Verbindung mit dem Arbeitsmarkt wäre daher zu bejahen.²⁷

²⁴ BSG (Fn. 12), Rn. 45.

²⁵ BSG (Fn. 12), Rn. 47.

²⁶ BSG (Fn. 12), Tenor zu 3).

²⁷ BSG (Fn. 12), Rn. 48.



D. Die Schlussanträge des Generalanwalts Melchior Wathelet in der Rechtssache *Dano* vom 20. Mai 2014

Am 20. Mai 2014 hat der Generalanwalt Melchior Wathelet seine Schlussanträge zur Rechtssache *Dano* gestellt.²⁸ Den Rechtsstreit hatte das Sozialgericht Leipzig dem Europäischen Gerichtshof am 19. Juni 2013 zur Vorabentscheidung vorgelegt. Auf den ersten Blick scheint der Fall *Dano* dem dem Vorlagebeschluss zugrundeliegenden Sachverhalt des Bundessozialgerichts zu gleichen. In beiden Fällen geht es dem Grunde nach um den Leistungsausschluss des § 7 SGB II. Die Sachverhalte weisen jedoch gewichtige Unterschiede auf, die nicht zu vernachlässigen sind. Kläger des am Sozialgericht Leipzig anhängigen Verfahrens sind Elisabeta Dano und ihr Sohn Florin Dano. Frau Dano, die 1989 geboren wurde, und ihr Sohn, der 2009 in Deutschland geboren wurde, sind rumänische Staatsangehörige. Die Kläger wohnen in der Wohnung der Schwester der Klägerin, die sie mit Naturalien versorgt. Frau Dano hat in Rumänien drei Jahre die Schule besucht und besitzt keinen Schulabschluss. Sie versteht deutsch und kann sich einfach in dieser Sprache ausdrücken. Sie kann jedoch nicht in deutscher Sprache schreiben und kaum lesen. Sie hat keinen erlernten oder angelernten Beruf und war bisher weder in Deutschland noch in Rumänien erwerbstätig.

Frau Dano hält sich im Gegensatz zur Klägerin zu 1) des Verfahrens, das dem Bundessozialgericht zur Entscheidung vorlag, nicht zum Zwecke der Arbeitssuche in Deutschland auf, sondern stellt einen – der wohl tatsächlich bisher sehr selten vorkommenden Fälle dar – in denen sich ein EU-Bürger – jedenfalls hauptsächlich – zum Zwecke des Empfangs von Sozialleistungen in Deutschland aufhält. Es besteht somit in diesem Fall keinerlei Verbindung der Klägerin zum innerstaatlichen Arbeitsmarkt.

Unter diesem Hintergrund müssen die Schlussanträge des Generalanwalts betrachtet werden. Aus den Anträgen geht deutlich hervor, dass der Generalanwalt eine Regelung für europarechtskonform hält, die Bürger aus anderen Mitgliedsstaaten von Sozialleistungen ausschliesst, die ausschließlich zu dem Zweck, Sozialleistungen zu empfangen, in einen anderen Mitgliedsstaat einreisen.

Der Generalanwalt differenziert hier jedoch nicht, sondern attestiert der deutschen Regelung insgesamt Konformität mit dem Unionsrecht. Er hält somit eine Regelung für

²⁸ Schlussanträge des Generalanwalts Melchior Wathelet vom 20. Mai 2014, Rechtssache Elisabeta Dano, Florian Dano gegen Jobcenter Leipzig, abrufbar unter:



rechtmäßig, die arbeitssuchende Unionsbürger generell von Leistungen der Grundsicherung ausschließt. Die Begründung des Generalanwalts ist hier allerdings dogmatisch inkonsistent. Kurz vor der Europawahl erweckt sie den Eindruck, vor allem rechtspolitisch motiviert zu sein.²⁹

Treffend resümiert A. Faharat, Referentin am Max Planck Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht in Heidelberg: „*Statt sich der eigentlich vorgelegten Frage zu widmen, ob die Ausschlussregelung mit dem Gleichbehandlungsanspruch des koordinierenden Sozialrechts (VO (EG) Nr. 883/2004) vereinbar ist, konzentriert der Generalanwalt seine Ausführungen einseitig auf die Unionsbürgerrichtlinie und deren von ihm identifiziertes Ziel der Verhinderung des „Sozialtourismus“ und stellt dann lediglich fest, dass kein Verstoß gegen Art. 4 der VO (EG) Nr. 883/2004 vorliegt. Auf die ratio legis dieser Vorschrift geht er mit keinem Wort ein.*“³⁰

Unverständlich werden die Ausführungen auch dann, wenn es um das Kriterium einer Abwägung im Einzelfall geht, die das Bundessozialgericht in seinem Vorlagebeschluss betont hatte. So führt der Generalanwalt aus: „Um die Gewährung der Leistung der Grundsicherung zu verweigern, müssen die Behörden des Mitgliedsstaats zwangsläufig in gewissem Maße die persönliche Situation des Antragstellers prüfen, um zu bestimmen, ob er unter die in § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II [...] vorgesehene Ausnahme fällt.“ Dies ist jedoch nach dem Wortlaut der deutschen Vorschrift gerade nicht der Fall, die Behörden müssen nach der jetzigen Rechtslage keine Einzelfallabwägung anstellen, sondern nur prüfen, ob sich die betroffene Person momentan lediglich zum Zwecke der Arbeitssuche in Deutschland aufhält. Die Feststellung dieses Kriteriums soll nach der Auffassung des Generalanwalts den Anforderungen, die der Europäische Gerichtshof bisher an Ausschlüsse staatlicher Leistungen gestellt hat, nämlich dem Nachweis, dass keine Verbindung zum Arbeitsmarkt des Aufnahmestaates besteht, genügen: „Im Ergebnis ist das von den im Ausgangsverfahren in Rede stehenden Rechtsvorschriften gewählte Kriterium – dass sich der Betroffene in das deutsche Staatsgebiet einzig und allein mit dem Ziel begibt, eine Beschäftigung zu suchen oder Sozialhilfe zu beziehen –

geeignet, das Fehlen einer tatsächlichen Verbindung mit dem Gebiet des Aufnahmemitgliedsstaats und einer Integration in diesen darzulegen. Es erlaubt es, die

²⁹ So zutreffend A. Faharat, Europawahlkampf mit dem Generalanwalt: Der versuchte Angriff auf die soziale Unionsbürgerschaft, abrufbar unter: <http://www.juwiss.de/71-2014/>.

³⁰ Faharat (Fn. 29).



wirtschaftliche Lebensfähigkeit des Systems sicherzustellen und sein finanzielles Gleichgewicht nicht zu gefährden.“³¹

Gerade den letzten Aspekt, die Gefährdung des Sozialsystems durch eine übermäßige Inanspruchnahme eingewanderter EU-Bürger, führt der Generalanwalt immer wieder für die Rechtfertigung eines automatischen Ausschlusses an. Jedoch liegt eine Überlastung des Systems – wie zu Anfang dargestellt – weder vor, noch ist eine solche zu befürchten. Der Generalanwalt unterstellt jedoch eine (bevorstehende) Überlastung der Sozialsysteme, indem er ausführt: „Er [der Gerichtshof] hat ferner anerkannt, dass eine erhebliche Gefährdung des finanziellen Gleichgewichts eines Systems der sozialen Sicherheit einen zwingenden Grund des Allgemeininteresses darstellen kann, der bestimmte Beschränkungen der Grundfreiheiten rechtfertigen kann“³², um sodann zu konstatieren, dass das vorlegende Gericht „keine genauen Angaben zum Bestehen eines solchen Risikos“ angeführt hat.³³

Dem Generalanwalt ist insofern zuzustimmen, als dass es zu verhindern gilt, dass EU-Bürger ausschließlich deshalb in andere Mitgliedsstaaten einwandern, um Sozialleistungen zu beziehen, sofern sie sich einer Arbeitsaufnahme generell verweigern bzw. keinerlei Bemühungen anstellen, eine Arbeit aufzunehmen. Ein genereller Ausschluss von Sozialleistungen auch für arbeitssuchende Unionsbürger ist jedoch verfehlt. Der Vergleich der beiden dem Europäischen Gerichtshof vorgelegten Sachverhalte zeigt, dass eine einzelfallbezogene Prüfung angezeigt ist. Dass dies zu einer Überlastung der Behörden führen würde, steht zumindest momentan im Hinblick auf die eher niedrigen Antragszahlen von EU-Migranten nicht zu befürchten. Im Übrigen sieht das SGB II selbst ausreichende Sanktionen vor, wenn der Arbeitssuchende gegen Mitwirkungs- und Verhaltenspflichten verstößt. So hat der Arbeitslose im ALG II-Bezug alle sich ihm bietenden Möglichkeiten zur Beendigung oder Verringerung seiner Hilfsbedürftigkeit auszuschöpfen. Insbesondere ist er verpflichtet, aktiv an sämtlichen Maßnahmen zur Wiedereingliederung in Arbeit mitzuwirken. Diese Regelungen werden als ausreichend angesehen, einen Missbrauch durch deutsche Staatsbürger zu

verhindern, konsequenterweise müssten sie auch als ausreichend angesehen werden, einen Missbrauch durch Staatsangehörige anderer Mitgliedsstaaten, die eine

³¹ Schlussanträge (Fn. 28), Rn. 135.

³² Schlussanträge (Fn. 28), Rn. 132.

³³ Schlussanträge (Fn. 28), Rn. 133.



ausreichende Verbindung zum deutschen Arbeitsmarkt nachweisen können, vorzubeugen. Ein genereller Ausschluss arbeitssuchender Unionsbürger von Sozialleistungen schießt daher über das Ziel hinaus. Entsprechend kritisch fällt das Resümee *Faharats* aus:

„Der Generalanwalt bläst mit seinen Schlussanträgen in das Horn der populistischen und nationalistischen EU-Kritiker, die die Angst vor einer massenhaften Einwanderung von Unionsbürgern aus ärmeren in wohlhabendere Mitgliedstaaten schüren. Dies mag ihm unmittelbar vor den Europawahlen einiges an Beifall eingebracht haben. In ihrem Kern aber ist die Umarmungsstrategie – wenn es denn eine solche sein sollte – verfehlt und gefährlich. Sie greift das Fundament der sozialen Unionsbürgerschaft an und damit jenen Teil des europäischen Projekts, der über Freihandel und eine gemeinsame Währung hinausgeht. Der EuGH sollte dem Generalanwalt die Gefolgschaft verweigern.“³⁴

E. Zusammenfassung und Ausblick

Die Ausführungen haben die unklare Rechtslage um § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II verdeutlicht. Der Europäische Gerichtshof ist daher nun dazu berufen, Licht in die unklare Rechtslage zu bringen, die vor allem aus den nicht miteinander kohärenten verschiedenen Unionsrechtsakten resultiert. Zu erwarten ist, dass der Europäische Gerichtshof den Ausschluss von Sozialleistungen grundsätzlich für zulässig erachtet, die Vorschrift des § 7 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 SGB II in seiner bedingungslosen Fassung aber für europarechtswidrig erklärt. Zu begrüßen wäre – sofern der Gerichtshof einen Ausschlussstatbestand unter Einbezug einer Einzelfallabwägung für zulässig erachtet –, dass das Gericht den nationalen Behörden konkrete Anhaltspunkte, nach denen sich eine Einzelfallprüfung zu richten hat, mitgibt.

³⁴ *Faharat* (Fn. 29).