Die Sozialbürgerschaft und das Ende der europäischen Solidarität

Dorothee Frings/Constanze Janda

Als sich im Jahr 1957 die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft gründete, sollte der Zusammenschluss der Wahrung und Festigung des Friedens und der Freiheit in Europa dienen.¹ Dies sollte durch wechselseitige Handelsbeziehungen und die gegenseitige Kontrolle des Marktes für Kohle und Stahl bewirkt werden.

Auch verfügte die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft (EWG) schon früh über eine Sozialstaatsrhetorik, der aber bis heute keine normative Ermächtigung gefolgt ist.² Schon vor der Gründung der EWG wurde auf der Konferenz von Messina 1955 eine Harmonisierung der Sozialstandards in den Mitgliedstaaten der damaligen EGKS (Europäische Gemeinschaft für Kohle und Stahl) angestrebt.³

Seit den 1970iger Jahren schwelt die Diskussion, ob die Marktbürgerschaft um die Dimension einer Sozialbürgerschaft zu ergänzen sei. Entgegen den Absichten der Kommission⁴ waren die Mitgliedstaaten aber nicht bereit, Handlungsermächtigungen im Bereich ihrer Sozialpolitiken an die Gemeinschaft abzugeben. Die Ausgestaltung der Sozialsysteme liegt also bis heute in der ausschließlichen Kompetenz der Mitgliedstaaten (Art. 153

¹ Präambel des Vertrags zur Gründung der EWG, BGBl. 1957 II.

² Kingreen, Die Universalisierung sozialer Rechte im europäischen Gemeinschaftsrecht, EuR 2007, Beiheft 1, 43.

³ Deschamps, Die Konferenz von Messina, abrufbar im Internet unter www.cvce.eu/obj/die_konferenz_von_messina-de-b985ab83-ceb9-495a-a408-865563de790c.html.

⁴ EG-Kommission 1962, 51: "Die Gemeinschaft verfolgt ebenso sehr soziale wie auch wirtschaftliche Ziele, und die ersteren können nicht ausschließlich als Erfolg der letzteren angesehen werden, sondern sie müssen durch eigene Initiative sozialer Art erreicht werden. Auch wenn gewisse der im Vertrag vorgesehenen Vorschriften, Grundsätze und Instrumente ursprünglich wirtschaftlichen Erfordernissen und Überlegungen entsprangen, so steht es doch außer Zweifel, dass sie heute im allgemeinen Vertragsrahmen als sozialpolitische Vorschriften und Grundsätze aufzufassen und als solche anzuwenden sind".

Abs. 4 AEUV).⁵ Tatsächlich wirkt das Europarecht jedoch erheblich auf das nationale Recht ein, denn die Gesetzgeber sind gehalten, die Vorgaben im Primär- und Sekundärrechts zu beachten. Dies betrifft namentlich das europäische koordinierende Sozialrecht, die Gleichbehandlungsgebote, die Arbeitnehmerfreizügigkeit, die Dienstleistungsfreiheit und die Unionsbürgerschaft; aber auch die Warenverkehrsfreiheit und das Kartell- und Beihilferecht schränken die Gestaltungsmöglichkeiten der Mitgliedstaaten ein. Bis auf die Gleichbehandlungsgebote und die Regelungen im Migrations- und Flüchtlingsrechtsrecht bleiben die Einwirkungen personell begrenzt auf grenzüberschreitende Sachverhalte. Neben den Unionsbürger*innen und ihren Familienangehörigen werden auch Flüchtlinge, Staatenlose sowie Drittstaatsangehörige, die innerhalb der EU gewandert sind, erfasst.

Seit dem Vertrag von Maastricht ist allerdings ein Teilbereich der Sozialpolitik ohne ausdrücklichen Bezug zum Sozialrecht in der Ermächtigungsnorm des Art. 78 Abs. 2 lit. f AEUV weitgehend in die Kompetenz der EU übergegangen, nämlich die Aufnahmebedingungen von Personen, subsidiären Schutz beantragen. RL 2013/33/EU (zuvor Art. 13 Abs. 2 RL 2003/9/EG) werden alle Mitgliedstaaten auf die Gewährleistung des Existenzminimums für Asylsuchende vom Tag der Einreise bis zum Verlassen des Territoriums verpflichtet. Eine vergleichbare europarechtliche Verpflichtung besteht hingegen weder für die eigenen Bürger*innen noch für wandernde Unionsbürger*innen. Es entsteht so eine Ungleichzeitigkeit des Sozialschutzes und damit auch der Garantie der Menschenwürde nicht nur zwischen den einzelnen Mitgliedsstaaten, sondern auch innerhalb der einzelnen Staaten, die das Ziel einer sozialen und politischen Friedenssicherung tendenziell gefährdet.

I. Die Sozialbürgerschaft in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs

Der Gehalt der Unionsbürgerschaft ist ganz wesentlich durch den EuGH präzisiert worden. Er betonte in ständiger Rechtsprechung, dass die Mit-

⁵ Kingreen, Das Sozialstaatsprinzip im europäischen Verfassungsverbund, 2003, S. 295 ff.

gliedstaaten den Angehörigen anderer EU-Staaten ein bestimmtes Maß an finanzieller Solidarität schulden, namentlich wenn es sich lediglich um vorübergehende Notlagen handelt. So stellt der EuGH jeder Entscheidung zur sozialrechtlichen Teilhabe den folgenden Grundsatz voran:

"Unionsbürgerstatus sollte bestimmungsgemäß der grundlegende Status der Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten sein, die, wenn sie sich in der gleichen Situation befinden, aufgrund dieses Status … unabhängig von ihrer Staatsangehörigkeit Anspruch auf gleiche rechtliche Behandlung haben."

Mit der Einführung der Unionsbürgerschaft war also die Verheißung verbunden, die Menschen in der Konzeption eines vereinten Europas nicht allein als Instrumente des ökonomischen Fortschritts zu sehen, sondern als Individuen mit autonomen Bürgerrechten.⁷ Die Unionsbürgerschaft sollte geprägt sein durch die Gewährung transnationaler Freiheiten, die nicht nur ihnen die Überschreitung der Grenzen zwischen den Mitgliedstaaten ermöglichen, sondern auch die bestehende Zuständigkeitsordnung – vor allem im Sozialrecht – neu justieren sollte.⁸

1. Das Erfordernis der "tatsächlichen Bindung"

Die vom EuGH vor Inkrafttreten der Unionsbürgerrichtlinie entwickelte Rechtsprechung war ausgerichtet auf eine sozialrechtliche Gleichbehandlung, welche an dem von den Mitgliedstaaten eingeräumten oder nicht bestrittenen Aufenthaltsrecht anknüpfte. Die Entscheidung "Martinez Sala"9 leitet den Leistungsanspruch erstmals aus dem "gewöhnlichen Aufenthalt" ab. In der Entscheidung "Trojani"10 betont der Gerichtshof die Bindung an einen "rechtmäßigen Aufenthalt", der sich jedoch nicht aus den materiellen Anforderungen des Unionsrechts ergibt, sondern als bestehend voraus-

⁶ EuGH, Rs. C-224/98 (d'Hoop), Slg 2002, I-6191, Rn. 28; Rs. C-184/99 (Grzel-czyk), Slg 2001, I-6193, Rn. 31; Rs. C-209/03 (Bidar), Slg 2005, I-2119, Rn. 31.

⁷ Poptcheva, Freedom of movement and residence of EU citizens. Access to social benefits, European Parliamentary Research Service, 2014, S. 4; Giubboni, Free Movement of Persons and European Solidarity, European Law Journal, Vol 13, No 3, 2007, 360, 364.

⁸ Becker, Migration und soziale Rechte, ZESAR 2017, 101, 101.

⁹ EuGH, Rs. C-85/96 (Martinez Sala), Slg 1998, I-2691.

¹⁰ EuGH, Rs. C-456/02 (Trojani), Slg 2004, I-7573.

gesetzt wird, solange keine entgegenstehenden Ordnungsmaßnahmen erfolgen:

"Dem Aufnahmestaat ist es deshalb verwehrt, die Teilhabe an Sozialleistungen mit dem Argument zu verweigern, dass die Voraussetzungen für das Aufenthaltsrecht durch die eingetretene Bedürftigkeit weggefallen sind".

Ebenso wird auch in der Entscheidung "Bidar¹¹ das Aufenthaltsrecht schlicht unterstellt.¹² In der immer wieder als Leitentscheidung zum Verhältnis zwischen Aufenthalt und Sozialleistungsansprüchen zitierten Urteil "Grzelczyk"¹³ wendet sich der Gerichtshof gegen den Einwand einer unangemessenen Inanspruchnahme von Leistungen mit dem Argument, es stehe dem jeweiligen Mitgliedstaat frei, den Aufenthalt zu beenden.¹⁴ Damit wird eindeutig auf die Bindung des Sozialrechts an den nationalstaatlich eingeräumten Aufenthalt, d.h. den Verzicht auf eine Verlustfeststellung abgestellt und nicht an die materiell-rechtlichen Anforderungen des gemeinschaftsrechtlichen Aufenthaltsrechts angeknüpft.

Es darf aber nicht übersehen werden, dass allen Entscheidungen Sachverhalte zugrunde lagen, in denen bereits ein enger Bezug zum Aufnahmestaat entstanden war. So findet sich entweder die Forderung eines "gewissen Maßes an Integration" in die Gesellschaft oder einer "gewissen Verbindung" mit der Gesellschaft. Diese Anforderung wird als eine "objektive, von der Staatsangehörigkeit unabhängige Erwägung des Allgemeininteresses" eingeordnet. ¹⁵ Der EuGH weist die Mitgliedstaaten aber auch immer wieder darauf hin, dass für die Verbindung nicht ein Kriterium exklusiv herausgestellt werden darf und andere mögliche Integrationsaspekte generell von der Berücksichtigung ausgenommen werden dürfen. ¹⁶

¹¹ EuGH, Rs. C-209/03 (Bidar), Slg 2005, I-2119.

¹² Die Entscheidung nimmt zwar Bezug auf die Richtlinie 2004/38 EG, jedoch lediglich zur Bestätigung des Anwendungsbereichs, auf die Aufenthaltsrechte nach Art. 7 RL 2004/38 EG wird in keiner Weise eingegangen.

¹³ EuGH, Rs. C-184/99 (Grzelczyk), Slg 2001, I-6193.

¹⁴ a.a.O., Rn. 42.

EuGH Rs. C-224/98 (d'Hoop), Slg 2002, I-6191, Rn. 38; Rs. C-192/05 (Tas-Hagen und Tas), Slg 2006, I-10451, Rn. 33 f.; Rs. C-499/06 (Nerkowska), Slg 2008, I-3993, Rn 37 - 39; Rs. C-103/08 (Gottwald), Slg 2009, I-9117, Rn. 32; Rs. C-209/03 (Bidar), Slg 2005, I-2119, Rn. 57 - 59; Rs. C-220/12 (Meneses), NJW 2014, 1077, 1079 f.

¹⁶ EuGH, Rs. C-138/02 (Collins), Slg 2004, I-2703; Rs. C-367/11 (Prete), ZESAR 2013, 182; siehe auch *Maiani* in *Epiney/Gordzielik*, Libre circulation des personnes et accès aux prestations étatiques, 2015, S. 17; ausführlich *Devetzi*, Die "Ver-

2. Das Erfordernis des rechtmäßigen Aufenthalts

Der Zweck der Unionsbürgerrichtlinie (UBRL) von 2004 war es, einen einheitlichen Rechtsrahmen für die Freizügigkeit aller Unionsbürger*innen zu schaffen.¹⁷ Die UBRL trat wohl nicht ohne Grund am Vorabend der EU-Osterweiterung in Kraft und machte deutlich, dass die "EU-15" sich des erheblichen Wohlstandsgefälles unter den Mitgliedstaaten und den daraus folgenden Wanderungsbewegungen wohl bewusst waren und diese verhindern wollten. Die großzügige EuGH-Rechtsprechung sollte damit aufgefangen und abgewendet werden,¹⁸ freilich ohne die daraus resultierenden methodischen und systematischen Konflikte aufzulösen.

Der EuGH befasste sich nach dem Inkrafttreten der UBRL mit dem Zusammenhang zwischen dem Aufenthaltsrecht nach der RL 2004/38/EG und hiervon abgeleiteten Rechtspositionen erstmals in einer aufenthaltsrechtlichen und nicht einer sozialrechtlichen Frage. Die Entscheidungen zum Daueraufenthaltsrecht in den Rechtssachen "Dias"¹⁹ und "Ziolkowski"²⁰ verdeutlichen, dass der EuGH das Aufenthaltsrecht nicht mehr wie bisher in seinem formalen, vom jeweiligen Aufenthaltsstaat unangefochtenen Bestand betrachtet, sondern nach seinem materiellen Gehalt bewertet. Zeiten, in denen der Mitgliedstaat ein Aufenthaltsrecht gewährt bzw. bestehen lässt, in denen aber kein Tatbestand der Freizügigkeit (Art. 7 RL 2004/38/EG) erfüllt wird, gälten "nicht als rechtmäßiger Aufenthalt" im Sinne des EU-Rechts. Diese Bewertung wirkt nicht konstitutiv auf das nationale Aufenthaltsrecht, sondern auf Rechtspositionen, die an dem Bestand des Rechts auf Freizügigkeit anknüpfen, vor allem das Recht auf soziale Teilhabe.

Erstmals in der Rechtssache "Brey"²¹ nimmt der EuGH zu dieser Bindung des Rechts auf soziale Gleichbehandlung nach Art. 24 RL 2004/38/EG an das Recht zum Aufenthaltsrecht nach dieser Richtlinie Stellung. Der Anspruch auf sozialrechtliche Gleichbehandlung nach Art. 24 Abs. 1 RL 2004/38/EG wird abhängig gemacht von den materiel-

bindung" zu einem (Sozial-)Staat - Wann ist der Bund stark genug?, EuR 2014, 638 ff.

¹⁷ Fuchs, Freizügiger Sozialtourismus?, ZESAR 2014, 103,105.

¹⁸ Becker, ZESAR 2017, 101, 105.

¹⁹ EuGH, Rs. C-325/09 (Dias), Slg 2011, I-6387.

²⁰ EuGH, Rs. C-424/10 (Ziolkowski), Slg 2011, I-14035.

²¹ EuGH, Rs. C-140/12 (Brey), NZS 2014, 20.

len Voraussetzungen der Freizügigkeit nach Art. 7 und 14 RL 2004/38/EG. Die Entscheidung "Dano"²² bestätigt die Bindung des Rechts auf Gleichbehandlung an das materielle Aufenthaltsrecht und betont darüber hinaus, dass erst ein bestehendes Recht auf Freizügigkeit den Anwendungsbereich des Gleichbehandlungsgebots aus Art. 24 Abs. 1 RL 2004/38/EG eröffne.²³ Der Gerichtshof bezieht sich im Unterschied zur Rechtssache "Brey" nur noch auf die Tatbestandsvoraussetzungen des Art. 7 RL 2004/38/EG, schweigt aber zur Frage der Verhältnismäßigkeitsprüfung nach Art. 14 Abs. 3 sowie dem 16. Erwägungsgrund der RL 2004/38/EG.²⁴

3. Die "Rückkehr des Marktbürgers"?!

Diese Abweichung wird insbesondere von Thym²⁵ als eine Begrenzung der Unionsbürgerschaft gewertet, in dem Sinne dass diese keine Rechtsposition verleiht, die über die einzelnen kodifizierten Rechtsansprüche hinausgeht, insbesondere Ungleichbehandlungen von Unionsbürger*innen gegenüber den eigenen Bürgern nicht einer generellen Verhältnismäßigkeitsprüfung aussetzt. In der Quintessenz wird darin die Abkehr von der "Sozialbürgerschaft" gesehen und die Unionsbürgerschaft als reine "Marktbürgerschaft" eingeordnet.²⁶ Die Ausgrenzung des nicht mit einem ausdrücklich unionsrechtlich normierten Aufenthaltsrechts ausgestatteten Unionsbürgers aus der Grundrechtsgarantie der EU²⁷ bezeichnet Wallrabenstein als "tragisch" aus unionsrechtlicher Sicht.²⁸

Allerdings verwies der EuGH in der Rechtssache "Dano" auf den Gedanken des *forum shopping*: Den Mitgliedstaaten könne es nicht verwehrt werden, denjenigen den Zugang zu Sozialleistungen zu verweigern, die "allein [Hervorhebung d. Verf.] mit dem Ziel" deren Inanspruchnahme

²² EuGH, Rs. C-333/13 (Dano), NZS 2015, 20.

²³ EuGH, Rs. C-333/13 (Dano), NZS 2015, 20, 22, Rn. 69.

²⁴ Ebenda, Rn. 73-76.

²⁵ Thym, Die Rückkehr des "Marktbürgers" – Zum Ausschluss nichterwerbsfähiger EU-Bürger von Hartz IV-Leistungen, NJW 2015, 130 ff.

²⁶ Thym, NJW 2015, 130, 130.

²⁷ So der EuGH in der Rs. C-333/13 (Dano), NZS 2015, 20, 24, Rn. 91 f.

²⁸ Wallrabenstein: Wie Florin zwischen die Stühle rutschte – Die Unionsbürgerschaft und das menschenwürdige Existenzminimum, JZ 2016, 109, 117.

eingereist sind.²⁹ Dieser enge Zuschnitt auf das *forum shopping* wird in der Debatte ignoriert, wenn nunmehr allgemein gefolgert wird, dass nur Personen mit rechtmäßigem Aufenthalt, d.h. solche, die ihren Lebensunterhalt eigenständig sichern können, sofern sie nicht kraft ihres Status als Arbeitnehmer*innen oder Selbstständige aufenthaltsberechtigt sind, Zugang zu Sozialleistungen haben. Die eigentliche Abkehr von der Rechtsprechung der "tatsächlichen Verbindung" vollzog sich dagegen erst in der Entscheidung "Alimanovic", in der der EuGH erstmals pauschal dem Verzicht auf eine Prüfung der Einzelfallumstände das Wort redete.

Damit verbunden ist in der Konsequenz eine erhebliche Beschränkung der freien Mobilität der Arbeitskräfte. Hatte der EuGH bislang jedes abgrenzende Kriterium für den Zugang zu Sozialleistungen daran gemessen, ob es die arbeitsmarktbezogene Wanderung innerhalb der EU behindert,³⁰ so rückt nun wieder die nationalstaatliche Zugangskontrolle zum Arbeitsmarkt in den Vordergrund.

Auf diese Weise wird auch der unbedingte Anspruch aus Art. 5 VO (EU) 492/2011 gegenüber jeder*m arbeitsuchenden Unionsbürger*in auf Gleichbehandlung bei den Hilfen zur Arbeitsmarktintegration durch die Hintertür ausgehebelt.³¹ Es wird vertreten, dass die Rechte als Unionsbürger*innen nur denjenigen zustehen, die sich in die Gesellschaft des Aufnahmestatus eingliedern.³² Die bestehenden Regeln zur Grundsicherungsberechtigung in § 7 Abs. 1 S. 2 SGB II hindern aber die Eingliederung zumindest soweit der Arbeitsmarkt betroffen ist. Denn die Grundsicherung für Arbeitsuchende umfasst gerade nicht nur die Sicherung des Lebensunterhalts, sondern auch die Maßnahmen zur Eingliederung in den Arbeitsmarkt. Unionsbürger*innen aus anderen Mitgliedstaaten sind somit – sofern sie nicht aus der Koordinierungsverordnung Leistungen der Arbeitslosenversicherung ihres Herkunftsstaats "mitnehmen" können – bei der

²⁹ EuGH, Rs. C-333/13 (Dano), NZS 2015, 20, 23, Rn. 78.

³⁰ Vgl. in diesem Sinne EuGH, Rs. C-224/98 (d'Hoop), Slg 2002, I-6191, Rn. 31; Rs. C-224/02 (Pusa), Slg. 2004, I-5763, Rn. 19; Rs. C-192/05 (Tas-Hagen und Tas), Slg 2006, I-10451, Rn. 30; Rs. C-221/07 (Zablocka-Weyhermüller), Slg. 2008, I-9029, Rn. 34; Rs. C-544/07 (Rüffler), Slg. 2009, I-3389, Rn. 65; Rs. C-503/09 (Stewart), Slg 2011, I-6497, Rn. 84.

³¹ Siehe auch *Epiney/Blaser* in *Epiney/Gordzielik*, Libre circulation des personnes et accès aux prestations étatiques, S. 43; *Hamenstädt* in *Thym/Klarmann*, Unionsbürgerschaft und Migration im aktuellen Europarecht, S. 60.

³² *Haag* in *Thym/Klarmann*, Unionsbürgerschaft und Migration im aktuellen Europarecht, S. 35 im Hinblick auf Straftäter.

Arbeitssuche auf sich selbst gestellt. Der Leistungsexport aus dem Herkunftsstaat ist keine Alternative,³³ weil die Systeme der Arbeitslosenversicherung in den verschiedenen Mitgliedstaaten zu unterschiedlich gestaltet sind und der Leistungsexport zudem voraussetzt, dass eine Integration in den Arbeitsmarkt des Aufnahmestaates bereits erfolgt ist (Art. 61 Abs. 2 VO (EG) Nr. 883/2004).³⁴

Die Abkehr von der etablierten Rechtsprechung der "tatsächlichen Verbindung" betrifft nicht allein die Gewährung existenzsichernder Leistungen, sondern erstreckte sich zwischenzeitlich auch auf Familienleistungen. In einer Entscheidung aus dem Jahr 2016, die die Vorgaben des koordinierenden Sozialrechts völlig ignorierte, räumt der EuGH den Mitgliedstaaten auch in Bezug auf das Kindergeld neue Spielräume zum Ausschluss von Unionsbürgern ein. Dies wurde in der Literatur als Versuch zur Abwehr des Brexit gedeutet 16 – wenn es denn tatsächlich ein solcher war, ist doch überaus fraglich, ob sich das höchste europäische Gericht derart politisch leiten lassen darf.

So sind und bleiben die sozialen Rechte akzessorisch gegenüber den Wirtschaftszielen, und auch als Träger sozialer Rechte bleibt der Bürger vor allem ein Marktbürger.³⁷ Den Zugang zu existenzsichernden Sozialleistungen erhalten nunmehr nur noch jene, die ihrer nicht bedürfen.

³³ So aber Thym in *Thym/Klarmann*, Unionsbürgerschaft und Migration im aktuellen Europarecht, S, 79.

³⁴ Dern in Schreiber/Wunder/Dern, VO (EG) Nr. 883/2004. Kommentar, 2012, Art. 61, Rn. 14.

³⁵ EuGH, Rs. C-308/14 (Kommission / Vereinigtes Königreich), ZESAR 2017, 37; dazu *Eichenhofer*, Kindergeld für EU-Ausländer. Umstrittene Kürzungsabsichten und ein fragwürdiges Urteil des EuGH, SozSich 2017, 163.

³⁶ Wallrabenstein, Die Gleichheit der Freiheit, ZESAR 2016, 349, 349; ähnlich Thym in Thym/Klarmann, Unionsbürgerschaft und Migration im aktuellen Europarecht, S. 81.

³⁷ Kingreen, EuR 2007, Beiheft 1: 44; Grabitz, Europäisches Bürgerrecht zwischen Marktbürgerschaft und Staatsbürgerschaft, 1970, 68; Ipsen war bereits auf der Göttinger Staatsrechtslehrertagung im Jahre 1951 dafür eingetreten, das Sozialstaatsprinzip auch normativ im Sinne einer staatlichen Verantwortung für das Soziale ernst zu nehmen, siehe Ipsen, Enteignung und Sozialisierung, VVDStRL, Band 10, S. 74 ff.

II. Das Recht auf Sicherung einer menschenwürdigen Existenz

Die deutsche Sozialgerichtsbarkeit hat durchaus auf den Widerspruch zwischen der Rechtsprechung des EuGH und den verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Gewährung eines menschenwürdigen Existenzminimums reagiert, insbesondere auf dem Hintergrund der Entscheidung des BVerfG zur Verfassungswidrigkeit der Grundleistungen nach dem AsylbLG.³⁸ Ausdrücklich war das BVerfG einer Instrumentalisierung des Sozialrechts für Zwecke der Zuwanderungssteuerung entgegen getreten mit dem Satz:

"Die in Art. 1 Abs. 1 GG garantierte Menschenwürde ist migrationspolitisch nicht zu relativieren."

Die Konsequenz, dass existenzsichernde Leistungen ausschließlich bedarfsbezogen zu bemessen sind und nicht als Mittel zur Abschreckung von Zuwandernden fungieren dürfen, stößt indes nicht auf ungeteilte Zustimmung; vielmehr wird die Gefahr einer unkontrollierten Zuwanderung in die sozialen Sicherungssysteme beschworen, die durch die sozialhilferechtliche Gleichbehandlung von In- und Ausländer*innen ausgelöst würde. Dass die Unveräußerlichkeit der Menschenwürde der Diskussion bedarf, ist fast 70 Jahre nach Inkrafttreten des Grundgesetzes bestürzend.

Das BSG³⁹ bewertete zwar den Leistungsausschluss in § 7 Abs. 1 S. 2 SGB II als wirksam, gewährte jedoch zur Sicherung des verfassungsrechtlichen Anspruchs auf ein menschenwürdiges Existenzminimum Sozialhilfeleistungen gemäß § 23 Abs. 1 S. 3 SGB XII nach Ermessen. Überdies gelangte es zu dem Ergebnis, dass das Ermessen ab dem 7. Monat des Aufenthalts auf Null reduziert sei, wenn die rechtlich mögliche Beendigung des Aufenthalts tatsächlich nicht durchgesetzt werde.⁴⁰

³⁸ BVerfGE 132, 134.

³⁹ BSGE 120, 149; dazu *Kanalan*, Gilt das Grundrecht auf das menschenwürdige Existenzminimum auch für Unionsbürger? Verfassungsrechtliche Zulässigkeit des Sozialleistungsausschlusses, ZESAR 2016, 365; *Lenze*, Ausschluss arbeitsuchender EU-Ausländer von Grundsicherungsleistungen, NJW 2016, 557; *Thym*, Sozialhilfe für erwerbsfähige Unionsbürger - Das Bundessozialgericht auf Umwegen, NZS 2016, 441; *Bernsdorff*, Sozialhilfe für nichterwerbstätige Unionsbürger - Kassel locuta, causa finita?, NVwZ 2016, 633.

⁴⁰ Siehe auch *Frings/Steffen* in: *Barwig/Beichel-Benedetti/Brinkmann*, Gerechtigkeit in der Migrationsgesellschaft. Hohenheimer Tage zum Ausländerrecht 2015, S. 195 ff.

III. Ausgrenzung arbeitsuchender Unionsbürger im Recht der sozialen Hilfen

In bewusster und ausdrücklicher Konfrontation mit dieser Rechtsprechung wurde den Unionsbürger*innen durch das Gesetz zur Regelung von Ansprüchen ausländischer Personen in der Grundsicherung für Arbeitsuchende nach dem Zweiten Buch Sozialgesetzbuch und in der Sozialhilfe nach dem Zwölften Buch Sozialgesetzbuch⁴¹ jeglicher Leistungsanspruch aberkannt, solange sie oder ihre Familienangehörigen keiner Erwerbstätigkeit nachgehen. Dieser Leistungsausschluss wird für fünf Jahre festgeschrieben (§ 7 Abs. 1 S. 4 SGB II, § 23 Abs. 3 S. 7 SGB XII) und trifft damit auch diejenigen, die in Deutschland gearbeitet, eine Wohnung angemietet, Kinder bekommen oder diese in die Schule geschickt haben.

1. Sozialrecht und Migrationssteuerung

Die Ausgrenzung aus den Sozialsystemen soll die Funktion der Zuwanderungssteuerung übernehmen. Obwohl und auch wenn diesen Personen ein Aufenthaltsrecht zusteht, werden sie von jeder Form der existenzsichernden Leistungen ausgenommen. Erreicht wird damit nicht eine massenhafte Rückkehr in die Herkunftsstaaten oder ein Zuwanderungsstopp, sondern eine Abdrängung in die äußersten Randbereiche des Arbeitsmarktes. Die Neue Richtervereinigung benennt dies so:

"Die Regelung schafft eine Gruppe moderner Sklaven, die alle Arbeitsbedingungen und jedes Lohnniveau akzeptieren müssen, um hier zu überleben. Dies erhöht den Druck auf diejenigen, die zurzeit regulären Beschäftigungen im untersten Qualifikations- und Einkommensbereich nachgehen."⁴²

Die soziale Sicherung der ganzen Familie, einschließlich einer Unterkunft, damit auch der Zugang der Kinder zu Bildung, zur Gesundheitsversorgung und weiteren Regeldiensten (u.a. Frauenhäuser, Wohnungslosenhilfe, psychiatrische Dienste) wird vollständig abhängig von einer Beschäftigung oder einer lückenlos nachgewiesenen selbständigen Tätigkeit. So können entweder (Mini-)Jobs angeboten werden, die auf der Basis weni-

42 Neue Richtervereinigung, Ausschussdrucksache 18(11)851, S. 64.

⁴¹ In Kraft seit dem 29.12.2016 (BGBL. I v. 28.12.2016, S. 3155); dazu Janda, Das Recht auf Existenzsicherung - Eine Frage der Kostenersparnis? | ZRP 2016, 152 ff.

ger Stunden entlohnt werden und gleichzeitig die Arbeitszeit bis an die Grenze der körperlichen Belastung ausdehnen, oder Werkarbeitsverhältnisse konstruiert werden, die alle wirtschaftlichen Risiken der Tätigkeit auf die Arbeiter*innen übertragen. Bereits im Verlauf des letzten Jahres ist die Erwerbsbeteiligung der EU-Zuwandernden um 185.000 Personen bzw. knapp 10 Prozent gestiegen. Für Personen mit bulgarischer oder rumänischer Staatsangehörigkeit stieg die Erwerbsbeteiligung sogar um 20 Prozent und erreicht mit insgesamt 62 Prozent ein Niveau deutlich über der Quote für EU-Zuwandernden. Gleichzeitig liegt der Anteil der Aufstocker*innen erheblich über dem Schnitt der übrigen EU-Zuwandernden. Die Ursachen sind noch nicht detailliert erforscht; es spricht jedoch einiges für einen Zusammenhang mit den Leistungsausschlüssen und damit korrespondierend der Kombination von Teilzeitarbeit bzw. geringfügiger Beschäftigung mit Transfer-Leistungen.

2. Ausreise als Hilfe zur Selbsthilfe?

Der durch die Leistungsausschlüsse begründete mittelbare Zwang zur Ausreise aus der Bundesrepublik wird damit gerechtfertigt, dass Unionsbürger*innen – anders als Asylsuchenden – die Ausreise gefahrlos möglich sei und überdies die Möglichkeit der Arbeitsaufnahme oder der Unterstützung durch Angehörige bestehe. Ein Eingriff in das Grundrecht auf Existenzsicherung liege daher nicht vor.⁴⁴

Zwar trifft es zu, dass das Recht auf Sicherung einer menschenwürdigen Existenz kein Recht auf ein bedingungsloses Grundeinkommen vermittelt.⁴⁵ Wenn aber Unionsbürger*innen von ihrem Recht auf Arbeitnehmerfreizügigkeit Gebrauch machen und im Sinne der höchst erwünschten Mobilität der Arbeitskräfte zuwandern, wobei sie in aller Regel einer entsprechenden Nachfrage der nationalen Arbeitsmärkte folgen, steht ihnen ein Aufenthaltsrecht im Sinne der UBRL und nach § 2 Abs. 2 Nr. 1a Frei-

⁴³ *Institut für Arbeitsmarkt- und Berufsforschung (IAB)*, Zuwanderungsmonitor Nov. 2016, abrufbar im Internet unter http://doku.iab.de/arbeitsmarktdaten/Zuwan derungsmonitor 1611.pdf.

⁴⁴ Ulmer, Menschenwürde im Kontext der EU-Binnenmigration, DVBl 2017, 482, 483. A.A. Devetzi/Janda, Das Gesetz zur Regelung von Ansprüchen ausländischer Personen in der Grundsicherung für Arbeitsuchende und in der Sozialhilfe, ZESAR 2017, 197, 201.

⁴⁵ Darauf weist *Ulmer*, DVBl 2017, 482, 483 hin.

zügG/EU zu; ihr Aufenthalt kann nicht beendet werden. Eine Person auf Rückkehr in ihr Herkunftsland und auf die Inanspruchnahme der heimischen Fürsorgesysteme zu verweisen, widerspricht der staatlichen Verpflichtung zur Sicherung eines menschenwürdigen Existenzminimums aus Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 1 GG, solange ein Mensch unter dem Schutz der Rechtsordnung seinen gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland hat. Das Recht würde, wie das BVerwG formuliert, in der Tat "leerlaufen",46 wenn es vollständig von dem rechtmäßigen Aufenthalt abgekoppelt würde.

Mit der Forderung, den Ausschluss von Unionsbürgern aus der Grundsicherung zu beenden, wird keineswegs einem "Leistungsanspruch in jeder Situation"⁴⁷ das Wort geredet. In der Debatte ist häufig der Blick auf die präzise Anwendung von Rechtsgrundsätzen verstellt: Es geht gerade nicht um "open borders", sondern um das Erfordernis hinreichend reflektierter Entscheidungen im Einzelfall, die das Bleibe- und das Ausreiseinteresse sorgfältig gegeneinander abwägen. Nichts anderes hatte auch der EuGH in seiner früheren Rechtsprechung gefordert und praktiziert. Wer Sozialleistungen missbräuchlich in Anspruch nimmt, kann in jedem Fall auf die Rückkehr ins Herkunftsland verwiesen werden. Allerdings bleibt es nach deutschem Verwaltungsrecht bei der Kompetenzverteilung zwischen Ordnungsbehörden für aufenthaltsrechtliche Fragen und Sozialbehörden für die Gewährung von Sozialleistungen. Fehlverhalten der Leistungsbezieher wird im gesamten Sozialrecht immer nur durch eine Absenkung der Leistungen auf das physische Existenzminimum für einen begrenzten Zeitraum sanktioniert,48 nicht aber durch den Hinweis auf die Möglichkeit der Existenzsicherung in einem anderen Staat (im Aufenthaltsrecht "elsewhere approch"genannt).49

Selbst wenn gestützt auf das Prinzip der Subsidiarität der Grundsicherung nach § 9 Abs. 1 SGB II bzw. § 2 Abs. 1 SGB XII auf die Hilfe im Herkunftsstaat verwiesen werden dürfte, 50 bleibt die Einzelfallprüfung un-

⁴⁶ BVerwG, NVwZ 1989, 671.

⁴⁷ Ulmer, DVBI 2017, 482, 483.

⁴⁸ Vgl. §§ 1a, § 14 AsylbLG, §§ 31a, 31b, 32 SGB II; § 39a SGB XII.

⁴⁹ Walter: Familienzusammenführung in Europa, 2009, S. 77.

⁵⁰ Ulmer, DVBI 2017, 482, 484.

abdingbar. Nur wenn Hilfe im Herkunftsstaat tatsächlich zu erlangen ist,⁵¹ könnte womöglich die Hilfebedürftigkeit nach dem deutschen Sozialrecht zu verneinen sein. Dies allerdings ist nicht Gegenstand der Intention des Gesetzgebers, der arbeitsuchende Unionsbürger völlig unabhängig von ihren Einkommens- und Vermögensverhältnissen oder bestehenden anderweitigen Ansprüchen von vornherein aus dem Anwendungsbereich des SGB II und SGB XII ausschließt.

IV. Auswege

Indes sollte man nicht das Ende der europäischen Solidarität bedauern, ohne nach Auswegen zu suchen.

1. Mobilität und soziale Sicherheit

Ausgangspunkt der Überlegungen ist und bleibt die Ausrichtung auf die wirtschaftlichen Belange der Mitgliedstaaten. Ausgehend von den Wirtschaftstheorien Adam Smiths und David Ricardos verspricht ein freier Außenhandel mit einem grenzüberschreitenden freien Markt die Entfaltung der Produktivkräfte, Wirtschaftswachstum, Wohlstand und soziale Sicherheit für die Bürger. Auch wenn neben die wirtschaftlichen Ziele weitere Belange wie Umwelt, Beschäftigung und Sozialschutz getreten sind, so bleibt die wirtschaftliche Zielsetzung das Fundament der Grundfreiheiten von Kapital, Waren, Dienstleistungen und Erwerbspersonen. Dabei geht es heute vor allem um die ökonomische Rolle Europas als Global Player in der internationalen Konkurrenz, insbesondere gegenüber den erstarkenden asiatischen Ökonomien. Auf dem Gipfel von Lissabon wurde 2000 das Ziel proklamiert, Europa bis zum Jahr 2010 zum "wettbewerbsfähigsten Wirtschaftsraum der Welt" zu machen.

⁵¹ Dies ist nicht generell der Fall. So gilt beispielsweise für die britische job seekers allowance auch für die britischen Staatsangehörigen eine dreimonatige Wartefrist, wenn sie sich in den letzten zwei Jahren vor Antragstellung außerhalb des Vereinigten Königreichs aufgehalten haben, dazu *Janda*, Sozial- und aufenthaltsrechtliche Reaktionen der EU-Mitgliedstaaten auf Zuwanderung bedürftiger Unionsbürger, Sozialrecht aktuell Sonderheft 2015, 16, 18 f.

⁵² Frenz, Handbuch Europarecht, 2012, S. 6.

Wird das Territorium aus wirtschaftlichen Gründen für alle Unionsbürger geöffnet, stellt sich die Frage, ob diese tatsächlich nur partiell erfolgen kann – also explizit den sozial-territorialen Bezug ausschließt. Konsistent mag dies unter dem Regime der Arbeitnehmerfreizügigkeit sein, die schon der Begrifflichkeit nach einen wirtschaftlich aktiven Status voraussetzt. Was aber ist die allgemeine Bewegungsfreiheit wert, wenn sie nur Teilaspekte betrifft und damit letztendlich eine Zuspitzung erfährt, die der in Art. 45 AEUV getroffenen Wertentscheidung gleichkommt und die mit dem Vertrag von Maastricht im Jahr 1992 eigentlich überwunden werden sollte?

Weiterhelfen kann allein die Einsicht, dass dieses Europa, dieser Wirtschaftsraum, auseinanderbricht und in Konkurrenz zerfällt, wenn es nicht als Europa eine menschenwürdige Perspektive für alle bietet, auch jenseits ihrer ökonomischen Verwertbarkeit. Dabei ist die Forderung nach einem europäischen Mindeststandard im Sozialschutz – so wie er auf dem Papier bereits für Asylsuchende gilt – unausweichlich.

2. Eine "soziale Säule" für Europa?

Die Kommission startet hierzu einen zaghaften Versuch, wenn sie die Etablierung einer sozialen Säule in der EU vorschlägt.⁵³ Der Vorschlag enthält durchaus das Ziel einen garantierten Sozialschutz in den Mitgliedstaaten festzulegen. Fraglich bleibt allerdings, ob dieser Ansatz mehr sein kann als die Sozialbürger-Utopie, denn Art. 153 Abs. 2 AEUV schließt eine echte soziale Säule ausdrücklich aus.⁵⁴ Solange es aber kaum Chancen gibt, dass die Mitgliedstaaten diese Vertragshürde gemeinsam überwinden, wird es auch kein Individualrecht auf ein menschenwürdiges Existenzminimum auf dem gesamten Territorium der EU geben. Entspre-

⁵³ Kommission, Die Europäische Säule sozialer Rechte. Errichtung einer stärker inklusiven und faireren Europäischen Union, abrufbar im Internet unter https://ec.eu ropa.eu/commission/priorities/deeper-and-fairer-economic-and-monetary-union/eu ropean-pillar-social-rights_de.

^{54 &}quot;Zu diesem Zweck können das Europäische Parlament und der Rat a) unter Ausschluss jeglicher Harmonisierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten Maßnahmen annehmen, die dazu bestimmt sind, die Zusammenarbeit zwischen den Mitgliedstaaten durch Initiativen zu fördern,...".

chend ist eine Kompetenzübertragung durch die Mitgliedstaaten im Bereich des Sozialschutzes auf die EU auch nicht geplant.⁵⁵

3. Soziale Sicherheit für alle Einwohner!

Nach der Präambel zum EUV sehen sich die Mitgliedstaaten zur Solidarität zwischen ihren Völkern verpflichtet. Dies bedeutet auch, dass die sozialrechtliche Einstandspflicht für wandernde Unionsbürger*innen wechseln kann und es nicht – wie im Armenrecht der frühen Neuzeit – beim Herkunftslandprinzip verbleibt. Auf dieses orientiert sich aber der EuGH in seiner jüngeren Rechtsprechung seit "Dano": Der Gerichtshof hat die "Letztverantwortung des Herkunftsmitgliedstaats"⁵⁶ nicht lediglich festgestellt, sondern dieser gleichsam absolute Wirkung zugeschrieben, ohne Raum für die Einzelfallgerechtigkeit zu lassen. Damit zahlen viele den Preis für ein Verhalten (nämlich sozialrechtliches *forum shopping*), das wenigen tatsächlich vorgeworfen werden kann, in den meisten Fällen aber dem Argwohn gegenüber "den Armen" geschuldet ist.

Die sozialrechtliche Flankierung der Arbeitsuche in anderen Mitgliedstaaten ist rechtspolitisch geboten. Dabei ist sicherzustellen, dass das Freizügigkeitsrecht nicht nur den wohlhabenden Unionsbürgern zusteht, sondern jedem die Möglichkeit der Suche nach einem besseren Leben erhalten bleibt. Das Konzept der Einwohnersicherung ist mit dem Mobilitätsgedanken am ehesten vereinbar. Die politische Mitbestimmung über die Regeln zum Zutritt in das und Verbleib im Territorium des betreffenden Staates bleiben auch nach diesem Ansatz weiterhin den Staatsangehörigen vorbehalten. Je länger aber der Aufenthalt andauert, umso stärker ist die Verbindung zum Aufenthaltsstaat und damit auch die "Anwartschaft" auf Leistungen sozialer Sicherheit.⁵⁷ Nichts anderes hat der EuGH in seiner hergebrachten Rechtsprechung praktiziert: Das Konzept der "tatsächlichen Bindung" gab die Gewähr für eine individuell gerecht abgewogene Einzel-

⁵⁵ Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen zur Einführung einer Säule sozialer Rechte vom 26.4.2017, http://eur-lex.europa.eu/legalcontent/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:52017DC0250&from=EN.

⁵⁶ *Haag* in *Thym/Klarmann*, Unionsbürgerschaft und Migration im aktuellen Europarecht, S. 15 ff.

⁵⁷ Ähnlich Becker, ZESAR 2017, 101, 104.

Dorothee Frings/Constanze Janda

fallentscheidung, die dem befürchteten Sozialtourismus keinen Raum lässt.

Stephan Beichel-Benedetti Constanze Janda (Hrsg.)

Hohenheimer Horizonte

Festschrift für Klaus Barwig



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 978-3-8487-3546-4 (Print)
ISBN 978-3-8452-7879-7 (ePDF)

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2018. Gedruckt in Deutschland. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

1. Auflage 2018