RA'in Dr. Hannah Tewocht
Forschungsstelle Migrationsrecht
Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg
hannah.tewocht [at] jura.uni-halle.de

LANDTAG
NORDRHEIN-WESTFALEN
17. WAHLPERIODE

STELLUNGNAHME
17/3516

Alle Abg

Halle, 20. Januar 2021

Schriftliche Anhörung des Integrationsausschusses des Landtags NRW

Stellungnahme

zum Antrag der Fraktion der AfD, Drucksache 17/10645:

„Missbrauch der EU-Freizügigkeit verhindern – Rechte der Ausländerbehörden stärken"

1. Das Antragspapier / Einleitung

Der vorliegende Antrag befasst sich mit der Um- und Durchsetzung des europäischen Freizügigkeitsrechts im deutschen Recht – insbesondere geht es um die Etablierung von wirksamen Schutzmechanismen, um eine Einwanderung in die sozialen Sicherungssysteme zu verhindern. Diese seien – so die Grundannahme des Antragspapiers – in Deutschland nur unzureichend normiert. Der Landtag von Nordrhein-Westfalen möge daher feststellen, dass bei der Umsetzung der EU-Freizügigkeitsrichtlinie in deutsches Recht grundsätzliche und wirksame Schutzmechanismen, die eine Einwanderung in die sozialen Sicherungssysteme wirksam verhindern können, nur unzureichend normiert worden seien. Der Landtag möge feststellen, dass den Ausländerbehörden die eindeutige rechtliche Handhabe fehle, das Vorliegen bzw. Weiterbestehen der Voraussetzungen der Freizügigkeit wirksam zu prüfen und mögliche Sanktionen zu verhängen. Weiter solle der Landtag die Landesregierung dazu auffordern, auf Bundesebene darauf hinzuwirken, dass das FreizügG/EU sowie die hierzu erlassene Verwaltungsvorschrift mit der Zielstellung der Ermöglichung besserer Kontroll- und Sanktionsmöglichkeiten überarbeitet werde. Die Datenerhebung und –analyse müsse in diesem Zusammenhang verbessert werden und außerdem sollten in den Zentralen Ausländerbehörden spezielle Fachabteilungen ausschließlich für Freizügigkeit eingerichtet werden. Schließlich sei auf Bundesebene generell darauf hinzuwirken, dass das ursprüngliche Ziel der EU-Freizügigkeit, einer Freizügigkeit für Arbeitnehmer, verwirklicht und jeglicher Missbrauch in Form einer Einwanderung in die Sozialsysteme wirksam begegnet werde.

Hierzu soll Stellung bezogen werden. Ein konkreter Rechtsetzungsvorschlag, der einer rechtlichen Einordnung und Bewertung unterzogen werden könnte, liegt nicht vor. Auch werden keine konkreten Kontroll- oder Sanktionsbefugnisse oder auch Verfahrensabläufe benannt, die den Ausländerbehörden derzeit fehlen oder die unzureichend sind, für ihre Arbeit aber erforderlich wären. Daher können an dieser Stelle nur die Beschreibung der Ausgangslage im Antragspapier und mit ihr einige Grundannahmen des Antrags einer rechtlichen Prüfung und Bewertung unterzogen werden. Überdies können einige allgemeine Anmerkungen zur Forderung nach intensiveren Kontrollen der Tatbestandsvoraussetzungen der Freizügigkeit gemacht werden.

2. Ergebnis / Zusammenfassung der Stellungnahme

Klarzustellen ist im Hinblick auf die Aussagen des Antragspapiers:

1. Die Tatbestände der Arbeitnehmerfreizügigkeit, Niederlassungsfreiheit, Dienstleistungsfreiheit knüpfen nicht an die (Nicht-)Inanspruchnahme von Sozialhilfeleistungen an.

2. Der Wechsel zwischen verschiedenen Freizügigkeitstatbeständen ist keine „Umgehung“.

Zur Forderung nach intensiveren Kontrollen der Tatbestandsvoraussetzungen des Freizügigkeitsrechts:

1. Generelle systematische Überprüfungen des Bestehens des Freizügigkeitsrechts sind europarechtlich unzulässig.

2. Zulässig sind nur „anlassbezogene“ Prüfungen. Ausländerbehörden werden hinreichend über Prüfanlässe informiert.

3. Die „normale“ Verlustfeststellung hat geringe praktische Effekte, weil sie nicht mit einem Wiedereinreiseverbot verbunden ist. Sie ist auch rechtlich nicht notwendig, um den Erwerb des eines Daueraufenthaltsrechts zu „verhindern“.

4. Die „Gefahr“ einer „Einwanderung in die sozialen Sicherungssysteme“ besteht schon wegen zahlreicher sozialrechtlicher Leistungsausschlüsse für nicht-erwerbstätige und arbeitssuchende Unionsbürger nicht.

3. Im Einzelnen

Zunächst ist klarstellend auf zwei Aussagen des Antragspapiers einzugehen, die die europarechtlichen Hintergründe des Freizügigkeitsrechts unzutreffend wiedergeben.

3.1 Die Tatbestände der Arbeitnehmerfreizügigkeit, Niederlassungsfreiheit, Dienstleistungsfreiheit knüpfen nicht an die (Nicht-)Inanspruchnahme von Sozialhilfeleistungen an

Das Antragspapier lautet wie folgt (S. 1).

> *"Das Freizügigkeitsrecht von Unionsbürgern ist in der Richtlinie 2004/38/EG vom 29. April 2004 geregelt. Die Umsetzung ins deutsche Recht erfolgt durch das Freizügigkeitsgesetz/EU (FreizügG/EU). Zudem hat die Bundesregierung eine entsprechende Verwaltungsvorschrift (AVV zum FreizügG/EU) erlassen. Das aus der Arbeitnehmerfreizügigkeit folgende Aufenthaltsrecht begründet sich allein aus der Arbeitnehmereigenschaft eines Unionsbürgers. Der Begriff der „Arbeitnehmereigenschaft“ wurde durch die Rechtsprechung des EuGH wie folgt definiert: „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...“.*
>
> *Grundsätzlich steht Unionsbürgern das Recht auf Freizügigkeit nur zu, solange sie die Sozialhilfeleistungen des Aufnahmemitgliedstaats nicht unangemessen in Anspruch nehmen."*
>
> *(Hervorhebung nur hier).*

Die zitierte Beschreibung der Ausgangslage hinterlässt den Eindruck, dass das Freizügigkeitsrecht der Unionsbürger im Wesentlichen aus der Arbeitnehmerfreizügigkeit bestehe und dass dessen Bestehen an die nicht unangemessene Inanspruchnahme von Sozialhilfeleistungen geknüpft sei. Das Freizügigkeitsrecht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen ist allerdings komplexer ausgestaltet. Freizügigkeitsrechtlich spielt die (Nicht-)Inanspruchnahme von Sozialhilfeleistungen überhaupt (nur) dann eine Rolle, wenn es um die Fallgruppen der nicht erwerbstätigen Unionsbürger*innen sowie der Studierenden/Auszubildenden geht.

Das Freizügigkeitsrecht speist sich zum einen aus den Personenverkehrsfreiheiten des Gemeinsamen Marktes, die bereits mit den Römischen Verträgen (1957) eingeführt wurden – der Arbeitnehmerfreizügigkeit (Art. 45 AEUV), der Niederlassungsfreiheit (Art. 49 AEUV) und der Dienstleistungsfreiheit (Art. 56 AEUV) – und zum anderen aus dem allgemeinen Freizügigkeitsrecht (Art. 21 AEUV), das mit dem Vertrag von Maastricht (1992) Aufnahme in das europäische Primärrecht fand. Der systematische Unterschied liegt darin, dass die Grundfreiheiten sich auf wirtschaftlich aktive Unionsbürger*innen beziehen, das allgemeine Freizügigkeitsrecht hingegen auch für wirtschaftlich nicht aktive Unionsbürger*innen gilt.

Wirtschaftlich aktive Unionsbürger sind gerade aufgrund ihrer wirtschaftlichen Aktivität – also weil sie Arbeitnehmer oder Selbständige sind - freizügigkeitsberechtigt. Die Grundfreiheiten sind nicht unter die zusätzliche Bedingung der Nicht-Inanspruchnahme von Sozialhilfeleistungen gestellt, was sich damit erklären lässt, dass die betreffenden Unionsbürger als Arbeitnehmer wie auch als Selbständige die gleiche Abgabenlast, Sozialversicherungspflichten etc. wie Inländer tragen. Es verstieße gegen das Diskriminierungsverbot, den Aufenthalt dieser Personen davon abhängig zu machen, dass sie die sozialen Sicherungssysteme, zu deren Erhalt sie beitragen, nicht nutzen. Erwerbstätigen wird für die gesamte Zeit ihrer Tätigkeit ein Aufenthaltsrecht und nach deren Beendigung unter bestimmten Voraussetzungen ein Verbleiberecht eingeräumt. Dieser Personenkreis kann allein aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit ausgewiesen werden.[1]

Nur für die Fallgruppen der Nicht-Erwerbstätigen und der Studierenden/Auszubildenden verlangt der Europäische Gesetzgeber, dass sie über ausreichende Existenzmittel verfügen, so dass die Betreffenden „während ihres Aufenthalts keine Sozialhilfeleistungen des Aufnahmemitgliedstaats in Anspruch nehmen müssen“ (Art. 7 Abs. 1 lit b und d RL 2004/38).

Korrekt wäre daher folgende Formulierung:

> *„Grundsätzlich steht <u>nicht erwerbstätigen Unionsbürgern</u> sowie <u>Unionsbürgern im Studium/ in der Ausbildung</u> das Recht auf Freizügigkeit nur zu, solange sie die Sozialhilfeleistungen des Aufnahmemitgliedstaats nicht unangemessen in Anspruch nehmen."*

Das bedeutet aber in der Konsequenz: Die (unangemessene) Inanspruchnahme von Sozialhilfeleistungen kann überhaupt nur bei Nicht-Erwerbstätigen und Studierenden/Auszubildenden freizügigkeitsrechtlichen Konsequenzen haben. Ein „Mehr“ an

[1] Husmann, NZS 2009, 652, erläutert, dass diese Rechtslage bereits vor der Einführung der Freizügigkeitsrichtlinie bestand.

Kontrollmöglichkeiten der Ausländerbehörden könnte sich also allenfalls auf diese Fallgruppen auswirken – wobei unklar ist, welche Handlungsbefugnisse den Ausländerbehörden fehlen sollen. Der Antrag gibt hierzu keine Hinweise.

3.2 Wechsel zwischen den Freizügigkeitstatbeständen keine „Umgehung“

Die Beschreibung der Ausgangslage lautet weiterhin wie folgt (S. 1 f).

> *„Im Rahmen der Arbeitnehmerfreizügigkeit sind Schutzmechanismen eingebaut worden, um einen Missbrauch zu verhindern. Liegen die Voraussetzungen für die Freizügigkeit nicht mehr vor, kommt es grundsätzlich zu einem Verlust des aus Art. 45 AEUV folgenden Aufenthaltsrechts. So dürfen sich Unionsbürger zur Arbeitsuche in der Regel nur für bis zu sechs Monate in einem anderen EU-Land aufhalten. Darüber hinaus ist gemäß FreizügG/EU ein Aufenthalt nur erlaubt, solange „nachgewiesen“ werden kann, dass weiterhin Arbeit gesucht wird und eine „begründete Aussicht auf Einstellung“ besteht. In der AVV zum FreizügG/EU ist geregelt, unter welchen Umständen der Bearbeiter in der Ausländerbehörde annehmen soll, dass jemand zwar Arbeit sucht, aber keine begründete Aussicht hat, Arbeit zu finden. So muss der Betreffende nachweisen, dass er noch Arbeit sucht (durch Darlegung objektiver Umstände, die in diese Richtung deuten). Dieses nützt ihm aber – wenn sechs Monate verstrichen sind – nichts, sofern seine Bewerbungen „voraussichtlich“ nicht erfolgreich sein werden.*
>
> *Durch eine Firmierung als Selbständiger und eine Berufung auf die Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit wird diese Regelung oftmals umgangen.“*
>
> *(Hervorhebungen nur hier).*

Hier wird nicht ganz klar, worauf die Begrifflichkeiten „Schutzmechanismen“, „Missbrauch“ und „Umgehung“ abzielen. Die Arbeitnehmerfreizügigkeit umfasst auch das Recht zur Arbeitssuche – das ist unmittelbar im Primärrecht geregelt (Art. 45 Abs. 3 AEUV). Eine zeitliche Höchstgrenze für die Ausübung dieses Rechts ist primärrechtlich nicht vorgesehen. Da das Unionsrecht hierzu keine Regelung enthält, sind die Mitgliedstaaten berechtigt, hierfür einen angemessenen Zeitraum festzulegen[2]. Erbringt der Betroffene jedoch 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.[3]

Der deutsche Gesetzgeber hat mWz 9.12.2014[4] eine zeitliche Befristung des Aufenthaltsrechts zur Arbeitssuche – den im Antragspapier benannten 6-Monatszeitraum – eingeführt. Gemäß § 2 Abs 2 Nr. 1a FreizügG/EU soll ein längerer Aufenthalt nur dann zulässig sein, wenn der Unionsbürger nachweisen kann, dass er weiterhin Arbeit sucht und begründete Aussicht darauf hat, eingestellt zu werden.

[2] EuGH Urteil vom 23.3.2004, C-138/02 – Collins.
[3] EuGH Urteil vom 23.3.2004, C-138/02 – Collins.
[4] Gesetz vom 2.12.2014 zur Änderung des Freizügigkeitsgesetzes/EU und weiterer Vorschriften, BGBl. I 1922.

Zu beachten ist, dass mit Ablauf des Sechsmonatszeitraums nicht etwa der rechtmäßige Aufenthalt im Bundesgebiet entfällt. Dies geschieht erst mit der Verfügung über das Nichtbestehen der Freizügigkeit (§§ 6, 7 FreizügG/EU). Aus der gemeinschaftsrechtlichen Verankerung der Unionsbürgerfreizügigkeit folgt eine generelle Freizügigkeitsvermutung für Unionsbürger, ungeachtet eines Nachweises der einzelnen Freizügigkeitstatbestände.[5] Deshalb bedarf der Aufenthalt in der Bundesrepublik für Unionsbürger auch keines Aufenthaltstitels, ebenso wenig eines Visums für die Einreise. Das Freizügigkeitsrecht ist nicht „zweckgebunden" (wie die Aufenthaltstitel im AufenthG) ausgestaltet. Ein – nach Ablauf des Sechs-Monatszeitraums – „ehemaliger" Arbeitssuchender kann durchaus auch als Nicht-Erwerbstätiger, als Familienangehöriger eines Unionsbürgers oder eben als Selbständiger freizügigkeitsberechtigt sein, soweit die jeweiligen Voraussetzungen hierfür erfüllt sind. Es bedarf hierfür keiner gesonderten Feststellungen oder Mitteilungen.

Da aber ein Wechsel der Freizügigkeitstatbestände rechtlich ohne weitere Voraussetzungen möglich ist und die Freizügigkeitstatbestände überdies grundsätzlich gleichwertig nebeneinanderstehen, erschließt sich nicht, inwieweit der im Antragspapier beschriebene Wechsel – von der Arbeitssuche in die Selbständigkeit – eine „Umgehung" sein soll. Es wird auch nicht klar, welche rechtliche Regelung umgangen wird.

3.3 Zur Prüfung des Bestands des Freizügigkeitsrechts

Die weiteren Ausführungen zur Ausgangslage lassen sich im Wesentlichen so zusammenfassen, dass mehr (und wohl auch flächendeckende) Kontrollen und Überprüfungen hinsichtlich des Bestehens des Freizügigkeitsrechts für erforderlich erachtet werden und eventuell den Ausländerbehörden gegenüber rechtlich verpflichtend angeordnet werden sollen (diese Forderung wird im Antragspapier nicht konkret erhoben, klingt aber an).

Gegen diese Forderung spricht, dass eine derartige Anordnung europarechtlich unzulässig wäre. Überprüfungen des Bestands des Freizügigkeitsrechts erfolgen allein anlassbezogen (3.2.1). Die Ausländerbehörden werden ausreichend über mögliche Anlässe informiert (3.2.2). Eine Verlustfeststellung des Freizügigkeitsrechts hat überdies nur geringe praktische Effekte (3.2.3). Zuletzt ist darauf hinzuweisen, dass der deutsche Gesetzgeber das gefürchtete Problem der „Einwanderung in die Sozialleistungssysteme" im Wesentlichen sozialrechtlich und nicht aufenthaltsrechtlich löst (3.2.4).

3.3.1 Generelle Überprüfungen des Bestehens des Freizügigkeitsrechts sind europarechtlich unzulässig

Für Unionsbürger (und ihre Familienangehörigen) existiert als Ausfluss des primärrechtlich garantierten Freizügigkeitsrechts kein präventives aufenthaltsrechtliches Genehmigungs- oder Bescheinigungsverfahren. Bescheinigungen (etwa die im deutschen Recht im Jahr 2013 abgeschaffte die Aufenthaltskarte für Unionsbürger[6])

[5] Vgl. etwa EuGH Urteil vom 7.9.2004, C-456/02 – Trojiani.
[6] G. v. 21.1.2013, BGBl. I, BGBL Band 2013 I Seite 86.

haben allein deklaratorischen Charakter.[7] Es gilt allgemein eine Vermutung zugunsten des Bestehens des Freizügigkeitsrechts, die erst endet, wenn die zuständige Behörde den Verlust oder das Nichtbestehen des Freizügigkeitsrechts via Verwaltungsakt feststellt (§ 11 Abs. 14 S. 2 FreizügG/EU). Dies entspricht der europarechtlichen Vorgabe, dass Unionsbürger und ihre Familienangehörigen Inländern gleich zu behandeln sind und weitestgehend aus dem Geltungsbereich des allgemeinen Ausländerrechts herausgenommen werden[8] und dürfte – auch weil der EuGH in seinen Entscheidungen stets von einer abwägenden Einzelfallentscheidung ausgeht, bei der das Freizügigkeitsrecht etwa nicht automatisch nach einem gewissen Zeitraum entfallen darf[9] – europarechtlich zwingend sein. Hiernach kann und muss der Verlust bzw. des Nichtbestehens des Freizügigkeitsrechts allein einzelfallbezogen festgestellt werden.

Inwieweit im Rahmen eines Meldeverfahrens zu Beginn des Aufenthalts generell die Vorlage der in § 5a Abs. 1 FreizügG/EU genannten Dokumente verlangt werden könnte, müsste anhand eines konkreten Regelungsvorschlags überprüft werden. Allgemein kann festgehalten werden, dass Art. 8 Abs. 1 RL 2004/38 die Einführung eines Anmeldeverfahrens erlaubt, in dessen Verlauf nur bestimmte, abschließend aufgeführte Dokumente vom Unionsbürger verlangt werden dürfen *(„…dürfen die Mitgliedstaaten nur Folgendes verlangen….“*, Art. 8 Abs. 3 RL 2004/38). Aus der Formulierung ist erkennbar, dass diese Vorschrift restriktiv verstanden werden muss – andere Dokumente als die dort genannten (Personalausweis und einen Nachweis für einen Freizügigkeitstatbestand, etwa eine Beschäftigungsbescheinigung) dürfen die Mitgliedstaaten unter keinen Umständen verlangen. Ob die Dokumente generell angefordert werden können, ist nicht ganz eindeutig, denn eine systematische Prüfung der Freizügigkeitsvoraussetzungen erlaubt das Richtlinienrecht gerade nicht. Lediglich in bestimmten Fällen, in denen begründete Zweifel bestehen, ob der Unionsbürger oder seine Familienangehörigen die Voraussetzungen der Freizügigkeit erfüllen, können die Mitgliedstaaten prüfen, ob diese Voraussetzungen erfüllt sind (Art. 14 Abs. 2 RL 2004/38). Wörtlich heißt es dort:

> *„Diese Prüfung wird nicht systematisch durchgeführt.“*

Weiter dürfen die Mitgliedstaaten, um festzustellten, ob ein Unionsbürger eine Gefahr für die öffentliche Ordnung oder Sicherheit darstellt, den Herkunftsmitgliedstaat und erforderlichenfalls andere Mitgliedstaaten um Auskünfte über das Vorleben des Betroffenen in strafrechtlicher Hinsicht ersuchen, wenn sie dies für unerlässlich halten (Art. 27 Abs. 2 RL 2004/38). Auch hier gilt:

> *„Diese Anfragen dürfen nicht systematisch erfolgen.“*

Generell ist also zu beachten, dass die Freizügigkeits-RL eine systematische Überprüfung der Freizügigkeitsvoraussetzungen verbietet. Es müssen vielmehr „begründete Zweifel“ in „bestimmten Fällen“ bestehen.[10]

---

[7] Vgl. beispielhaft EuGH, Urteil vom 8.4.1976, C 48/75 – Royer.
[8] Vgl. hierzu auch die Gesetzesbegründung, BT-Drs. 15/420, 106.
[9] Beispielsweise EuGH Urteil vom 20.2.1977, C-344/95.
[10] NK-AuslR/Florian Geyer, 2. Aufl. 2016, Freizügigkeitsgesetz/EU § 5 Rn. 9

Um diesen Vorgaben gerecht zu werden, sieht das deutsche FreizügG/EU im Hinblick auf die Vorlage von Unterlagen bzw. die Prüfung der Freizügigkeitsvoraussetzungen zu Beginn des Aufenthalts (drei nach Monate nach der Einreise) eine Kann-Vorschrift und mithin ein gestuftes Vorgehen im Sinne der Verhältnismäßigkeit und einer Einzelfallprüfung vor. Grundsätzlich soll den Angaben eines Unionsbürgers im meldebehördlichen Verfahren (Unionsbürger unterliegen der allgemeinen Meldepflicht iSd BMeldeG) Glauben geschenkt werden. Bestehen Zweifel, soll (durch die Ausländerbehörden, die über die Meldung des Unionsbürgers informiert werden) die Glaubhaftmachung verlangt werden. Im weiteren Verlauf des Aufenthalts gilt dann – gemäß den Vorgaben aus Art. 14 Abs. 2 RL 2004/38 – dass das Vorliegen oder der Fortbestand der Voraussetzungen des Freizügigkeitsrechts aus besonderem Anlass überprüft werden kann (§ 5 Abs. 3 FreizügG/EU).

Soweit im Antragspapier also bemängelt wird, dass die im FreizügG/EU vorgesehenen Prüfbefugnisse (§§ 5, 5a FreizügG/EU) lediglich Kann-Vorschriften enthalten, ist darauf hinzuweisen, dass dies europarechtlich so vorgegeben ist. Eine systematische Überprüfung aller Unionsbürger wäre nicht zulässig.

3.3.2 Ausländerbehörden ausreichend über Prüfanlässe informiert

Die anlassbezogene Prüfung setzt voraus, dass die Ausländerbehörde von möglichen Anlässen auch Kenntnis erhält. Der Informationsfluss zwischen verschiedenen Behörden ist rechtlich reguliert. Die Ausländerbehörden werden umfangreich informiert.

Informationspflichten (Übermittlung an die Ausländerbehörden) bestehen beispielsweise für öffentliche Stellen im Zusammenhang mit der Beantragung bestimmter Sozialleistungen durch Ausländer, oder wenn die öffentlichen Stellen im Zusammenhang mit der Erfüllung ihrer Aufgaben Kenntnis von einem sonstigen Ausweisungsgrund erlangen (§ 87 Abs. 2 Nr. 2a, 3 AufenthG). Auch im Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz sind umfangreichen Mitwirkungs-, Duldungs- und Informationspflichten im Verhältnis zwischen Zollbehörden, von Kontrollen betroffenen Ausländern und Ausländerbehörden geregelt (§ 5 SchwarzArbBG).

Die Informationspflichten sind weit – teilweise sogar zu weit. So erschließt sich nicht, warum gemäß § 87 Abs. 2 Nr. 2a AufenthG ein Antrag auf Leistungen nach SGB II, der von einem Unionsbürger gestellt wird, der sich zur Arbeitssuche in Deutschland aufhält, an die Ausländerbehörde zu melden ist. Entsprechend den Darlegungen oben (Ziff. 3.1) ist das Aufenthaltsrecht zur Arbeitssuche tatbestandlich nicht mit der Nicht-Inanspruchnahme von Sozialleistungen verknüpft. Freizügigkeitsrechtlich hat diese Information also keine Bedeutung, weil die Inanspruchnahme von Sozialleistungen nicht zur Aufenthaltsbeendigung des Arbeitssuchenden führen kann.

Insoweit wäre hier eher ein „Weniger“ an Informationsfluss zu fordern, denn ein „Mehr“. Indes: Für die zu betrachtende Forderung nach mehr Kontrollen und mehr Daten kann festgestellt werden, dass die Ausländerbehörden über mögliche Prüfanlässe ausreichend informiert werden.

3.3.3 Geringe praktische Effekte einer Verlustfeststellung

Weiter ist darauf hinzuweisen, dass die Verlust- bzw. die Nichtbestehensfeststellung, die nicht aus Gründen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung und nicht wegen Täuschung/Missbrauch erfolgt, geringe praktische Wirkungen hat. Denn wenn das Verfahren abgeschlossen wird, bleibt dem nach Verlustfeststellung ausgereisten Unionsbürger die Möglichkeit, wieder einzureisen und sich unter Berufung auf sein Freizügigkeitsrecht beispielsweise erneut auf Arbeitsplatzsuche zu begeben.

Das ist europarechtlich so vorgesehen. Eine – in der Terminologie der Freizügigkeitsrichtlinie so genannte – Ausweisungsentscheidung, die nicht aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit erlassen wird, darf nicht mit einer Wiedereinreisesperre verknüpft werden (Art. 15 Abs. 3 RL 2004/38). Im Fall des Verlusts des Freizügigkeitsrechts aus Gründen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung hingegen wird stets eine Wiedereinreisesperre verfügt; in Fällen der Feststellung des Nichtbestehens des Freizügigkeitsrechts wegen Rechtsmissbrauchs oder Betrug (§ 2 Abs. 7 FreizügG/EU) kann ein Wiedereinreiseverbot verfügt werden (§ 7 Abs. 2 FreizügG/EU).

Ein verstärktes Vorgehen der Ausländerbehörden hätte im Kontext der „einfachen" Verlustfeststellung geringe praktische Auswirkungen, weil die betreffenden Personen unproblematisch und rechtlich zulässig wieder einreisen können. Die Verlustfeststellung ist auch nicht etwa notwendig, um den Erwerb des eines Daueraufenthaltsrechts zu „verhindern", denn der für den Erwerb des Daueraufenthaltsrechts erforderliche fünfjährige Aufenthaltszeitraum muss rechtmäßig im Sinne des Freizügigkeitsrechts gewesen sein. Für die Annahme eines ständigen rechtmäßigen Aufenthalts ist aber die Tatsache einer fehlenden Verlustfeststellung allein nicht ausreichend, das Daueraufenthaltsrecht wird nicht durch Zeitablauf „ersessen".[11] Ob die Freizügigkeitsvoraussetzungen während des Fünfjahreszeitraums vorgelegen haben ist gerichtlich voll überprüfbar.[12]

Unhaltbar ist daher die Behauptung, durch behördliche Untätigkeit erwachse aus dem Freizügigkeitsrecht ein Daueraufenthaltsrecht (Antragspapier S 4).

3.3.4 Keine Gefahr einer „Einwanderung in die sozialen Sicherungssysteme"

Zuletzt ist darauf hinzuweisen, dass der deutsche Gesetzgeber die im Antragspapier skizzierte Befürchtung der „Einwanderung in die Sozialleistungssysteme" im Wesentlichen sozialrechtlich und nicht aufenthaltsrechtlich zu lösen versucht. Zahlreiche Leistungen werden allein solchen Unionsbürgern bewilligt, die die Erwerbstätigeneigenschaft besitzen (also zum Sozialstaat beitragen). Leistungsausschlüsse für die (meisten) übrigen Freizügigkeitstatbestände finden sich beispielsweise in

- § 7 Abs. 1 S. 1 SGB II („Harz IV")
- § 23 Abs. 3 SGB XII (Sozialhilfe)
- § 62 Abs. 1a EstG (Kindergeld)
- § 8 Abs. 1 BaföG.

[11] Vgl. BVerwG, Urteil vom 16.7.2015 – 1 C 22/14.
[12] BVerwG, Urteil vom 16.7.2015 – 1 C 22/14.

Dass diese Ausschlusstatbestände europarechtlich wie auch verfassungsrechtlich höchst umstritten[13] und teilweise ausdrücklich europarechtswidrig[14] sind, soll an dieser Stelle nur angedeutet werden. Indes: Das skizzierte Szenario einer unkontrollierten und übermäßigen Inanspruchnahme der deutschen sozialen Sicherungssysteme durch nicht-freizügigkeitsberechtigte Unionsbürger ist nach der aktuellen Rechtslage weitestgehend ausgeschlossen.

[13] Beispielhaft zur Neuordnung der Kindergeldberechtigung: Janda, ZRP 2019, 94.

[14] So zum Leistungsausschluss nach § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2c) SGB II: EuGH, Urteil vom 6.10.2020, C-181/19 – Jobcenter Krefeld.