



---

## Ausarbeitung

---

# **Nationale Gestaltungsspielräume zur Begrenzung von Grund- sicherungsleistungen für wirtschaftlich nicht aktive Unionsbürger aus anderen Mitgliedstaaten**

---

## **Nationale Gestaltungsspielräume zur Begrenzung von Grundsicherungsleistungen für wirtschaftlich nicht aktive Unionsbürger aus anderen Mitgliedstaaten**

Aktenzeichen: PE 6 - 3000 - 100/19 - WD 6 - 3000 - 134/19  
Abschluss der Arbeit: 14. November 2019  
Fachbereich: Fachbereich PE 6: Europa  
WD 6: Arbeit und Soziales (Punkt 4.)

---

Die Arbeiten des Fachbereichs Europa geben nicht die Auffassung des Deutschen Bundestages, eines seiner Organe oder der Bundestagsverwaltung wieder. Vielmehr liegen sie in der fachlichen Verantwortung der Verfasserinnen und Verfasser sowie der Fachbereichsleitung. Arbeiten des Fachbereichs Europa geben nur den zum Zeitpunkt der Erstellung des Textes aktuellen Stand wieder und stellen eine individuelle Auftragsarbeit für einen Abgeordneten des Bundestages dar. Die Arbeiten können der Geheimschutzordnung des Bundestages unterliegen, geschützte oder andere nicht zur Veröffentlichung geeignete Informationen enthalten. Eine beabsichtigte Weitergabe oder Veröffentlichung ist vorab der Fachbereichsleitung anzuzeigen und nur mit Angabe der Quelle zulässig. Der Fachbereich berät über die dabei zu berücksichtigenden Fragen.

---

## Inhaltsverzeichnis

1.	<b>Die zu begutachtende Fragestellung</b>	<b>4</b>
2.	<b>Leistungsberechtigung nach § 7 SGB II ab einer mindestens 12 monatigen, durchgängigen und für sich und seine Familienangehörigen existenzsichernden Beschäftigung/selbstständigen Tätigkeit</b>	<b>4</b>
2.1.	Gleichbehandlungsgebot	5
2.2.	Ausnahmen vom Gleichbehandlungsgebot	6
2.2.1.	Unionsbürger aus anderen Mitgliedstaaten, deren Aufenthaltsrecht sich aus Art. 10 VO 492/2011 ergibt	7
2.2.2.	Keine Beschränkungsmöglichkeit für Arbeitnehmer, Selbständigen und solchen Personen, denen dieser Status erhalten bleibt	9
2.3.	Ergebnis zu Frage 1	13
3.	<b>Anspruch auf Regelleistung nach dem SGB XII nur für EU-Ausländer mit Daueraufenthaltsrecht nach § 4a FreizG/EU</b>	<b>13</b>
3.1.	Der in § 23 Abs. 3 SGB XII vorgesehene Leistungsausschluss für EU-Ausländer und ihrer Familienangehörigen	13
3.2.	Der unionsrechtliche Prüfungsmaßstab zum Zugang zu den Regelleistungen nach dem SGB XII für EU-Ausländer und ihrer Familien	14
3.3.	Ergebnis zu Frage 2	15
4.	<b>Vorrang des Unionsrecht vor nationalem Verfassungsrecht</b>	<b>16</b>

## 1. Die zu begutachtende Fragestellung

Der Fachbereich ist beauftragt worden, zu untersuchen, ob über die mit dem Gesetz zur Regelung von Ansprüchen ausländischer Personen in der Grundsicherung für Arbeitsuchende nach dem Zweiten Buch Sozialgesetzbuch und in der Sozialhilfe nach dem Zwölften Buch Sozialgesetzbuch<sup>1</sup> eingeführten Begrenzungen von Leistungen nach dem SGB II bzw. SGB XII hinaus weitere Leistungsbeschränkungen vorgenommen werden könnten. Geklärt werden sollen folgende Fragen:

- 1) *Wäre es mit der Verordnung (EU) Nr. 492/2011 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. April 2011 über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Union, der Verordnung EG Nr. 883/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004, ggf. anderer EU-Vorschriften(Verträge/Abkommen) bzw. dem Grundgesetz zu vereinbaren, die Leistungsberechtigung eines EU-Ausländers nach § 7 SGB II von einer mindestens 12 monatigen, durchgängigen und für sich und seine Familienangehörigen existenzsichernden Beschäftigung/selbstständigen Tätigkeit abhängig zu machen?*
- 2) *Wäre es rechtlich zulässig, den Anspruch auf (Regel-)Leistungen nach dem SGB XII für EU-Ausländer abschließend mit einem Daueraufenthaltsrecht nach § 4a FreizügG/EU zu verknüpfen und so lange dieses Daueraufenthaltsrecht nicht gegeben ist, eine vor dem Hintergrund einer Hilfebedürftigkeit zu gewährende Überbrückungsleistung bzw. andere Leistungen zur Überwindung einer besonderen Härte ausschließlich in Form von Sachleistungen zu gewähren?*

Nachfolgend werden die unionsrechtlichen Aspekte dieser Fragen erörtert.

## 2. Leistungsberechtigung nach § 7 SGB II ab einer mindestens 12 monatigen, durchgängigen und für sich und seine Familienangehörigen existenzsichernden Beschäftigung/selbstständigen Tätigkeit

Nach § 7 Abs 2 SGB II sind von Leistungen nach dem SGB II ausgenommen:

*„1. Ausländerinnen und Ausländer, die weder in der Bundesrepublik Deutschland Arbeitnehmerinnen, Arbeitnehmer oder Selbständige noch aufgrund des § 2 Absatz 3 des Freizügigkeitsgesetzes/EU freizügigkeitsberechtigt sind, und ihre Familienangehörigen für die ersten drei Monate ihres Aufenthalts,*

*2. Ausländerinnen und Ausländer,*

*a) die kein Aufenthaltsrecht haben,*

*b) deren Aufenthaltsrecht sich allein aus dem Zweck der Arbeitsuche ergibt oder*

---

<sup>1</sup> BGBl. I 2016, 3155.

- c) *die ihr Aufenthaltsrecht allein oder neben einem Aufenthaltsrecht nach Buchstabe b aus Artikel 10 der Verordnung (EU) Nr. 492/2011 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. April 2011 über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Union (ABl. L 141 vom 27.5.2011, S. 1), die durch die Verordnung (EU) 2016/589 (ABl. L 107 vom 22.4.2016, S. 1) geändert worden ist, ableiten,*

*und ihre Familienangehörigen“.*

Unionsbürger aus anderen Mitgliedstaaten können von deutschen Staatsangehörigen zu gewährenden Leistungen nach dem SGB II unionsrechtlich nur ausgeschlossen werden, soweit diese mit letzteren insoweit nicht gleich zu behandeln sind.

Es ist daher klärungsbedürftig, ob und unter welchen Voraussetzungen EU-Ausländer mit Staatsangehörigen des Aufnahmemitgliedstaates nach dem Unionsrecht leistungsrechtlich im Rechtskreis des SGB II gleich zu behandeln sind (2.1.) und, soweit dies unionsrechtlich im Grundsatz geboten ist, ob unionsrechtlich auf Grund einer Ausnahmeregelung eine Ungleichbehandlung von EU-Ausländern zulässig ist (2.2.).

## 2.1. Gleichbehandlungsgebot

### *Prüfungsmaßstab*

Nach einschlägiger Rechtsprechung des EuGH beurteilt sich ein Anspruch von EU-Ausländern auf Sozialhilfe wie die deutsche Grundsicherung für Arbeitsuchende im Aufenthaltsstaat nach den Gleichbehandlungsgeboten des Art. 24 Abs. 1 Satz 1 Richtlinie über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten (im Folgenden: RL 2004/38)<sup>2</sup> und des Art. 4 Verordnung 883/2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit (im Folgenden: VO 883/2004).<sup>3 4</sup>

### *Aufenthaltsrecht als Voraussetzung für leistungsrechtliche Gleichbehandlung*

In der Rechtssache Dano stellte der EuGH klar, dass „Staatsangehörige anderer Mitgliedstaaten vom Bezug bestimmter „besonderer beitragsunabhängiger Geldleistungen“ im Sinne des Art. 70 Abs. 2 der Verordnung Nr. 883/2004, wovon auch die deutsche Grundsicherung für Arbeitsuchende umfasst ist, ausgeschlossen werden können, „sofern den betreffenden Staatsangehörigen

---

<sup>2</sup> [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 Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten, zur Änderung \[...\], ABl.EU 2004 Nr. L 158/77, letzte konsolidierte Fassung vom 16.6.2011.](#)

<sup>3</sup> Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit, ABl.EU 2004 Nr. L 166/1, letzte konsolidierte Fassung online abrufbar unter <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:02004R0883-20170411&qid=1520776816500&from=DE>.

<sup>4</sup> EuGH, Urt. v. 11.11.2014 – Rs. C-333/13 (Dano) Rn. 63; Urt. v. 15.9.2015 – Rs. C-67/14 (Alimanovic) Rn. 44.

*anderer Mitgliedstaaten im Aufnahmemitgliedstaat kein Aufenthaltsrecht nach der Richtlinie 2004/38 zusteht.*<sup>5</sup>

Unionsbürger aus anderen Mitgliedstaaten sind hinsichtlich des Zugangs zu Sozialleistungen nach dieser Rechtsprechung mit Staatsangehörigen des Aufnahmemitgliedstaates mithin nur gleich zu behandeln, wenn diese ein sich auf die RL 2004/38 stützendes Aufenthaltsrecht in Anspruch nehmen können.

Der Aufenthaltsstatus von Unionsbürgern hängt von der Dauer des Aufenthaltes ab.

- Unionsbürger und ihre Familienangehörige haben in den ersten drei Monaten nach Art. 6 b RL 2004/38/EG ein Recht auf Aufenthalt.
- Nach Art. 7 Abs. 1 lit. b RL 2004/38/EG (und damit übereinstimmend nach § 2 Abs. 2 Nr. 5, § 4 FreizügG/EU) hängt ein Aufenthaltsrecht eines Unionsbürgers aus einem anderen Mitgliedstaat, der weder Arbeitnehmer noch Selbständiger ist, bei einem Aufenthalt von mehr als drei Monaten, aber weniger als fünf Jahren im Aufnahmemitgliedstaat davon ab, ob dieser  
*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 Familienangehörigen über einen umfassenden Krankenversicherungsschutz im Aufnahmemitgliedstaat verfügen.*

Für nicht erwerbstätige EU-Ausländer, die sich länger als drei Monate, aber weniger als fünf Jahre im Aufnahmemitgliedstaat aufhalten und nicht für sich und ihre Familienangehörigen über ausreichende Existenzmittel verfügen, findet nach der Dano-Entscheidung des EuGH mithin mangels Aufenthaltsrecht der Gleichbehandlungsgrundsatz keine Anwendung, so dass diese bereits aus diesem Grund vom Bezug von Grundsicherungsleistungen ausgeschlossen werden können.<sup>6</sup> Im Übrigen ist der Bezug von Grundsicherungsleistungen an den Gleichbehandlungsgeboten des Art. 24 Abs. 1 RL 2004/38 und des Art. 4 VO 883/2004 zu messen.

## 2.2. Ausnahmen vom Gleichbehandlungsgebot

Die Europarechtkonformität einer neu einzuführenden Regelung zur Berechtigung des Bezugs von Grundsicherungsleistungen nach dem SGB II von (nach der RL 2004/38) aufenthaltsberechtigten EU-Ausländern erst nach einer mindestens 12 monatigen, durchgängigen und für sich und deren Familienangehörigen existenzsichernden Beschäftigung/selbstständigen Tätigkeit setzt voraus, dass diese Anforderung mit der Ausnahmeregelung des Art. 24 Abs. 2 RL 2004/38 vereinbar wäre.

---

<sup>5</sup> EuGH, Urt. v. 11.11.2014 – Rs. C-333/13 (Dano) Rn. 84.

<sup>6</sup> EuGH, Urt. v. 11.11.2014 – Rs. C-333/13 (Dano) Rn. 73 ff.

Art. 24 Abs. 2 RL 2004/38 sieht eine Ausnahme vom Gleichbehandlungsgrundsatz nach Art. 24 Abs. 1 RL 2004/38 vor, die nach der Rechtsprechung des EuGH auch für das Diskriminierungsverbot des Art. 4 VO 883/2004 Anwendung finden soll.

*Abweichend von Absatz 1 ist der Aufnahmemitgliedstaat jedoch 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 des längeren Zeitraums nach Artikel 14 Absatz 4 Buchstabe b einen Anspruch auf Sozialhilfe [...] zu gewähren.*

Nach Art. 24 Abs. 2 RL 2004/38 haben mithin Unionsbürger, die nicht als Arbeitnehmer, Selbstständige oder als Personen gelten, denen dieser Status erhalten bleibt, und ihre Familienangehörigen in den ersten drei Monaten ihres Aufenthalts keinen Anspruch auf Sozialhilfe, somit auch nicht auf Grundsicherung für Arbeitsuchende. Das gleiche gilt für Unionsbürger ohne Fortführung eines Erwerbstätigenstatus, die in das Hoheitsgebiet des Aufnahmemitgliedstaats eingereist sind, um Arbeit zu suchen (Art. 14 Abs. 4 lit. b RL 2004/38) für einen längeren Aufenthaltszeitraum als in den ersten drei Monaten des Aufenthalts.

Diese Ausnahmeregelung gilt nach dem Wortlaut dieser Vorschrift „*Abweichend von Absatz 1...*“ nur für EU-Ausländer und ihre Familienangehörigen, deren Aufenthaltsrecht sich auf die Richtlinie 2004/38 stützt (2.2.1.) und gilt im Übrigen nur für solche EU-Ausländer, die keine Arbeitnehmer, Selbstständige oder Personen sind, denen dieser Status erhalten bleibt (2.2.2.).

2.2.1. Unionsbürger aus anderen Mitgliedstaaten, deren Aufenthaltsrecht sich aus Art. 10 VO 492/2011 ergibt

In der Unionsrechtsprechung ist die Frage noch nicht geklärt, ob die Ausnahmeregelung des Art. 24 Abs. 2 RL 2004/38 auch für Personen Anwendung findet, deren Aufenthaltsrecht sich (auch) auf Art. 10 der Verordnung Nr. 492/2011 über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Union<sup>7</sup> (im Folgenden: VO 492/2011) stützt.

Nach ständiger Rechtsprechung<sup>8</sup> sind die Kinder von EU-Ausländern, die im Aufenthaltsmitgliedstaat erwerbstätig sind oder dort eine Erwerbstätigkeit ausgeübt haben, dort aufenthaltsberechtigt. Dieses aus Art. 10 VO 492/2011 (und zuvor aus Art. 12 VO Nr. 1612/68)<sup>9</sup> originär folgende Aufenthaltsrecht soll nach Ansicht des Gerichtshofs eigenständige Geltung gegenüber unionsrechtlichen Regelungen beanspruchen, die den Aufenthalt von Unionsbürgern in einem ande-

---

<sup>7</sup> [Verordnung \(EU\) Nr. 492/2011 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. April 2011 über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Union](#), ABl. EU 2011 Nr. L 141/1, [letzte konsolidierte Fassung](#) vom 13.05.2018.

<sup>8</sup> EuGH, Urt. v. 23.2.2010 – Rs. C-310/08 (Ibrahim und Secretary of State for the Home Department) Rn. 46; Urt. v. 17.9.2002 – Rs. C-413/99 (Baumbast und R) Rn. 63; Urt. v. 23.2.2010 – Rs. C-480/08 (Teixeira) Rn. 70 ff.; Urt. v. 13.6.2013 – Rs. C-45/12 (Ahmed) Rn. 46; Urt. v. 6.9.2012 – Rs. C-147/11 u. a. (Czop) Rn. 25.

<sup>9</sup> Verordnung (EWG) Nr. 1612/68 des Rates vom 15. Oktober 1968 über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Gemeinschaft, ABl L 257/2.

ren Mitgliedstaat regeln.<sup>10</sup> Ein Aufenthaltsrecht steht auf Grundlage des Art. 10 VO 492/2011 auch einem Elternteil zu, der die elterliche Sorge für die Kinder tatsächlich wahrnimmt.<sup>11</sup> Dieses elterliche Aufenthaltsrecht besteht wie das ihrer Kinder unabhängig davon, ob dafür auch die Voraussetzungen der Freizügigkeitsrichtlinie erfüllt sind. Dieses gegenüber dieser Richtlinie eigenständige Aufenthaltsrecht aus Art. 10 VO 492/2011 ist deshalb auch nicht davon abhängig, dass die Eltern über ausreichende Existenzmittel und einen hinreichenden Krankenversicherungsschutz im Aufenthaltsmitgliedstaat verfügen.<sup>12</sup>

In der deutschen sozialgerichtlichen Rechtsprechung ist umstritten, ob das Gleichbehandlungsgebot aus Art. 4 VO 883/2004 durch Art. 24 Abs. 2 RL 2004/38 eingeschränkt wird, wenn der anspruchsberechtigte Unionsbürger (auch) über ein von der RL 2004/38 unabhängiges Aufenthaltsrecht aus Art. 10 VO 492/2011 verfügt.<sup>13</sup>

Zur Klärung dieser Rechtsfrage hat das LSG NRW<sup>14</sup> dem EuGH folgende Fragen zu Klärung vorgelegt:

*„1. Ist der Ausschluss von Unionsbürgern, die über ein Aufenthaltsrecht aus Art.10 VO (EU) 492/2011 verfügen, vom Bezug von Sozialhilfeleistungen im Sinne von Art. 24 Abs. 2 RL 2004/38/EG mit dem Gleichbehandlungsgebot aus Art. 18 AEUV i. V. m. Art. 10 und Art. 7 VO (EU) 492/2011 vereinbar?“*

*a) Stellt eine Sozialhilfeleistung im Sinne von Art. 24 Abs. 2 RL 2004/38/EG eine soziale Vergünstigung im Sinne von Art. 7 Abs. 2 VO (EU) 492/2011 dar?*

*b) Findet die Schrankenregelung des Art. 24 Abs. 2 RL 2004/38/EG auf das Gleichbehandlungsgebot aus Art. 18 AEUV i. V. m. Art. 10 und Art. 7 VO (EU) 492/2011 Anwendung?*

*2. Ist der Ausschluss von Unionsbürgern vom Bezug von besonderen beitragsunabhängigen Geldleistungen im Sinne von Art. 3 Abs. 3, Art. 70 Abs. 2 VO (EG) 883/2004 mit dem Gleichbehandlungsgebot aus Art. 18 AEUV i. V. m. Art. 4 VO (EG) 883/2004 vereinbar, wenn diese über ein Aufenthaltsrecht aus Art. 10 VO (EU) 492/2011 verfügen und in ei-*

<sup>10</sup> EuGH, Urt. v. 23.2.2010 – Rs. C-310/08 (Ibrahim und Secretary of State for the Home Department) Rn. 42.

<sup>11</sup> EuGH, Urt. v. 17.9.2002 – Rs. C-413/99 (Baumbast).

<sup>12</sup> EuGH, Urt. v. 23.2.2010 – Rs. C-310/08 (Ibrahim und Secretary of State for the Home Department) Rn. 42 ff.; Urt. v. 23.2.2010 – Rs. C-480/08 (Teixeira), Rn. 53 ff.; dazu auch die Schlussanträge des Generalanwalts Melchior Wathelet vom 26.3.2015 in der Rs. C-67/14 (Alimanovic) Rn. 120, 126.

<sup>13</sup> bejahend: LSG Nordrhein-Westfalen, 12.07.2017 - L 12 AS 596/17 B ER, 1.08.2017 - L 6 AS 860/17 B ER, 21.08.2017 - L 19 AS 1577/17 B ER, 26.09.2017 - L 6 AS 380/17 B ER, 10.11.2017 - L 6 AS 1256/17 B ER, 21.12.2017 - L 7 AS 2044/17 B ER, 8.06.2018 - L 7 AS 420/18 B ER, 30.08.2018 - L 7 AS 1268/18 B ER, LSG Schleswig-Holstein, 17.02.2017 - L 6 AS 11/17 B ER; LSG Sachsen-Anhalt, 6.09.2017 - L 2 AS 567/17 B ER, SG Chemnitz, 21.08.2018 – S 22 AS 99/18; verneinend: LSG Sachsen-Anhalt, 7.03.2017 - L 2 AS 127/17 B ER, LSG Nordrhein-Westfalen, 14.09.2017 - L 21 AS 1459/17 B ER, LSG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 23.10.2017 - L 31 AS 2007/17 B ER, LSG Thüringen, 1.11.2017 - L 4 AS 1225/17 B ER; LSG Rheinland-Pfalz, 19.12.2017 – L 3 AS 280/18; SG Köln, 6.09.2018 - L 19 AS 1610/18.

<sup>14</sup> Vorlagebeschluss LSG NRW v. 14.02.2019, L 19 AS 1104/18.



*nem Sozialversicherungssystem oder Familienleistungssystem im Sinne des Art. 3 Abs. 1 VO (EG) 883/2004 eingebunden sind?“*

Die Entscheidung des EuGH in diesem Vorabentscheidungsverfahren<sup>15</sup> bleibt abzuwarten. Daher ist es bislang noch nicht geklärt, ob diese Personengruppe von der Grundsicherung für Arbeitssuchende ausgeschlossen werden darf.

Andernfalls stünde dem das Gleichbehandlungsgebot des Art. 24 Abs. 1 RL 2004/38 und Art. 4 VO 883/2004 entgegen.

#### 2.2.2. Keine Beschränkungsmöglichkeit für Arbeitnehmer, Selbständigen und solchen Personen, denen dieser Status erhalten bleibt

Die Ausnahmeregelung des Art. 24 Abs. 2 RL 2004/38 gilt nicht für Arbeitnehmer, Selbständige und solche Personen, denen dieser Status erhalten bleibt. Mit Blick auf die vorliegend untersuchte Fragestellung ist dabei zu klären, ob dieser Erwerbstätigenstatus existenzsichernde Einkünfte voraussetzt.

#### Zum europarechtlichen Arbeitnehmerbegriff

Der Arbeitnehmerbegriff ist ein autonomer, weit auszulegender Begriff des primären Unionsrechts, der durch die Rechtsprechung des EuGH ausgeformt wurde<sup>16</sup> und nicht der Disposition der Mitgliedstaaten unterliegt.<sup>17</sup> Danach ist

*„... Arbeitnehmer [...] jede Person, die eine tatsächliche und echte Tätigkeit ausübt, wobei Tätigkeiten außer Betracht bleiben, die einen so geringen Umfang haben, dass sie sich als völlig untergeordnet und unwesentlich darstellen. Das wesentliche Merkmal des Arbeitsverhältnisses besteht nach dieser Rechtsprechung darin, dass jemand während einer bestimmten Zeit für einen anderen nach dessen Weisung Leistungen erbringt, für die er als Gegenleistung eine Vergütung erhält...“<sup>18</sup>*

Die europäische Rechtsprechung formuliert Mindestanforderungen an die für den Arbeitnehmerstatus zu fordernde Beschäftigungsqualität. Dieser soll nicht mehr für Tätigkeiten gegeben sein,

---

<sup>15</sup> Diese Rechtssache hat beim EuGH die Verfahrensnummer C-181/19.

<sup>16</sup> EuGH, Urt. v. 19.03.1964 – Rs. C-75/63 (Unger) S. 396 f.; Urt. v. 23.03.1982 – Rs. C-53/81 (Lenvin) Rn. 11 ff.; EuGH, Urt. v. 8.06.1999 – Rs. C-337/97 (Meeusen) Rn. 13; Urt. v. 4.06.2009, – Rs. C-22/08/C-23/08 (Vatsouras/Koupatantze) Rn. 26; Urt. v. 21.02.2013 – Rs. C-46/12 (L. N.) Rn. 39.

<sup>17</sup> Insbesondere dürfen die Mitgliedstaaten keine zusätzlichen Anforderungen für die Ausübung der Arbeitnehmerfreizügigkeit stellen als sich aus dem Unionsrecht ergeben, vgl. EuGH, Urt. v. 21.06.1988 – Rs. 39/86 (Lair) Rn. 41.

<sup>18</sup> Vgl. bspw. EuGH, Urt. v. 17.07.2008 – Rs. C-94/07 (Raccanelli) Rn 33; Urt. v. 21.02.2013, – verb. Rs. C-22 u. 23/08 (Vatsouras/Koupatantze).

die entweder nicht als „*tatsächlich und echt*“ angesehen werden können oder sich als „*völlig untergeordnet und unwesentlich*“ darstellen.

Mit den Kriterien der „*tatsächlichen und echten*“ Tätigkeit geht es nach bisheriger Rechtsprechung zum einen um eine Begrenzung des Arbeitnehmerstatus auf Personen, die im Wirtschaftsleben tätig sind oder sein wollen.<sup>19</sup> Dies gilt etwa nicht für Tätigkeiten, die ein Mittel der Rehabilitation oder der Wiedereingliederung des Betroffenen in das Arbeitsleben darstellen.<sup>20</sup> Zum anderen wird damit an die Faktizität der Beschäftigung angeknüpft, wenn der Gerichtshof betont, dass eine Tätigkeit im Lohn- oder Gehaltsverhältnis „wirklich“ ausgeübt werden muss.<sup>21</sup> Sind diese Voraussetzungen erfüllt, kommt es auch nicht darauf an, welche Ziele der Unionsbürger im Übrigen mit seiner Arbeitnehmertätigkeit verfolgt.<sup>22</sup>

Im Hinblick auf die Beurteilung einer (tatsächlichen und echten) Tätigkeit als „*völlig untergeordnet und unwesentlich*“ hat der Gerichtshof festgestellt, dass ein geringes Vergütungsniveau, der Ursprung der Mittel für diese, die stärker oder schwächere Produktivität eines Beschäftigten oder der Umstand, dass der zeitliche Umfang der Arbeit sich nur auf eine geringe Anzahl von Wochenstunden bemisst, es nicht ausschließen, dass Beschäftigte als „Arbeitnehmer“ im Sinne von Art. 45 AEUV gelten können.<sup>23</sup>

Insbesondere zur Höhe der Vergütung lässt sich der Rechtsprechung des EuGH entnehmen, dass diese ohne Hinzutreten weiterer Umstände im Grundsatz kein wesentliches Kriterium für die Beurteilung eines zum Arbeitnehmerstatus führenden Beschäftigungsverhältnisses sei.<sup>24</sup>

Keine engen Grenzen bestehen ferner im Hinblick auf Umfang und Dauer der Beschäftigung.<sup>25</sup> So sollen auch Teilzeitbeschäftigungsverträge für die Inanspruchnahme der Arbeitnehmerfreizügigkeit hinreichend sein.<sup>26</sup> In zeitlicher Hinsicht ließ der EuGH eine Beschäftigung, die zweieinhalb

---

<sup>19</sup> EuGH, Urt. v. 31.05.1989 – Rs. C-344/87 (Betray) Rn. 13, 17 ff.; Urt. v. 7.09.2004 – Rs. C.456/02 (Trojani) Rn. 18.

<sup>20</sup> Vgl. EuGH, Urt. v. 31.05.1989 – Rs. 344/87 (Betray) Rn. 17 ff.; Urt. v. 7.09.2004 – Rs. C.456/02 (Trojani) Rn. 18.

<sup>21</sup> EuGH, Urt. v. 21.02.2013 – Rs. C-46/12 (L.N.) Rn. 47. Dieser Aspekt wird auch im Abschlussbericht des Staatssekretärsausschusses betont, vgl. S. 42. Darin wird ausgeführt, dass das Arbeitsverhältnis „gelebt“ werden muss. Beispielhaft wird darauf verwiesen, dass der bloße Abschluss eines Scheinarbeitsvertrages und dessen Vorlage bei den Behörden noch keine Arbeitnehmereigenschaft begründen.

<sup>22</sup> Vgl. EuGH, Urt. v. 21.02.2013 – Rs. C-46/12 (L.N.) Rn. 47.

<sup>23</sup> EuGH, Urt. v. 7.09.2004 – Rs. C-456/02 (Trojani) Rn. 16; Urt. v. 21.02.2013 – Rs. C-46/12 (L.N.) Rn. 41.

<sup>24</sup> EuGH, Urt. v. 23.03.1982 – Rs. C-53/81 (Levin / Staatssecretaris van Justitie), Rn. 14; Urt. v. 30.03.2006, – Rs. C-10/05 (Mattern und Cikotic), Rn. 22; Urt. v. 4.06.2009 – verb. Rs. C-22 u. 23/08 (Vatsouras/Koupatantze) Rn. 27 f. Siehe auch die Auswertung der Rechtsprechung in den Schlussanträgen des Generalanwalts Colomerin in den verb. Rs. C-22 u. 23/08, (Vatsouras/Koupatantze) Rn. 23 ff.

<sup>25</sup> Dazu der Überblick bei Stewen, Die Entwicklung des allgemeinen Freizügigkeitsrechts der Unionsbürger und seiner sozialen Begleitrechte, S. 150 f.

<sup>26</sup> Vgl. EuGH, Urt. v. 23.03.1982 – Rs. C-53/81 (Levin/Staatssecretaris van Justitie) Rn. 15 ff.

Monate lang ausgeübt wurde, genügen.<sup>27</sup> Allerdings verwies der EuGH darauf, dass die Unregelmäßigkeit und die begrenzte Dauer der im Rahmen eines Vertrags über Gelegenheitsarbeit tatsächlich erbrachten Leistungen zu berücksichtigen seien.<sup>28</sup> So könne der Umstand, dass im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses nur sehr wenige Arbeitsstunden geleistet wurden, ein Anhaltspunkt dafür sein, dass die ausgeübten Tätigkeiten untergeordnet und unwesentlich sind.<sup>29</sup>

Insgesamt muss sich die Beurteilung, ob eine Arbeitnehmereigenschaft vorliegt oder nicht, nach der Rechtsprechung des EuGH auf objektive Kriterien stützen und in einer Gesamtbetrachtung alle die Ausübung einer Beschäftigung bzw. ein Beschäftigungsverhältnis kennzeichnenden Umstände des Sachverhalts würdigen. Insbesondere die Qualifizierung einer abhängigen Beschäftigung als „*völlig untergeordnet und unwesentlich*“ wird nur in Ausnahmefällen möglich sein.<sup>30</sup> Damit kann ein aus der Arbeitnehmereigenschaft nach Art. 45 AEUV bestehendes Aufenthaltsrecht grundsätzlich auch dann bestehen, wenn die Entlohnung dem betreffenden Unionsbürger keinen ausreichenden Lebensunterhalt gewährleistet.<sup>31</sup> Ein existenzsicherndes Erwerbseinkommen setzt der unionsrechtliche Arbeitnehmerbegriff nicht voraus.

#### Zum europarechtlichen Begriff des Selbständigen

Gleiches dürfte für Selbständige gelten. Soweit ersichtlich, hat der EuGH noch nicht entschieden, ob die Erzielung von existenzsicherndem Erwerbseinkommen für den europarechtlichen Begriff der selbständigen Erwerbstätigkeit prägend ist. Es spricht einiges dafür, dass insoweit der gleiche Maßstab anzulegen ist wie für den Begriff des Arbeitnehmers, insb. die Höhe des Einkommens für den Status des Selbständigen allein nicht ausschlaggebend ist.<sup>32</sup> Im Übrigen muss es sich

---

<sup>27</sup> EuGH, Urt. v. 6.11.2003 – Rs. C-413/01 (Ninni-Orasche) Rn. 10, 25.

<sup>28</sup> EuGH, Urt. v. 26.02.1992 – Rs. C-357/89 (Raulin) Rn. 14.

<sup>29</sup> EuGH, Urt. v. 26.02.1992 – Rs. C-357/89 (Raulin) Rn. 14 .

<sup>30</sup> Vgl. dazu die Schlussanträge des Generalanwalts Colomer in den verb. Rs. C-22 u. C-23/08 v. 4.06.2009, (Vatsouras/Koupatantze) Rn. 23 f.

<sup>31</sup> EuGH, Urt. v. 3.06.1986 – Rs. C-138/85 (Kommission / Griechenland), S. 1742: „*Der Umstand, daß ein Angehöriger eines Mitgliedstaats, der im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats eine Tätigkeit ausübt, die für sich genommen eine tatsächliche und echte Erwerbstätigkeit ist, zur Ergänzung seiner Einkünfte aus dieser Tätigkeit eine finanzielle Unterstützung aus öffentlichen Mitteln dieses Mitgliedstaats in Anspruch nimmt, führt nicht dazu, daß die Vorschriften des Gemeinschaftsrechts über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer für ihn nicht gelten.*“ (Rn. 16); dazu auch Frings, Das Sozialrecht für Zuwanderer, 2008, S. 53; Raschka, EuR 2013, S. 116 (120).

<sup>32</sup> Siehe allgemein zum grundsätzlichen Gleichlauf der Gewährleistungsgehalte beider Grundfreiheiten, EuGH, Urt. v. 27.06.1996 – Rs. C-107/94 (Asscher) Rn. 29. So auch Raschka, Freizügigkeit von Unionsbürgern und Zugang zu sozialen Leistungen, EuR 2013, S. 116 (120); Frings, Sozialrecht für Zuwanderer, 2008, S. 54.

auch bei der selbständigen Erwerbstätigkeit – wie bei der Arbeitnehmerfreizügigkeit – um eine „tatsächliche“ und „echte“ (wirtschaftliche) Tätigkeit handeln.<sup>33</sup>

### Aufrechterhaltung des Erwerbstätigenstatus

Art. 7 Abs. 3 RL 2004/38 normiert die Voraussetzungen, unter denen die Erwerbstätigeneigenschaft als Arbeitnehmer oder Selbständiger erhalten bleibt in Fällen vorübergehender Arbeitsunfähigkeit (Buchst. a), unfreiwilliger Arbeitslosigkeit (Buchst. b und c) oder Aufnahme einer (weiteren) Berufsausbildung (Buchst. d). Ein nicht ausdrücklich geregelter, aber in der Rechtsprechung entschiedener Fall der Aufrechterhaltung der Arbeitnehmereigenschaft betrifft den Fall der Unterbrechung aus Gründen von Schwangerschaft und Geburt.<sup>34</sup>

Art. 7 Abs. 3 lit. c) RL 2004/38 sieht bei unfreiwilliger Arbeitslosigkeit nach vorheriger Erwerbstätigkeit von weniger als einem Jahr vor, dass die Erwerbstätigeneigenschaft für mindestens sechs Monate aufrechterhalten bleibt. Da die Einschränkung in Art. 24 Abs. 2 RL 2004/38 diesen Zeitraum nicht erfasst, besteht der unionsrechtlich gebotene Gleichbehandlungsanspruch auf Zugang zu Sozialleistungen wie denen des SGB II fort. Hieraus folgt, dass arbeitssuchenden Unionsbürgern ein durch das Unionsrecht gebotener Sozialleistungsanspruch nur nach vorheriger Erwerbstätigkeit zusteht – ungeachtet ihrer sonstigen persönlichen Situation. Der Bezugszeitraum hängt dabei von der Dauer der vorangegangenen Beschäftigung ab. Dauert sie weniger als ein Jahr, ist der Bezug auf die erwähnten sechs Monate begrenzt und endet danach automatisch.

Bei längerer vorheriger Erwerbstätigkeit fingiert Art. 7 Abs. 3 lit. b) RL 2004/38 das Fortbestehen der Eigenschaft als Erwerbstätiger auf Dauer und gebietet damit zugleich eine unbefristete Gleichbehandlung hinsichtlich des Bezugs von Grundsicherungsleistungen.<sup>35</sup> Einer vereinzelt gebliebenen, sich auf die Entstehungsgeschichte der RL 2004/38 und die Vorgängerregelung hierzu (Art. 7 Abs. 2 RL 68/360/EWG) stützenden Meinung in der Rechtsprechung<sup>36</sup> und Literatur<sup>37</sup>, nach der die Fortgeltung der Arbeitnehmereigenschaft zeitlichen Grenzen, nämlich zwei Jahren, unterliege, steht der eindeutige Wortlaut des Art. 7 Abs. 3 lit. b) RL 2004/38 entgegen, der eine solche zeitlich Beschränkung nicht vorsieht.

---

<sup>33</sup> Vgl. Schlussanträge des GA Philippe Léger zu EuGH – Rs. C-196/04 (Cadbury Schweppes), Anträge v. 2.05.2006, Rn. 42. Vgl. Abschlussbericht des Staatssekretärsausschusses vom 27.08.2014 „zu Rechtsfragen und Herausforderungen bei der Inanspruchnahme der sozialen Sicherungssysteme durch Angehörige der EU-Mitgliedstaaten“ vom 27.08.2014 S. 47, in dem darauf verwiesen wird, dass die bloße Anmeldung eines Scheingewerbes und die Vorlage eines Gewerbescheines noch nicht den Status des Selbständigen begründeten.

<sup>34</sup> Siehe EuGH, Urt. v. 19.07.2014 – Rs. C-507/12 (Saint Prix) Rn. 47.

<sup>35</sup> Cremer, EuR 2017, 681 (693).

<sup>36</sup> LSG Bayern, 20.06.2016, L 16 AS 284/16 B ER Rn. 27.

<sup>37</sup> Bergmann/Dienelt, Ausländerrecht, 12. Auflage 2018, FreizügG/EU § 2 Rn. 118.

### 2.3. Ergebnis zu Frage 1

Es wäre mithin unionsrechtlich nicht zulässig, die Leistungsberechtigung eines EU-Ausländers nach § 7 SGB II von einer mindestens 12 monatigen, durchgängigen und für sich und seine Familienangehörigen existenzsichernden Beschäftigung/selbstständigen Tätigkeit abhängig zu machen. Dies führte insoweit zu einem Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot des Art. 24 Abs. 1 RL 2004/38 und des Art. 4 VO 883/2004, als diese Regelung auch Personengruppen erfasste, die unionsrechtlich bindend unabhängig von der Erzielung existenzsichernder Einkünfte als Erwerbstätige gelten und daher nicht von der Ausnahmeregelung in Art. 24 Abs. 2 RL 2004/38 erfasst wären. In dem schwebenden Vorabentscheidungsverfahren vor dem EuGH in der Rechtssache C-181/19 wird die in der deutschen sozialgerichtlichen Rechtsprechung streitige Frage geklärt, ob Unionsbürger mit einem Aufenthaltsrecht nach Art. 10 VO 492/2011 vom Bezug von Sozialhilfeleistungen wie der Grundsicherung für Arbeitsuchende nach dem SGB II ausgeschlossen werden dürfen.

### 3. Anspruch auf Regelleistung nach dem SGB XII nur für EU-Ausländer mit Daueraufenthaltsrecht nach § 4a FreizG/EU

An den Fachbereich ist die Frage gerichtet worden, ob es unionsrechtlich zulässig wäre, den Anspruch auf Regelleistungen nach dem SGB XII für EU-Ausländer abschließend mit einem Daueraufenthaltsrecht nach § 4a FreizG/EU zu verknüpfen und so lange dieses Daueraufenthaltsrecht nicht gegeben ist, eine vor dem Hintergrund einer Hilfebedürftigkeit zu gewährende Überbrückungsleistung bzw. andere Leistungen zur Überwindung einer besonderen Härte ausschließlich in Form von Sachleistungen zu gewähren.

#### 3.1. Der in § 23 Abs. 3 SGB XII vorgesehene Leistungsausschluss für EU-Ausländer und ihrer Familienangehörigen

EU-Ausländern, die sich im Inland tatsächlich aufhalten, ist nach § 23 Abs. 1 SGB XII u.a. Hilfe zum Lebensunterhalt zu leisten. Diese und ihre Familienangehörigen erhalten keine entsprechenden Leistungen unter den in § 23 Abs. 3 SGB XII normierten Voraussetzungen:

*„§ 23 Sozialhilfe für Ausländerinnen und Ausländer*

*(3) <sup>1</sup>Ausländer und ihre Familienangehörigen erhalten keine Leistungen nach Absatz 1 oder nach dem Vierten Kapitel, wenn*

*1. sie weder in der Bundesrepublik Deutschland Arbeitnehmer oder Selbständige noch auf Grund des § 2 Absatz 3 des Freizügigkeitsgesetzes/EU freizügigkeitsberechtigt sind, für die ersten drei Monate ihres Aufenthalts,*

*2. sie kein Aufenthaltsrecht haben oder sich ihr Aufenthaltsrecht allein aus dem Zweck der Arbeitssuche ergibt,*

*3. sie ihr Aufenthaltsrecht allein oder neben einem Aufenthaltsrecht nach Nummer 2 aus Artikel 10 der Verordnung (EU) Nr. 492/2011 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. April 2011 über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Union (ABl. L*

141 vom 27.5.2011, S. 1), die durch die Verordnung (EU) 2016/589 (ABl. L 107 vom 22.4.2016, S. 1) geändert worden ist, ableiten oder

4. sie eingereist sind, um Sozialhilfe zu erlangen.

<sup>2</sup>Satz 1 Nummer 1 und 4 gilt nicht für Ausländerinnen und Ausländer, die sich mit einem Aufenthaltstitel nach Kapitel 2 Abschnitt 5 des Aufenthaltsgesetzes in der Bundesrepublik Deutschland aufhalten [...].“

### 3.2. Der unionsrechtliche Prüfungsmaßstab zum Zugang zu den Regelleistungen nach dem SGB XII für EU-Ausländer und ihrer Familien

Unionsrechtlicher Prüfungsmaßstab hinsichtlich des Zugangs zu den Regelleistungen des SGB XII ist Art. 24 Abs. 1 RL 2004/38. Unionsbürger aus anderen Mitgliedstaaten sind hinsichtlich des Zugangs zu Sozialleistungen nach der Rechtsprechung des EuGH mit Staatsangehörigen des Aufnahmemitgliedstaates allerdings nur gleich zu behandeln, wenn diese ein sich auf die RL 2004/38 stützendes Aufenthaltsrecht in Anspruch nehmen können.<sup>38</sup>

Die Sozialhilfe ist dem Anwendungsbereich der VO 883/2004 nach deren Art. 3 Abs. 5 entzogen. Lediglich für die im Anhang X zu Art. 70 VO 883/2004 für Deutschland eingetragenen Leistungen der Grundsicherung im Alter und bei Erwerbsminderung nach dem Vierten Kapitel des zwölften Buches Sozialgesetzbuch als besondere beitragsunabhängigen Geldleistungen iSd Art. 70 iVm Anhang X VO 883/2004 – sowie die vorstehend unter 2.) behandelten Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts der Grundsicherung für Arbeitsuchende – findet das Diskriminierungsverbot des Art. 4 VO 883/2004 Anwendung.

Eine Ausnahme vom Gleichbehandlungsgebot müsste sich auf die Ausnahmeregelung des Art. 24 Abs. 2 RL 2004/38 stützen lassen.

Erwerbstätige EU-Ausländer und ihre Familienangehörigen und solche, denen dieser Status erhalten bleibt, sind hiervon ausgenommen. Auch diese Personengruppe unterliegt dem Anwendungsbereich des SGB XII wie § 23 Abs. 3 lit. 1 SGB XII verdeutlicht.<sup>39</sup>

Im Übrigen erstreckt sich das Recht auf Gleichbehandlung *auch auf Familienangehörige, die nicht die Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaats besitzen und das Recht auf Aufenthalt oder das Recht auf Daueraufenthalt genießen* (Art. 24 Abs. 1 S. 2 RL 2004/38).

Nach Art. 16 Abs. 1 RL 2004/38 erwirbt jeder Unionsbürger, der sich rechtmäßig fünf Jahre lang ununterbrochen im Aufnahmemitgliedstaat aufgehalten hat, das Recht, sich dort auf Dauer aufzuhalten. Gleiches gilt für Familienangehörige, die nicht die Staatsangehörigkeit eines Mitglied-

---

<sup>38</sup> Vgl. oben 2.1.

<sup>39</sup> Vgl. dazu Greiner/Kock, NZS 2017, 201 (206) mit Hinweisen auf die Entstehungsgeschichte dieser Regelung.

staats besitzen und die sich rechtmäßig fünf Jahre lang ununterbrochen mit dem Unionsbürger im Aufnahmemitgliedstaat aufgehalten haben (Art. 16 Abs. 1 RL 2004/38).

Vor Ablauf des ununterbrochenen Zeitraums von fünf Jahren erwerben nach Art. 17 Abs. 1 RL folgende Personen das Recht auf Daueraufenthalt im Aufnahmemitgliedstaat:

- a) Arbeitnehmer oder Selbstständige, die zum Zeitpunkt des Ausscheidens aus dem Erwerbsleben das in dem betreffenden Mitgliedstaat für die Geltendmachung einer Altersrente gesetzlich vorgesehene Alter erreicht haben, oder Arbeitnehmer, die ihre abhängige Erwerbstätigkeit im Rahmen einer Vorruhestandsregelung beenden, sofern sie diese Erwerbstätigkeit in dem betreffenden Mitgliedstaat mindestens während der letzten zwölf Monate ausgeübt und sich dort seit mindestens drei Jahren ununterbrochen aufgehalten haben. Haben bestimmte Kategorien von Selbstständigen nach den Rechtsvorschriften des Aufnahmemitgliedstaats keinen Anspruch auf eine Altersrente, so gilt die Altersvoraussetzung als erfüllt, wenn der Betroffene das 60. Lebensjahr vollendet hat.*
- b) Arbeitnehmer oder Selbstständige, die sich seit mindestens zwei Jahren ununterbrochen im Aufnahmemitgliedstaat aufgehalten haben und ihre Erwerbstätigkeit infolge einer dauernden Arbeitsunfähigkeit aufgeben. Ist die Arbeitsunfähigkeit durch einen Arbeitsunfall oder eine Berufskrankheit eingetreten, aufgrund deren ein Anspruch auf eine Rente entsteht, die ganz oder teilweise zulasten eines Trägers des Aufnahmemitgliedstaats geht, entfällt die Voraussetzung der Aufenthaltsdauer.*
- c) Arbeitnehmer oder Selbstständige, die nach drei Jahren ununterbrochener Erwerbstätigkeit und ununterbrochenen Aufenthalts im Aufnahmemitgliedstaat eine abhängige oder selbstständige Erwerbstätigkeit in einem anderen Mitgliedstaat ausüben, ihren Wohnsitz jedoch im Aufnahmemitgliedstaat beibehalten und in der Regel jeden Tag oder mindestens einmal in der Woche dorthin zurückkehren. Für den Erwerb der in den Buchstaben a und b genannten Rechte gelten die Zeiten der Erwerbstätigkeit in dem Mitgliedstaat, in dem der Betroffene seine Erwerbstätigkeit ausübt, als im Aufnahmemitgliedstaat abgeleistet. Zeiten unfreiwilliger Arbeitslosigkeit, die vom zuständigen Arbeitsamt ordnungsgemäß festgestellt werden, oder vom Willen des Betroffenen unabhängige Arbeitsunterbrechungen sowie krankheits- oder unfallbedingte Fehlzeiten oder Unterbrechungen gelten als Zeiten der Erwerbstätigkeit.*

Auch für den Rechtskreis SGB XII stellt sich die im vor dem EuGH anhängigen Vorabentscheidungsverfahren in der Rechtssache C-181/19 zu klärende Frage, ob die Ausnahmeregelung des Art. 24 Abs. 2 RL 2004/38 auch für Personen Anwendung findet, deren Aufenthaltsrecht sich (auch) auf Art. 10 VO 492/2011 stützen ließe. Nur in diesem Falle könnten diese leistungsrechtlich abweichend von Leistungsberechtigten mit deutscher Staatsangehörigkeit behandelt werden.

### 3.3. Ergebnis zu Frage 2

Eine leistungsrechtliche Ungleichbehandlung von Unionsbürgern aus anderen Mitgliedstaaten und ihrer Familienangehörigen im Rechtskreis SGB XII ist unionsrechtlich zulässig, soweit diesen nach der RL 2004/38 kein Aufenthaltsrecht zusteht. Derzeit noch ungeklärt ist der leistungsrechtliche Status von Personen mit Aufenthaltsrecht nach Art. 10 VO 492/2011. Leistungsrechtlich mit deutschen Staatsangehörigen gleich zu behandeln sind erwerbstätige EU-Ausländer und

---

ihre Familienangehörigen und solche, denen dieser Status erhalten bleibt, sowie Personen mit Daueraufenthaltsberechtigung. Eine Zugangsöffnung der (Regel-) Leistungen nach dem SGB XII für EU-Ausländer nur bei Bestehen eines Daueraufenthaltsrechts würde mithin gegen das Diskriminierungsverbot des Art. 24 Abs. 1 RL 2004/38 verstoßen.

#### 4. Vorrang des Unionsrecht vor nationalem Verfassungsrecht

Wie oben unter 2. und 3. dargestellt, wären die vorgeschlagenen Regelungen unionsrechtlich unzulässig. Das Unionsrecht hat grundsätzlich Vorrang vor dem nationalen Recht.<sup>40</sup> Dieser Vorrang gilt grundsätzlich auch gegenüber nationalem Verfassungsrecht.<sup>41</sup> Eine nationale Vorschrift, die nach Unionsrecht unzulässig wäre, wäre daher ihrerseits unanwendbar.<sup>42</sup>

Ergänzend wird zu der Frage, inwieweit ein Ausschluss von Leistungen nach dem SGB II für Unionsbürger grundsätzlich nach dem Grundgesetz zulässig ist, darauf verwiesen, dass das *Sozialgericht Mainz* mit Vorlagebeschluss vom 18. April 2016 dem Bundesverfassungsgericht unter anderem die Frage zur Entscheidung vorgelegt hat, ob der Leistungsausschluss für Ausländerinnen und Ausländer, deren Aufenthaltsrecht sich allein aus dem Zweck der Arbeitsuche ergibt (§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II in der Fassung der Bekanntmachung vom 13. Mai 2011 [BGBl. I S. 850]) mit Art. 1 Abs. 1 GG i. V. m. Art. 20 Abs. 1 GG und dem sich daraus ergebenden Grundrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums vereinbar sei.<sup>43</sup>

Das Bundesverfassungsgericht wird voraussichtlich noch in diesem Jahr in dem Verfahren entscheiden.<sup>44</sup>

- Fachbereich Europa -

---

<sup>40</sup> Classen in: von Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, 7. Auflage 2018, Art. 23, Rn. 47.

<sup>41</sup> Classen in: von Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, 7. Auflage 2018, Art. 23, Rn. 48; Nettesheim in: Grabitz/Hilf/Nettesheim/Nettesheim, 67. EL Juni 2019, AEUV Art. 1, Rn. 77 f.

<sup>42</sup> Classen in: von Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, 7. Auflage 2018, Art. 23, Rn. 47 f.

<sup>43</sup> Sozialgericht Mainz, Vorlagebeschluss vom 18. April 2016 - S 3 AS 149/16 -, Tenor 2.a) (zitiert nach juris); Aktenzeichen beim Bundesverfassungsgericht: Az. 1 BvL 4/16.

<sup>44</sup> Bundesverfassungsgericht, Jahresvorschau 2019, Nr. 15 - Az. 1 BvL 4/16 - ([https://www.bundesverfassungsgericht.de/DE/Verfahren/Jahresvorschau/vs\\_2019/vorausschau\\_2019\\_node.html](https://www.bundesverfassungsgericht.de/DE/Verfahren/Jahresvorschau/vs_2019/vorausschau_2019_node.html), zuletzt abgerufen am 19. November 2019).