### Zwischenruf

Professor Dr. Constanze Janda\*

# Das Recht auf Existenzsicherung – Eine Frage der Kostenersparnis?

Nach dem Referentenentwurf zur Rechtsvereinfachung im SGB II nimmt sich der Gesetzgeber nun der Neuordnung des Zugangs von Unionsbürgern zu den Leistungen der Grundsicherung für Arbeitsuchende an. Der Referentenentwurf wirft einige verfassungs- und europarechtliche Fragen auf.

#### I. Das BSG und der Regelungsbedarf im SGB II

Als im Jahr 1992 mit dem Vertrag von Maastricht die Unionsbürgerschaft eingeführt wurde, schien der Wandel vom Marktbürger zum Unionsbürger vollzogen: die Bewegungsfreiheit in der Union und der Anspruch auf Gleichbehandlung sollten nicht länger von der Verwertung der eigenen Arbeitskraft auf dem Binnenmarkt abhängen, sondern jedermann offenstehen. Eine neue Ära schien angebrochen. Befördert wurde dies durch die weitreichende Rechtsprechung des EuGH, der aus der Trias von Unionsbürgerschaft, Freizügigkeit und dem Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit (Art. 20, 21, 18 AEUV) einen sozialrechtlichen Teilhabeanspruch hergeleitet und Angehörigen anderer Mitgliedstaaten, die eine "tatsächliche Bindung" zum Aufenthaltsstaat aufweisen, einen Anspruch auf existenzsichernde Leistungen zugebilligt hat.

#### 1. Leistungsausschlüsse für Ausländer im SGB II

Für den Zugang zur Grundsicherung für Arbeitsuchende etablierte § 7 SGB II zunächst lediglich die Erwerbsfähigkeit, die Hilfebedürftigkeit und den gewöhnlichen Aufenthalt als Anspruchsvoraussetzungen. Abgesehen von einer Spezialregelung in § 8 SGB II zur Erwerbsfähigkeit von Ausländern sowie dem Leistungsausschluss für die nach dem AsylbLG Berechtigten bestand kein Zusammenhang zwischen der Leistungsberechtigung und der Staatsangehörigkeit.

Erst 2006 nahm der Gesetzgeber den Leistungsausschluss für arbeitsuchende Unionsbürger auf; die dreimonatige Wartefrist für nichtfreizügigkeitsberechtigte Ausländer fand 2007 durch das Gesetz zur Umsetzung aufenthalts- und asylrechtlicher Richtlinien der Europäischen Union Eingang in die Norm. Die Zulässigkeit der Ausnahmeregelungen in § 7 I 2 SGB II war lange umstritten, insbesondere wegen des ungeklärten Verhältnisses der Ermächtigung in Art. 24 II RL 2004/38/EG zu dem in Art. 4 VO (EG) 883/2004 verankerten Recht auf Inländergleichbehandlung beim Zugang zu Sozialleistungen. Der EuGH hat dieser Diskussion durch seine Entscheidung in der Rechtssache Alimanovic (NJW 2016, 555) - ohne methodisch hergeleitete Begründung - ein Ende gesetzt: Inländergleichbehandlung werde nur den Unionsbürgern zuteil, die sich rechtmäßig in einem anderen Mitgliedstaat aufhalten.

#### 2. Entscheidung des BSG

Dieser Schlusspunkt war nur ein vorübergehender. Das BSG hatte sich erneut mit dem Fall Alimanovic zu beschäftigen (InfAuslR 2016, 197) und leitete aus der Menschenwürdegarantie und dem Sozialstaatsprinzip (Art. 1 I, 20 I GG)

einen Zugang zu existenzsichernden Leistungen für Arbeitsuchende und Personen ohne Aufenthaltsrecht her. Dieser gründe zwar nicht im SGB II, sondern im SGB XII und bestehe lediglich im Rahmen einer Ermessensentscheidung. Das Ermessen sei jedoch gebunden, sobald sich der Aufenthalt verfestigt habe, wovon nach Ablauf von sechs Monaten auszugehen sei.

Die Entscheidung des BSG wird von einigen Sozialgerichten rundheraus abgelehnt und hat den Widerspruch der für die Finanzierung der Sozialhilfe zuständigen Kommunen auf den Plan gerufen. Die Bundesregierung hat auf deren Bedenken reagiert und einen Referentenentwurf für ein "Gesetz zur Regelung von Ansprüchen ausländischer Personen in der Grundsicherung für Arbeitsuchende nach dem SGB II und in der Sozialhilfe nach dem SGB XII" vorgelegt. Dieser dient explizit der Vermeidung der sich aus der BSG-Rechtsprechung ergebenden Rechtsfolgen.

#### II. Inhalt des Entwurfs

Die Leistungsausschlüsse sollen nicht völlig neu strukturiert, sondern lediglich ergänzt und die Sonderregelung zur Sozialhilfe für Ausländer in § 23 SGB XII entsprechend angeglichen werden. Es bleibt bei der dreimonatigen Wartefrist für nichtfreizügigkeitsberechtigte Personen (§ 7 I 2 Nr. 1 SGB II-E) sowie beim Leistungsausschluss für Personen, deren Aufenthaltsrecht sich allein aus dem Zweck der Arbeitsuche ergibt (§ 7 I 2 Nr. 2 a SGB II-E).

#### 1. Personen ohne Aufenthaltsrecht

Personen ohne materielles Aufenthaltsrecht (§ 7 I 2 Nr. 1 a SGB II-E) sollen keine Leistungen beanspruchen können. Der Gesetzgeber nimmt insofern den vom *BSG* bestätigten "Erst-Recht-Schluss" auf: wenn schon Personen nicht leistungsberechtigt sind, die sich nur zur Arbeitsuche im Inland aufhalten, muss dies auch für all jene gelten, die gar kein Aufenthaltsrecht haben. Die Regelung scheint schlüssig und zur Vermeidung von Wertungswidersprüchen geeignet.

Sie kann jedoch ein Dilemma nicht überwinden: Es streitet eine Vermutung für die Rechtmäßigkeit des Aufenthalts von Unionsbürgern, solange dieser nicht durch eine hoheitliche Verfügung beendet worden ist. Der EuGH hat in der Rechtssache Alimanovic zwar Gleichbehandlungsansprüche an die Rechtmäßigkeit des Aufenthalts nach Maßgabe der Unionsbürgerrichtlinie geknüpft. Die fehlende Rechtmäßigkeit hat jedoch nicht unmittelbar die Ausreisepflicht zur Folge: Art. 14 III RL 2004/38/EG macht deutlich, dass der Sozialleistungsbezug nicht automatisch zur Ausweisung führen darf; Art. 14 IV RL 2004/38/EG verbietet gar die Ausweisung all jener, die mit einiger Aussicht auf Erfolg nach Arbeit suchen. Die Systematik der Unionsbürgerrichtlinie verdeutlicht das Erfordernis einer Einzelfallentscheidung, in der – so

<sup>\*</sup> Die Autorin ist Professorin für Europäisches Arbeitsrecht, Sozialrecht und allgemeines Zivilrecht an der SRH Hochschule Heidelberg.

auch die hergebrachte Rechtsprechung des *EuGH* – die tatsächliche Bindung an den Aufenthaltsstaat und die Angemessenheit des Sozialleistungsbezugs abzuwägen sind.

Die geplante Neuregelung hätte zur Folge, dass Personen der Zugang zur Grundsicherung verwehrt wird, die nicht ausreisepflichtig sind. Der Gesetzgeber argumentiert, dass Personen ohne Aufenthaltsrecht erst durch die Gewährung von Grundsicherungsleistungen eine langfristige Aufenthaltsperspektive verschafft würde, während sie ohne diese zur Rückkehr in ihren Herkunftsstaat gezwungen würden. Daraus eine Akzessorietät zwischen Leistungsberechtigung und Aufenthaltsrecht abzuleiten und somit eine zweite Ebene in den Leistungszugang einzuziehen, ist jedoch nicht zwingend geboten. Bereits die konsequente Prüfung des nach § 7 I 1 Nr. 4 SGB II erforderlichen gewöhnlichen Aufenthalts reicht, um dem gesetzgeberischen Anliegen zu entsprechen: Wer noch keine dauerhafte Aufenthaltsperspektive hat - und dies trifft auf alle Personen zu, die allein zum Zweck der Arbeitsuche einreisen, hat keinen gewöhnlichen Aufenthalt und ist damit auch nicht im SGB II leistungsberechtigt. Die Neuregelung ist also nicht erforderlich.

#### 2. Kinder von Wanderarbeitnehmern

Nicht minder problematisch ist die für § 7 I 2 Nr. 2 c SGB II-E vorgesehene Ausschlussklausel für Aufenthaltsberechtigte nach Art. 10 VO (EU) 492/2011. Diese Norm vermittelt Kindern von (ehemaligen) Arbeitnehmern aus anderen Mitgliedstaaten ein Recht auf Zugang zu Schul- und Berufsausbildung im Wohnstaat. Nach dem Referentenentwurf sollen alle erwerbsfähigen Schüler, Auszubildenden und Studierenden, ihre Eltern und "alle weiteren Angehörigen der Bedarfsgemeinschaft" vom Leistungsbezug ausgeschlossen werden.

Die Verordnung, welche Art. 45 AEUV präzisiert, ist vom Gedanken der Gleichbehandlung von Arbeitnehmern und ihren Angehörigen getragen. Eine Ermächtigung zur Abweichung von ihren unmittelbar geltenden Bestimmungen existiert schlichtweg nicht. Soweit sich der Gesetzgeber darauf beruft, ein Leerlaufen der Unionsbürgerrichtlinie zu vermeiden, überzeugt dies nicht. Denn Art. 24 II RL 2004/38/EG trifft gerade keine unmittelbare Regelung zur Sozialleistungsberechtigung, sondern ermächtigt die Mitgliedstaaten lediglich zur (teilweisen) Abkehr von der grundsätzlich gebotenen Gleichbehandlung aller Unionsbürger. Mit der angestrebten Lösung läuft jedenfalls die VO (EU) 492/2011 leer, ohne dass sich der Gesetzgeber mit dem Verhältnis zwischen Richtlinie und Verordnung systematisch auseinandersetzt. Nach seinem Verständnis gilt der Gleichbehandlungsanspruch nicht einmal mehr für die "Marktbürger" uneingeschränkt. Überdies steht die Vereinbarkeit mit dem grundrechtlich gewährleisteten Schutz der Familie (Art. 6 I GG) in Frage, wenn gegenüber chemaligen Wanderarbeitnehmern durch die Versagung von Sozialleistungen mittelbar Zwang zum Verlassen der Bundesrepublik ausgeübt wird, wiewohl deren Kinder über ein Aufenthaltsrecht verfügen.

## 3. Gleichstellung nach fünfjährigem Aufenthalt

Nach § 7 I 4, 5 SGB II-E soll der fünfjährige – beginnend ab Meldung beim Einwohnermeldeamt – gewöhnliche Aufenthalt in der Bundesrepublik zur Gleichstellung im Grundsicherungsrecht führen.

Auch diese Regelung deckt sich nur scheinbar mit den aufenthaltsrechtlichen Wertungen der Unionsbürgerrichtlinie. Art. 16 I RL 2004/38/EG regelt das Daueraufenthaltsrecht von Unionsbürgern: dieses wird nach fünfjährigem ununter-

brochenen rechtmäßigen Aufenthalt erworben. Es ist nicht ersichtlich, warum der Gesetzgeber von dem nach der Richtlinie gebotenen Rechtmäßigkeitserfordernis abweicht. Noch weniger erklärlich ist das Abstellen auf die Meldung bei den Einwohnerbehörden, die auf Grund ihres Missbrauchspotenzials nach gefestigter Doktrin gerade nicht ausreicht, um auf das Innehaben eines Wohnsitzes oder eines gewöhnlichen Aufenthalts schließen zu lassen. Schließlich verfängt der Hinweis auf die BVerfG-Entscheidung zum AsylbLG (BVerfGE 132, 134 = NJW 2012, 3020) nicht, wonach reduzierte Bedarfslagen bei verfestigtem Aufenthalt nicht mehr zulässig angenommen werden können, denn es bleibt unklar, worauf sich die Aufenthaltsverfestigung gerade nach Ablauf von fünf Jahren gründet, während § 2 AsylbLG nach 15 monatigem Leistungsbezug den vollen Zugang zu den Leistungen der Sozialhilfe eröffnet. Warum zudem über einen derart langen Zeitraum keinerlei aktivierende Maßnahmen zur Eingliederung in den Arbeitsmarkt angeboten werden sollen, bleibt ein Geheimnis.

# 4. Leistungsausschlüsse im SGB XII

Der Gesetzgeber will den Gleichlauf zwischen den grundsicherungs- und den sozialhilferechtlichen Vorgaben herstellen und ergänzt dazu § 23 SGB XII. Auch die Sozialhilfe bleibt nichtfreizügigkeitsberechtigten Personen in den ersten drei Monaten ihres Aufenthalts versagt, ebenso wie Personen ohne Aufenthaltsrecht, Arbeitsuchenden sowie den in den Anwendungsbereich des Art. 10 VO (EU) 492/2011 fallenden Personen.

An einem Punkt geht das SGB XII weiterhin über das SGB II hinaus: Wer in die Bundesrepublik eingereist ist, um Sozialhilfeleistungen in Anspruch zu nehmen, kann keine Rechtsansprüche geltend machen. In der Rechtssache Dano hatte der EuGH (NJW 2015, 145) diesen Grundsatz auch für das Grundsicherungsrecht bestätigt. Die Gelegenheit, diese Rechtsprechung zu den offenkundigen Fällen des forum shopping im Gesetzestext sichtbar zu machen, wird versäumt.

#### 5. Überbrückungsleistungen

Um den verfassungsrechtlichen Anforderungen zu genügen, sieht der Entwurf die Gewährung von Überbrückungsleistungen vor. Wer hilfebedürftig ist, ohne nach den vorangegangenen Bestimmungen leistungsberechtigt zu sein, kann innerhalb von zwei Jahren für die Dauer von maximal vier Wochen Überbrückungsleistungen zur Sicherung der physischen Existenz in Anspruch nehmen (§ 23 III 3–5 SGB XII-E). Darüber hinaus sind Darlehen zur Finanzierung der Rückkehr in den Herkunftsstaat vorgesehen (§ 23 III a SGB XII-E).

Zunächst fällt ins Auge, dass der Gesetzgeber nicht beabsichtigt, § 21 SGB XII anzupassen. Danach erhalten Personen, die dem Grunde nach leistungsberechtigt nach dem SGB II sind, keine Leistungen zum Lebensunterhalt nach dem SGB XII. Das SGB XII versperrt damit selbst den Weg zu den Überbrückungsleistungen für erwerbsfähige Hilfebedürftige.

Selbst wenn dieses Hindernis ausgeräumt würde, stünde die Verfassungsmäßigkeit in Frage. Die Überbrückungsleistungen orientieren sich dem Umfang nach an § 1a AsylbLG. Unionsbürger werden damit faktisch ausreisepflichtigen Drittstaatsangehörigen gleichgestellt, wiewohl sie nicht ausreisepflichtig sind. Die Erwägung, dass Unionsbürgern anders als Asylsuchenden oder Geduldeten die Rückkehr in ihren Herkunftsstaat möglich sei und ihnen dort keine exis-

tenziellen Gefahren drohen, trifft im Grunde zwar zu. Diese Sichtweise negiert aber das durch Maastricht Erreichte, geht sie doch davon aus, dass volle Bewegungsfreiheit und uneingeschränkte Gleichbehandlung nur all jenen zuteil werden, die erwerbstätig oder wohlhabend sind. Selbst wenn die Sozialleistungsberechtigung akzessorisch zum Aufenthaltsrecht sein soll, kann in einer auf Bewegungsfreiheit gründenden Union auf die formelle Feststellung des Verlusts des Aufenthaltsrechts nicht verzichtet werden. Zudem macht die vorgesehene Rahmenfrist (vier Wochen Überbrückungsleistungen innerhalb von zwei Jahren) deutlich, dass selbst die Bundesregierung davon ausgeht, dass die von den Leistungsausschlüssen betroffenen Personen lange im Inland verbleiben, dass die Beendigung ihres Aufenthalts also nicht zwangsweise durchgesetzt wird.

Der Entwurf übergeht schließlich die klare Rechtsprechung des BVerfG in seiner Entscheidung zum AsylbLG (BVerfGE 132, 134 = NJW 2012, 3020), wonach die menschenwürdige Existenz zu jeder Zeit und in vollem Umfang sicherzustellen ist. Dass sich das Existenzrecht nicht auf das physische Überleben beschränkt, ist gesetzt. Jede Verweigerung von Teilhabeleistungen stößt damit auf Bedenken. Hinzu kommt, dass mit der geplanten Regelung auch die höchst umstrittene Gesundheitsversorgung nach § 4 AsylbLG auf Unionsbürger ausgedehnt werden soll. Dass die Entwurfsbegründung allein auf das Ziel der Kostenersparnis der Sozialhilfeträger rekurriert, macht deutlich, dass die Menschenwürde hier "migra-

tionspolitisch relativiert", also eine verfassungswidrige Zweck-Mittel-Relation verfolgt wird.

#### III. Fazit

Der Entwurf krankt am weiterhin ungeklärten Verhältnis zwischen Unionsbürgerrichtlinie und Koordinierungsverordnung. Dass der Gesetzgeber die Grundsicherung in deren Anwendungsbereich aufgenommen wissen wollte, war durch das Anliegen getragen, den Export der Grundsicherungsleistungen zu verhindern. Den Preis dafür - die Gleichbehandlung aller Personen mit Lebensmittelpunkt im Inland - will er nicht tragen. Stattdessen wird den verfassungsrechtlichen Vorgaben zur Sicherung einer menschenwürdigen Existenz Nachrang gegenüber finanzpolitischen Forderungen zugemessen. Der Gesetzgeber misstraut anscheinend der Wirkmacht der überaus strikten Sanktionsregeln im SGB II: Wäre die Zuwanderung in die Bundesrepublik - wie oft angenommen - tatsächlich durch die komfortablen Grundsicherungsleistungen motiviert und nicht durch die Bereitschaft der Erwerbstätigkeit, würde dieses Motiv durch konsequente Sanktionierung schnell entlarvt und enttäuscht.

Der Entwurf zeigt, dass die EU von einer Sozialunion noch immer weit entfernt ist – vielleicht weiter denn je, denn das von Art. 45 AEUV gedeckte Recht zur Arbeitsuche in anderen Mitgliedstaaten ist nur denjenigen zugestanden, die dies aus eigener Kraft finanzieren können. Gleichbehandlung bleibt ein Recht der Marktbürger.

# **Echo**

# Zukunftsfähiger Rechtsrahmen für die Herausforderungen des digitalen Binnenmarkts?

(Echo zu Ostendorf, ZRP 2016, 69)

Patrick Ostendorf hat die jüngsten Richtlinien-Vorschläge zum Online-Warenhandel und zur Bereitstellung digitaler Inhalte in dieser Zeitschrift einer kritischen Einschätzung unterzogen. Seine Bedenken betreffen dabei vor allem die folgenden Aspekte: (1) die beabsichtigte Abkehr von der Idee unmittelbar anwendbarer, gegebenenfalls optional ausgestalteter, Verordnungen zu Gunsten des Modells vollharmonisierender Richtlinien; (2) das zu hohe, aus Sicht Ostendorfs gleichsam marktschädigende, Niveau des Verbraucherschutzes in den Richtlinien-Vorschlägen; (3) verschiedene Defizite in der Regelungsqualität der Entwürfe. Diese kritischen Einschätzungen sollten im weiteren Rechtssetzungsprozess sorgfältig berücksichtigt werden, bieten jedoch auch Anknüpfungspunkte für teilweisen Widerspruch und für Ergänzungen.

Im Hinblick auf die Form der Rechtsakte, in der zukünftige Schritte der Vertragsrechtsvereinheitlichung unternommen werden sollten, steht Ostendorf mit seinem Plädoyer für Verordnungen statt für Richtlinien zwar in der aktuellen Diskussion keineswegs allein (ähnlich etwa das Statement of the European Law Institute: Unlocking the Digital Single Market, 2015, p. 12). Zu berücksichtigen ist aber auch, dass sektoral begrenzte Verordnungen sowohl die äußere als auch innere Rechtszersplitterung vorantreiben und, anders als Richtlinien, keine Integration in mitgliedstaatliche Kodifikationen erlauben. Vor diesem Hintergrund hatte sich der mitgliedstaatliche Widerstand gegen den GEKR-Entwurf ua auch auf die Regelungsform einer Ver-

ordnung bezogen und eine Präferenz für den klassischen Regelungsansatz durch – allerdings mindestharmonisierende – Richtlinien erkennen lassen (vgl. hierzu die Dokumentation bei Basedow, ZEuP 2015, 432). Als ein zentrales Problem der sinnvollen Regelungsstrategie erscheint damit letztlich die Frage, ob der binnenmarktfördernde Effekt von vollharmonisierenden, inhaltlich aber begrenzten Lösungen hinreichend gewichtig ist, um die hiermit verbundenen Probleme der Einpassung in die mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen zu rechtfertigen (hierzu zusammenfassend Maultzsch, JZ 2016, 236 [237 ff.]).

Der Einschätzung Ostendorfs, dass das Verbraucherschutzniveau insbesondere in dem Richtlinien-Vorschlag zum Online-Warenhandel zu hoch angesetzt sei, ist in Teilen zuzustimmen. Dies gilt insbesondere für (1) die zweijährige Beweislastumkehr zum Vorliegen von Vertragswidrigkeiten, die funktional einer gesetzlichen Haltbarkeitsgarantie nahekommt, (2) die Möglichkeit der Vertragsaufhebung auch bei nur unwesentlichen Mängeln und (3) die noch einmal verschärfte Implementierung der Weber/Putz-Entscheidung des EuGH (NJW 2011, 2269) zur Reichweite der Nacherfüllung in den so genannten Einbaufällen. Die Lösung des Richtlinien-Vorschlags würde den Verkäufern in den Einbaufällen - anders als noch das Urteil des EuGH – jedwede Kostenkappung versagen. Allerdings enthält der Entwurf in anderen Teilen durchaus auch Absenkungen des Verbraucherschutzniveaus im Vergleich mit der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie. Im Bereich der Vertragsaufhebung gilt dies zum Beispiel für die sehr restriktiven Voraussetzungen, unter denen bei teilweise mangelhaften Lieferungen eine Aufhebung des gesamten Vertrags möglich ist (Art. 13 II des Entwurfs), und für die strenge Wertersatzpflicht des Verbrauchers im Fall einer