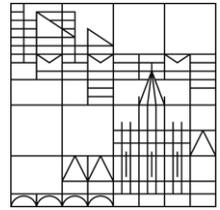


**FZAA**  
Forschungszentrum  
Ausländer- & Asylrecht

Universität  
Konstanz



Deutscher Bundestag  
Innenausschuss

Ausschussdrucksache

18(4)164 F

**Prof. Dr. Daniel Thym, LL.M.**

**Lehrstuhl für Öffentliches Recht,  
Europa- und Völkerrecht**

**Kodirektor des Forschungszentrums  
Ausländer- und Asylrecht (FZAA)**

Fach D116, 78457 Konstanz

+49-7531-88-2247

daniel.thym@uni-konstanz.de

## **Stellungnahme für die Öffentliche Anhörung des Innenausschusses des Deutschen Bundestags am Montag, den 13. Oktober 2013 über**

- a) Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Freizügigkeitsgesetzes/EU und weiterer Vorschriften, Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 18/2581,**
- b) Zwischenbericht des Staatssekretärsausschusses zu „Rechtsfragen und Herausforderungen bei der Inanspruchnahme der sozialen Sicherungssysteme durch Angehörige der EU-Mitgliedstaaten“, BT-Drs. 18/960,**
- c) Abschlussbericht des Staatssekretärsausschusses zu „Rechtsfragen und Herausforderungen bei der Inanspruchnahme der sozialen Sicherungssysteme durch Angehörige der EU-Mitgliedstaaten“, BT-Drs. 18/2470.**

### **1. Vorbemerkungen**

#### **a) Grenzen der Freizügigkeit nach EU-Recht**

Als Ausgangspunkt ist die Feststellung wichtig, dass **in den EU-Verträgen kein unbedingtes Recht auf Freizügigkeit** niedergelegt ist. Bis zum Vertrag von Maastricht besaßen nur Arbeitnehmer und Selbständige ein Freizügigkeitsrecht – und als im Jahr 1992 ein generelles Freizügigkeitsrecht für sonstige, wirtschaftlich inaktive Personen im heutigen Unionsvertrag verankert wurde, verständigte man sich auf eine offene Formulierung, die lautet: „Jeder Unionsbürger hat das Recht, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten *vorbehaltlich der in*

den Verträgen und in den Durchführungsvorschriften vorgesehenen Beschränkungen und Bedingungen frei zu bewegen und aufzuhalten“ (heutiger Art. 21 Abs. 1 AEUV sowie Art. 45 Abs. 1 GRCh; eigene Hervorhebung).

Was hierunter zu verstehen war, ergab sich schon damals aus einer Freizügigkeits-Richtlinie, die im Jahr 1990 angenommen wurde und später wortgleich in den **Art. 7 Abs. 1 Buchst. B der Freizügigkeits-Richtlinie 2004/38/EG** überführt wurde. Dort heißt es: „Jeder Unionsbürger hat das Recht auf Aufenthalt im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats für einen Zeitraum von über drei Monaten, wenn er ... *für sich und seine Familienangehörigen über ausreichende Existenzmittel verfügt, so dass sie während ihres Aufenthalts keine Sozialhilfeleistungen des Aufnahmemitgliedstaats in Anspruch nehmen müssen*, und er und seine Familienangehörige über umfassenden Krankenversicherungsschutz im Aufnahmemitgliedstaat verfügen...“ (Hervorhebung nur hier). Damit steht fest: Das Freizügigkeitsrecht speziell von Personen, die nicht arbeiten, ist inhaltlich bedingt; im Schengen-Raum wurden die Grenzkontrollen zwar physisch abgeschafft, nicht jedoch eine quasi-bundesstaatliche, unbedingte Freizügigkeit etabliert.

Die genaue Reichweite der zitierten Bedingung wurde bei der Verhandlung der Richtlinie nicht abschließend geklärt und ist bis heute umstritten, zumal die Richtlinie an anderer Stelle leicht abweichende Formulierungen enthält und sich die Sprachfassungen unterscheiden. Im **Brey-Urteil vom September 2013** konkretisierte der Europäische Gerichtshof die Bestimmung dahin gehend, dass **Sozialhilfe nicht unangemessen in Anspruch genommen werden darf** (EuGH, *Brey*, C-140/12, EU:C:2013:565). Auch hierdurch sind freilich nicht alle Fragen geklärt, weil das Urteil unterschiedliche Auslegungen zulässt, die sich teils erheblich unterscheiden (näher *D. Thym*, *Sozialleistungen für und Aufenthalt von nichterwerbstätigen Unionsbürgern*, *Neue Zeitschrift für Sozialrecht* 2014, 81-90). Aus diesem Grund wird die anstehende **Entscheidung der Großen Kammer des Gerichtshofs im Verfahren Dano** mit Spannung erwartet (Rs. C-333/13). Der Generalanwalt kam im Frühjahr zu dem Ergebnis, dass die Mitgliedstaaten weitgehende Spielräume besitzen (GA Melchior Wathelet, *Schlussanträge v. 20.5.2014*, ECLI:EU:C:2014:384). Ob der Gerichtshof dieser Meinung folgt, steht aber keineswegs fest; auch ein Entscheidungsdatum ist bisher nicht bekannt (Stand des Gerichtskalenders vom EuGH am 10.10.2014). Dies deutet ganz allgemein darauf hin, dass die Große Kammer sich den Inhalt gründlich überlegt, ohne dass hieraus freilich ein Hinweis auf das Ergebnis folgte.

Für die Zwecke dieser Anhörung folgt hieraus: Es fehlt auf EU-Ebene eine positive Verständigung über die Grenzen des allgemeinen Freizügigkeitsrechts im Detail. Die Mitgliedstaaten besitzen inhaltliche Handlungsspielräume und dürfen nach Maßgabe der Freizügigkeits-Richtlinie die **Sozialhilfe verweigern und/oder den Aufenthalt beenden** – und zwar auch in Situationen, in denen kein Betrug oder eine betrugsähnliche Handlung vorliegt. Dies folgt nicht aus der Missbrauchsbekämpfungsklausel des Art. 35 der Richtlinie, sondern aus der aufgeführten inhaltlichen Bedingtheit des Freizügigkeitsrechts nach Art. 21 AEUV sowie Art. 7 Abs. 1 Buchst. b der Richtlinie. Weitere Einzelheiten sind jedoch unklar, weil die genauen Konturen der nationalen Handlungsmöglichkeiten wegen der offenen Formulierungen in der

Richtlinie und der bisherigen EuGH-Rechtsprechung nicht feststehen. Auch dies gehört zu einer ehrlichen juristischen Bewertung: Die Feststellung, dass die europarechtlichen Grenzen im Detail bis heute unklar sind.

## b) Empirische Ausgangslage

Ausführlich setzen sich der Zwischenbericht und der Abschlussbericht des Staatssekretärausschusses mit der empirischen Ausgangslage auseinander. Ergänzend können Informationen aus anderen Quellen herangezogen werden (aktuell etwa: Bundesagentur für Arbeit: Hintergrundinformation. Auswirkungen der Arbeitnehmerfreizügigkeit und der EU-Schuldenkrise auf den deutschen Arbeitsmarkt, Monatsbericht: Juli 2014, September 2014). All diese Quellen bekräftigen das Fazit, dass die meisten Unionsbürger – auch diejenigen, die aus Bulgarien und Rumänien kommen – in Deutschland arbeiten. Die Arbeitslosenquote und auch der Bezug von Arbeitslosengeldern sind nur etwas höher als bei deutschen Staatsangehörigen (nicht erfasst werden von der genannten Statistik der Bundesagentur solche Unionsbürger, die sich nicht als arbeitslos gemeldet haben). Es geht bei den betroffenen Personen also um eine **Minderheit von Unionsbürgern, auch in Bezug auf die Herkunftsstaaten Bulgarien und Rumänien** – wie dies der Gesetzentwurf gleich zu Beginn klarstellt. Die absolute Mehrheit der Unionsbürger besitzt ein unbestrittenes Freizügigkeitsrecht. Diese Feststellung ist wichtig, begründet für sich genommen freilich kein Argument gegen gesetzliche Maßnahmen. Zahlreiche Gesetze mit einer restriktiven und sanktionierenden Zielsetzung betreffen nicht den „Normalfall“, sondern Ausnahmesituationen und sind häufig nur auf kleine Personengruppen anwendbar. Dies gilt auch für die meisten Artikel des vorliegenden Entwurfs.

## 2. Im Einzelnen

### a) Befristung der Arbeitsuche (zu Art. 1, Nr. 1)

Vollkommen zu Recht weist die Gesetzesbegründung darauf hin, dass der EuGH eine strikte Befristung des Aufenthaltsrechts zur Jobsuche stets zurückwies (EuGH, *Antonissen*, C-292/89, EU:C:1991:80 = Slg. 1991 I-745, Rn. 21 f.). Insofern kann zwar das „Aufenthaltsrecht, das den Arbeitssuchenden ... zusteht, ... zeitlich begrenzt werden. [D]ie Mitgliedstaaten [sind] berechtigt, hierfür einen angemessenen Zeitraum festzulegen“ (EuGH, *Collins*, C-138/02, EU:C:2004:172 = Slg. 2004 I-2703, Rn. 37). Diese **Option nutzt der Bundesgesetzgeber in Übereinstimmung mit der EuGH-Rechtsprechung**, wenn er eine 6-Monatsfrist vorgeben möchte (eine solche Frist existiert auch im Vereinigten Königreich und war die Grundlage des zitierten EuGH-Urteils). Allerdings darf eine solche Frist nie starr sein, d.h. es müssen nach der EuGH-Rechtsprechung immer Ausnahmen im Einzelfall möglich sein (das war bei der seinerzeit streitgegenständlichen britischen Regelung anders). In den Worten des EuGH: „Erbringt der Betroffene nach Ablauf dieses Zeitraums den Nachweis,

dass er weiterhin und mit begründeter Aussicht auf Erfolg Arbeit sucht, so darf er vom Aufnahmemitgliedstaat nicht ausgewiesen werden“ (ebd.).

Das ist eine klare Vorgabe, die der Gesetzesvorschlag eins-zu-eins umsetzt. Europarechtlich bestehen mithin keine Zweifel an der Zulässigkeit der Regelung und auch verfassungsrechtlich greifen evtl. Bedenken nicht durch. Insbesondere sind die unbestimmten Rechtsbegriffe, die die Vorschrift verwendet, **in der richterlichen und behördlichen Rechtspraxis hinreichend konkretisierungsfähig**, sodass dem Bestimmtheitsgebot genüge getan ist. Eine nähere Konkretisierung kann – und sollte – in den Verwaltungsvorschriften erfolgen; in Nr. 2.2.1.3 der Verwaltungsvorschrift zum FreizügG/EU heißt es bereits heute: „Begründete Aussicht, einen Arbeitsplatz zu finden, kann angenommen werden, wenn der Arbeitssuchende aufgrund seiner Qualifikation und des aktuellen Bedarfs am Arbeitsmarkt voraussichtlich mit seinen Bewerbungen erfolgreich sein wird. Dies ist zu verneinen, wenn er keinerlei ernsthafte Absichten verfolgt, eine Beschäftigung aufzunehmen.“ Auch seitens der Gerichte gibt es bereits Vorgaben, die für die neue Gesetzeslage nutzbar gemacht werden könnten (etwa: LSG NRW, Urteil vom 22.6.2012, L 19 AS 845/12 B and 846/12 B; OVG Sachsen, Urteil vom 20.8.2012, 3 B 202/12). Hiernach bestehen keine Zweifel, dass die notwendige Rechtsklarheit bei der Anwendung des Gesetzes hergestellt werden kann. Im Gegenteil wäre eine weitere Konkretisierung innerhalb des FreizügG/EU problematisch, weil dadurch der Gesetzestext überfrachtet würde – und darüber hinaus die Gefahr bestünde, dass man die EuGH-Vorgaben falsch versteht (was man immer nur im Nachhinein erfährt, wenn der EuGH ein neues Urteil spricht).

Wichtig ist freilich die Einsicht, dass mit der zeitlichen Befristung der Arbeitsuche **nur ein Teil der aktuellen Rechtsunsicherheit gelöst wird**. Dies liegt daran, dass die Regelung nur den Zeitraum der Arbeitsuche betrifft. Davor und danach müssen Unionsbürger keineswegs ausreisen, weil sie alternativ der Auffangkategorie des Nichterwerbstätigen unterfallen. Man muss europarechtlich nämlich streng unterscheiden: Neben die Arbeitsuche im Sinn des EU-Rechts nach Maßgabe des Urteils *Antonissen*, die der EuGH schon früh aus der Arbeitnehmerfreizügigkeit als Teil des Binnenmarkts ableitete (heutiger Art. 45 AEUV), tritt der Aufenthalt von Nichterwerbstätigen im Sinn des Unionsrechts, die erst der Vertrag von Maastricht einführt (heutiger Art. 21 AEUV). Diese Unterscheidung wird auch in der deutschen Gesetzeslage deutlich: Nach der vorgeschlagenen Neufassung des FreizügG/EU tritt neben die Arbeitsuche (§ 2 Abs. 2 Nr. 1a FreizügG/EU n.F.) der Aufenthalt von Nichterwerbstätigen (§ 2 Abs. 2 Nr. 5 FreizügG/EU sowie Art. 7 Abs. 1 Buchst. b Richtlinie 2004/38/EG). **Wer nicht (mehr) als Arbeitssuchender im Sinn des Unionsrechts zählt, unterfällt der Kategorie des Nichterwerbstätigen.**

Nach Ablauf der 6-Monats-Frist (oder des ggfls. längeren Zeitraums nach Maßgabe des Einzelfalls) **müssen Unionsbürger, deren Recht zur Arbeitsuche endet, also nicht automatisch ausreisen**. Stattdessen ist zu prüfen, ob die Voraussetzungen der § 2 Abs. 2 Nr. 5 FreizügG/EU sowie Art. 7 Abs. 1 Buchst. B Richtlinie 2004/38/EG erfüllt sind (in diesem Punkt scheint mir der Abschlussbericht, S. 48, zu knapp geraten, weil er eine zentrale Unsi-

cherheit in den europarechtlichen Rahmenbedingungen für die Begründung des Aufenthaltsrechts nicht aufgreift; die Frage wird auf S. 53 f. „nur“ als Frage des Leistungszugangs behandelt). Nichterwerbstätige besitzen nach Maßgabe des *Brey*-Urteils ein Aufenthaltsrecht, soweit und solange sie Sozialleistungen nicht unangemessen in Anspruch nehmen (hierzu die Vorbemerkung, Abschn. 1.a). **Mittelfristig wäre eine Konkretisierung dieser Anforderungen für Nichterwerbstätige wünschenswert**, weil auf diesem Wege die Regelung zur Arbeitsuche komplettiert würde. Aktuell sollte dieser Schritt jedoch nicht unternommen werden, weil in Kürze eine weitere Konkretisierung der europäischen Rechtslage durch den EuGH im Verfahren *Dano* zu erwarten ist, dessen Ausgang bisher nicht absehbar ist (hierzu wiederum die Vorbemerkung, Abschn. 1.a). Da die Rechtslage für Arbeitsuchende jedoch hinreichend klar ist, steht hier einer Konkretisierung nichts im Wege.

### **b) Daueraufenthaltsrecht (zu Art. 1, Nr. 3)**

Die Klarstellung, dass ein Daueraufenthaltsrecht nur bei einem rechtmäßigen Aufenthalt entsteht, ist zu begrüßen, weil hierdurch die **Vorgaben jüngerer EuGH-Urteile im nationalen Gesetzeswortlaut verankert werden**. In neueren Urteilen stellte der EuGH klar, dass ein Daueraufenthaltsrecht durch einen fünfjährigen faktischen Aufenthalt nicht gleichsam „eressen“ wird, sondern insoweit „verdient“ werden muss, als Behörden und Gerichte im Einzelfall zu prüfen haben, ob während des 5-Jahres-Zeitraums ein rechtmäßiger Aufenthalt bestand. Diese Prüfung betrifft etwa die Frage, ob jemand Arbeitnehmer war oder als nicht-erwerbstätiger Unionsbürger über ausreichende Existenzmittel verfügte, sodass Sozialleistungen nicht unangemessen in Anspruch genommen wurden (wenn dies in der Rückschau bejaht wird, liegt mit EuGH, *Ziolkowski u. Szeja*, C-424/10 & C-425/10, EU:C:2011:866 = Slg. 2011 I-14035, Rn. 48-55 kein rechtmäßiger Aufenthalt i. S. d. Art. 16 Abs. 1 RL 2004/38/EG vor). Dies gilt auch dann, wenn erst der Antrag auf Daueraufenthalt den Anlass für die Prüfung der Rechtmäßigkeit in den Jahren zuvor gibt.

Die **Eigenständigkeit der behördlichen bzw. gerichtlichen Prüfung, ob die Freizügigkeitsvoraussetzungen vorlagen**, wird in der jüngeren EuGH-Rechtsprechung dadurch hervorgehoben, dass selbst die Existenz eines nationalen Aufenthaltstitels keine hinreichende Garantie für die Annahme eines Freizügigkeitsrechts ist, wenn sich im Nachhinein herausstellt, dass dieser zu Unrecht ausgestellt wurde (so ausdr. EuGH, *Dias*, C-325/09, EU:C:2011:498 = Slg. 2011 I-6387, Rn. 48-55). Nach Auffassung des EuGH darf ein Aufenthalt nicht „allein deshalb als i. S. d. Unionsrechts legal angesehen werden, weil dem Bürger eine [nationale] Aufenthaltserlaubnis rechtsgültig erteilt wurde“ (ebd., Rn. 5; sinngemäß EuGH, *Ziolkowski u. Szeja*, a.a.O., Rn. 36). Vor dem Hintergrund dieser Urteile ist die **Gesetzesbegründung missverständlich**, wenn es heißt: „Bis zu der Feststellung, dass die Voraussetzungen des Freizügigkeitsrechts entfallen sind oder nicht vorliegen, ist bei Unionsbürgern und ihren Familienangehörigen grundsätzlich vom Bestehen der Voraussetzungen für die Ausübung des Freizügigkeitsrechts auszugehen“ (S. 30).

Wenn damit gemeint ist, dass man den Unionsbürgern nicht etwa mit Misstrauen begegnen und ihnen eine Rechtswidrigkeit des Aufenthalts unterstellen soll, ist diese Formulierung in Ordnung, weil dies die Behörden nicht daran hindert, eigenständig zu prüfen, ob die Voraussetzungen erfüllt waren. Soweit man die Begründung jedoch so lesen sollte, dass eine gesetzliche Legalitätsvermutung bestünde, die nur durch eine behördliche Verlustfeststellung nach § 5 Abs. 4 FreizügG/EU widerlegt werden kann (so Bundessozialgericht, Ur. v. 30.1.2013, B 4 AS 54/12 R, Rn. 20 f.), widerspräche dies dem Europarecht, weil bei der Vergabe des Daueraufenthaltsrechts **nach Maßgabe des EuGH eine autonome Prüfung der Freizügigkeitsvoraussetzungen im zurückliegenden 5-Jahres-Zeitraum zu erfolgen hat**, die an behördliche Bescheinigungen oder Verlustfeststellungen nicht gebunden ist (hierzu die zitierten Urteile sowie *D. Thym*, Unionsbürgerfreiheit und Aufenthaltsrecht, ZAR 2014, 220-227). Insoweit könnte man eine Klarstellung der Gesetzesbegründung erwägen, um spätere Missverständnisse zu vermeiden. Rechtlich zwingend ist dies jedoch nicht, weil sich die Kritik nicht auf den Gesetzeswortlaut bezieht und die EU-Vorgaben von Gerichten und Behörden ohnehin vorrangig anzuwenden sind.

Mit der skizzierten Rechtslage sind in der Praxis diverse Schwierigkeiten verbunden, die ganz unabhängig vom vorliegenden Gesetzentwurf bestehen und durch diesen nicht verschärft werden. Im Gegenteil: Die zeitliche Befristung des Rechts zur Arbeitsuche ist ein erster Schritt zu einer praxistauglichen Rechtslage, die im Interesse aller Beteiligten (auch der Unionsbürger) für mehr Rechtssicherheit sorgt. Darüber hinaus könnte man erwägen, ob **mehr Rechtssicherheit durch eine freiwillige Prüfung der Aufenthaltsvoraussetzungen auf Initiative der Unionsbürger** erreicht werden könnte (zu diesem Vorschlag bereits *D. Thym*, Unionsbürgerfreiheit und Aufenthaltsrecht, ZAR 2014, 220, 223). Diese könnten das Recht erhalten, an die Ausländerbehörden heranzutreten, um die Rechtmäßigkeit ihres Aufenthalts prüfen zu lassen. Gegenwärtig ist dies nicht möglich. Unionsbürger haben nach der Abschaffung der Freizügigkeitsbescheinigung im Jahr 2013 (vgl. die Streichung des § 5 I FreizügG/EU a. F. aufgrund Art. 1 Nr. 5 des Änderungsgesetzes v. 21.1.2013, BGBl. I, S. 83) keine Rechtssicherheit mehr, ob ihr Aufenthalt rechtmäßig ist oder nicht. Möglich sind derzeit einzig *negative* Verlustfeststellungen auf Initiative der Behörden (vgl. § 5 Abs. 4 FreizügG/EU), nicht jedoch eine **positive Prüfung der Freizügigkeitsvoraussetzungen vor Beantragung eines Daueraufenthaltsrechts**. Dies trifft vor allem diejenigen Personen, die – anders als Arbeitnehmer – in eher prekären wirtschaftlichen Situationen leben. Weder die Betroffenen noch andere Behörden (etwa: Sozialämter, Bundesagentur) haben eine Klarheit, ob die Vorgaben des EU-Rechts und des FreizügG/EU erfüllt sind. Dies ist meines Erachtens eine missliche Situation. Da es hierbei insbesondere um Personen geht, die nicht oder wenig arbeiten, könnte man eine solche freiwillige Beantragung einer Bescheinigung einführen, nachdem der EuGH das *Dano*-Urteil gefällt hat und man beim Aufenthalts- und Sozialrecht mehr Rechtssicherheit auf EU-Ebene hat, die ggfls. durch Anpassungen im nationalen Aufenthalts- und Sozialrecht aufgegriffen werden könnte.

### c) Wiedereinreisesperren (zu Art. 1, Nr. 5)

Wichtig ist die Einsicht, dass die vorgeschlagenen Wiedereinreisesperren nur für Personen greifen, die von § 2 Abs. 7 FreizügG/EU umfasst sind (dies ergibt sich eindeutig aus dem Verweis auf diese Norm im vorgeschlagenen § 7 Abs. 2 S. 2 FreizügG/EU). Damit geht es im Kern um **betrugsähnliche Konstellationen**, in denen etwa gefälscht Dokumente vorgelegt werden. Diese Feststellung ist wichtig, weil derartige Situationen ein Fehlverhalten seitens des Antragstellers voraussetzen. **Nicht erfasst werden Personen, die ohne betrugsähnliche Täuschung in Deutschland Sozialleistungen beantragen**, weil sie, als wirtschaftlich inaktive Personen, die nicht arbeiten, über keine ausreichenden eigenen Finanzmittel verfügen, obgleich diese nach § 2 Abs. 2 Nr. 5 FreizügG/EU sowie Art. 7 Abs. 1 Buchst. b Richtlinie 2004/38/EG eine Voraussetzung für ein Freizügigkeitsrecht sind. Hier mag nach Maßgabe des *Brey-Urteils* kein Freizügigkeitsrecht bestehen (siehe die Vorbemerkung, Abschn. 1.a) und mithin eine Verlustfeststellung möglich sein. Auch besteht nach Maßgabe des § 7 SGB II evtl. kein Sozialleistungsanspruch kraft deutschen Rechts. Eine betrugsähnliche Vorspiegelung falscher Tatsachen liegt jedoch nicht vor und damit greifen auch die geplanten Wiedereinreisesperren nicht.

Diese Feststellung ist aus zwei Gründen wichtig. *Erstens* folgt hieraus, dass die Vorschrift **in der Rechtspraxis nur wenige Fälle betreffen dürfte**, weil betrugsähnliche Konstellationen selten sind (vgl. zu strafrechtlich relevanten Betrugsfällen die Antwort der Bundesregierung auf eine Kleine Anfrage der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN: Zuwanderung von Menschen aus Bulgarien und Rumänien nach Deutschland, BT-Drs. 18/1112 vom 09.04.2014, S. 3). Personen, die im Zentrum der gesellschaftlichen und rechtspolitischen Debatte stehen, legen nur sehr selten falsche Dokumente vor, sondern halten sich schlicht ohne ausreichende eigene Finanzmittel in Deutschland auf. In diesen Fällen mag, wie ausgeführt, kein Freizügigkeitsrecht bestehen – eine betrugsähnliche Handlung, die eine Wiedereinreisesperre nach sich ziehen kann, liegt jedoch nicht vor. Dies zeigt, dass die Wiedereinreisesperren nur wenige Fälle betreffen werden.

*Zweitens* ergibt sich aus dem engen Anwendungsbereich, das im Ergebnis **keine Zweifel bestehen, dass die Regelung von Artikel 35 der Richtlinie 2004/38/EG umfasst ist**. Dies liegt daran, dass Artikel 35 es den Mitgliedstaaten ausdrücklich gestattet, „die Maßnahmen (zu) erlassen, die notwendig sind, um die durch diese Richtlinie verliehenen Rechte im Falle von Rechtsmissbrauch oder Betrug ... zu verweigern, aufzuheben oder zu widerrufen.“ Die in der Vorschrift exemplarisch genannten Scheinehen betreffen gleichfalls eine betrugsähnliche Konstellation, weil, ebenso wie bei der Vorlage gefälschter Dokumente, eine Tatsache vorgespiegelt wird, die nicht zutrifft, deren Existenz jedoch evtl. ein Freizügigkeitsrecht begründet. Diese Rechtsauffassung wird auch von der EU-Kommission geteilt. In einer Mit-

teilung zur Auslegung der Richtlinie, die den EuGH nicht bindet, schreibt sie: „Im Richtlinienkontext dürfte sich Betrug auf die Fälschung von Dokumenten oder die Vorspiegelung falscher Tatsachen in Bezug auf die an das Aufenthaltsrecht geknüpften Bedingungen beschränken“ (Mitteilung der Kommission: Hilfestellung bei der Umsetzung und Anwendung RL 2004/38/EG, KOM(2009) 313 v. 2.7.2009, S. 16).

Dies wäre evtl. anders zu beurteilen, wenn der Bundesgesetzgeber für die Wiedereinreisesperren einen weiteren Anwendungsbereich gewählt hätte. So hätte man – rein hypothetisch – erwägen können, die Einreise von Personen ohne eigene Existenzmittel und reale Chance auf einen Arbeitsplatz, die nach Maßgabe des *Brey*-Urteils über kein Freizügigkeitsrecht verfügen, unabhängig von der Vorlage gefälschter Dokumente als „Einwanderung in die Sozialsysteme“ und damit als **Rechtsmissbrauch im weiteren Sinne** anzusehen und mit einer Wiedereinreisesperre zu belegen. Ob eine solche Regelung von Art. 35 der Richtlinie umfasst wäre, ist fraglich. Ein „Betrug“ (*fraud*) liegt wohl nicht vor, evtl. jedoch ein „Missbrauch“ (*abuse*), den der EuGH kürzlich definierte als eine Situation, wo „trotz formaler Einhaltung der unionsrechtlichen Bedingungen das Ziel der Regelung nicht erreicht wurde“ (EuGH, *O. & B.*, C-456/12, EU:C:2014:135, Rn. 58). Hieran anknüpfend wird der EuGH in einer anstehenden Entscheidung vermutlich auf die Umstände des Einzelfalls abstellen und den Mitgliedstaaten eine „systemische“ Missbrauchsbekämpfung verbieten (in diesem Sinn GA Maciej Szpunar v. 20. 05. 2014, *McCarthy u.a.*, C-202/13, EU:C:2014:1344, Rn. 121-128; ein Urteil des EuGH steht noch aus und ist laut Gerichtskalender nicht für die nächsten Wochen zu erwarten). Für die Beurteilung der angestrebten Gesetzesänderung besitzt dies nur eine mittelbare Bedeutung. Der Vergleich mit hypothetischen, weitergehenden Regelungen bekräftigt, dass die vorgeschlagene Neuregelung einen sachlich begrenzten Anwendungsbereich besitzt und europarechtlich unproblematisch Art. 35 unterfällt.

Wenn die geplante Änderung des § 7 Abs. 2 FreizügG/EU inhaltlich Art. 35 der Richtlinie unterfällt, so steht noch nicht fest, dass die Neuregelung europarechtskonform wäre. Notwendig ist in einem zweiten Schritt, dass **Wiedereinreisesperren sachlich von Artikel 35 umfasst** sind. Dies ist bislang nicht abschließend geklärt, auch wenn die weite Formulierung des Art. 35 („Maßnahmen“) nahelegt, dass die Mitgliedstaaten über einen Spielraum verfügen und die Norm mithin Wiedereinreisesperren umfasst. Darüber hinaus muss der **Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gewahrt** werden, was bei der geplanten Gesetzesänderung unproblematisch der Fall ist, weil § 7 Abs. 2 FreizügG/EU erstens ein Ermessen vorsieht, zweitens eine Befristung von Amts wegen verlangt und drittens auf die umfassenden Vorgaben zur Verhältnismäßigkeit in § 6 Abs. 3, 6 und 8 FreizügG/EU verweist. Für den Fall, dass man, entgegen der hier vertretenen Auffassung, Wiedereinreisesperren sachlich nicht von Art. 35 der Richtlinie umfasst sähe, müsste man zusätzlich prüfen, ob die Wiedereinreisesperren eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung im Sinn des Art. 32 der Richtlinie darstellen. Diese Prüfung kann nach der etablierten EuGH-Rechtsprechung freilich immer nur im Einzelfall erfolgen, die ihrerseits in die behördliche Ermessensentscheidung über das „Ob“ der Wiedereinreisesperre integriert werden könnte.

Es bleibt ein letzter Punkt. In **Art. 15 Abs. 3 der Richtlinie 2004/38/EG** findet sich die allgemeine Formulierung: „Eine Entscheidung gemäß Abs. 1 (= Beschränkung des Freizügigkeitsrechts aus anderen Gründen als der öffentlichen Ordnung etc., Anm. d. Verf.), mit der eine Ausweisung verfügt wird, darf nicht mit einem Einreiseverbot des Aufnahmemitgliedstaats einhergehen.“ Eine abschließende Beurteilung dieser Norm fällt schwer, weil sie bislang nicht im Zentrum der Diskussion stand. Sie geht zurück auf einen Vorschlag der Kommission, zu dem in der ursprl. Gesetzesbegründung nichts weiter steht als eine Zusammenfassung des Inhalts in anderen Worten, ohne dass erklärt würde, welche Maßnahmen hiervon konkret umfasst sind (siehe den Vorschlag der Kommission zum ursprl. Art. 24 Abs. 2 gemäß KOM(2001) 257 vom 23. 05. 2001, S. 19). Auch in einem großen Kommentar zur Freizügigkeits-Richtlinie bei Oxford University Press steht mit Blick auf diese Norm nichts anderes als eine modifizierte Wiederholung des Wortlauts (siehe *E. Guild/S. Peers/J. Tomkins*, *The EU Citizenship Directive. A Commentary* (OUP, 2014), S. 175). Meines Erachtens sollte die generalklauselartige Formulierung des Art. 15 Abs. 3 nicht als Überlagerung des Art. 35 gelesen werden, d.h. soweit man, wie ich, zu dem Schluss kommt, dass Wiedereinreiseperrn von Art. 35 umfasst sind, geht diese Regelung als *lex specialis* vor. Hierfür spricht auch, dass Art. 15 Abs. 3 der Richtlinie ausweislich des Rückverweises auf Abs. 1 nur „Beschränkungen“ umfasst. Es geht mithin um Situation, in denen ein bestehendes Recht reduziert oder beseitigt wird (ähnlich wie bei einer Ausweisung aus Gründen der öffentlichen Ordnung). Bei den hier diskutierten Fällen eines betrugsähnlichen Verhaltens ist dies typischerweise jedoch nicht der Fall. Es geht um Situation, in den durch die Vorlage gefälschter Dokumente die Existenz eines Freizügigkeitsrechts vorgetäuscht wird. Dieses wird nicht beschränkt, sondern rückwirkend beseitigt. Im deutschen Verwaltungsrecht würde man insoweit von einer Rücknahme sprechen (vgl. § 48 VwVfG).

#### **d) Verlustfeststellungen (zum Abschlussbericht, S. 49)**

Aus dem dargelegten engen Anwendungsbereich der Wiedereinreiseperrn nach der geplanten Neufassung des § 7 Abs. 2 FreizügG/EU folgt, dass **nur betrugsähnliche Verhaltensweisen erfasst** werden (siehe Abschnitt 2.c). Hieraus folgt zugleich, dass Personen, die keine gefälschten Dokumente vorlegen, nicht von der Norm erfasst werden – und zwar auch dann, wenn sie über keine ausreichenden Existenzmittel verfügen und/oder Sozialleistungen unangemessen in Anspruch nehmen und mithin über kein Freizügigkeitsrecht nach Maßgabe des § 2 Abs. 2 Nr. 5 FreizügG/EU sowie Art. 7 Abs. 1 Buchst. b Richtlinie 2004/38/EG verfügen (siehe die Vorbemerkung, Abschn. 1.a). Für diese Fallkonstellation unternimmt der Gesetzesentwurf weder eine Konkretisierung der Freizügigkeitsvoraussetzungen (was, wie ausgeführt, vor dem *Dano*-Urteil auch wenig Sinn macht) noch werden reaktive Maßnahmen bei einem fehlenden Freizügigkeitsrecht maßgeblich erleichtert. Insbesondere der letzte Punkt ist zu bedauern, zumal die genannte Personengruppe rein quantitativ deutlich mehr Personen umfassen dürfte als die (überaus geringe) Zahl an Unionsbürgern, die betrugsähnliche Verhaltensweisen zeigen.

Auch der Abschlussbericht des Staatssekretärausschusses ist in diesem Punkt eher knapp, wenn er die Möglichkeit einer Verlustfeststellung allgemein beschreibt, nicht jedoch auf die **rechtspraktischen Probleme eingeht, die faktisch dazu führen, dass nur eine geringe Zahl von Verlustfeststellungen ausgesprochen wird** (S. 49; zuletzt waren es ca. 1.500 Verlustfeststellungen pro Jahr, wobei nur rund die Hälfte tatsächlich ausreiste; vgl. BT-Drs. 17/13322 v. 26.4.2013, S. 19-21 und BT-Drs. 18/223 v. 20.12.2013, S. 22 f.). Ein Grund hierfür ist der **fehlende Informationsfluss zwischen Sozial- und Ausländerbehörden, weil letztere nicht automatisch über die Inanspruchnahme von Sozialleistungen informiert werden**, obgleich dies ein Anlass für eine Prüfung sein könnte, die ggfls. in einer Verlustfeststellung mündet (§§ 51b III, 52a f. SGB II stehen einer automatischen Datenübermittlung de lege lata entgegen, obwohl neben Hartz IV alle weiteren steuerfinanzierten Sozialleistungen in die Prüfung des Freizügigkeitsrechts nach EU-Recht einfließen). Dieses Problem wird auch durch die Änderung des Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetzes nicht behoben, weil hierdurch kein automatischer Informationsfluss zwischen Sozial- und Ausländerbehörden über den Sozialleistungsbezug eingeführt wird.

#### **e) Schwarzarbeitsbekämpfung (zu Art. 2)**

Als Rechtsprofessor besitze ich nicht die notwendige rechtspraktische Einsichten, um über die Zweckmäßigkeit der Neuregelung eine fundierte Aussage treffen zu können. Durchgreifende rechtliche Probleme sind nicht erkennbar. Man hätte allenfalls überlegen können, ob man den Informationsfluss auch zwischen Sozial- und Ausländerbehörden verbessert; dies betrifft insbesondere die Inanspruchnahme von Sozialleistungen, die ein Anlass für eine behördliche Prüfung der Freizügigkeitsvoraussetzungen speziell bei nichterwerbstätigen Unionsbürgern sein kann (hierzu bereits Abschnitt 1.d.).

#### **f) Bezug von Kindergeld (zu Art. 3)**

Die Regelung erscheint grundsätzlich als **sachgerecht und begegnet keinen prinzipiellen europarechtlichen Bedenken**. Wichtig ist jedoch der Hinweis, dass sich die Neuregelung einzig auf die Überprüfung bezieht, ob jemand überhaupt Kinder hat. Anders formuliert: Es geht wiederum um die Vermeidung betrugsähnlicher Konstellation, weil durch die Angabe der Steuer-Identifikationsnummer sichergestellt werden soll, dass keine Zahlungen an Nichtberechtigte erfolgen. In welchem Umfang hier ein rechtspraktisches Problem besteht, das durch die Neuregelung behoben wird, kann ich nicht beurteilen.

Aus rechtlich-systematischer Sicht wichtiger ist die Frage, ob Kindergeld an alle Unionsbürger gezahlt werden soll/muss, die sich faktisch in Deutschland aufhalten – unabhängig davon, ob ihnen ein Freizügigkeitsrecht zusteht. Insoweit enthält § 62 Abs. 2 EStG schon heute die Regelung, dass „**nicht freizügigkeitsberechtigte Ausländer**“ nur unter besonderen Voraussetzungen ein Kindergeldanspruch haben. Ganz konkret heißt dies, dass nach der aktuellen Gesetzeslage etwa nichterwerbstätigen Unionsbürgern, die nach Maßgabe

des *Brey*-Urteils keine ausreichenden Existenzmittel haben und/oder unangemessen Sozialleistungen Anspruch nehmen, kein Kindergeld zu zahlen ist.

In der Praxis wurde diese Einschränkung bislang nicht durchgesetzt, auch weil in der Anweisung des Bundeszentralamts für Steuern der wenig überzeugende Satz stand, dass die Vorlage der Meldebescheinigung die Freizügigkeitsberechtigung ausdrücke (vgl. Bundeszentralamt für Steuern: Dienstanweisung für die Durchführung des Familienleistungsausgleichs, DA-FamEStG 2013). Dies wurde jüngst geändert. In der Dienstanweisung Kindergeld 2014 vom Juli 2014 heißt es, dass bei Anhaltspunkten von den Familienkassen zu prüfen sei, ob eine Freizügigkeitsberechtigung bestehe, wobei ggfls. die Ausländerbehörden hinzuzuziehen sind (in diesem Sinn Bundeszentralamt für Steuern: Dienstanweisung zum Kindergeld nach dem Einkommensteuergesetz, DA-KG 2014, Nr. A 3.5 Abs. 2). Es erscheint fraglich, ob die Familienkassen die notwendigen Fachkenntnisse besitzen, um eine derartige komplexe ausländerrechtliche Prüfung durchzuführen. Auch aus diesem Grund sollte man meines Erachtens erwägen, ob nicht eine optionale Prüfung der Freizügigkeitsvoraussetzung auf Initiative von Unionsbürgern eingeführt wird (vgl. Abschn. 2.b). Hierdurch erlangten Unionsbürger eine Rechtssicherheit, ob Ihnen Kindergeld und ggfls. weitere Sozialleistungen zusteht. Zudem sollte man erwägen, den automatischen Informationsfluss zwischen den Ausländer- und Sozialbehörden, hier der Familienkasse, zu verbessern (hierzu Abschn. 2.d). Hierdurch erlangten die Ausländerbehörden die notwendigen Informationen, um ggfls. von sich aus die Freizügigkeitsberechtigung zu prüfen.

### **g) Sozialleistungsbezug (zum Abschlussbericht, S. 96)**

Zutreffend weist der Abschlussbericht darauf hin, dass vor dem Europäischen Gerichtshof derzeit zwei Verfahren anhängig sind, die die Sozialleistungsberechtigung von Arbeitssuchenden sowie Nichterwerbstätigen betreffen (S. 96). Vor der Verkündung dieser Urteile sind einfachgesetzliche Konkretisierungen im Sozialrecht nicht angezeigt. Nach den Urteilen sollte jedoch über eine Konkretisierung oder Neufassung des deutschen Sozialrechts nachgedacht werden, zumal zuletzt einige deutsche Sozialgerichte – ganz unabhängig von der Europarecht – unter Verweis auf unklare Formulierungen im deutschen Recht in einigen Fällen auch Sozialhilfeleistungen zusprachen, wo ein solcher Anspruch nach der Lesart der Bundesregierung nicht besteht. Dies ist jedoch Zukunftsmusik. Erst sollte die anstehende Konkretisierung der Europarechtsslage abgewartet werden.

Konstanz, den 10. Oktober 2014



