Vor dem Gesetz.
Der Ausschluss von Migrantinnen und Migranten vom Grundsicherungsbezug

Constanze Janda

Dem Sozialrecht ist die Aufgabe zugewiesen, durch die Gestaltung von Sozialleistungen soziale Sicherheit und soziale Gerechtigkeit zu bewirken, § 1 SGB I. Eine herausragende Rolle kommt dabei den sozialen Rechten zu: Sicherheit und Gerechtigkeit sollen über sie gewährleistet werden.

I. Anknüpfungskriterien für soziale Rechte

Die sozialen Rechte des Sozialgesetzbuchs stehen gemäß § 30 Abs. 1 SGB I allen Personen zu, die in der Bundesrepublik ihren Wohnsitz haben oder sich gewöhnlich dort aufhalten. Ihre Gewährleistung ist damit von der Staatsangehörigkeit abgekoppelt und universell jedem Einwohner der Bundesrepublik eingeräumt. Diese Offenheit erfährt im Grundsicherungsrecht eine Einschränkung. Die Leistungsberechtigung ist nach § 7 Abs. 1 S. 2 SGB II all jenen eröffnet, die älter als 15 Jahre sind, das Rentenalter aber noch nicht erreicht haben, die erwerbsfähig und hilfebedürftig sind und schließlich ihren gewöhnlichen Aufenthalt im Inland haben.

> *Vor dem Gesetz steht ein Türhüter. Zu diesem Türhüter kommt ein Mann vom Lande und bittet um Eintritt in das Gesetz. Aber der Türhüter sagt, dass er ihm jetzt den Eintritt nicht gewähren könne. Der Mann überlegt und fragt dann, ob er also später werde eintreten dürfen. „Es ist möglich", sagt der Türhüter, „jetzt aber nicht."*[1]

1 Dieses und weitere kursiv gesetzte Zitate *Kafka*, Vor dem Gesetz, 1914.

1. Zugang zur Grundsicherung für Arbeitsuchende

Unklar ist nicht nur, durch welche Umstände der gewöhnliche Aufenthalt im Inland eröffnet ist.[2] Weitaus problematischer ist § 7 Abs. 1 S. 2 SGB II, welcher den im vorangegangenen Satz eröffneten Zugang zu den Leistungen der Grundsicherung für große Teile derer verschließt, die nicht die deutsche Staatsangehörigkeit innehaben – selbst wenn sie zur inländischen Wohnbevölkerung gehören: Ausgeschlossen vom Grundsicherungsbezug sind die nicht freizügigkeitsberechtigten Ausländer, also alle, die nicht Arbeitnehmer oder Selbstständige sind oder die als Inaktive nicht über hinreichende eigene Mittel zum Lebensunterhalt verfügen. Dies gilt nach Nr. 1 in den ersten drei Monaten ihres Aufenthalts,[3] nach Nr. 2 aber auch darüber hinaus, wenn das Aufenthaltsrecht allein dem Zweck der Arbeitsuche dient.[4]

Anders als § 30 SGB I knüpft § 7 SGB II nicht allein an den Inlandswohnsitz an, beinhaltet aber nicht nur eine Doppelanknüpfung an Aufenthalt und Staatsangehörigkeit,[5] sondern eine Dreifachanknüpfung an Aufenthalt, Staatsangehörigkeit und (vorangegangene) Erwerbstätigkeit im Inland. Nur Personen, die diese Voraussetzungen erfüllen, sind den deutschen Staatsangehörigen gleichgestellt.

> *Da das Tor zum Gesetz offensteht wie immer und der Türhüter beiseite tritt, bückt sich der Mann, um durch das Tor in das Innere zu sehn. Als der Türhüter das merkt, lacht er und sagt: „Wenn es dich so lockt, versuche es doch, trotz meines Verbotes hineinzugehn."*

2. Offenheit sozialer Sicherungssysteme als Gerechtigkeitsfrage

Soziale Sicherheit und soziale Gerechtigkeit, die Ziel und Beweggrund des Sozialrechts gleichermaßen sind, erweisen sich als Ausprägungen des in Art 20 Abs. 1 GG verankerten Sozialstaatsprinzips.[6] Daraus folgen keine konkreten individuellen Ansprüche,[7] jedoch muss sich alles Sozialrecht

---

2 Die Legaldefinition in § 30 Abs. 3 SGB I mit ihrer Abgrenzung zu vorübergehenden Aufenthalten bietet in Grenzfällen keine Klarheit.
3 Dazu das Vorlageverfahren beim EuGH, Rs. C-299/14 (Garcia-Nieto).
4 Dazu das Vorlageverfahren beim EuGH, Rs. C-67/14 (Alimanovic).
5 *Eichenhofer*, Sozialleistungen für Zuwanderer aus der EU, SozSich 2014, 198, 200.
6 BT-Drs. 7/868, S. 22.
7 BVerfGE 27, 253, 283; BVerfGE 82, 60, 80.

vom Ziel der Gerechtigkeit leiten lassen. Der Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers ist angesichts der Unbestimmtheit der Begrifflichkeiten[8] weit. Dass § 7 Abs. 1 S. 2 SGB II so umstritten ist, mag auch in dieser Unbestimmtheit gründen: Ist der Begriff der sozialen Sicherheit mit der Aufgabe der Gefahrenabwehr gleichzusetzen?[9] Wie kann der Sozialstaat in gerechter Weise mit „Fremden" umgehen? Jedwede inhaltliche Bestimmung muss dem Gesetzgeber den ihm zustehenden Gestaltungsspielraum lassen und darf diesen nicht durch vermeintlich objektive Maximen einschränken.[10] Das BVerfG hat dementsprechend keine allgemeingültige Definition des Begriffs „soziale Gerechtigkeit" vorgenommen, wohl aber die Verpflichtung des Gesetzgebers zum Ausgleich sozialer Gegensätze postuliert.[11] Typischerweise wird auf die Ausprägungen der Bedarfs-, Leistungs- und Besitzstandsgerechtigkeit,[12] sowie Chancengerechtigkeit[13] rekurriert: Sozial gerecht sei die Verteilung von Gütern und Diensten, die eine „angemessene Befriedigung der Lebensbedürfnisse für jeden"[14] bewirke.

Sämtliche Annäherungsversuche widmen sich aber mehr der inhaltlichen Ausformung von Gerechtigkeit[15] denn ihrer personellen Dimension. Die Gerechtigkeit der inländischen Sozialordnung mag im Interesse der „Eigenen" austariert sein. In ihr und mit ihr müssen sich auch die „Fremden" arrangieren, die über die Zugangsregeln nicht zu befinden haben.[16] Indes sind konkrete normative Maßstäbe durch das europäische Recht vor-

---

8 *Zacher,* in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Band II, 3. Auflage, Heidelberg 2004, § 28, Rn. 21 f.; *Gröschner,* in: Dreier (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, Band 2, 2. Auflage, Heidelberg 2004, Art. 20, Rn. 9; *Bieback,* Sozialstaatsprinzip und Grundrechte, EuGRZ 1985, 657, 657.

9 Zu diesem ursprünglichen Aspekt der Gewährleistung von Sicherheit *Gröschner,* in: Dreier (Hrsg.), Art. 20, Rn. 43.

10 *Bieback,* EuGRZ 1985, 657, 666. Vgl. auch *Ruland,* Sozialpolitik und Sozialrecht, NZS 2012, 321, 322, der den Begriff der Gerechtigkeit in einen rechtspolitischen Kontext stellt.

11 BVerfGE 100, 271, 284.

12 *Zacher,* in: Handbuch des Staatsrechts, Band II, § 28, Rn. 52.

13 *Eichenhofer,* Sozialrecht, 8. Auflage, Tübingen 2012, Rn. 7.

14 *Eichenhofer,* JZ 2005, 209, 211.

15 Dazu ausführlich *Eichenhofer,* JZ 2005, 209 ff. mit zahlreichen Nachweisen. Die Interpretationsansätze sind zudem kaum objektiv, was daran liegen mag, dass Gerechtigkeit einen Wert beinhaltet, der schlechterdings nicht objektivierbar sein dürfte. Zu dieser Problematik *Bieback,* EuGRZ 1985, 657, 665 f.

16 *Nussbaum,* Die Grenzen der Gerechtigkeit, Frankfurt 2010, S. 38.

gegeben, der Gestaltungsspielraum des nationalen Gesetzgebers durch supranationale Vorgaben determiniert! Die europäischen Zugangsregeln sind folglich unter „Eigenen"[17] ausgehandelt. Nimmt man die Unionsbürgerschaft ernst, kann die Frage nach dem Pass keine Bedeutung mehr haben.[18]

> *Solche Schwierigkeiten hat der Mann vom Lande nicht erwartet; das Gesetz soll doch jedem und immer zugänglich sein, denkt er...*

II. Offenheit sozialer Sicherungssysteme als Gebot höherrangigen Rechts?

Das Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit ist eines der prägenden Merkmale des Unionsrechts.[19] Die Wirkmacht Europas ist nicht länger auf die Vollendung des Binnenmarktes beschränkt, sondern seit der Etablierung der Unionsbürgerschaft auf eine für jedermann offene Union gerichtet. Kann und darf dieses Anliegen durch aufenthaltsrechtliche Vorgaben im Sekundärrecht zurückgenommen werden? Wie ist damit umzugehen, dass Arme und Arbeitsuchende von ihrer Mobilität Gebrauch machen und in anderen Staaten ihr Glück suchen?

1. Primärrecht

Art. 45 AEUV räumt Arbeitnehmern das Recht zur Arbeitsuche in anderen Mitgliedstaaten ein.[20] Die Ausübung dieses Rechts setzt den Arbeitnehmerstatus voraus und ist damit all jenen verschlossen, die unmittelbar nach dem Abschluss von Schule, Ausbildung oder Studium im europäischen Ausland eine Beschäftigung suchen wollen. Alle, die nicht den Marktbür-

---

17 „Fremd" dürften folglich allein die Drittstaatsangehörigen sein.

18 *Davy*, European social citizenship – Ein Zwischenstand, ZESAR 2010, 307, 309.

19 *Eichenhofer*, Soziales Europa, VSSR 2014, 29, 33.

20 Leistungen, die der Eingliederung in den Arbeitsmarkt dienen, sind vom Anwendungsbereich des Art. 45 AEUV erfasst und somit allen arbeitsuchenden Unionsbürgern zu gewähren, EuGH, Rs. C-138/02 (Collins), Slg. 2004, I-2703; Rs. C-258/04 (Ioannidis), Slg. 2005, I-8275; C-22/08 (Vatsouras und Koupatantze), Slg. 2009, I-4585.

gerstatus[21] innehaben, können sich auf die Unionsbürgerfreizügigkeit aus Art. 21 Abs. 1 AEUV berufen. Seit ihrer Einführung fragt das Primärrecht nicht länger nach den Motiven für die Inanspruchnahme von Freizügigkeit. Sie hat sich vom überkommenen Modell des *homo oeconomicus* zu Recht gelöst.[22]

Dies spiegelt sich im SGB II jedoch nicht wider. Im unionsrechtlichen Kontext genügt jede noch so geringfügige Erbringung von Leistungen für einen anderen nach dessen Weisungen gegen Entgelt, um den Arbeitnehmerstatus zu begründen. Darauf, dass die Einkünfte hinreichen, um den Lebensunterhalt zu sichern, kommt es nicht an.[23] Daher kann die Aufnahme eines geringfügigen Beschäftigungsverhältnisses im Inland den Zugang zur Grundsicherung eröffnen,[24] selbst wenn der Umfang der Erwerbstätigkeit auf wenige Stunden beschränkt ist.[25] Die Annahme, die Unionsbürgerfreizügigkeit berechtige nur die „ fleißigen Unionsbürger"[26] basiert damit auf einer rein formalen Unterscheidung. Als fleißig gilt freilich nur, wer tatsächlich arbeitet; wer Arbeit sucht, steht hingegen unter dem Verdacht, es nur auf den Leistungsbezug abgesehen zu haben. Arbeitsuchende können nach diesem Verständnis den Status als „Fremde" nicht verlieren.

Nach der Rechtsprechung des EuGH ist aber das in Art. 18 AEUV gründende Diskriminierungsverbot auf alle Personen anwendbar, die eine „tatsächliche Verbindung" zu dem Mitgliedstaat aufweisen, in dem sie sich aufhalten. Diese besteht gleichsam automatisch bei Arbeitnehmern,[27]

---

21 Dazu umfassend *Calliess*, Der Unionsbürger: Status, Dogmatik und Dynamik, EuR 2007, Beiheft 1, 1, 9.

22 *Kingreen*, Das Sozialstaatsprinzip im Europäischen Verfassungsverbund, Tübingen 2003, S. 417.

23 EuGH, Rs. 53/81 (Levin), Slg. 1982, 1035; Rs. 139/85 (Kempf), Slg. 1986, 1741; Rs. 39/86 (Lair), Slg. 1988, 3161.

24 Andererseits hat der EuGH die geringfügige Beschäftigung nicht ausreichen lassen, um einen Gleichbehandlungsanspruch aus Art. 7 VO (EU) 942/2011 beim Zugang zu Familienleistungen zu begründen, EuGH, Rs. C-213/05 (Geven), Slg. 2007, I-6347.

25 Nach § 138 Abs. 3 SGB III ist eine Person, wenn sie weniger als 15 Stunden pro Woche einer Erwerbstätigkeit nachgeht, arbeitslos!

26 *Thym*, Die Rückkehr des „Marktbürgers" – Zum Ausschluss nichterwerbsfähiger EU-Bürger von Hartz IV-Leistungen, NJW 2015, 130, 133.

27 *Calliess*, EuR 2007 Beiheft 1, 7, 29 ff.; *Devetzi*, Die „Verbindung" zu einem (Sozial-)Staat - Wann ist der Bund stark genug?, EuR 2014, 638, 642 f. mit zahlreichen Nachweisen.

kann jedoch auch bei Arbeitsuchenden begründet sein, die zuvor noch nicht in dem betreffenden Mitgliedstaat beschäftigt waren, aber dort lebten. Bejaht wurde dies etwa für ein zuvor in dem Staat abgeschlossenes Studium,[28] das Zusammenleben mit einem Familienangehörigen, der Staatsangehöriger des Aufenthaltsstaates ist,[29] aber auch die tatsächliche Arbeitsuche während eines angemessenen Zeitraums,[30] nicht hingegen für einen Urlaub[31] oder den bloßen Aufenthalt ohne jedwede Anstrengungen zur Arbeitsuche.[32] Damit hat der EuGH den in Art. 18, 20, 21 AEUV gründenden gleichberechtigten Zugang zu Sozialleistungen dekommodifiziert, d.h. von der Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit unabhängig gemacht.[33]

2. Sekundärrecht

Diese Klarheit findet im Sekundärrecht keine Entsprechung. Sozialrechtliche und aufenthaltsrechtliche Vorgaben weisen Widersprüche auf, deren Auflösung nur schwer möglich ist.

a) Europäisches koordinierendes Sozialrecht

Das koordinierende Sozialrecht bewirkt eine Verflechtung der nationalrechtlichen Systeme sozialer Sicherheit. Damit sollen deren internationale Wirkungen gesichert werden.[34] Zu diesem Zweck wird einheitlich der für die soziale Absicherung zuständige Staat bestimmt – jede Person soll einem, aber auch nur einem Staat zugeordnet sein, der für die Gewährleis-

---

28 EuGH, Rs. C-224/98 (D'Hoop), Slg. 2002, I-6191; vgl. aber auch EuGH, Rs. C-184/99 (Grzelczyk), Slg. 2001, I-6193 für ein noch nicht abgeschlossenes Studium.

29 EuGH, Rs. 367/11 (Prete), ZESAR 2013, 182, 186.

30 EuGH, Rs. C-138/02 (Collins), Slg. 2004, I-2703; Rs. C-22/08 (Vatsouras und Koupatantze), Slg. 2009, I-4585; vgl. auch GA, Rs. C-67/14 (Alimanovic) vom 26.3.2015 (n.v.).

31 EuGH, Rs. C-103/08 (Gottwald), Slg. 2009, I-9117.

32 EuGH, Rs. C-333/13 (Dano), NVwZ 2014, 1648.

33 *Davy*, ZESAR 2010, 307, 312.

34 *Eichenhofer*, SozSich 2014 198, 201; *Fuchs,* in: Fuchs (Hrsg.), Europäisches Sozialrecht, 6. Auflage, Baden-Baden 2013, Einführung, Rn. 32.

tung sozialen Schutzes einzustehen hat. Während für Beschäftigte die lex loci laboris gilt (Art. 11 Abs. 3 lit. a) VO (EG) 883/2004), kommt für wirtschaftlich Inaktive die lexi loci domicilii zur Anwendung (Art. 11 Abs. 3 lit. e) VO (EG) 883/2004). Als Wohnort gilt entsprechend der Legaldefinition in Art. 1 lit j) VO (EG) 883/2004 der Ort des gewöhnlichen Aufenthalts, für dessen Bestimmung gemäß Art. 11 VO (EG) 987/2009 auf familiäre Bindungen, die Kontinuität des Aufenthalts, die Ausübung einer (bezahlten oder unbezahlten) Beschäftigung, die Wohnsituation, die steuerrechtliche Zuständigkeit, aber auch den Willen des Betroffenen abzustellen ist.[35] Der Wohnort ist damit der vom EuGH im Rahmen des primärrechtlichen Teilhabeanspruchs geforderten „tatsächlichen Verbindung" gleichgesetzt.[36]

Es fragt sich daher, ob es nach der Logik des koordinierenden Sozialrechts legitim ist, über den Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt hinaus weitere Voraussetzungen für die Leistungsberechtigung zu statuieren. Gegenstück zur Zuständigkeit (nur) eines einzigen Staates ist der Anspruch auf Inländergleichbehandlung nach Art. 4 VO (EG) 883/2004. Diese Norm statuiert kein Diskriminierungsverbot, sondern das Gebot der Inländergleichbehandlung. Damit ist es unvereinbar, wenn für Ausländer zusätzliche Voraussetzungen geschaffen werden, die für die eigenen Staatsangehörigen nicht gelten, sofern nicht die Koordinierungsverordnung selbst eine Ungleichbehandlung zulässt.[37] Der persönliche Anwendungsbereich der Koordinierungsverordnung und damit auch des Gleichbehandlungsgebots erstreckt sich auf alle versicherten Personen, unabhängig davon, ob sie einer Erwerbstätigkeit nachgehen oder nicht.[38] Maßgeblich ist

35 So auch die *Europäische Kommission*, Praktischer Leitfaden zum anwendbaren Recht in der Europäischen Union, der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft und der Schweiz, S. 48 f. Dazu *Spiegel,* in: Fuchs (Hrsg.), Art. 1 VO (EG) 883/2004, Rn. 19.

36 *Devetzi*, EuR 2014, 638, 653.

37 *Eichenhofer*, Sozialrecht der Europäischen Union, 5. Auflage, Berlin 2013, Rn. 87; *Schreiber*, Europäische Sozialrechtskoordinierung und Arbeitslosengeld II-Anspruch, NZS 2012, 647, 650. *Heinig*, Territorialität sozialer Sicherheit und transnationale soziale Rechte, EuR 2013, Beiheft 1, 31, 36 spricht daher von einer „Entpersonalisierung" des nationalen Sozialrechts.

38 *Schulte*, Die neue europäische Sozialrechtskoordinierung (Teil II), ZESAR 2010, 202, 205; *Eichenhofer*, Sozialrecht der Europäischen Union, Rn. 101; *Hauschild,* in: Voelzke (Hrsg.), juris Praxiskommentar, 2. Auflage, Saarbrücken 2012, zitiert als jurisPK-SGB I, Art. 4 VO (EG) 883/2004, Rn. 11.1; *Spiegel,* in: Fuchs (Hrsg.), Art. 2 VO (EG) 883/2004, Rn. 7.

nur, dass sie in (irgend)einem Mitgliedstaat der Europäischen Union in (irgend)einen Zweig des sozialen Sicherungssystems einbezogen sind[39] – und zwar jenseits der Fürsorgeleistungen sowie der sozialen Entschädigung, Art. 3 Abs. 5 lit. a) VO (EG) 883/2004.[40] In sachlicher Hinsicht erstreckt sich das Gebot der Inländergleichbehandlung auch auf besondere beitragsunabhängige Geldleistungen nach Art. 70 VO (EG) 883/2004,[41] zu denen ausweislich des Anhangs X auch die Grundsicherung für Arbeitsuchende zählt. Diese werden nicht exportiert, sind also im Aufenthaltsstaat zu erbringen, dort aber gleichermaßen an alle Personen, die ihren Wohnort dort haben. Wiewohl das koordinierende Sozialrecht ursprünglich der Sicherung der Anwartschaften von Arbeitnehmern auf Leistungen der sozialen Sicherheit diente,[42] haben existenzsichernde Leistungen durch dieses Vehikel Eingang in die Verordnung gefunden und deren Anwendungsbereich und praktische Bedeutung damit erheblich erweitert.

b) Europäisches Aufenthaltsrecht

Grundsätzlich geht auch die das Aufenthaltsrecht regelnde Unionsbürgerrichtlinie vom Gedanken der Gleichbehandlung aus, relativiert diesen aber für den spezifischen Fall der Gewährung von Sozialhilfeleistungen, Art. 24 Abs. 1, 2 RL 2004/38/EG. Zudem ist der Aufenthalt über drei Monate hinaus gemäß Art. 7 Abs. 1 lit. b) RL 2004/38/EG nur jenen eröffnet, die über hinreichende Mittel zur Sicherung der Existenz verfügen und nicht unangemessen Sozialleistungen in Anspruch nehmen. Ein voraussetzungsfreies Daueraufenthaltsrecht wird erst nach fünfjährigem ununter-

---

39 EuGH, Rs. C-275/96 (Kuusijärvi), Slg. 1998, I-3419; Rs. C-262/96 (Sürül), Slg. 1999, I-2685.

40 *Schreiber*, NZS 2012, 647, 649 sowie *Kingreen*, Staatsangehörigkeit als Differenzierungskriterium im Sozialleistungsrecht, SGb 2013, 132, 134 nennen beispielhaft den Bezug von Sozialversicherungs- oder Familienleistungen.

41 Ausführlich *Verschueren,* in: Eichenhofer (Hrsg.), 50 Jahre nach ihrem Beginn – Neue Regeln für die Koordinierung sozialer Sicherheit, Berlin 2009, S. 223 ff.; *Beschorner*, Die beitragsunabhängigen Geldleistungen in der Rechtsprechung des EuGH, ZESAR 2009, 320 ff.; *Fuchs,* in: Fuchs (Hrsg.), Art. 70 VO (EG) 883/2004, Rn. 7; *Kador,* in: jurisPK-SGB I, Art. 70 VO (EG) 883/2004, Rn. 12 ff.; *Kingreen*, SGb 2013, 132, 135.

42 Vgl. insofern die sehr instruktive Zusammenfassung der Erwägungsgründe der Verordnung bei *Schulte*, ZESAR 2010, 202, 202 f.

brochenem rechtmäßigem Aufenthalt erworben, Art. 16 RL 2004/38/EG. Die Freizügigkeit ist damit für all jene eingeschränkt, die ihren Lebensunterhalt nicht aus eigenen Kräften sichern können.[43] Die vollständige und unwiderrufliche Gleichstellung mit den Angehörigen des Aufenthaltsstaats wird erst nach dem Erwerb des Daueraufenthaltsrechts bewirkt.[44]

Es bedarf jedoch der Rechtfertigung, will man die Grundfreiheiten unter den Vorbehalt wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit stellen.[45] Kann diese darin liegen, die Inanspruchnahme der Freizügigkeit zu vermeiden, wenn daraus – durch die Wahl des Aufenthaltsstaates – Vorteile gezogen werden?[46] Die Grundfreiheiten sind den Unionsbürgern wertungsfrei zugestanden; ihre Inanspruchnahme wird für den Einzelnen stets gewisse Vorteile mit sich bringen. Dabei handelt es sich nicht um ein unzulässiges „Rosinenpicken", sondern um die bloße Inanspruchnahme eines Rechts, welches Basis des Selbstverständnisses der Europäischen Union seit dem Vertrag von Maastricht ist.[47]

c) Auflösung des Normenkonflikts

Schwer zu bewältigen ist die Analyse der Normenhierarchie zwischen Aufenthaltsrichtlinie und Koordinierungsverordnung. Es wird vertreten, dass die Verordnung aufgrund ihrer unmittelbaren Geltung Vorrang vor der umsetzungsbedürftigen Richtlinie habe,[48] gleichsam lex superior sei. Zwar sind beide Rechtsakte für die Mitgliedstaaten gleichermaßen verbindlich, denn Richtlinien sind fristgerecht ins nationale Recht umzusetzen.[49] Indes ist die in Art. 24 Abs. 2 RL 2004/38/EG vorgesehene Ausnah-

43 *Hailbronner*, EU-Freizügigkeit für nicht erwerbstätige Unionsbürger?, JZ 2014, 869, 869; *Thym*, NJW 2015, 130, 131.

44 *Schönberger*, Die Unionsbürgerschaft als Sozialbürgerschaft, ZAR 2006, 226, 227.

45 Der EuGH hat bisher nicht zu der Frage Stellung genommen, ob es sich um primärrechtswidriges Sekundärrecht handelt, hat aber eine enge Auslegung aller Einschränkungen angemahnt, EuGH, Rs. C-140/12 (Brey), NZS 2014, 20, 23. Zu dieser Frage *Janda*, Migranten im Sozialstaat, Tübingen 2013, S. 72 f.

46 *Eichenhofer*, SozSich 2014 198, 202 nimmt insofern Bezug auf das Institut des *forum shopping*.

47 Ähnlich *Eichenhofer*, SozSich 2014 198, 202.

48 *Hauschild,* in: jurisPK-SGB I, Art. 4 VO (EG) 883/2004, Rn. 11.4.

49 So der zutreffende Hinweis bei *Kingreen*, SGb 2013, 132, 136.

me vom Gleichbehandlungsgebot eine den Mitgliedstaaten lediglich eingeräumte Möglichkeit, die diese nicht zwingend umzusetzen haben.[50]

Die Koordinierung dient ausweislich der primärrechtlichen Begründung in Art 48 AEUV dem Ziel, aus dem Gebrauch der Arbeitnehmerfreizügigkeit[51] keine sozialrechtlichen Nachteile durch den Verlust wohlerworbener Ansprüche zu erleiden. Die Unionsbürgerrichtlinie setzt demgegenüber bei Art. 21, 18 AEUV an, also an der Freizügigkeit der Unionsbürger, die nicht Arbeitnehmer sind. Sie regele folglich Gleichbehandlungsansprüche in Bezug auf Sozialleistungen, die keinen spezifischen Arbeitsmarktbezug aufwiesen.[52] Diese traditionell zutreffende Auffassung, welche die Vorgängerverordnungen 3/58 und 1408/71 trug, ist inzwischen einem stark erweiterten personellen Anwendungsbereich der Sozialrechtskoordinierung gewichen. Zwar hat der EuGH bestätigt, dass eine Leistung gleichzeitig eine besondere beitragsunabhängige Geldleistung i.S.v. Art. 70 VO (EG) 883/2004 und Sozialhilfe i.S.v. Art. 24 Abs. 2 RL 2004/38/EG sein kann.[53] Daraus folgt jedoch nicht, dass der persönliche Anwendungsbereich des koordinierenden Sozialrechts Unionsbürger, die weder Arbeitnehmer noch Selbstständige sind, erst nach einer dreimonatigen Wartezeit bzw. gar nicht erfasste, solange sich die Leistungsberechtigten auf Arbeitsuche befänden.[54] Während die Unionsbürgerrichtlinie die Voraussetzungen des Aufenthalts regelt und den gleichberechtigten Zugang zu Sozialleistungen nur am Rande erwähnt, verfolgt die Verordnung spezifisch und ausschließlich die Sicherung der sozialen Rechte und Anwartschaften von Unionsbürgern, die sich in anderen Mitgliedstaaten aufhalten.[55] Als Instrument des Internationalen Sozialrechts etabliert die VO (EG) 883/2004

---

50 *Schreiber*, NZS 2012, 647, 651; *Eichenhofer*, SozSich 2014 198, 202.

51 *Kingreen*, EuR 2007, Beiheft 1, 43, 45: die Koordinierung sei ein „zweckgebundenes Begleitrecht der Personenverkehrsfreiheiten".

52 *Fuchs*, in: Fuchs (Hrsg.), Einführung, Rn. 31; *Kingreen*, SGb 2013, 132, 137; im Ergebnis auch *Hailbronner*, JZ 2014, 869, 869.

53 EuGH, Rs. C-333/13 (Dano), NVwZ 1648, 1650. Zur Diskussion *Janda*, S. 244 f. m.w.N.; *Kingreen*, SGb 2013, 132, 137.

54 So aber *Kötter*, Ansprüche von BürgerInnen der Europäischen Union auf Leistungen der sozialen Grundsicherung nach dem SGB II zwischen Gleichbehandlungsanspruch und Demokratieprinzip, info also 2013, 243, 251; ablehnend *v. Overmeiren/Verschueren/Eichenhofer*, Social security coverage of non-active persons moving to another Member State, S. 44 f.

55 Beide Rechtsakte verfolgen daher unterschiedliche Ziele, EuGH, Rs. C-333/13 (Dano), NVwZ 1648, 1651; *Wendel* in: Grabenwarter (Hrsg.), Enzyklopädie des Europarechts, Bd. 2, Baden-Baden 2014, § 18, Rn. 60; *Schreiber*, NZS 2012, 647,

vor allem kollisionsrechtliche Regeln, klärt sie doch, welche Rechtsordnung in grenzüberschreitenden Sachverhalten zur Anwendung kommt und an welchen Anforderungen einzelne Regelungen des nationalen Sozialrechts zu messen sind. Die Verordnung harmonisiert den persönlichen Anwendungsbereich nationalen Sozialrechts, und zwar unabhängig von der Rechtmäßigkeit des Aufenthalts.[56] Damit lässt sich die Koordinierungsverordnung schlüssig als lex specialis einordnen.[57]

3. Verfassungsrecht

Über den europarechtlichen Kontext hinaus ist die verfassungsrechtliche Dimension zu diskutieren. Art. 3 Abs. 1 GG gewährleistet die Gleichheit aller Menschen vor dem Gesetz, während § 7 I 2 SGB II eine an der Staatsangehörigkeit anknüpfende Ungleichbehandlung statuiert: Ausländer können Leistungen der Grundsicherung nur in Anspruch nehmen, wenn sie über den gewöhnlichen Aufenthalt hinaus einer Erwerbstätigkeit im Inland nachgehen oder sie aufgrund einer früheren Erwerbstätigkeit weiterhin den Arbeitnehmerstatus innehaben. Deutsche hingegen müssen nie Arbeitnehmer gewesen sein, um leistungsberechtigt zu sein. Eine an Art. 3 Abs. 1 GG zu messende Ungleichbehandlung liegt folglich vor.

Diese bedarf ausweislich der „neuen Formel" des Bundesverfassungsgerichts der sachlichen Rechtfertigung.[58] Die Differenzierung zwischen deutschen und anderen Staatsangehörigen ist im Rahmen von Art. 3 Abs. 1 GG nicht per se unzulässig.[59] Zwischen Deutschen und arbeitsuchenden Ausländern müssen aber gewichtige Unterschiede bestehen, aufgrund derer die Ungleichbehandlung im Grundsicherungsrecht geboten ist. Der Unterschied kann kaum darin gründen, dass aus früherer Erwerbstätigkeit und den daraus entrichteten Beiträgen und Steuern eine Anwartschaft auf Leistungen erworben worden sei. Dieses Kriterium trägt allenfalls Diffe-

---

651; *Thym*, Sozialleistungen für und Aufenthalt von nichterwerbstätigen Unionsbürgern, NZS 2014, 81, 83; *Thym*, NJW 2015, 130, 131.

56 Ähnlich *Verschueren*, The unreasonable burden of Brey, European Journal of Migration and Law 16 (2014) 162; *v. Overmeiren/Verschueren/Eichenhofer*, S. 45.

57 Dafür offenbar auch *Hauschild* in: jurisPK-SGB I, Art. 4 VO (EG) 883/2004, Rn. 11.2.

58 St. Rspr., BVerfGE 55, 72, 88; 88, 87, 96; 112, 368, 401; 116, 229, 238.

59 Ausführlich *Janda*, S. 124 f.; *Kingreen*, SGb 2013, 132, 137; *Eichenhofer*, VSSR 2014, 29, 47 f.

renzierungen im Sozialversicherungsrecht. Ziel des Gesetzgebers ist vielmehr die Verhinderung der „Einwanderung in die sozialen Sicherungssysteme".[60] Diese auf der *welfare magnet thesis* basierende Befürchtung konnte bislang freilich nicht belegt werden.[61] Das Gebot, Rechtspolitik und Gesetzgebung auf „verlässliche Argumente und Fakten"[62] zu stützen, wird insofern offenkundig missachtet.

Der einzige sich aufdrängende Unterschied zwischen Personen, die bereits im Inland gearbeitet haben und Deutschen einerseits und anderen Staatsangehörigen, die erstmals im Inland Arbeit suchen andererseits, kann nur in der fehlenden Zugehörigkeit zur inländischen Solidargemeinschaft liegen. Eine allgemeingültige Antwort auf die Frage, wann diese Zugehörigkeit genau entsteht, scheint schwer zu finden. Indes ist der Gleichbehandlungsgrundsatz auch im Lichte des Sozialstaatsprinzips aus Art. 20 Abs. 1 GG zu würdigen.[63] Unter dessen Schutz stehen alle Einwohner, ungeachtet ihrer Staatsangehörigkeit.[64] Der Einwohnerstatus wird durch die bloße Arbeitsuche jedoch noch nicht begründet.[65] Insofern erweist sich der Leistungsausschluss im Lichte des Gleichbehandlungsgrundsatzes auf den ersten Blick als plausibel. Im Grunde ist dem Leistungsausschluss aber die Annahme immanent, dass Ausländer für gewöhnlich nicht in Deutschland leben.[66] In dieser Pauschalität wird § 7 Abs. 1 S. 2 GG dem Gleichheitsgebot nicht gerecht. Denn die Arbeitsuche in der Bundesrepublik kann auf verschiedenen Gründen beruhen, etwa auf der Nähe zu Bezugspersonen, die sich bereits im Inland aufhalten, früherer Inlandsaufenthalte oder das Absolvieren einer Schul-, Berufs- oder akademischen Ausbildung. Zudem ist mit dem in § 7 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 SGB II verankerten Kriterium des „gewöhnlichen Aufenthalts" die Zugehörigkeit zur inländischen Solidargemeinschaft bereits hinreichend gewährleistet.[67]

---

60 Dazu *Fuchs*, Freizügiger Sozialtourismus?, ZESAR 2014, 103.
61 *Kingreen*, EuR 2007, Beiheft 1, 43, 67 f.
62 *Ruland*, NZS 2012, 321, 322.
63 BVerfGE 38, 187, 197; 39, 316, 326; 44, 283, 289. Dazu auch *Bieback*, EuGRZ 1985, 657, 667.
64 *Davy*, Soziale Gleichheit: Voraussetzung oder Aufgabe der Verfassung?, VVDStRL 68 (2009) 122 ff.; *Eichenhofer*, VSSR 2014, 29, 47.
65 *Eichenhofer*, SozSich 2014, 198, 200; *Padé*, Der EuGH und der Sozialtourismus, jurisMagazin 2015, 116, 118.
66 Dies kritisiert zu Recht *Eichenhofer*, SozSich 2014 198, 200.
67 *Janda*, S. 252 f.

Eine darüber hinausgehende Hürde für den Leistungszugang ist nicht erforderlich.

> *Der Türhüter gibt ihm einen Schemel und lässt ihn seitwärts von der Tür sich niedersetzen. Dort sitzt er Tage und Jahre.*

III. Existenzsicherung für „fremde" Arbeitsuchende

Die Leistungsberechtigung arbeitsuchender Unionsbürger muss damit richtigerweise allein am gewöhnlichen Aufenthalt anknüpfen. Was folgt jedoch aus diesem Befund für all jene Arbeitsuchenden, die ihren Lebensmittelpunkt (noch) nicht in der Bundesrepublik haben, aber trotz des Leistungsausschlusses im Inland verbleiben? Kann sich der Sozialstaat der Verantwortung für deren Existenzsicherung entziehen?

1. Sicherung der Existenz durch den Herkunftsstaat?

Naheliegend ist die Annahme, dass dieser Personenkreis weiterhin dem Statut des Herkunftsstaat unterliegt, dessen sozialstaatliche Verantwortung also fortdauert. Diese Lösung scheitert aber am Exportverbot für besondere beitragsunabhängige Geldleistungen sowie an der fehlenden Koordinierung der Fürsorgeleistungen. Diese werden ausschließlich im zuständigen Staat erbracht, was sich nicht zuletzt daraus erklärt, dass sie der Unterhaltssicherung im „Hier und Jetzt" dienen, also an dem Ort gewährt werden müssen, an dem der Bedarf eintritt.[68] Zudem orientiert sich die Höhe existenzsichernder an den sozio-kulturellen Gegebenheiten des zuständigen Staates, die mit denen des Aufenthaltsstaats nicht deckungsgleich sein müssen. Art. 70 Abs. 4 VO (EG) 883/2004 erweist sich damit als besondere Ausprägung des Solidaritätsprinzips, nämlich der Solidarität unter all jenen, die zusammen in einem Staat leben.[69]

> *Er macht viele Versuche, eingelassen zu werden, und ermüdet den Türhüter durch seine Bitten. Der Türhüter stellt öfters kleine Verhöre mit ihm an, fragt ihn über seine Heimat aus und nach vielem andern, es sind aber teilnahmslose Fragen, wie sie große Herren stellen, und zum Schlusse sagt er ihm immer wieder, dass er ihn noch nicht einlassen könne.*

---

68 *Eichenhofer*, SozSich 2014, 198, 199.

69 *Verschueren*, in: Eichenhofer (Hrsg.), S. 263; *Schulte*, ZESAR 2010, 202, 216.

2. Ausweisung bedürftiger Arbeitsuchender?

Entscheiden sich arbeitsuchende Unionsbürger gleichwohl gegen die Rückkehr in ihren Herkunftsstaat, stellt sich die Frage nach ihrem aufenthaltsrechtlichen Schicksal. Das in Art. 18 AEUV eröffnete Aufenthaltsrecht der wirtschaftlich Inaktiven endet, wenn sie ihren Lebensunterhalt nicht eigenständig sichern können und nicht über hinreichenden Krankenversicherungsschutz verfügen, Art. 7 Abs. 1, 14 Abs. 2 RL 2004/38/EG. Die bloße Inanspruchnahme von Sozialleistungen rechtfertigt die Beendigung des Aufenthalts indes nicht, Art. 14 Abs. 3 RL 2004/38/EG, sondern nur wenn die Verhältnismäßigkeit im Einzelfall gewahrt bleibt.[70] Arbeitsuchende dürfen gar nicht ausgewiesen werden, Art. 14 Abs. 4 lit. b) RL 2004/38/EG. Somit mag der Aufenthalt zwar rechtswidrig, dessen Beendigung aber dennoch unzulässig sein.[71] Soll daraus folgen, dass dem Sozialrecht die Aufgabe zukommt, die betreffende Person zur freiwilligen Ausreise zu veranlassen?

Selbst wenn nach eingehender Abwägung aller individuellen Umstände nach Maßgabe von Art. 14 Abs. 3 RL 2004/38/EG eine Aufenthaltsbeendigung zulässig ist: Die Freizügigkeit aus Art. 18 AEUV besteht fort und kann neuerlich in Anspruch genommen werden, sodass zumindest für neuerliche drei Monate i.S.v. Art. 6 RL 2004/38/EG auch ohne Mittel zum Lebensunterhalt der Aufenthalt in einem anderen Mitgliedstaat begründet werden darf. Um keinen Zirkel von Einreise und Ausweisung auszulösen, bedarf es einer tragfähigen Lösung. Ob diese in einer Wiedereinreisesperre[72] liegen kann, ist jedoch fraglich. Zum einen wäre diese im Schengen-Raum ohnehin kaum kontrollierbar. Zum anderen stellt sich die Frage, ob eine solche Einreisesperre absolut wirken soll – denn wie sollte eine Veränderung der Lebensumstände berücksichtigt werden: eine Erbschaft, ein Lottogewinn, nach der die Mittel zum Lebensunterhalt plötzlich vorhanden sind? Die Möglichkeit der Aufnahme einer (geringfügigen) Beschäftigung in der Bundesrepublik? Der Nachzug zu Familienmitgliedern oder die Heirat mit einem Inländer?

---

70 *Verschueren*, European Journal of Migration and Law 16 (2014) 171 f.; *Devetzi*, EuR 2014, 638, 653 f.

71 *Calliess*, EuR Beiheft 1/2007, 7, 40; *Schreiber*, Die Bedeutung des Aufenthaltsrechts für die sozialrechtliche Gleichbehandlung von Unionsbürgerinnen und Unionsbürgern, ZAR 2015, 46, 47.

72 So die Neuregelung in § 7 Abs. 2 FreizügG/EU.

3. Subsidiäre Sicherung durch die Sozialhilfe?

Damit stellt sich die Frage, ob die Existenzsicherung nicht doch durch den Aufenthaltsstaat zu gewährleisten ist, und zwar nach Maßgabe der Regeln, die allein am tatsächlichen Aufenthalt anknüpfen. Diese gründen in dem durch Art. 1 Abs. 1 GG gewährleisteten Achtungsanspruch. Selbst wenn dieser keinen „grundrechtsunmittelbaren Leistungsanspruch" vermittelt,[73] wäre es damit unvereinbar, Personen ganz ohne die notwendigen Mittel zum Lebensunterhalt sich selbst zu überlassen.[74]

Diese Schutzfunktion kommt einerseits § 23 SGB XII zu. Indes ist gemäß § 21 SGB XII die Gewährung von Sozialhilfeleistungen an solche Personen ausgeschlossen, die zumindest dem Grunde nach leistungsberechtigt nach dem SGB II sind. Dies betrifft all jene, die die Voraussetzungen des § 7 Abs. 1 S. 1 SGB II erfüllen.[75] Andererseits ließe sich möglicherweise eine Leistungspflicht aus § 1 Abs. 1 Nr. 5 AsylbLG konstruieren, was freilich voraussetzte, dass mittellose arbeitsuchende Unionsbürger vollziehbar ausreisepflichtig sind. Ohnehin sind die Leistungssätze des AsylbLG seit der Feststellung des BVerfG, die Menschenwürde sei migrationspolitisch nicht zu relativieren,[76] nahezu deckungsgleich mit denen der Grundsicherung. Überdies werden nach beiden Systemen keine aktivierenden Maßnahmen angeboten: § 23 Abs. 4 SGB XII enthält lediglich einen Hinweis auf die Förderung der freiwilligen Ausreise, § 5 Abs. 1 AsylbLG sieht lediglich das Angebot von Arbeitsgelegenheiten vor. Alle hoheitlichen Maßnahmen zur Eingliederung in den Arbeitsmarkt wären arbeitsuchenden Unionsbürgern vorzuenthalten, mit der paradoxen Folge, dass der passive Leistungsbezug bis zur Ausreise zementiert würde. Auch die subsidiäre Absicherung der „lediglich" Arbeitsuchenden bietet folglich keine taugliche Lösung.

> *Schließlich wird sein Augenlicht schwach, und er weiß nicht, ob es um ihn wirklich dunkler wird, oder ob ihn nur seine Augen täuschen. Wohl aber erkennt er jetzt im Dunkel einen Glanz, der unverlöschlich aus der Türe des Gesetzes bricht.*

---

73 *Frenz*, „Armutseinwanderung" zwischen EU-Freizügigkeit und Menschenwürde, NJW 2013, 1210, 1212; so auch bereits *Bieback*, EuGRZ 1985, 657, 663 f. für sämtliche „grundrechtlich-sozialstaatliche Ansprüche".

74 *Kingreen*, SGb 2013, 132, 139.

75 BT-Drs. 16/688, S. 13.

76 BVerfGE 132, 134.

IV. Auswege

Ziel des europäischen koordinierenden Sozialrechts ist das Verhindern von Doppelsicherung ebenso wie von Sicherungslücken im sozialen Schutz. Dieses Anliegen wird nicht erreicht, wenn arbeitsuchenden Personen in keinem Land der gewöhnliche Aufenthalt zugesprochen wird – weder im Herkunftsland, weil die Bindungen an diesen abgebrochen sind, noch im Staat des tatsächlichen Aufenthalts, weil dieser sie nicht aufnehmen will.[77]

1. Auf der Suche nach der „tatsächlichen Verbindung"

Der Gesetzgeber scheint der in § 7 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 SGB II verankerten Anspruchsvoraussetzung des gewöhnlichen Aufenthalts nicht zu trauen. Die kürzlich erfolge Neufassung des FreizügG/EU[78] erweist sich als eher symbolisch. So statuiert § 2 Abs. 2 Nr. 1a FreizügG/EU n.F. den Wegfall des Aufenthaltsrechts nach sechs Monaten, sofern danach die Arbeitsuche nicht mit begründeter Aussicht auf Einstellung fortgesetzt wird. Der Gesetzgeber setzt damit die Rechtsprechung des EuGH zur Fortdauer des Aufenthaltsrechts bei Arbeitsuche[79] um, enthält sich aber einer Definition der Kriterien, nach denen die Erfolgsaussicht der Arbeitsuche anzunehmen ist.[80] Zu mehr Rechtssicherheit im Hinblick auf den Ausschlusstatbestand des § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II hat die Änderung folglich nicht geführt, zumal weiterhin ungeklärt bleibt, ob die Rechtswidrigkeit des Aufenthalts einer konstitutiven Verwaltungsentscheidung bedarf oder nicht.[81] Dass die Sozialbehörden die Rechtmäßigkeit des Aufenthalts prüfen,[82] ist nur wenig sinnhaft, steht ihnen doch ohnehin nicht die Befugnis zu, den Aufenthalt zu beenden.

---

77 Ähnlich *Schreiber*, ZAR 2015, 46, 49.

78 Zur Neufassung *Fuchs*, ZESAR 2015, 95, 96.

79 EuGH, Rs. 292/89 (Antonissen), Slg 1991, I-745.

80 BT-Drs. 18/2581, S. 15 f.

81 Für eine Vermutung des Aufenthaltsrechts von Unionsbürgern EuGH, Slg 1998, I-2691 (Martínez-Sala); *Schönberger*, ZAR 2006, 226, 228; *Welte*, Rechtsverlust- oder Nichtbestehensfeststellung nach erfolgloser Arbeitssuche, ZAR 2014, 190, 191; *Schreiber*, ZAR 2015, 46, 51. Dagegen *Thym*, NZS 2014, 81, 86.

82 Dafür *Welte*, ZAR 2014, 190, 191; *Thym*, NJW 2015, 130, 133; dagegen *Schreiber*, NZS 2012, 647, 649 f.; so offenbar auch *Schönberger*, ZAR 2006, 226, 229.

Auch die Entscheidung des EuGH in der Rechtssache Dano[83] hat keine Klärung der Rechtslage bewirkt. § 7 Abs. 1 S. 2 SGB II schließt die Arbeitsuchenden vom Grundsicherungsbezug aus, enthält aber keinen Leistungsausschluss für jene, die nicht Arbeit suchen. Gerade dieser nicht vorhandene Leistungsausschluss wurde aber vom EuGH bestätigt.[84] Dieser Befund des EuGH steht aber im Einklang mit seiner bisherigen Rechtsprechung, wonach die Leistungsberechtigung nur eröffnet ist, wenn zwischen dem Unionsbürger und seinem Aufenthaltsstaat eine „tatsächliche Bindung" besteht.[85] Nach Auffassung der Kommission kann es dafür allein auf die Begründung des Lebensmittelpunktes ankommen.[86] Dass dieser im Staat der Arbeitsuche liegt, kann – anders als § 7 Abs. 1 S. 2 SGB II bzw. Art. 24 Abs. 2 RL 2004/38/EG suggerieren – nicht pauschal verneint werden. Erforderlich ist eine eingehende Prüfung aller Umstände des Einzelfalls.[87] Dabei ist eine rein faktische Betrachtungsweise vorzunehmen, unabhängig von der Rechtmäßigkeit des Aufenthalts.[88] Denn wenn sich die Zuständigkeit eines Staates für die Gewährung von Leistungen der Mindestsicherung allein nach dem tatsächlichen Lebensmittelpunkt richten soll, kann die Leistungsgewährung kaum mit der Begründung versagt werden, die materielle Rechtmäßigkeit sei Anspruchsvoraussetzung. Dies ließe Arbeitsuchende aus anderen Mitgliedstaaten zwischen allen Stühlen stehen – zuständig ist der Aufenthaltsstaat, der sich aber nicht leistungsverpflichtet sieht, nicht leistungsverpflichtet ist der Herkunftsstaat, der aber auch nicht zuständig ist.

---

83 EuGH, Rs. C-333/13 (Dano), NVwZ 2014, 1648.

84 *Schreiber*, Unionsrechtliche Gleichbehandlung beim Arbeitslosengeld II-Bezug ohne Aufenthaltsrecht?, info also 2015, 3, 3: der EuGH habe Fragen beantwortet, die sich gar nicht stellen.

85 EuGH, Rs. C-413/99 (Baumbast), Slg. 2002, I-7091; Rs. C-456/02 (Trojani), Slg. 2004, I-7573; Rs. C-184/99 (Grzelczyk), Slg. 2001, I-6193.

86 *Europäische Kommission*, S. 46.

87 Konkrete Mindestaufenthaltszeiten dürfen nicht gefordert werden, EuGH, Rs. C-90/97 (Swaddling), Slg. 1999, I-1075.

88 *Europäische Kommission*, S. 49; zustimmend *Farahat*, Kollisionsrechtliche und aufenthaltsrechtliche Perspektiven beim Leistungsausschluss von Unionsbürgern nach § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II, NZS 2014, 490, 491; *Schreiber*, info also 2015, 3, 5; *Schreiber*, ZAR 2015, 46, 49. A.A. *Hailbronner*, JZ 2014, 869, 871; *Welte*, ZAR 2014, 190, 192.

2. Krise der europäischen Werte?

Angesichts der paradoxen Befunde stellt sich die Frage, ob die Prinzipien der Bewegungsfreiheit und der Gleichbehandlung die Europäische Union weiterhin tragen. Das Primärrecht gewährt Freizügigkeit für alle Unionsbürger, auch zur Arbeitssuche. Die Sozialrechtskoordinierung will vermeiden, dass die Inanspruchnahme dieser Bewegungsfreiheit zum Verlust sozialer Rechte führt. Das Aufenthaltsrecht reguliert die Voraussetzungen der Bewegungsfreiheit, beschränkt zugleich aber deren sozial(hilfe)rechtliche Rechtsfolgen. Die Rechtsakte sind inkompatibel.[89] Auch die Mitgliedstaaten suchen zuweilen nach Wegen, die Gleichstellung zuwandernder Unionsbürger einzuschränken[90] – ganz so, als wäre der europarechtliche Rahmen ohne ihr Zutun geschaffen worden.

Aus dem Wesen der Europäischen Einigung folgt aber die Verpflichtung der Mitgliedstaaten zu einer „bestimmten finanziellen Solidarität" mit den Angehörigen anderer Mitgliedstaaten.[91] Im Grundsicherungsrecht ebenso wie in der Unionsbürgerrichtlinie wird dagegen ein Verständnis von *social citizenship*[92] deutlich, das neben den „eigenen" Staatsangehörigen nur die Marktbürger einschließt.[93] Nur diesen wird Gleichheit im Hinblick auf den Zugang zu öffentlich finanzierten Ressourcen gewährt, die den Lebensunterhalt zu sichern bestimmt sind. Im Grunde hat der Gesetzgeber damit das Missverständnis überwunden, *social citizenship* bedeute, dass Sozialleistungen nur den eigenen Staatsangehörigen (*citizens*) zu gewähren seien.[94] Zugleich macht er deutlich, dass Arbeitsuchende aus anderen Mitgliedstaaten nicht als Bürger, als umfassend teilhabeberechtigt gelten sollen. Dies mag dem ursprünglichen Kontext der *social citizenship*

---

89 *Hauschild,* in: jurisPK-SGB I, Art. 4 VO (EG) 883/2004, Rn. 11.2; *Schönberger*, ZAR 2006, 226, 230; *Hailbronner*, JZ 2014, 869, 877: kein „schlüssiges Gesamtkonzept".

90 Dazu *Fuchs*, ZESAR 2015, 95, 95.

91 St. Rspr. seit EuGH, Rs. 184/99 (Grzelczyk), Slg 2001, I-6193.

92 *Marshall*, Citizenship and Social Class, Cambridge 1950.

93 *Davy*, ZESAR 2010, 307, 310. Vgl. auch *Thym*, NJW 2015, 130, der insbesondere aus der jüngeren EuGH-Rechtsprechung eine „Rückkehr des Marktbürgers" ableitet.

94 So beispielsweise *Sodan*, EU-Osterweiterung und soziale Sicherungssysteme, JZ 2002, 53 ff.; *Sinn*, Sozialunion, Migration und die europäische Verfassung, ifo Schnelldienst 13/2004, 13 ff. Dazu ausführlich und kritisch *Eichenhofer/Abig*, Zugang zu steuerfinanzierten Sozialleistungen nach dem Staatsangehörigkeitsprinzip?, Münster 2004; *Eichenhofer*, VSSR 2014, 29, 45 f.

geschuldet sein, nach dem Nationalstaaten mit der Gewährung sozial(hilfe)rechtlicher Leistungen Verantwortung für die eigenen Staatsangehörigen übernehmen.[95] Indes erstreckt sich diese Verantwortung üblicherweise auch auf die auf dem Territorium eines Staates gewöhnlich lebenden Personen, würde mit einer formalen, da allein an den Pass anknüpfenden Zuordnung doch die Mobilität verhindert.[96]

Arbeitsuchende befinden sich derzeit in einem Zustand der Notwendigkeit der permanenten Rechtfertigung ihres Aufenthalts in diesem Staat. Ausgrenzung und Ausweisung Bedürftiger erweisen sich als konsequente Umsetzung des Verständnisses von Wohlfahrtstaatlichkeit als Recht der „guten Polizey"[97] – bringen aber die überwunden geglaubte Trennung in „eigene" und „fremde" Personen wieder hervor. Diese ist ein klassisches Merkmal der Nationalstaaten, die ihre sozialstaatliche Verantwortung auf die Staatsangehörigen beschränken wollen.[98] Das nationale Recht kann sich aber nicht einfach in der „gemeinsamen Politik (der Europäischen Union) ... fortsetzen".[99] Gerade die gemeinsame Politik bietet jedoch kein kohärentes Bild. Der kleinste gemeinsame Nenner ist tatsächlich der uneingeschränkte Leistungszugang allein von Arbeitnehmern bzw. Personen, deren Arbeitnehmerstatus wegen einer vorangegangenen Beschäftigung in einem anderen Mitgliedstaat aufrechterhalten bleibt, vgl. Art. 7 Abs. 3 lit. b) RL 2004/38/EG. Diesen Status zu erreichen, ist vielen Unionsbürgern in der seit einigen Jahren andauernden Finanz- und Wirtschaftskrise nicht vergönnt. Dies betrifft insbesondere junge Menschen aus den südeuropäischen Staaten, in denen Jugendarbeitslosigkeit grassiert. Mehr als die Hälfte aller Menschen unter 25 Jahren finden nach dem Abschluss von Schule, Ausbildung oder Studium keine Beschäftigung.[100] Für sie erweist sich die Arbeitsuche in anderen Mitgliedstaaten als einzige Perspektive. Verfügen sie aber nicht über Einkünfte oder Vermögen, um ihren Lebensunterhalt zu bestreiten, ist dies aussichtslos: Die Inanspruchnahme des

95 *Davy*, ZESAR 2010, 307, 308; *Becker*, Migration und soziale Sicherheit – die Unionsbürgerschaft im Kontext, EuR 2007, Beiheft 1, 95, 97.

96 *Kingreen*, EuR 2007, Beiheft 1, 43, 52; *Davy*, ZESAR 2010, 307, 308. Dazu bereits *Smith*, The Wealth of Nations, 1776.

97 *Stolleis*, Geschichte des Sozialrechts in Deutschland, Konstanz 2003, S. 21; *Eichenhofer*, Geschichte des Sozialstaats in Europa, München 2007, S. 26 f.

98 Dazu *Davy*, ZESAR 2010, 307, 308.

99 *Zacher*, in: Handbuch des Staatsrechts, Band II, § 28, Rn. 8.

100 Eurostat, http://de.statista.com/statistik/daten/studie/74795/umfrage/jugendarbeitslosigkeit-in-europa/ (Stand November 2014).

Freizügigkeitsrechts scheitert an den finanziellen Mitteln. Sie auf freiwillige Programme zu verweisen, etwa solche der Jugendgarantie der Europäischen Kommission,[101] in deren Rahmen keine Rechtsansprüche vermittelt werden, ist in einer auf gegenseitige Solidarität gründenden Union nicht hinnehmbar. Vielmehr muss Freizügigkeit durch Rechtsansprüche ermöglicht werden.

> *„Alle streben doch nach dem Gesetz", sagt der Mann, „wieso kommt es, dass in den vielen Jahren niemand außer mir Einlass verlangt hat?"*
>
> ...
>
> *„Hier konnte niemand sonst Einlass erhalten, denn dieser Eingang war nur für dich bestimmt. Ich gehe jetzt und schließe ihn."*

3. Ausweg: Soziale Menschenrechte?

Die Europäische Union hat seit jeher soziale Anliegen verfolgt. Die Sozialrechtskoordinierung war einer der ersten Rechtsakte, der nach der Unterzeichnung der Römischen Verträge verabschiedet worden ist! Europa wird schließlich auch die Aufgabe zukommen (müssen), die partielle Aufrechterhaltung der die Marktbürger von den Unionsbürgern trennenden Binnengrenzen im Sozialrecht zu überwinden. Es muss ein in sich schlüssiges System gefunden werden, das gerecht ist, in dem also „jeder den ihm gebührenden Platz findet".[102] Dazu bedarf es einer Neuordnung des Verhältnisses zwischen Aufenthaltsrecht und Sozialrecht und einer Vergewisserung über ihre Funktionen. (Wirtschaftliche) Freiheit zu ermöglichen, ist nicht allein Angelegenheit aufenthaltsrechtlicher Regeln, welche Grenzen öffnen oder geschlossen halten. Freiheit war und ist immer auch ein Anliegen des Sozialstaats: Erst die Gewährung hinreichender Ressourcen versetzt den Einzelnen in die Lage, von seinen Freiheitsrechten Gebrauch zu machen.[103] Damit wird nicht einer alle Unterschiede einebnenden Gleich-

---

101 Empfehlung des Rates v. 22.4.2013 zur Einführung einer Jugendgarantie (2013/C 120/01), ABl. C 120, S. 1.

102 *Eichenhofer*, JZ 2005, 209, 210.

103 *Eichenhofer*, Sozialrecht, Rn. 9; *Bieback*, EuGRZ 1985, 657, 658 mit zahlreichen Nachweisen; *Zacher,* in: Handbuch des Staatsrechts, Band II, § 28, Rn. 26 für das nationale Recht, Rn. 150 für das europäische Recht; *Sommermann,* in: v. Mangoldt/Klein/Stark, GG, Art. 20, Rn. 112; *Eichenhofer*, VSSR 2014, 29, 52.

heit im Sinne von Gleichmacherei das Wort geredet,[104] sondern einer Gleichheit, die Gehalt und Bedeutung sozialer Menschenrechte aufnimmt. Gemeinsam ist diesen Rechten der Teilhabeanspruch, der in Abkehr von der ursprünglichen Funktion der Grund- bzw. Menschenrechte als Abwehrrechte gegen staatliche Eingriffe ein positives Tun[105] verlangt.

In internationalen Dokumenten sind soziale Menschenrechte seit jeher verankert.[106] Art. 22 AEMR vermittelt die „für (die) Würde und die freie Entwicklung (der) Persönlichkeit unentbehrlichen wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte", welche im IPwskR eine konkrete Ausprägung gefunden haben. Auf der Ebene des Europarats gewährleistet Art. 12, 13 der Europäischen Sozialcharta ein Recht auf soziale Sicherheit und Fürsorge.[107] Ebenso eröffnet Art. 34 GRCh den Zugang zu den Leistungen sozialer Sicherheit. Als Grundrecht vermittelt Art. 34 Abs. 2 GRCh allen Personen, die in der Europäischen Union ihren rechtmäßigen Wohnsitz haben und ihren Aufenthalt rechtmäßig wechseln, einen einklagbaren Anspruch auf Gleichbehandlung bei der Gewährung von Sozialleistungen.[108] Wesentliches Moment dieses Gleichbehandlungsanspruchs ist die Rechtmäßigkeit des Aufenthalts; dieser ist in engem Zusammenhang zu den sekundärrechtlichen Ausprägungen der Grundfreiheiten, namentlich auch der Unionsbürgerrichtlinie zu sehen.[109] Schließlich gewährt Art. 34 Abs. 3 GRCh ein Recht auf existenzsichernde Leistungen, stellt dieses aber in den Kontext der mitgliedstaatlichen Gepflogenheiten wie auch des Unionsrechts. Damit zeigen sich die Grenzen sozialer Grundrechte gerade beim Zugang zu Leistungen, die nicht durch eigene Beitragszahlungen „verdient" worden sind: Die menschenrechtliche Dimension scheint keinen Ausweg aus der nationalstaatlich orientierten Rechtegewährung zu bieten.

---

104 Zum Verhältnis zwischen Gerechtigkeit und Gleichheit *Eichenhofer*, JZ 2005, 209, 210 f.

105 Zu den Möglichkeiten des „sozialen Interventionsstaats" *Leibfried/Zürn,* in: Leibfried/Zürn, Transformationen des Staates, Frankfurt 2006, S. 31.

106 Ausführlich *Eichenhofer*, Soziale Menschenrechte im Völker-, europäischen und deutschen Recht, Tübingen 2012.

107 *Eichenhofer*, VSSR 2014, 29, 72.

108 *Bungenberg,* in: Grabenwarter (Hrsg.), Enzyklopädie des Europarechts, Bd. 2, § 17, Rn. 7.

109 *Bungenberg,* in: Grabenwarter (Hrsg.), § 17, Rn. 22.

Indes sind Menschenrechte keine (Staats)Bürgerrechte.[110] Ihre Reduktion auf die bloße Verkündung von Rechten „of all men everywhere"[111] vermag ebenso wie die Annahme einer sozialstaatlichen Pflicht zur Gewährleistung eines „menschenwürdigen Existenzminimum(s) für jedermann"[112] nicht zu klären, auf welche personelle und territoriale Dimension sich die Verbürgung erstreckt. Versteht man die menschenrechtliche Problematik vor allem in ihrer Ausprägung als das „Recht, Rechte zu haben",[113] muss um ihrer Wirksamkeit willen die Instanz für ihre Durchsetzung gefunden werden. Ohne diese Vergewisserung über die Zuständigkeit erweisen sich sämtliche sozialen Grundrechte als „sozialpolitische Proklamation".[114] Damit stellt sich die Frage nach der „tatsächlichen Verbindung" auch in diesem übergeordneten Rahmen. Kann dies in einer auf Gleichbehandlung und Freizügigkeit gründenden europäischen Union[115] tatsächlich der Herkunftsstaat sein oder ist vielmehr der Aufenthaltsstaat zur Gewährung sozialer Rechte berufen, selbst wenn der Aufenthalt nicht rechtmäßig ist? Das europäische Aufenthaltsrecht deutet auf erstere, das koordinierende Sozialrecht auf letztere Lesart hin.

Trotz ihrer inter- wie supranationalen Verbürgung müssen Menschenrechte auf nationaler Ebene umgesetzt werden. Voraussetzung für ihre Wirkmächtigkeit ist damit die Mitgliedschaft im nationalen Solidarverband, die nicht nur, aber zuerst[116] durch den Aufenthalt, sowie durch eine

---

110 *Eichenhofer*, SozSich 2014, 198, 206. Vielfach wird auf den Status des „Bürgers" abgestellt, auch ohne dessen spezifischen Gehalt – Staatsbürger? Sozialbürger? – zu reflektieren, vgl. statt vieler *Sommermann,* in: v. Mangoldt/Klein/Stark, GG, Art. 20, Rn. 120, der auf die Verantwortung des Staates für ein menschenwürdiges Dasein „der Bürger" hinweist. *Stark,* in: v. Mangoldt/Klein/Stark, GG, Art. 1, Rn. 41 stellt auf die „Mitbürger" ab.

111 Eleanor Roosevelt zu der Absicht, die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte möge zur internationalen Magna Charta werden, zitiert bei *Dreier,* in: Dreier (Hrsg.), Vorb., Rn. 25.

112 *Zacher,* in: Handbuch des Staatsrechts, Band II, § 28, Rn. 25 zum Gehalt des Sozialstaatsprinzips.

113 *Arendt*, Ursprünge und Elemente totalitärer Herrschaft, 15. Auflage, München 2013, S. 462.

114 *Gröschner,* in: Dreier (Hrsg.), Art. 20, Rn. 13.

115 *Wendel,* in: Grabenwarter (Hrsg.), § 18, Rn. 7.

116 BVerfGE 94, 166, 205 zum Menschenwürdeanspruch ausreisepflichtiger Ausländerinnen oder Ausländer; vgl. auch *Kluth*, Anwesenheit und Zugehörigkeit, ZAR 2009, 381, 384 zum Grundrechtsschutz für Personen ohne Aufenthaltsrecht.

gewisse soziale und gesellschaftliche Integration bewirkt wird.[117] Diese begründet die „tatsächliche Verbindung". An ihre Feststellung dürfen aber keine unverhältnismäßigen Ansprüche gestellt werden,[118] zumal jeder Mensch jederzeit über eine „tatsächliche Verbindung" zu einem Staat verfügen muss:[119] Wer die Brücken zum Herkunftsstaat abbricht, weil er dort keine Perspektive sieht, darf nicht „verbindungslos" werden.[120] In der „post-nationalen Konstellation"[121] kann ein an nationalen Zugehörigkeitskriterien orientiertes Sozialleistungsrecht nicht aufrecht erhalten bleiben.

Wenn die Unionsbürgerschaft tatsächlich der jedem Angehörigen eines Mitgliedstaats eingeräumte „grundlegende Status"[122] sein soll, der es jedem Unionsbürger erlaubt, unabhängig von der Staatsangehörigkeit die gleiche rechtliche Behandlung zu genießen,[123] muss sich dies auch in effektiv zugestandenen Rechten äußern. Zwar trifft es zu, dass auch im Mehrebenensystem Ansprüche auf Leistungen sozialer Sicherheit der Gesetzgebung der Mitgliedstaaten entstammen.[124] Der Sozialstaat als Spiegelbild des Nationalstaats[125] ist jedoch überwunden – zumindest sofern man die „Nation" als in sich geschlossene Gemeinschaft eines ethnisch homogenen Volkes versteht. Der Prozess der Bildung von Nationalstaaten ist in Europa abgeschlossen und abgelöst durch die Konsolidierung des

117 *Zacher*, Die Bundesrepublik Deutschland als Sozialstaat – eine Geschichte des sozialen Einschlusses im Zeichen von Nationalisierung und Internationalisierung, ZIAS 2002, 193, 194; *Janda*, S. 11; zu dieser „Aporie der Menschenrechte" vgl. auch *Arendt*, S. 454 f.

118 *Kingreen*, EuR 2007, Beiheft 1, 43, 70; *Devetzi*, EuR 2014, 638, 658.

119 *Europäische Kommission*, S. 46.

120 Umgekehrt kann eine solche enge Bindung, die einen Lebensmittelpunkt bildet, nur in einem, nicht aber in mehreren Staaten bestehen, EuGH, ZESAR 2013, 456 (Wencel).

121 *Leibfried/Zürn,* in: Leibfried/Zürn (Hrsg.), S. 19 ff.

122 So die ständige Rechtsprechung des EuGH seit Rs. C-184/99 (Grzelczyk), Slg. 2001, I-6193; Rs. C-224/98 (D'Hoop), Slg. 2002, I-6191.

123 *Kingreen*, S. 418.

124 *Eichenhofer*, VSSR 2014, 29, 40.

125 „Who says welfare-state, says nation-state", *Giddens*, Beyond Left and Right, Cambridge 1998, S. 136.

Supranationalen. Der Sozialstaat darf sich nicht um den Preis des Ausschlusses all derer, die „fremd" sind, nur auf die Sicherung der Bedürfnisse der Nation beschränken, er muss offen sein für alle, die sich darin aufhalten.[126] Sein Selbstverständnis muss sich daher wandeln: vom Torhüter zum Türöffner.

126 „Der deutsche Sozialstaat ist nicht der Sozialstaat der Deutschen!", *Eichenhofer*, SozSich 2014, 198, 198.

Stamatia Devetzi/Constanze Janda (Hrsg.)

Freiheit – Gerechtigkeit – Sozial(es) Recht

Festschrift für Eberhard Eichenhofer

Nomos

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über http://dnb.d-nb.de abrufbar.

ISBN 978-3-8487-1842-9 (Print)
ISBN 978-3-8452-5849-2 (ePDF)

1. Auflage 2015
© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2015. Printed in Germany. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.