

---

# Begrenzte Solidarität für Nichterwerbstätige

## Zugang zu Sozialhilfeleistungen im Unionsrecht und unter dem Freizügigkeitsabkommen Schweiz – EU

*Christina Neier\**

### Inhaltsübersicht

I. Einleitung	159
II. Sozialhilfeleistung für Nichterwerbstätige im Unionsrecht	161
A. Erwerb und Verlust des Freizügigkeitsrechts	161
1. Relativierung der Aufenthaltsvoraussetzungen	162
2. Keine automatische Aufenthaltsbeendigung	164
B. Akzessorietät von Aufenthalts- und Gleichbehandlungsrecht	166
C. Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung	168
D. Fazit: Finanzielle Solidarität mit Grenzen	170
III. Sozialhilfeleistung für Nichterwerbstätige unter dem FZA	170
A. Wortlaut des FZA	170
B. Rechtsprechung des Bundesgerichts	172
C. Bedeutung der EuGH-Rechtsprechung	174
D. Fazit: (Noch) keine finanzielle Solidarität	177
IV. Ausblick	178
Literaturverzeichnis	179

## I. Einleitung

Seit geraumer Zeit dreht sich die politische Diskussion in Europa um den vermeintlichen – zu Recht in Deutschland zum Unwort des Jahres gekürten<sup>1</sup> – «Sozialtourismus».<sup>2</sup> Im Kern steckt die Frage nach der materiellen Solidarität mit Staatsangehörigen anderer EU-Mitgliedstaaten, welche nicht wirtschaftlich tätig sind und daher keinen finanziellen Beitrag zum Sozialsystem leisten. Zur Gruppe der Nichterwerbs-

---

\* Die Autorin bedankt sich bei Prof. Dr. Matthias Oesch für wertvolle Anmerkungen.

<sup>1</sup> Pressemitteilung vom 14. Januar 2013 zur Wahl des 23. «Unwort des Jahres», <<http://www.unwortdesjahres.net>> und Link zur Presseerklärung Unwort 2013 (04.08.2015).

<sup>2</sup> S. etwa BUDRAS, <<http://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/wirtschaftspolitik/leistungen-fuer-eu-auslaender-grenzen-fuer-den-sozialtourismus-12871188.html>> (04.08.2015); LACZYNSKI, <[http://diepresse.com/home/politik/eu/1461363/EU\\_Die-Aengste-vor-dem-Sozialtourismus](http://diepresse.com/home/politik/eu/1461363/EU_Die-Aengste-vor-dem-Sozialtourismus)> (04.08.2015); PULANO/TOBLER, <<http://www.tagesanzeiger.ch/schweiz/standard/Kein-Anspruch-auf-Sozialhilfe/story/13029551>> (04.08.2015).

tätigen zählen etwa Rentner, Erwerbsunfähige, erfolglos Arbeitssuchende sowie Studierende.

Im Unionsrecht geniessen nichterwerbstätige Personen seit Einführung der Unionsbürgerschaft mit dem Vertrag von Maastricht von 1992 ein primärrechtliches Freizügigkeits- und Gleichbehandlungsrecht. Wenngleich diese Unionsbürger nicht über dieselben Rechte verfügen wie wirtschaftlich aktive Personen, welche den grosszügigeren Regeln des Binnenmarktes unterliegen, hat sich ihre Rechtsstellung durch die integrationsfreundliche Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) im Laufe der Zeit wesentlich verbessert. Die Unionsbürgerschaft hat sich zur «Sozialbürgerschaft»<sup>3</sup> entfaltet. Seit der grundlegenden Entscheidung in der Rs. *Grzelczyk* verlangt der Gerichtshof «eine bestimmte finanzielle Solidarität»<sup>4</sup> der Angehörigen des Aufnahmestaates mit jenen der anderen Mitgliedstaaten und spricht auch nichterwerbstätigen Unionsbürgern, unter bestimmten Voraussetzungen und innerhalb bestimmter Grenzen, ein Recht auf gleichen Zugang zu Sozialhilfeleistungen zu. Dies soll gemäss EuGH jedoch nicht dazu führen, dass die nationalen Sozialleistungssysteme übermässig belastet werden.<sup>5</sup> Damit erleuchtet folgendes Spannungsfeld: Einerseits stellen das Freizügigkeits- und Gleichbehandlungsrecht für nichterwerbstätige Unionsbürger ein Risiko für nationale Sozialsysteme dar, welche die Mitgliedstaaten vor einer übermässigen Belastung schützen wollen. Andererseits kommt den Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten eine finanzielle solidarische Verantwortung gegenüber freizügigkeitsausübenden Unionsbürgern zu. In seiner Rechtsprechung versucht der EuGH, diesbezüglich eine ausgewogene Balance und die Antwort auf folgende Frage zu finden: Wie viel Solidarität verspricht die Unionsbürgerschaft und wo liegen deren Grenzen?

Auch das Freizügigkeitsabkommen Schweiz – EU (FZA)<sup>6</sup> gewährt nichterwerbstätigen Personen ein Freizügigkeits- und Gleichbehandlungsrecht. Allerdings verspricht die Beteiligung der Schweiz am freien Personenverkehr in der EU (noch) nicht dieselbe Solidarität wie zwischen den EU-Mitgliedstaaten.

Ziel dieses Beitrags ist es, die finanzielle Solidarität und deren Grenzen für Nichterwerbstätige im Unionsrecht und unter dem FZA zu erörtern und zu vergleichen. Zu

---

<sup>3</sup> SCHÖNBERGER, ZAR 2006, 226.

<sup>4</sup> EuGH, Rs. C-184/99, *Grzelczyk*, Slg. 2001, I-6193, Rz. 44.

<sup>5</sup> EuGH, Rs. C-209/03, *Bidar*, Slg. 2005, I-2119, Rz. 56; s. auch Erwägung 10 RL 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 der VO (EWG) Nr. 1612/68 und zur Aufhebung der RL 64/221/EWG, 68/360/EWG, 72/194/EWG, 73/148/EWG, 75/34/EWG, 75/35/EWG, 90/364/EWG, 90/365/EWG und 93/96/EWG, ABl. 2004 L 158, S. 77.

<sup>6</sup> Abkommen vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit (SR 0.142.112.681), in Kraft seit 1. Juni 2002.

diesem Zweck wird für jedes Rechtsgebiet die Rechtsstellung der nichterwerbstätigen Personen im Hinblick auf ihr Freizügigkeitsrecht sowie ihr Recht auf gleichen Zugang zu Sozialhilfeleistungen untersucht.

## II. Sozialhilfeleistung für Nichterwerbstätige im Unionsrecht

Nichterwerbstätige Unionsbürger dürfen sich gem. Art. 20 Abs. 2 lit. a i.V.m. Art. 21 AEUV im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei bewegen und aufhalten. Im Aufnahmestaat werden die Unionsbürger durch ein Zusammenspiel des Freizügigkeitsrechts und des allgemeinen Diskriminierungsverbots nach Art. 18 AEUV den Inländern gleichgestellt; aufgrund dessen wird ihnen grundsätzlich ein Zugang zu Sozialhilfeleistungen gewährt. Der Begriff der Sozialhilfeleistung ist als Begriff des Unionsrechts autonom auszulegen. Der EuGH versteht hierunter «sämtliche von öffentlichen Stellen eingerichteten Hilfssysteme, [...] die ein Einzelner in Anspruch nimmt, der nicht über ausreichende Existenzmittel zur Bestreitung seiner Grundbedürfnisse [...] verfügt und deshalb während seines Aufenthalts möglicherweise die öffentlichen Finanzen des Aufnahmemitgliedstaates belasten muss»<sup>7</sup>.

In den folgenden Kapiteln wird untersucht, unter welchen Voraussetzungen sich ein nichterwerbstätiger Unionsbürger auf das unionsrechtliche Freizügigkeitsrecht berufen kann (A.), inwieweit hieraus ein Recht auf gleichen Zugang zu Sozialhilfeleistungen fließt (B.) und ob diesbezügliche Ungleichheiten gerechtfertigt werden können (C.).

### A. Erwerb und Verlust des Freizügigkeitsrechts

Das allgemeine Freizügigkeitsrecht steht den Unionsbürgern «vorbehaltlich der in den Durchführungsvorschriften vorgesehenen Beschränkungen und Bedingungen» zu (Art. 21 Abs. 1 AEUV). Diese Bedingungen werden durch die Unionsbürgerrichtlinie (bzw. Freizügigkeitsrichtlinie) 2004/38/EG festgelegt, welche unter anderem die für die nichterwerbstätigen Unionsbürger anwendbaren Vorgängerrichtlinien 90/364/EWG,<sup>8</sup> 90/365/EWG<sup>9</sup> und 93/96/EWG<sup>10</sup> ersetzte. Nachfolgend wird aufgezeigt, welche Voraussetzungen das Sekundärrecht für den Erwerb bzw. Verlust des Freizügigkeitsrechts für nichterwerbstätige Unionsbürger vorsieht und welche Auf-

---

<sup>7</sup> EuGH, Rs. C-140/12, *Brey*, Rz. 61; m.w.H. THYM, NZS 2014, 81, 82 ff.

<sup>8</sup> RL 90/364/EWG des Rates vom 28. Juni 1990 über das Aufenthaltsrecht, ABl. 1990 L 180, 26.

<sup>9</sup> RL 90/365/EWG des Rates vom 28. Juni 1990 über das Aufenthaltsrecht der aus dem Erwerbsleben ausgeschiedenen Arbeitnehmer und selbständig Erwerbstätigen, ABl. 1990 L 180, 89.

<sup>10</sup> RL 93/96/EWG des Rates vom 29. Oktober 1993 über das Aufenthaltsrecht der Studenten, ABl. 1993 L 317, 59.

weichungen jene in der Rechtsprechung des EuGH erfahren. Insbesondere wird untersucht, welchen Einfluss die Inanspruchnahme von Sozialhilfe auf den Erwerb bzw. Verlust des unionsbürgerlichen Aufenthaltsrechts hat.

## 1. Relativierung der Aufenthaltsvoraussetzungen

Die Unionsbürgerrichtlinie sieht ein abgestuftes Aufenthaltsrecht vor. In den ersten drei Monaten erfahren die Unionsbürger ein bedingungsloses Aufenthaltsrecht; lediglich ein gültiger Personalausweis oder Reisepass ist vorzuweisen (Art. 6 RL 2004/38/EG). Ab einer Aufenthaltsdauer von fünf Jahren gewährt Art. 16 RL 2004/38/EG den Unionsbürgern ein voraussetzungsloses Daueraufenthaltsrecht. Im Mittelpunkt gerichtlicher Auseinandersetzung steht das Aufenthaltsrecht für den Zeitraum von drei Monaten bis fünf Jahren. Hierfür haben nichterwerbstätige Unionsbürger über einen umfassenden Krankenversicherungsschutz im Aufnahmestaat sowie über ausreichende Existenzmittel<sup>11</sup> zu verfügen, «so dass sie während ihres Aufenthalts keine Sozialhilfeleistungen des Aufnahmemitgliedstaats in Anspruch nehmen müssen» (Art. 7 Abs. 1 lit. b. RL 2004/38/EG).<sup>12</sup> Zweck dieser Bedingungen ist es, die nationalen Sozialsysteme der Aufnahmestaaten vor einer unangemessenen Belastung zu schützen.<sup>13</sup>

Bereits vor Erlass der Unionsbürgerrichtlinie hat der EuGH in seinem Urteil zur Rs. *Baumbast*<sup>14</sup> die in den Vorgängerrichtlinien gleichlautenden Aufenthaltsvoraussetzungen relativiert. Herr *Baumbast*, ein deutscher Staatsangehöriger, lebte mit seiner Familie in Grossbritannien und ging keiner Erwerbstätigkeit (mehr) nach. Er verfügte für sich und seine Familienangehörige über ausreichende Existenzmittel und einen Krankenversicherungsschutz in Deutschland. Die britischen Behörden verweigerten ihm und seinen Familienmitgliedern ein Aufenthaltsrecht mit der Begründung, dass seine deutsche Krankenversicherung eine Notversorgung in Grossbritannien nicht abdecke. Der EuGH sah hierin einen Verstoß gegen Art. 18 EG-Vertrag (nunmehr Art. 21 AEUV): Die Beschränkungen und Bedingungen des Art. 18 EG-Vertrag, welche durch das Sekundärrecht festgelegt werden, seien «unter Einhaltung der einschlägigen gemeinschaftsrechtlichen Grenzen und im Einklang mit den allgemeinen Grundsätzen des Gemeinschaftsrechts, insbesondere dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit, anzuwenden»<sup>15</sup>. Folglich sei es unverhältnismässig, Herrn Baum-

---

<sup>11</sup> An die Herkunft der Mittel werden keine weiteren Anforderungen gestellt, s. EuGH, Rs. C-200/02, *Zhu und Chen*, Slg. 2004, I-9925, Rz. 30 und 33; Rs. C-408/03, *Kommission/Belgien*, Slg. 2006, I-2647, Rz. 40 f.

<sup>12</sup> Bei Studierenden genügt die Glaubhaftmachung ausreichender Existenzmittel; zudem müssen sie in einer Bildungsstätte eingeschrieben sein (Art. 7 Abs. 1 lit. c RL 2004/38/EG).

<sup>13</sup> Erwägung 10 RL 2004/38/EG.

<sup>14</sup> EuGH, Rs. C-413/99, *Baumbast und R*, Slg. 2002, I-7091.

<sup>15</sup> Ebenda, Rz. 91; kritisch hierzu HAILBRONNER, NJW 2004, 2185, 2188 f.

bast ein Aufenthaltsrecht allein deshalb zu verweigern, weil er über keine Notversorgung im Aufnahmestaat verfüge.<sup>16</sup>

Die Relativierung der Aufenthaltsvoraussetzungen nahm der Unionsgesetzgeber in die nach dieser Entscheidung erlassene Unionsbürgerrichtlinie nicht auf. Nichtsdestotrotz bestätigte der Gerichtshof im Urteil Brey<sup>17</sup> aus dem Jahr 2013 den Grundsatz der Verhältnismässigkeit für die Anwendung der sekundärrechtlichen Bedingungen. Im Mittelpunkt dieser Entscheidung stand – im Gegensatz zum Baumbast-Urteil – das zweite Kriterium, nämlich das Erfordernis ausreichender Existenzmittel gem. Art. 7 Abs. 1 lit. b RL 2004/38/EG. Der deutsche Staatsangehörige Herr Brey übersiedelte im März 2011 mit seiner Frau nach Österreich und beantragte dort die Gewährung von Ausgleichszulagen, um seine Erwerbsunfähigkeitsrente und sein Pflegegeld aus Deutschland aufzustocken. Die Behörden lehnten seinen Antrag ab, da er mangels ausreichender Existenzmittel keinen rechtmässigen Aufenthalt in Österreich habe. Der Gerichtshof kam zu einem anderen Ergebnis. Nach seiner Meinung könne zwar der Bezug von Sozialhilfeleistungen, als solche auch die Ausgleichszahlung anzusehen sei, ein Indiz dafür sein, dass der Unionsbürger nicht über ausreichende Existenzmittel verfüge.<sup>18</sup> Gleichwohl seien die Voraussetzungen nach Art. 7 Abs. 1 lit. b RL 2004/38/EG unter Wahrung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes anzuwenden.<sup>19</sup> Demnach steht nach Auffassung des EuGH den nichterwerbstätigen Unionsbürgern ein Freizügigkeitsrecht zu, solange sie «das System der ‹Sozialhilfeleistungen› des Aufnahmemitgliedstaats nicht ‹unangemessen› in Anspruch»<sup>20</sup> nehmen. Das vorliegende Gericht hat zu entscheiden, ob die Gewährung einer Ausgleichszahlung an Herrn Brey zu einer «unangemessenen Belastung des nationalen Sozialhilfesystems»<sup>21</sup> führe und ihm aus diesem Grund kein unionsrechtliches Aufenthaltsrecht zustehe.

Aus der Entscheidung des Gerichtshofs in der Rs. Brey folgt, dass nichterwerbstätigen Unionsbürgern ein Aufenthaltsrecht zusteht, sofern sie Sozialhilfeleistungen nicht «unangemessen» beanspruchen. Dabei rückt folgende Frage in den Vordergrund: Wann liegt eine unangemessene Inanspruchnahme von Sozialhilfeleistungen vor? In Betracht kommen eine systematische und eine individuelle Beurteilung.<sup>22</sup> Zunächst lässt sich prüfen, welche Folgen die Gewährung einer Sozialhilfeleistung für das nationale Sozialsystem insgesamt hat. Diesen Ansatz verfolgte der Gerichtshof in seiner Entscheidung zur Rs. Brey, was auf zahlreiche Kritik in der Lehre

<sup>16</sup> EuGH, Rs. C-413/99, *Baumbast und R*, Slg. 2002, I-7091, Rz. 92 f.

<sup>17</sup> EuGH, Rs. C-140/12, *Brey*.

<sup>18</sup> Ebenda, Rz. 63.

<sup>19</sup> Ebenda, Rz. 70.

<sup>20</sup> Ebenda, Rz. 72.

<sup>21</sup> Ebenda, Rz. 79.

<sup>22</sup> M.w.H. THYM, NZS 2014, 81, 86; DERS., CMLR 2015, 17, 27 ff.

stiess.<sup>23</sup> Eine andere Sichtweise nimmt die Situation des Einzelnen in den Blick. In diese Richtung argumentierte die Grosse Kammer des Gerichtshofs im Urteil *Dano*: Die Beurteilung der ausreichenden Existenzmittel sei anhand einer «konkrete[n] Prüfung der wirtschaftlichen Situation jedes Betroffenen vorzunehmen, ohne die beantragten Sozialleistungen zu berücksichtigen»<sup>24</sup>. Für eine individuelle Betrachtung spricht zudem Art. 8 Abs. 4 RL 2004/38/EG, wonach die Mitgliedstaaten keinen festen Betrag für das Kriterium der Existenzmittel vorsehen dürfen, sondern die persönliche Situation des Betroffenen in die Prüfung einzubeziehen haben. Die Prüfung der Angemessenheit einer Inanspruchnahme von Sozialhilfeleistungen ist vorzugsweise anhand einer Prüfung des Einzelfalls vorzunehmen.<sup>25</sup> Für diese Beurteilung können die Kriterien des Erwägungsgrundes 16 RL 2004/38/EG herangezogen werden.<sup>26</sup>

Aus dem Vorstehenden lässt sich schlussfolgern, dass der EuGH in den Aufenthaltsvoraussetzungen nach Art. 7 Abs. 1 lit. b RL 2004/38/EG keine starren Vorgaben sieht. Vielmehr werden diese Bedingungen durch den EuGH relativiert: Die nationalen Behörden haben bei deren Anwendung den Verhältnismässigkeitsgrundsatz zu beachten. Es obliegt dem Gerichtshof, fassbare Kriterien für die Beurteilung zu entwickeln, ob ein nichterwerbstätiger Unionsbürger Sozialhilfeleistungen unangemessen in Anspruch nimmt und aufgrund dessen kein unionales Aufenthaltsrecht zugesprochen erhält.

## 2. Keine automatische Aufenthaltsbeendigung

Unter welchen Umständen ein nichterwerbstätiger Unionsbürger sein Freizügigkeitsrecht verliert, hängt von der Dauer seines Aufenthalts ab. Das Kurzaufenthaltsrecht bis drei Monaten wird gem. Art. 14 Abs. 1 RL 2004/38/EG bei unangemessener Inanspruchnahme der Sozialhilfeleistung beendet.<sup>27</sup> Das Daueraufenthaltsrecht kann nur mehr aus schwerwiegenden Gründen der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit entzogen werden (Art. 28 Abs. 2 RL 2004/38/EG); ab einem zehnjährigen Aufenthalt bedarf es zur Ausweisung des Unionsbürgers zwingende Gründe der öffentlichen Sicherheit (Art. 28 Abs. 3 lit. a RL 2004/38/EG). Betreffend den Zeitraum von drei Monaten bis fünf Jahren legt die Unionsbürgerrichtlinie – wie deren Vorgängerrichtlinien<sup>28</sup> – fest, dass das Aufenthaltsrecht solange besteht, wie die Voraussetzungen

---

<sup>23</sup> EuGH, Rs. C-140/12, *Brey*, Rz. 64, 72; kritisch hierzu HAILBRONNER, JZ 2014, 869, 875; REBHAN, EuR 2015 Beiheft 1, 95, 113 ff.; THYM, NZS 2014, 81, 85 f.

<sup>24</sup> EuGH, Rs. C-333/13, *Dano*, Rz. 80; s. aber auch die Ansätze einer individuellen Betrachtung in der Rs. C-140/12, *Brey*, Rz. 78.

<sup>25</sup> S. zu weiteren Gründe für diese Annahme THYM, NZS 2014, 81, 86.

<sup>26</sup> S. auch GA Wahl zum Urteil EuGH, Rs. C-140/12, *Brey*, Rz. 82 ff.

<sup>27</sup> S. allerdings Art. 24 Abs. 2 RL 2004/38/EG, wonach die Mitgliedstaaten nichterwerbstätige Unionsbürger während den ersten drei Monaten von Sozialhilfeleistungen ausschliessen können.

<sup>28</sup> Art. 3 RL 90/364/EWG; Art. 3 RL 90/365/EWG; Art. 4 RL 93/96/EWG.

des Art. 7 Abs. 1 lit. b erfüllt sind (Art. 14 Abs. 2 RL 2004/38/EG). Das bedeutet, dass das Aufenthaltsrecht für nichterwerbstätige Unionsbürger grundsätzlich endet, wenn sie nicht mehr über ausreichende Existenzmittel und einen umfassenden Krankenversicherungsschutz verfügen. Allerdings findet sich in der Unionsbürgerrichtlinie die Bestimmung des Art. 14 Abs. 3, wonach die Inanspruchnahme von Sozialhilfeleistungen nicht automatisch zur Aufenthaltsbeendigung führen darf. Damit wurde die Rechtsprechung des EuGH positiviert: In seiner Grundsatzentscheidung in der Rs. *Grzelczyk*<sup>29</sup> erklärte der Gerichtshof, dass die Gewährung einer Sozialleistung an einen Studierenden nicht automatisch zu aufenthaltsbeendenden Massnahmen durch den Aufnahmestaat führen darf, insbesondere wenn die finanziellen Schwierigkeiten des Studierenden nur von vorübergehender Dauer sind.<sup>30</sup> Denn der Gerichtshof entnimmt den Freizügigkeitsrichtlinien eine «bestimmte finanzielle Solidarität der Angehörigen dieses Staates mit denen der anderen Mitgliedstaaten»<sup>31</sup>. Aus dieser Rechtsprechung<sup>32</sup> und deren Kodifikation in der Unionsbürgerrichtlinie ergibt sich, dass auch für den Verlusttatbestand das Verhältnismässigkeitsprinzip gilt. Die Bezugnahme einer Sozialhilfeleistung führt nicht *per se* zum Verlust des Aufenthaltsrechts gem. Art 21 AEUV. Vielmehr darf der nichterwerbstätige Unionsbürger nur dann ausgewiesen werden, wenn er die Sozialhilfeleistungen des Aufnahmestaates in unangemessener Weise in Anspruch nimmt. Auch hier stellt sich wiederum die Frage, wann eine unangemessene Inanspruchnahme vorliegt. Die Unionsbürgerrichtlinie sieht diesbezüglich in Erwägung 16 folgende Prüfungskriterien vor: Dauer der finanziellen Schwierigkeiten, Dauer des bisherigen Aufenthalts, die persönlichen Umstände des Betroffenen und den in Frage stehenden Sozialhilfebetrag.

Zusammenfassend ergeben sich aus der Unionsbürgerrichtlinie und der Rechtsprechung des EuGH für den Erwerbs- und Verlusttatbestand des unionsbürgerlichen Freizügigkeitsrechts die gleichen Voraussetzungen.<sup>33</sup> Obgleich nichterwerbstätige Unionsbürger über ausreichende Existenzmittel und einen umfassenden Krankenversicherungsschutz verfügen müssen, ist die Inanspruchnahme von Sozialhilfeleistung nicht gänzlich ausgeschlossen. In einer Einzelfallprüfung haben die nationalen Behörden und Gerichte das Ausmass des Sozialhilfebezugs zu eruieren. Erst wenn diese eine unangemessene Inanspruchnahme feststellen, erhält der Betroffene kein unionsrechtliches Aufenthaltsrecht bzw. verliert ein solches zuvor bestehendes Recht. Im Umkehrschluss sind nichterwerbstätige Unionsbürger bei angemessenem Sozialleistungsbezug freizügigkeitsberechtigt. Dieser Ansatz vermag zu überzeugen. Das Frei-

<sup>29</sup> EuGH, Rs. C-184/99, *Grzelczyk*, Slg. 2001, I-6193.

<sup>30</sup> Ebenda, Rz. 43 f.; kritisch HAILBRONNER, NJW 2004, 2185, 2187.

<sup>31</sup> EuGH, Rs. C-184/99, *Grzelczyk*, Slg. 2001, I-6193, Rz. 44.

<sup>32</sup> S. auch EuGH, Rs. C-456/02, *Trojani*, Slg. 2004, I-7573, Rz. 45.

<sup>33</sup> THYM, ZAR 2014, 220, 222.

zügigkeitsrecht als «grundlegendes Prinzip»<sup>34</sup> der EU soll den Unionsbürgern – unter Wahrung mitgliedstaatlicher Interessen – weitgehend ermöglicht werden.

Schliesslich verweist der EuGH darauf, dass sich der Erwerb und Verlust des unionsbürgerlichen Freizügigkeitsrechts unmittelbar aus dem Primär- bzw. Sekundärrecht ergeben.<sup>35</sup> Der Aufenthaltsgenehmigung einer nationalen Behörde wird ein rein deklaratorischer Charakter zugesprochen.<sup>36</sup> Dies hat zur Folge, dass für den Einzelnen eine Rechtsunsicherheit darüber bestehen kann, ob er sich nun rechtmässig im Aufnahmestaat aufhält oder aufgrund unangemessener Beanspruchung von Sozialleistungen über keinen unionsrechtlichen Aufenthaltstitel (mehr) verfügt.<sup>37</sup>

## **B. Akzessorietät von Aufenthalts- und Gleichbehandlungsrecht**

Der Gerichtshof spricht nichterwerbstätigen Unionsbürgern einen Anspruch auf Teilhabe an Sozialhilfeleistungen des Aufnahmemitgliedstaats zu. Zur Begründung des diskriminierungsfreien Zugangs zu sozialen Vergünstigungen stützt sich der EuGH auf Art. 18 AEUV, welcher Unionsbürger im Anwendungsbereich der Verträge vor Diskriminierungen aus Gründen der Staatsangehörigkeit schützt. In der Rs. *Grzelczyk*<sup>38</sup> aus dem Jahr 2001 entschied der EuGH erstmals, dass der Anwendungsbereich der Verträge i.S.d. Art. 18 AEUV durch die Ausübung des Freizügigkeitsrechts eröffnet wird. Der Antrag des französischen Studenten *Grzelczyk* auf Sozialhilfe in Belgien wurde von den belgischen Behörden abgelehnt. Der Gerichtshof sah hierin eine Verletzung des Gleichbehandlungsgebots nach Art. 6 EG-Vertrag (nunmehr Art. 18 AEUV). Der Unionsbürgerstatus, «der grundlegende Status der Angehörigen der Mitgliedstaaten»<sup>39</sup>, vermittele in Verbindung mit dem Freizügigkeitsrecht nach Art. 8a Abs. 1 EG-Vertrag (nunmehr Art. 21 Abs. 1 AEUV) ein Recht auf Gleichbehandlung und somit einen Anspruch auf gleichen Zugang zu Sozialhilfeleistungen.

Der EuGH-Rechtsprechung ist der Grundsatz zu entnehmen, dass ein Anspruch auf gleichen Zugang zu Sozialleistungen einen «rechtmässigen» Aufenthalt im Aufnahmestaat voraussetzt; ein Aufenthaltsrecht kraft nationalem Recht genügt.<sup>40</sup> Trotz die-

---

<sup>34</sup> EuGH, Rs. C-140/12, *Brey*, Rz. 70.

<sup>35</sup> EuGH, Rs. C-325/09, *Dias*, Slg. 2011, I-6387, Rz. 48, 54.

<sup>36</sup> THYM, NZS 2014, 81, 86 f.

<sup>37</sup> M.w.H. THYM, CMLR 2015, 17, 41 ff.

<sup>38</sup> EuGH, Rs. C-184/99, *Grzelczyk*, Slg. 2001, I-6193.

<sup>39</sup> Ebenda, Rz. 31.

<sup>40</sup> EuGH, Rs. C-85/96, *Martínez Sala/Freistaat Bayern*, Slg. 1998, I-2691, Rz. 63; Rs. C-184/99, *Grzelczyk*, Slg. 2001, I-6193, Rz. 32; Rs. C-209/03, *Bidar*, Slg. 2005, I-2119, Rz. 37; EuGH, Rs. C-140/12, *Brey*, Rz. 44; betreffend Aufenthaltsrecht kraft nationalem Recht s. EuGH, Rs. C-456/02, *Trojani*, Slg. 2004, I-7573, Rz. 36 f., 44.



ser Standardformel war bislang nicht abschliessend geklärt, ob sich ein nichterwerbstätiger Unionsbürger, welchem mangels Erfüllung der wirtschaftlichen Voraussetzungen kein Aufenthaltsrecht nach der Unionsbürgerrichtlinie zusteht, auf das allgemeine Diskriminierungsverbot des Art. 18 AEUV berufen kann.<sup>41</sup> Diese Frage stand im Mittelpunkt der jüngst ergangenen – mit Spannung erwarteten – Entscheidung in der Rs. Dano.<sup>42</sup> Dem Urteil vom 11. November 2014 lag folgender Sachverhalt zugrunde: Frau Dano, eine rumänische Staatsangehörige, lebte mit ihrem Sohn seit 2011 in Deutschland und erhielt dort eine unbefristete Freizügigkeitsbescheinigung für EU-Bürger. Frau Dano war weder erwerbstätig noch auf der Suche nach einer Arbeit. Ihr Antrag auf Gewährung von Sozialhilfe wurde abgelehnt. Die gegen diese Entscheidung erhobene Klage durch Frau Dano veranlasste das Sozialgericht Leipzig zu einem Vorabentscheidungsersuchen. Der Gerichtshof hatte insbesondere zu prüfen, ob die nichterwerbstätige Unionsbürgerin einen Anspruch auf die Leistungen der Grundsicherung hat. Der Gerichtshof betonte zunächst, dass das allgemeine Diskriminierungsverbot des Art. 18 AEUV durch Art. 24 RL 2004/38/EG konkretisiert wird. Sodann konzentrierte sich der EuGH auf den Wortlaut der Unionsbürgerrichtlinie: Das Gleichbehandlungsgebot des Art. 24 Abs. 1 gelte nur für jenen Unionsbürger, der sich «aufgrund dieser Richtlinie im Hoheitsgebiet des Aufnahmemitgliedstaats aufhält»<sup>43</sup>. Folglich können sich hierauf auch nur jene Unionsbürger berufen, welche die Aufenthaltsvoraussetzungen der Richtlinie erfüllen.<sup>44</sup> Da Frau Dano – wie das vorlegende Gericht festgestellt habe – nicht über ausreichende Existenzmittel verfüge, stehe ihr kein Aufenthaltsrecht nach der Unionsbürgerrichtlinie zu und sie könne sich deshalb auch nicht auf das Gleichbehandlungsgebot des Art. 24 Abs. 1 RL 2004/38/EG berufen.

Der Gerichtshof postuliert mit diesem Urteil eine «strenge Akzessorietät von Diskriminierungsverbot und Freizügigkeitsrecht»<sup>45</sup>. Darin besteht das Kernelement der Entscheidung. Einen Anspruch auf Gleichbehandlung und damit einen Anspruch auf gleichen Zugang zu Sozialleistungen geniessen nur die nach der Unionsbürgerrichtlinie freizügigkeitsberechtigten Unionsbürger.<sup>46</sup> Der EuGH gab den Mitgliedstaaten hiermit die Möglichkeit, nichterwerbstätige Unionsbürger, «die von ihrer Freizügigkeit allein mit dem Ziel Gebrauch machen, in den Genuss der Sozialhilfe eines ande-

<sup>41</sup> HAILBRONNER, JZ 2014, 869, 874; THYM, NZS 2014, 81, 89.

<sup>42</sup> EuGH, Rs. C-333/13, *Dano*; Urteilsbesprechungen s. etwa NAZIK/ULBER, NZS 2015, 369; THYM, NJW 2015, 130; VERSCHUEREN, CMLR 2015, 363; WOLLENSCHLÄGER, NVwZ 2014, 1628.

<sup>43</sup> EuGH, Rs. C-333/13, *Dano*, Rz. 68.

<sup>44</sup> Ebenda, Rz. 68 f.

<sup>45</sup> THYM, NJW 2015, 130, 131.

<sup>46</sup> Dem Urteil *Dano* nicht zu entnehmen ist, ob weiterhin ein nationaler Aufenthaltstitel wie in der Rs. *Trojani* (Fn. 40) für die Anwendbarkeit des Art. 18 AEUV genügt, THYM, NJW 2015, 130, 133 mit Fn. 51.

ren Mitgliedstaats zu kommen»<sup>47</sup>, von Sozialleistungen auszuschliessen. Ungeachtet dieser Formulierung kommt es auf die Absicht des Unionsbürgers wohl nicht an.<sup>48</sup> Unionsbürger ohne Freizügigkeitsrecht werden – an dieser Klarheit mangelt es dem Urteil nicht – vom europäischen Diskriminierungsverbot ausgenommen. Damit ist der Gerichtshof zu einer restriktiven Deutung des Freizügigkeits- und Gleichbehandlungsrecht zurückgekehrt. An der grundsätzlichen Anerkennung eines Gleichbehandlungsanspruchs hinsichtlich Sozialleistungen für Nichterwerbstätige ändert sich selbstredend nichts. Dies gilt jedenfalls – bis zu einer unangemessenen Inanspruchnahme – für jene Unionsbürger, welche sich nach der Unionsbürgerrichtlinie rechtmässig länger als drei Monate im Aufnahmestaat aufhalten. Vor diesem Zeitpunkt können die Mitgliedstaaten nichterwerbstätige Unionsbürger von Sozialhilfeleistungen ausschliessen (Art. 24 Abs. 2 RL 2004/28/EG).<sup>49</sup>

### C. Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung

Nichterwerbstätige Unionsbürger mit einem Aufenthaltsrecht gem. Unionsbürgerrichtlinie haben zwar grundsätzlich – bis zur Unangemessenheit – einen Anspruch auf Sozialhilfeleistungen, der EuGH verlangt allerdings keine umfassende Gleichbehandlung. Vielmehr können nach seiner Rechtsprechung Ungleichbehandlungen aufgrund «objektive[r], von der Staatsangehörigkeit der Betroffenen unabhängigen Erwägungen»<sup>50</sup> gerechtfertigt werden, sofern der Verhältnismässigkeitsgrundsatz gewahrt bleibt.

Der Gerichtshof hat in seiner Rechtsprechung zu Studierenden die Rechtfertigungsmöglichkeiten einer Diskriminierung aufgezeigt.<sup>51</sup> So hielt er etwa in der Rs. *Bidar* im Jahr 2005 fest, dass Ungleichbehandlungen gerechtfertigt werden können, um das Sozialsystem des Aufnahmestaates nicht unangemessen zu belasten.<sup>52</sup> Daher sei es den Mitgliedstaaten erlaubt, die Gewährung einer Studienbeihilfe von einem «gewissen Integrationsgrad»<sup>53</sup> des Studierenden im Aufnahmestaat abhängig zu machen. In

---

<sup>47</sup> EuGH, Rs. C-333/13, *Dano*, Rz. 78.

<sup>48</sup> THYM, <<http://www.verfassungsblog.de/eu-freizuegigkeit-als-rechtliche-konstruktion-nicht-als-soziale-imagination/>> (04.08.2015).

<sup>49</sup> Bestätigt in EuGH, Rs. C-333/13, *Dano*, Rz. 70; s. auch GA Wathelet zur Rs. C-299/14, *Garcia-Nieto*, Rz. 69 ff. Der ursprüngliche Richtlinienvorschlag, welcher den Zugang zu Sozialhilfeleistungen bis zum Erwerb des Daueraufenthaltsrechts ausschloss, wurde im Hinblick auf die Entscheidung in der Rs. Grzelczyk in die bestehende Rechtslage geändert, s. Art. 21 Abs. 2 RL-Vorschlag, KOM(2001) 257 endg., ABl. 2001 C 270E, 150 ff.

<sup>50</sup> EuGH, Rs. C-209/03, *Bidar*, Slg. 2005, I-2119, Rz. 54.

<sup>51</sup> Zur parallelen Rechtfertigungsmöglichkeit einer Beschränkung des Art. 21 AEUV s. EuGH, verb. Rs. C-523/11 und C-585/11, *Prinz und Seeberger*, Rz. 33 ff.; Rs. C-220/12, *Thiele Menses*, Rz. 34 ff.

<sup>52</sup> EuGH, Rs. C-209/03, *Bidar*, Slg. 2005, I-2119, Rz. 56.

<sup>53</sup> Ebenda, Rz. 57.

der nachfolgenden Entscheidung in der Rs. Förster erkannte der EuGH die Verhältnismässigkeit des Art. 24 Abs. 2 RL 2004/38/EG an: Ausländische Studierende haben im Aufnahmestaat in den ersten fünf Jahren keinen Anspruch auf Unterhaltsbeihilfen.<sup>54</sup> Allerdings kann davon ausgegangen werden, dass diese fünfjährige Wartefrist eine Obergrenze darstellt und es dem Einzelnen vor Ablauf dieses Zeitraums möglich sein muss, die Verbundenheit zum Studienort auf eine andere Weise nachzuweisen.<sup>55</sup> Denn wie der EuGH in seiner Rechtsprechung betont, darf der verlangte Beweis eines Integrationsgrades «nicht einem Gesichtspunkt unangemessen hohe Bedeutung beimessen [...], der nicht zwangsläufig für den tatsächlichen und effektiven Grad der Verbundenheit des Antragstellers mit dem Mitgliedstaat, in dem er studiert, repräsentativ ist und jeden anderen repräsentativen Gesichtspunkt ausschließt»<sup>56</sup>.

Der für die Studierenden aufgestellte Grundsatz, wonach eine Verletzung des Diskriminierungsverbots nach Art. 18 AEUV<sup>57</sup> bzw. Art. 24 Abs. 1 RL 2004/38/EG<sup>58</sup> bei Vorliegen eines legitimen Grundes und Einhaltung der Verhältnismässigkeit gerechtfertigt werden kann, gilt auch für die sonstigen nichterwerbstätigen Unionsbürger. Mithin müssen auch diese einen gewissen Integrationsgrad im Aufnahmemitgliedstaat erfüllen, um in den Genuss von Sozialhilfeleistungen zu gelangen.<sup>59</sup> Der Gerichtshof fordert zwar von den nationalen Behörden, die Verbundenheit auf Grund von «klaren und im Voraus bekannten Kriterien»<sup>60</sup> festzustellen, seiner Rechtsprechung lassen sich gleichwohl keine eindeutigen und kohärenten Vorgaben entnehmen. Grundsätzlich hat sich der verlangte Integrationsgrad an der Art und am Zweck der Leistung zu orientieren und kann sich daher von Leistung zu Leistung unterscheiden.<sup>61</sup> So können sich für den Zugang zu Sozialleistungen für Kinder andere Erfordernisse ergeben als für Pensionäre oder erfolglos Arbeitssuchende.<sup>62</sup> Sofern die sozialen Vergünstigungen in die Regelungskompetenz der Mitgliedstaat fallen, steht diesen jedenfalls ein weiter Ermessensspielraum zu.<sup>63</sup>

<sup>54</sup> EuGH, Rs. C-158/07, *Förster*, Slg. 2008, I-8507, Rz. 58.

<sup>55</sup> GA Mazák zum Urteil EuGH, Rs. C-158/07, *Förster*, Slg. 2008, I-8507, Rz. 133; HIPOLD, EuR 2015, 133, 139; VON PAPP, NVwZ 2009, 87, 90.

<sup>56</sup> EuGH, Rs. C-75/11, *Kommission/Österreich*, Rz. 62.

<sup>57</sup> EuGH, Rs. C-209/03, *Bidar*, Slg. 2005, I-2119, Rz. 49 ff.; Rs. C-158/07, *Förster*, Slg. 2008, I-8507, Rz. 51 ff.

<sup>58</sup> EuGH, Rs. C-75/11, *Kommission/Österreich*, Rz. 59 ff.

<sup>59</sup> GA Wathelet zum Urteil EuGH, Rs. C-333/13, *Dano*, Rz. 129; THYM, NZS 2014, 81, 87 ff.

<sup>60</sup> EuGH, Rs. C-158/07, *Förster*, Slg. 2008, I-8507, Rz. 56.

<sup>61</sup> EuGH, Rs. C-75/11, *Kommission/Österreich*, Rz. 63.

<sup>62</sup> THYM, CMLR 2015, 17, 48.

<sup>63</sup> EuGH, Rs. C-220/12, *Thiele Meneses*, Rz. 37.

## **D. Fazit: Finanzielle Solidarität mit Grenzen**

Im Grunde besteht in der EU eine finanzielle Solidarität zwischen den Angehörigen der Mitgliedstaaten: Auch nichterwerbstätige Unionsbürger haben einen Anspruch auf Sozialleistungen im Aufnahmestaat. Erst bei unangemessener Inanspruchnahme der Sozialhilfe kommt ihnen kein Aufenthaltsrecht zu bzw. verlieren sie ein solches bestehendes Recht. Die Solidarität besteht allerdings nicht unbeschränkt, sondern kennt ihre Grenzen. Jene bedarf es in erster Linie zum Schutz nationaler Sozialsysteme vor einer übermässigen Belastung. Diese Grenzen lassen sich bereits an den ökonomischen Aufenthaltsvoraussetzungen erkennen: Die Unionsbürger besitzen kein unbedingtes Freizügigkeitsrecht, sondern haben ausreichende Existenzmittel und einen umfassenden Krankenversicherungsschutz vorzuweisen. All jene, denen es an diesen Mitteln fehlt, sind nicht freizügigkeitsberechtigt. Damit wird ihnen auch kein Gleichbehandlungsrecht gewährt und somit der Zugang zu Sozialleistungen verwehrt. Die freizügigkeitsberechtigten Unionsbürger geniessen zwar ein Gleichbehandlungsrecht, dennoch zeigen sich auch hier die Grenzen der Solidarität: Ein gleicher Zugang zu Sozialhilfeleistungen kommt diesen Unionsbürgern erst dann zugute, wenn sie sich bereits hinreichend im Aufnahmemitgliedstaat integriert haben.

## **III. Sozialhilfeleistung für Nichterwerbstätige unter dem FZA**

Mit dem am 21. Juni 1999 unterzeichneten und am 1. Juni 2002 in Kraft getretenen Freizügigkeitsabkommen (FZA) wurde der freie Personenverkehr zwischen der Schweiz und der EU eingeführt. Das Konzept der Unionsbürgerschaft und die damit verbundenen Rechte fanden keinen Eingang in das Abkommen. Nichtsdestotrotz gewährt auch das FZA nichterwerbstätigen Personen ein Freizügigkeitsrecht. Welche Voraussetzungen sie hierfür zu erfüllen haben und ob ihnen – wie im Unionsrecht – ein Zugang zu Sozialhilfeleistungen gewährt wird, beleuchten die folgenden Kapitel. Nach einer Skizzierung der relevanten Abkommensbestimmungen (A.) wird die Rechtsprechung des Bundesgerichts in den Blick genommen (B.) und die Frage aufgeworfen, welche Bedeutung die unionsbürgerliche Rechtsprechung des EuGH für das FZA hat (C.).

### **A. Wortlaut des FZA**

Die Bestimmungen des Freizügigkeitsabkommens zum Aufenthaltsrecht für Nichterwerbstätige entsprechen im Wesentlichen der alten Rechtslage in der EU.<sup>64</sup> Die

---

<sup>64</sup> So etwa RL 90/364/EWG (Fn. 8); RL 90/365/EWG (Fn. 9); RL 93/96/EWG (Fn. 10).

Unionsbürgerrichtlinie wurde – trotz diesbezüglichem Wunsch seitens der EU – bislang nicht übernommen.<sup>65</sup> Daher kennt das FZA für nichterwerbstätige Personen auch keine der RL 2004/38/EG vergleichbaren abgestuften Aufenthaltsrechte: Es gibt weder ein voraussetzungsloses Kurzaufenthaltsrecht noch ein unbedingtes Daueraufenthaltsrecht. Vielmehr haben sich alle Nichterwerbstätigen unabhängig von der Dauer ihres Aufenthaltsrechts auf das Freizügigkeits- und Aufenthaltsrecht des Art. 6 FZA i.V.m. Art. 24 Anhang I FZA zu berufen. Wie im Unionsrecht steht dieses Recht den nichterwerbstätigen Personen nicht uneingeschränkt zu: Sie müssen über einen umfassenden Krankenversicherungsschutz und ausreichende Mittel verfügen, «so dass sie während ihres Aufenthalts keine Sozialhilfe in Anspruch nehmen müssen» (Art. 24 Abs. 1 lit. a Anhang I FZA).<sup>66</sup> Bezüglich der Frage nach den ausreichenden finanziellen Mitteln fehlt im FZA eine dem Art. 8 Abs. 4 Satz 1 RL 2004/38/EG vergleichbare Bestimmung, wonach die Mitgliedstaaten keinen fixen Betrag festlegen dürfen, sondern die persönlichen Umstände des Einzelnen zu berücksichtigen haben. Stattdessen bestimmt das Abkommen Folgendes:<sup>67</sup> Die finanziellen Mittel sind ausreichend, «wenn sie den Betrag übersteigen, unterhalb dessen die eigenen Staatsangehörigen auf Grund ihrer persönlichen Situation und gegebenenfalls derjenigen ihrer Familienangehörigen Anspruch auf Fürsorgeleistungen haben. Ist diese Bedingung nicht anwendbar, so gelten die finanziellen Mittel des Antragstellers als ausreichend, wenn sie die von der Sozialversicherung des Aufnahmestaates gezahlte Mindestrente übersteigen» (Art. 24 Abs. 2 Anhang I FZA).<sup>68</sup> Das Aufenthaltsrecht besteht solange, wie die Voraussetzungen des Abs. 1 erfüllt sind (Art. 24 Abs. 8 Anhang I FZA).<sup>69</sup> Damit endet das Aufenthaltsrecht für nichterwerbstätige Personen unter dem FZA, wenn sie nicht mehr über ausreichende Existenzmittel und einen umfassenden Krankenversicherungsschutz verfügen. Eine dem Art. 14 Abs. 3 RL 2004/38/EG vergleichbare Bestimmung, wonach bei Inanspruchnahme von Sozialhilfeleistung die Aufenthaltsbeendigung nicht automatisch erfolgen darf, findet sich im Abkommen nicht wieder. Dies ist darauf zurückzuführen, dass diese Vorgabe erst nach Unterzeichnung des Abkommens vom EuGH entwickelt und in die Unionsbürgerrichtlinie neu aufgenommen wurde.

<sup>65</sup> S. die Mitteilung des damaligen Bundesamts für Migration vom 14. Juni 2011 «Schweiz-EU: Elfte Treffen des Gemischten Ausschusses zum Freizügigkeitsabkommens», <<https://www.news.admin.ch>> und Link zur Medienmitteilung vom 14. Juni 2011 (04.08.2015); vgl. EWR, welcher die Unionsbürgerrichtlinie mit Beschluss Nr. 158/2007 übernommen hat.

<sup>66</sup> Bei Studierenden genügt die Glaubhaftmachung ausreichender Existenzmittel; zudem müssen sie in einer Bildungsstätte eingeschrieben sein (Art. 24 Abs. 4 Anhang I FZA).

<sup>67</sup> S. zum ähnlichen Wortlaut Art. 1 Abs. 1 Unterabs. 2 und 3 RL 90/364/EWG; Art. 1 Abs. 1 Unterabs. 2 und 3 RL 90/365/EWG; vgl. auch Art. 8 Abs. 4 Satz 2 RL 2004/38/EG.

<sup>68</sup> S. zur Konkretisierung in Art. 16 Verordnung über die Einführung des freien Personenverkehrs (SR 142.203).

<sup>69</sup> Dies entspricht Art. 3 RL 90/364/EWG, Art. 3 RL 90/365/EWG, Art. 4 RL 93/96/EWG sowie nunmehr Art. 14 Abs. 2 RL 2004/38/EG.

Das FZA enthält ein allgemeines Diskriminierungsverbot, welches im Wesentlichen dem unionsrechtlichen Diskriminierungsverbot des Art. 18 AEUV nachgebildet ist.<sup>70</sup> Nach Art. 2 FZA dürfen Staatsangehörige einer Vertragspartei, die sich rechtmässig im Hoheitsgebiet einer anderen Vertragspartei aufhalten, «bei der Anwendung dieses Abkommens gemäss den Anhängen I, II und III nicht auf Grund ihrer Staatsangehörigkeit diskriminiert» werden. Dieses Verbot der Diskriminierung kommt immer dann zur Anwendung, wenn kein spezifisches Diskriminierungsverbot – wie etwa jenes für Arbeitnehmer oder Selbständige<sup>71</sup> – greift.<sup>72</sup> Daher hat die Bestimmung des Art. 2 FZA insbesondere für nichterwerbstätige Personen eine grosse Bedeutung. Eine Ausnahme des Gleichbehandlungsgebots lässt sich in Art. 24 Abs. 4 Anhang I FZA finden, welcher Unterhaltsbeihilfen für Studierende vom Regelungsgegenstand des Abkommens ausklammert. Etwaige Ausschlüsse der nichterwerbstätigen Personen von Sozialhilfeleistungen lassen sich dem Wortlaut des FZA nicht entnehmen.<sup>73</sup> Folglich liesse sich der Schluss ziehen, dass das allgemeine Diskriminierungsverbot des Art. 2 FZA den nichterwerbstätigen Personen ein Recht auf gleichen Zugang zu Sozialleistungen gewährt. Allerdings stünde dies im Widerspruch mit dem Wortlaut des Art. 24 Abs. 1 Anhang I FZA, welcher vom Nichterwerbstätigen ausreichende Existenzmittel fordert, damit er im Rahmen seines Aufenthalts «keine Sozialhilfe in Anspruch nehmen» muss.

## **B. Rechtsprechung des Bundesgerichts**

Das Bundesgericht hält in ständiger Rechtsprechung fest, dass eine nichterwerbstätige Person über ausreichende Existenzmittel verfügen muss, um in den Genuss des Aufenthaltsrechts gem. Art. 6 FZA i.V.m. Art. 24 Anhang I FZA zu gelangen.<sup>74</sup> Daher geniesse eine Person, welche auf Ergänzungsleistungen oder Sozialhilfe angewiesen sei und diese auch tatsächlich beziehe, mangels ausreichender Finanzmittel kein Freizügigkeitsrecht unter dem FZA. Mit dieser ökonomischen Aufenthaltsvoraussetzung werde vermieden, dass die öffentlichen Finanzen des Aufnahmestaates übermässig belastet werden.<sup>75</sup> Dieses Ziel sei auch dann gewährleistet, wenn nicht die betroffene Person selbst über die ausreichenden Mittel verfüge, sondern von

---

<sup>70</sup> BGE 129 I 392, 399 E. 3.2.3.; 136 II 241, 248 E. 12.; EPINEY, SJZ 2009, 25, 27 ff.; EPINEY/METZ/PIRKER, 221 ff.

<sup>71</sup> Art. 9 Anhang I FZA betreffend Arbeitnehmer; Art. 15 Anhang I FZA betreffend Selbständige.

<sup>72</sup> S. etwa BOILLET, 156 ff.; EPINEY/METZ/PIRKER, 222; KAHIL-WOLFF, in: SCHAFFHAUSER/SCHÜRER, 9, 12 f.

<sup>73</sup> Vgl. Ausschluss der Dienstleistungsempfänger von der Sozialhilfe gem. Art. 23 Abs. 1 Anhang I FZA; Ausschluss der Arbeitssuchenden von der Sozialhilfe gem. Art. 2 Abs. 1 Anhang I FZA.

<sup>74</sup> BGer 2C\_989/2011 vom 2. April 2012 E. 3.3.3.; 2C\_471/2012 vom 18. Januar 2013 E. 4.4.; 2C\_7/2014 vom 20. Januar 2014, E. 3.; 2C\_718/2013 vom 27. Februar 2014 E.2.3.1.; 2C\_390/2013 vom 10. April 2014 E. 6.; 2C\_52/2014 vom 23. Oktober 2014 E. 4.2.

<sup>75</sup> BGE 135 II 265, 269 f. E. 3.3.; BGer 2C\_52/2014 vom 23. Oktober 2014 E. 4.3.

Familienangehörigen oder sonstigen Dritten unterstützt werde – vorausgesetzt die Drittmittel bestehen auch tatsächlich.<sup>76</sup>

Die sozialrechtliche Abteilung des Bundesgerichts erklärte in einem Entscheid aus dem Jahr 2007, dass EU-Nichterwerbstätige unter den gleichen Bedingungen wie Schweizer Staatsangehörige einen Anspruch auf Ergänzungsleistungen haben.<sup>77</sup> Voraussetzung dafür sei, dass die Person eine Aufenthaltsbewilligung besitze und sich dementsprechend rechtmässig in der Schweiz aufhalte. Ob aufgrund der Inanspruchnahme dieser Sozialleistung das Aufenthaltsrecht in Folge beendet werden muss, habe die Ausländerbehörde zu entscheiden.

Aus der aufenthaltsrechtlichen Sicht wird nach Rechtsprechung des Bundesgerichts das Freizügigkeitsrecht beendet, wenn der Nichterwerbstätige Sozialhilfe oder Ergänzungsleistungen in Anspruch nimmt.<sup>78</sup> In diesem Fall seien nämlich die Aufenthaltsbedingungen des Art. 24 Abs. 1 Anhang I FZA nicht mehr erfüllt (s. Art. 24 Abs. 8 Anhang I FZA).

Augenfällig bei der Untersuchung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist der explizite Bezug auf die alte Rechtslage in der EU.<sup>79</sup> Keine Erwähnung – geschweige eine Berücksichtigung – finden die Erwägungen des EuGH, mit welchen er die Aufenthaltsvoraussetzungen relativiert (Urteile *Baumbast*<sup>80</sup> und *Brey*) sowie eine automatische Aufenthaltsbeendigung verboten (Urteile *Grzelczyk* und *Trojani*<sup>81</sup>) hat. Im Gegensatz zum EuGH nimmt das Bundesgericht zur Begründung und Beendigung des Freizügigkeitsrechts keine Verhältnismässigkeitsprüfung vor. Vielmehr hält sich das Bundesgericht streng an den Wortlaut des FZA. Sofern keine ausreichenden finanziellen Mittel vorliegen, weil Sozialhilfe oder Ergänzungsleistungen in Anspruch genommen werden müssen, besteht nach seiner Rechtsprechung für Nichterwerbstätige kein Aufenthaltsrecht bzw. verlieren sie ein solches.

Die Aufenthaltsbewilligung hat unter dem FZA – dem Unionsrecht gleich – nur eine deklaratorische Bedeutung; das Aufenthaltsrecht begründet sich konstitutiv durch die

<sup>76</sup> BGE 135 II 265, 269 f. E 3.3. und E. 3.4. mit Verweis auf EuGH, Rs. C-200/02, *Zhu und Chen*, Slg. 2004, I-9925, Rz. 30, 33 und Rs. C-408/03, *Kommission/Belgien*, Slg. 2006, I-2647, Rz. 40 f.

<sup>77</sup> BGE 133 V 265, 277 f. E 7.3.2. mit Verweis auf EuGH, Rs. C-456/02, *Trojani*, Slg. 2004, I-7573, Rz. 40 ff.

<sup>78</sup> BGE 135 II 265, 272 E. 3.6.; BGer 2C\_7/2014 vom 20. Januar 2014 E. 3.; 2C\_52/2014 vom 23. Oktober 2014 E. 4.3.

<sup>79</sup> So etwa in BGE 135 II 265, 269 E. 3.3. mit Verweis auf die RL 90/364/EWG; BGer 2C\_52/2014 vom 23. Oktober 2014 E. 4.3. mit Verweis auf Art. 3 RL 90/364/EWG.

<sup>80</sup> Vgl. BGE 136 II 65, 73 E. 4; 139 II 393, 399 E. 4.3. jeweils mit Verweis auf EuGH, Rs. C-413/99, *Baumbast und R*, Slg. 2002, I-7091, in einem anderen Kontext.

<sup>81</sup> Vgl. jedoch BGE 133 V 265, 277 E. 7.3.2. mit Verweis auf EuGH, Rs. C-456/02, *Trojani*, Slg. 2004, I-7573, Rz. 40 ff., betreffend die Frage des gleichen Zugangs zu Ergänzungsleistungen bei rechtmässigem Aufenthalt.

Erfüllung der abkommensrechtlichen Aufenthaltsvoraussetzungen.<sup>82</sup> Damit erscheint jedoch die Entscheidung der sozialrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts aus dem Jahr 2007 nicht schlüssig. Wenn eine nichterwerbstätige Person – im Einklang mit der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichts – ihr FZA-Freizügigkeitsrecht verliert, wenn sie Sozialhilfe oder Ergänzungsleistungen tatsächlich beansprucht, bedeutet dies, dass sie sich im Moment der Inanspruchnahme nicht mehr rechtmässig nach Art. 24 Anhang I FZA in der Schweiz aufhält und ihr folglich auch kein gleicher Zugang zur Sozialleistung zusteht. Die sozialrechtliche Abteilung hätte somit konsequenterweise mangels eines Aufenthaltsrechts einen Anspruch auf Ergänzungsleistungen verneinen müssen.

### C. Bedeutung der EuGH-Rechtsprechung

Soweit ersichtlich hat sich der EuGH zur Frage, ob nichterwerbstätigen Personen unter dem FZA der Zugang zu Sozialhilfeleistungen gewährt werden muss, bislang nicht geäußert. Daher drängt sich die Frage auf, ob dessen Rechtsprechung im Kontext des Unionsrechts für die Auslegung des FZA relevant ist. Im Freizügigkeitsabkommen nimmt Art. 16 Abs. 2 ausdrücklich auf die Rechtsprechung des EuGH Bezug. Die Bestimmung sieht vor, dass die vor dem Zeitpunkt der Unterzeichnung (21. Juni 1999) ergangene Rechtsprechung des europäischen Gerichtshofs zu berücksichtigen ist, sofern im Abkommen Begriffe des Gemeinschaftsrechts herangezogen werden.<sup>83</sup> Über die nach Unterzeichnung ergangene Rechtsprechung wird die Schweiz informiert (Art. 16 Abs. 2 S. 2 FZA). Betreffend diesen neuen<sup>84</sup> Entscheidungen erkennt das Bundesgericht in Anbetracht des Abkommensziels – nämlich die Schaffung einer Rechtslage wie in der EU<sup>85</sup> – ein grundsätzliches «Beachtungsge-

---

<sup>82</sup> BGE 136 II 329, 332 E. 2.2. mit Verweis auf EuGH, Rs. C-363/89, *Roux/Belgischer Staat*, Slg. 1991, I-273, Rz. 12 und Rs. C-459/99, *MRAX*, Slg. 2002, I-6591, Rz. 74; BGer 2C\_756/2009 vom 15. Dezember 2009 E. 3.1.1.; EPINEY/METZ, in: ACHERMANN/CARONI/EPINEY/KÄLIN/NGUYEN/UEBERSAX, 243, 255 ff.; SPESCHA/KERLAND/BOLZLI, 127.

<sup>83</sup> Schweizer Rechtsprechung und Lehre gehen mehrheitlich von einer «Berücksichtigungspflicht» aus, s. etwa BGE 130 I 26, 35 E. 3.2.2.; BURRI/PIRKER, SZIER 2010, 165, 172; EPINEY/METZ/PIRKER, 156 f.; OESCH, ZBl 2014, 171, 197; für COTTIER/DIEBHOLD, in: SJER 2008/2009, 237, 258 ff., bedeutet der Begriff «Berücksichtigung», dass von der EuGH-Rechtsprechung bei ausreichender Begründung abgewichen werden kann.

<sup>84</sup> S. zur schwierigen Abgrenzungsfrage zwischen «neuer» und «alter» Rechtsprechung EPINEY/METZ/PIRKER, 167 ff.

<sup>85</sup> S. etwa Präambel des FZA: Personenfreizügigkeit soll «auf der Grundlage der in der Europäischen Gemeinschaft geltenden Bestimmungen» verwirklicht werden; Art. 16 Abs. 1 FZA: Vertragsparteien treffen «alle erforderlichen Massnahmen, damit in ihren Beziehungen gleichwertige Rechte und Pflichten wie in den Rechtsakten der Europäischen Gemeinschaft, auf die Bezug genommen wird, Anwendung finden».



bot»<sup>86</sup> an. Nur «aus triftigen Gründen»<sup>87</sup> und nicht «leichthin» werde es von der Rechtsauffassung des EuGH abweichen.<sup>87</sup>

Die EuGH-Rechtsprechung ist für die Auslegung des Abkommens gem. Art. 16 Abs. 2 FZA nur relevant, sofern jenes unionsrechtliche Begriffe heranzieht. Dies ist etwa dann der Fall, wenn das FZA auf das Sekundärrecht der EU verweist oder sich am Unionsrecht – insbesondere an dessen Wortlaut – anlehnt.<sup>88</sup> In der Rs. Engel und Graf aus dem Jahr 2011 betonte der EuGH, dass die Abkommen der EU mit der Schweiz «spezifische Rechte und Pflichten vorsehen, die in mancher Hinsicht den im Vertrag festgelegten entsprechen»<sup>89</sup>, und legte das FZA entsprechend parallel aus. Das Bundesgericht erkennt in zahlreichen Urteilen den Rückgriff auf europarechtliche Begriffe, sodass es die entsprechende EuGH-Rechtsprechung verwertet.<sup>90</sup> Keine Relevanz haben nach Ansicht des Bundesgerichts jene Urteile des EuGH, welche sich auf das Konzept der Unionsbürgerschaft (wie etwa die neuen Urteile zur Kernbestandsdoktrin) oder auf die durch die Unionsbürgerrichtlinie neu eingeführten Rechte (wie etwa das bindungslose Kurz- und Daueraufenthaltsrecht) beziehen.<sup>91</sup> Im Umkehrschluss bedeutet dies, dass das Bundesgericht jene Unionsbürgerrechtsprechung des EuGH in seine Beurteilung einbezieht, welche das Freizügigkeitsrecht (Art. 21 AEUV) und das Diskriminierungsverbot (Art. 18 AEUV) sowie die mit den Vorgängerrichtlinien übereinstimmenden Bestimmungen der RL 2004/38/EG betreffen.<sup>92</sup>

Angesichts dieser Herangehensweise des Bundesgerichts ist es erstaunlich, dass es die Urteile des EuGH zum Freizügigkeits- und Gleichbehandlungsrecht nichterwerbstätiger Unionsbürger mehrheitlich nicht erwähnt.<sup>93</sup> Es sprechen gute Gründe für eine Auseinandersetzung mit jenen Entscheidungen.

Im vorliegenden Zusammenhang stellt sich zunächst die Frage nach dem Verhältnis von Art. 2 FZA zu Art. 18 AEUV. Im Grundsatz wird von einer prinzipiellen Anknüpfung des Art. 2 FZA an das unionsrechtliche Diskriminierungsverbot nach

<sup>86</sup> BGE 139 II 393, 398 E. 4.1.1.

<sup>87</sup> BGE 136 II 5, 13 E. 3.4.

<sup>88</sup> COTTIER/DIEBOLD, in: SJER 2008/2009, 237, 258; EPINEY/METZ/PIRKER, 157 ff.; GIRARDIN, in: EPINEY/METZ/MOSTERS, 29, 41 ff.

<sup>89</sup> EuGH, Rs. 506/10, *Graf und Engel*, Slg. 2011, I-9345, Rz. 33.

<sup>90</sup> Z.B. Begriff des Arbeitnehmers, BGE 131 II 339, 344 f. E 3.1.; Gründe der öffentlichen Ordnung und Sicherheit als Beendigungsgrund des Aufenthaltsrechts, BGE 136 II 5; drittstaatsangehörige Stiefkinder als nachzugsberechtigzte Familienangehörige, BGE 136 II 65.

<sup>91</sup> BGE 139 II 393, 398 E 4.1.2. mit Verweis auf EuGH, Rs. C-34/09, *Zambrano*, Slg. 2011, I-1177 und Rs. C-256/11, *Dereci*, Slg. 2011, I-11315; 136 II 65, 74 E. 4.2.

<sup>92</sup> S. etwa BGE 136 II 5, 16 E. 3.6.3.; 136 II 65, 74 E 4.2.; EPINEY/METZ/PIRKER, 166; EPINEY/MOSTERS, in: SJER 2013/2014, 57, 69.

<sup>93</sup> S. allerdings Fn. 80, 81.

Art. 18 AEUV (bzw. seiner Vorgängerregelung) ausgegangen.<sup>94</sup> Dementsprechend ist Art. 2 FZA parallel zu Art. 18 AEUV auszulegen. Damit dürfte auch für das FZA der Grundsatz des EuGH gelten, wonach sich nichterwerbstätige Personen auf das Gleichbehandlungsgebot – und damit auf ein Recht auf Sozialhilfe – berufen können, sofern sie ihr Freizügigkeitsrecht rechtmässig ausüben.<sup>95</sup> Denn auch Art. 2 FZA soll freizügigkeitsausübende Personen in Bereichen, welche im Zusammenhang mit dem Freizügigkeitsrecht stehen, schützen.<sup>96</sup> Aus dem Grundsatz der parallelen Auslegung von Art. 2 FZA und Art. 18 AEUV folgt weiter, dass ebenso unter dem FZA die Möglichkeit zur Rechtfertigung einer Diskriminierung besteht. Insofern kann von nichterwerbstätigen Personen, welche ihr Freizügigkeitsrecht nach Art. 24 Anhang I FZA ausüben, ein gewisser Integrationsgrad im Aufnahmestaat verlangt werden, um in den Genuss von Sozialleistungen zu gelangen.<sup>97</sup>

Das Recht auf gleichen Zugang zu Sozialleistungen verhilft den Nichterwerbstätigen selbstredend nicht zu einer gleichberechtigten Rechtsstellung, wenn als Konsequenz – wie es das Bundesgericht handhabt – das Aufenthaltsrecht ohne weitere Prüfung verloren geht bzw. erst gar nicht gewährt wird. Folglich ist zu überlegen, ob das Verhältnismässigkeitsprinzip nicht auch im Rahmen des FZA zu beachten gilt. Der EuGH zählt dieses Prinzip seit jeher – auch schon vor Unterzeichnung des FZA – zu den allgemeinen Grundsätzen des Gemeinschafts- bzw. Unionsrechts.<sup>98</sup> Demgemäss ist der Verhältnismässigkeitsgrundsatz inhärenter Bestandteil des *acquis communautaire*. Da sich die Freizügigkeitsbestimmungen des Art. 24 Anhang I FZA an das Unionsrecht anlehnen,<sup>99</sup> finden auch dessen allgemeine Grundsätze und Prinzipien implizit Einzug in das Abkommen, sind diese doch den materiellen Freizügigkeitsregeln immanent.<sup>100</sup> Aus diesem Grund muss das Verhältnismässigkeitsprinzip ebenso als Bestandteil des bilateralen Vertrages angesehen und bei dessen Auslegung und Anwendung beachtet werden. Für einen solchen Ansatz spricht insbesondere die Zielsetzung der parallelen Rechtslage – freier Personenverkehr im Verhältnis zur

---

<sup>94</sup> BGE 129 I 392, 399 E. 3.2.3.; 136 II 241, 249 E. 12.; EPINEY, SJZ 2009, 25, 27 ff.; EPINEY/METZ/PIRKER, 221 ff.

<sup>95</sup> EuGH, Rs. C-184/99, *Grzelczyk*, Slg. 2001, I-6193; Rs. C-456/02, *Trojani*, Slg. 2004, I-7573; Rs. C-333/13, *Dano* betreffend die Auslegung von Art. 24 Abs. 1 RL 2004/38/EG, wobei dieser – wie der EuGH ausdrücklich betont (Rz. 61) – Art. 18 AEUV konkretisiert; diesen Ansatz folgend BGE 133 V 265, 277 f. E 7.3.2.

<sup>96</sup> M.w.H. EPINEY, SJZ 2009, 25, 30 f.

<sup>97</sup> S. auch EPINEY/MOSTERS, in: SJER 2013/2014, 57, 69.

<sup>98</sup> S. etwa EuGH, Rs. C-222/84, *Johnston*, Slg. 1986, I-1651, Rz. 38; Rs. C-273/97, *Sirdar*, Slg. 1999, I-7403, Rz. 26; Rs. C-413/99, *Baumbast und R*, Slg. 2002, I-7091, Rz. 91.

<sup>99</sup> So ausdrücklich auch das Bundesgericht BGE 135 II 265, 269 E. 3.3., wonach die «Aufenthaltsregelung für Personen, die keine Erwerbstätigkeit ausüben (Art. 24 Anhang I FZA), [...] der Richtlinie 90/364/EWG [...] nachgebildet» ist.

<sup>100</sup> Zur ähnlichen Argumentation betreffend EU-Grundrechte s. EPINEY, in: ALTERMATT/CASASUS, 141, 147 ff.; OESCH, ZBl 2014, 171, 193 ff.; zur Verhältnismässigkeit als immanente Schranken-Schranke im FZA, OESCH, SZIER 2011, 583, 613.

Schweiz wie innerhalb der EU. Die praktische Konsequenz dieser Überlegung ist, dass bei der Beurteilung der Aufenthaltsrechtsvoraussetzungen zwingend eine Verhältnismässigkeitsprüfung vorzunehmen und eine automatische Ausweisung bei Inanspruchnahme von Sozialhilfeleistungen ausgeschlossen ist.

Im Ergebnis sprechen aufgrund der starken Anlehnung des FZA an das Unionsrecht gute Gründe dafür, die Erwägungen des EuGH zu den Freizügigkeits- und Gleichbehandlungsrechten für Nichterwerbstätige auf die Auslegung des FZA zu übertragen. Gleichwohl lässt sich das Wortlaut-Argument entgegensetzen: Gem. Art. 24 Abs. 1 Anhang I FZA steht einer nichterwerbstätigen Person ein Freizügigkeitsrecht nur zu, wenn sie über ausreichende Existenzmittel verfügt, um keine Sozialhilfe in Anspruch nehmen zu müssen; sie verliert ein bestehendes Aufenthaltsrecht, wenn sie diese Bedingung nicht mehr erfüllt (Art. 24 Abs. 8 Anhang I FZA). Es drängt sich die Frage auf, ob die Freizügigkeitsbestimmungen gegen ihren Wortlaut ausgelegt werden dürfen. Der EuGH scheute sich im Unionskontext nicht vor einem solchen Schritt. Im Hintergrund stand wohl vor allem die Entfaltung der Unionsbürgerschaft zum «grundlegende[n] Status der Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten»<sup>101</sup>. Damit erfolgte in der EU ein Integrationsschritt, welcher mit dem FZA nicht verfolgt werden sollte. Dies liesse sich als Grund – in den Worten des Bundesgerichts als «triftigen Grund» – für eine Abweichung von der EuGH-Rechtsprechung vorbringen: Mit dem FZA soll keine finanzielle Solidarität wie in der EU geschaffen werden. Nichtsdestotrotz wäre es wünschenswert, wenn das Bundesgericht in seinen Entscheidungen die EuGH-Rechtsprechung beachtet – wenn nicht sogar berücksichtigt<sup>102</sup> – und sich ausdrücklich für eine An- oder Ablehnung ausspricht.

#### **D. Fazit: (Noch) keine finanzielle Solidarität**

Nichterwerbstätige Personen erfahren nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts keine finanzielle Solidarität. Im Gegensatz zum EuGH im Unionsrecht verlangt das Bundesgericht unter dem FZA keine Verhältnismässigkeitsprüfung. Sofern Nichterwerbstätige Sozialhilfe bzw. Ergänzungsleistungen in Anspruch nehmen, steht ihnen – unabhängig von der Höhe und der Dauer der Inanspruchnahme – kein Aufenthaltsrecht gem. Art. 6 FZA i.V.m. Art. 24 Abs. 1 Anhang I FZA zu bzw. verlieren sie ein solches bestehendes Recht nach Art. 24 Abs. 8 Anhang I FZA.

Aufgrund der starken Anlehnung des FZA an die (wenn auch alte) Rechtslage der EU erscheint eine Auseinandersetzung mit den Urteilen des EuGH angezeigt. Insbe-

<sup>101</sup> EuGH, Rs. C-184/99, *Grzelczyk*, Slg. 2001, I-6193, Rz. 31.

<sup>102</sup> Es wäre prüfenswert, ob einige Grundsätze des EuGH (wie etwa das Verhältnismässigkeitsprinzip) nicht ohnehin vor Unterzeichnung des Abkommens entwickelt worden sind und somit unter die Berücksichtigungspflicht des Art. 16 Abs. 2 FZA fallen.

sondere sprechen gute Gründe für eine Verhältnismässigkeitsprüfung im Rahmen des Erwerbs und Verlusts eines FZA-Aufenthaltsrechts, sodass einer nichterwerbstätigen Person unter begrenzten Umständen Sozialhilfeleistungen zustehen können. Insoweit ergäbe sich auch zwischen den Staatsangehörigen der Schweiz und jenen der EU-Mitgliedstaaten eine gewisse Solidarität.

#### IV. Ausblick

In der Europäischen Union hat sich insbesondere durch die Rechtsprechung des EuGH eine – wenn auch begrenzte – Solidarität mit nichterwerbstätigen Unionsbürgern entfaltet. Im Hintergrund steht die Förderung des für das europäische Integrationsprojekt fundamentalen Freizügigkeitsrechts. Allerdings hat die Finanz-, Wirtschafts- und Staatsschuldenkrise der letzten Jahre zu einer «umfassenden Solidaritätskrise»<sup>103</sup> geführt, welche vom EuGH nicht unberücksichtigt blieb. In seinem Urteil *Dano* vom November 2014 rückte er die Grenzen und Bedingungen des Freizügigkeitsrechts in den Vordergrund seiner Erwägungen<sup>104</sup> und legte zweifelsfrei fest, dass ohne Freizügigkeitsrecht kein Gleichbehandlungsanspruch besteht. Abzuwarten bleibt, ob der EuGH in diesem Zustand der restriktiven Ausformung des Freizügigkeits- und Gleichbehandlungsrecht verharret oder sich «in besseren Zeiten» wieder als integrationsaktivistischer Akteur zeigt. In der Politik werden mancherorts bereits neue Wege gesucht, um dem «Sozialtourismus» einen Riegel vorzuschieben.<sup>105</sup>

Das Verhältnis Schweiz – EU steht seit der Annahme der Volksinitiative «Gegen Masseneinwanderung» vom 9. Februar 2014 auf wackligen Beinen. Neben einer Antwort auf die grundsätzliche Frage nach dem Fortbestand des bilateralen Weges wird die Zukunft zeigen, ob ein institutionelles Rahmenabkommen seinen Abschluss findet und dieses gegebenenfalls die Übernahme der RL 2004/38/EG ins bilaterale Recht zur Folge hat. Der Bundesrat spricht sich zwar gegen die Aufnahme der Unionsbürgerrichtlinie in das Freizügigkeitsabkommen aus;<sup>106</sup> fraglich erscheint, ob sich dieser Vorbehalt auch gegenüber der EU durchsetzen lässt. Eine allfällige Übernahme der Richtlinie hätte die klarstellende Konsequenz, dass nichterwerbstätige

---

<sup>103</sup> CALLIESS/HARTMANN, 14.

<sup>104</sup> EuGH, Rs. C-333/13, *Dano*, Rz. 60.

<sup>105</sup> S. etwa Vorschläge des britischen Premierministers Cameron vom 28. November 2014 wie z.B. die Ausweisung von Zuwanderern, welche binnen sechs Monaten keine Arbeit gefunden haben, <<http://www.bbc.com/news/uk-politics-30224493>> (04.08.2015).

<sup>106</sup> S. die Mitteilung des EDA vom 18. Dezember 2013 «Beziehungen Schweiz-EU: Bilateralen Weg durch Verhandlungen über institutionelle Fragen stärken», <<https://www.eda.admin.ch>> und Link zur Medienmitteilung vom 18. Dezember 2013 (11.09.2015).

Personen auch unter dem FZA einen Anspruch auf Sozialhilfeleistungen haben und damit eine begrenzte Solidarität erfahren.

## Literaturverzeichnis

- BOILLET VÉRONIQUE, L'interdiction de discrimination en raison de la nationalité au sens de l'Accord sur la libre circulation des personnes, Basel 2010
- BUDRAS CORINNA, Grenzen für den Sozialtourismus, <<http://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/wirtschaftspolitik/leistungen-fuer-eu-auslaender-grenzen-fuer-den-sozialtourismus-12871188.html>>
- BURRI THOMAS/PIRKER BENEDIKT, Stromschnellen im Freizügigkeitsfluss: Von der Bedeutung von Urteilen des Europäischen Gerichtshofes im Rahmen des Personenfreizügigkeitsabkommens, SZIER 2010, 165
- CALLIESS CHRISTIAN/HARTMANN MORITZ, Zur Demokratie in Europa: Unionsbürgerschaft und europäische Öffentlichkeit, Tübingen 2014
- COTTIER THOMAS/DIEBOLD NICOLAS, Warenverkehr und Freizügigkeit in der Rechtsprechung des Bundesgerichts zu den Bilateralen Abkommen, in: EPINEY ASTRID/GAMMENTHALER NINA (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2008/2009, Zürich 2009
- EPINEY ASTRID, Das Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit im Personenfreizügigkeitsabkommen, SJZ 2009, 25
- EPINEY ASTRID, Zur Verbindlichkeit der EU-Grundrechte in der und für die Schweiz, in: ALTERMATT BERNHARD/CASASUS GILBERT (Hrsg.), 50 Jahre Engagement der Schweiz im Europarat 1963-2013, Zürich 2013, 141
- EPINEY ASTRID/METZ BEATE, Zur schweizerischen Rechtsprechung zum Personenfreizügigkeitsabkommen, in: ACHERMANN ALBERTO/CARONI MARTINA/EPINEY ASTRID/KÄLIN WALTER/NGUYEN MINH SON/UEBERSAX PETER (Hrsg.), Jahrbuch für Migrationsrecht 2009/2010, Bern 2010, 243
- EPINEY ASTRID/METZ BEATE/PIRKER BENEDIKT, Zur Parallelität der Rechtsentwicklung in der EU und in der Schweiz – ein Beitrag zur rechtlichen Tragweite der «Bilateralen Abkommen», Zürich 2012
- EPINEY ASTRID/MOSTERS ROBERT, Die Rechtsprechung des EuGH zur Personenfreizügigkeit und ihre Implikationen für das Freizügigkeitsabkommen Schweiz-EU, in: EPINEY ASTRID/DIEZIG STEFAN (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2013/2014, Zürich 2014
- GIRARDIN FLORENCE AUBRY, L'interprétation et l'application de l'Accord sur la libre circulation des personnes du point de vue de la jurisprudence, in: EPINEY ASTRID/METZ BEATE/MOSTERS ROBERT (Hrsg.), Das Personenfreizügigkeitsabkommen Schweiz-EU/L'accord sur la libre circulation des personnes Suisse-UE, Auslegung und Anwendung in der Praxis, Zürich 2011, 29
- HAILBRONNER KAY, Die Unionsbürgerschaft und das Ende rationaler Jurisprudenz durch den EuGH?, NJW 2004, 2185
- HAILBRONNER KAY, EU-Freizügigkeit für nicht erwerbstätige Unionsbürger?, JZ 2014, 869
- HIPOLD PETER, Die Unionsbürgerschaft – Entwicklung und Probleme, EuR 2015, 133

- KAHIL-WOLFF BETTINA, Struktur und Anwendung des Freizügigkeitsabkommens Schweiz/EG, in: SCHAFFHAUSER RENÉ/SCHÜRER CHRISTIAN (Hrsg.), Die Durchführung des Abkommens EU/CH über die Personenfreizügigkeit (Teil Soziale Sicherheit) in der Schweiz, St. Gallen 2001, 9
- LACZYNSKI MICHAEL, EU: Die Ängste vor dem «Sozialtourismus», <[http://diepresse.com/home/politik/eu/1461363/EU\\_Die-Aengste-vor-dem-Sozialtourismus](http://diepresse.com/home/politik/eu/1461363/EU_Die-Aengste-vor-dem-Sozialtourismus)>
- NAZIK GÜLAY/ULBER DANIEL, Die «aufenthaltsrechtliche Lösung» des EuGH in der Rechtssache Dano, NZS 2015, 369
- OESCH MATTHIAS, Niederlassungsfreiheit und Ausübung öffentlicher Gewalt im EU-Recht und im Freizügigkeitsabkommen Schweiz-EU, SZIER 2011, 583
- OESCH MATTHIAS, Grundrechte als Elemente der Wertegemeinschaft Schweiz-EU, ZBl 2014, 171
- PULANO TERESA/TOBLER CHRISTA, Kein Anspruch auf Sozialhilfe: Schweiz – EU: Die Angst vor arbeitslosen Zuwanderern in unser Sozialsystem ist unbegründet, <<http://www.tagesanzeiger.ch/schweiz/standard/Kein-Anspruch-auf-Sozialhilfe/story/13029551>>
- REBHAN ROBERT, Zugang der Unionsbürger zu Sozialleistungen, EuR 2015 Beiheft 1, 95
- SCHÖNBERGER CHRISTOPH, Die Unionsbürgerschaft als Sozialbürgerschaft, ZAR 2006, 226
- SPESCHA MARC/KERLAND ANTONIA/BOLZLI PETER, Handbuch zum Migrationsrecht, 2. Aufl., Zürich 2015
- THYM DANIEL, Sozialleistungen für und Aufenthalt von nichterwerbstätigen Unionsbürgern, NZS 2014, 81
- THYM DANIEL, Unionsbürgerfreiheit und Aufenthaltsrecht, ZAR 2014
- THYM DANIEL, EU-Freizügigkeit als rechtliche Konstruktion – nicht als soziale Imagination, <<http://www.verfassungsblog.de/eu-freizuegigkeit-als-rechtliche-konstruktion-nicht-als-soziale-imagination/>>
- THYM DANIEL, The elusive limits of solidarity: Residence rights of and social benefits for economically inactive Union citizens, CMLR 2015, 17
- THYM DANIEL, Die Rückkehr des «Marktbürgers» – Zum Ausschluss nichterwerbsfähiger EU-Bürger von Hartz IV-Leistungen, NJW 2015, 130
- VERSCHUEREN HERWIG, Preventing «benefit tourism» in the EU: A narrow or broad interpretation of the possibilities offered by the ECJ in *Dano*?, CMLR 2015, 363
- VON PAPP KONSTANZE, EuGH zieht Notbremse zum Schutze der sozialen Sicherungssysteme der Mitgliedstaaten bei Unterhaltsstipendien für Studenten, NVwZ 2009, 87
- WOLLENSCHLÄGER FERDINAND, Keine Sozialleistungen für nichterwerbstätige Unionsbürger? Zur begrenzten Tragweite des Urteils des EuGH in der Rechtssache Dano vom 11.11.2014, NVwZ 2014, 1628