stellungnahme

Stellungnahme des Deutschen Gewerkschaftsbundes für die öffentliche Anhörung im Ausschuss für Arbeit und Soziales des Deutschen Bundestages am 28. November 2016 zum Gesetzentwurf der Bundesregierung

Entwurf eines Gesetzes zur Regelung von Ansprüchen ausländischer Personen in der Grundsicherung für Arbeitsuchende nach dem Zweiten Buch Sozialgesetzbuch und in der Sozialhilfe nach dem Zwölften Buch Sozialgesetzbuch (BT-Drs. 18/10211)

24.11.2016

Deutscher Gewerkschaftsbund
Bundesvorstand
Abteilung Recht

Robert Nazarek
Referatsleiter Sozialrecht

robert.nazarek@dgb.de

Telefon: 030 24060-262
Telefax: 030 24060 95 -262
Mobil: 0160 9780 5633

Henriette-Herz-Platz 2
10178 Berlin

www.dgb.de

I. Vorbemerkung

Der DGB verweist zur Vermeidung von Wiederholungen grundsätzlich auf seine Stellungnahme zum Referentenentwurf gegenüber dem BMAS vom 4.5.2016 und dem zum Referentenentwurf eingeholten Gutachten „Verfassungsrechtliche und europarechtliche Aspekte der Überbrückungsleistungen und des Leistungsentzugs von Eltern bei bestehendem Aufenthaltsrecht der Kinder" der Professorinnen Devetzi und Janda (beides im Anhang dieser Stellungnahme). Der zur Anhörung vorliegende Gesetzentwurf enthält zu den Kritikpunkten des DGB keine Änderungen gegenüber dem Referentenentwurf und diese Stellungnahme dient daher der Ergänzung der Stellungnahme vom 4.5.2016.

II. Gesetzessystematik

Mit dem Gesetzentwurf als Reaktion auf die Rechtsentwicklung durch EuGH und BSG wird die Chance verpasst, dass Leistungsrecht der Grundsicherung für erwerbsfähige Personen abschließend im SGB II zu regeln und eine konsistente Gesetzessystematik für die Leistungsrechte erwerbsfähiger und nicht erwerbsfähiger Personen wiederherzustellen. Hierzu hätte es des politischen Willens bedurft anzuerkennen, dass EU-Bürgerinnen und EU-Bürger, die in Deutschland einen Antrag auf Leistungen nach dem SGB II stellen und sich damit in dessen Leistungsregime begeben, grundsätzlich eine Erwerbstätigkeit beabsichtigen und nicht als Sozialleistungstouristen einreisen.

Das SGB II bietet in seiner jetzigen Konstruktion grundsätzlich bereits an, den Zusammenhang zwischen europäischem Freizügigkeitsrecht und seinen Bedingungen für den Aufenthalt in der Unionsbürgerrichtlinie (RL 2004/38), der nationalen Umsetzung mit dem Gesetz über die allgemeine Freizügigkeit von Unionsbürgern (FreizügG/EU) und den Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) für den Anspruch auf Leistungen der Existenzsicherung bei tatsächlichem Aufenthalt herzustellen. Der verfassungsrechtliche Anspruch auf Grundsicherung besteht ab dem ersten Tag des Aufenthaltes und zwar unabhängig von der rechtlichen Qualität (gewöhnlich, tatsächlich, rechtmäßig oder rechtswidrig) des Aufenthalts. Die

sich aus der Unionsbürgerrichtlinie und der Rechtsprechung des EuGH ergebenden einschränkenden Möglichkeiten der Leistungsgewährung von Sozialleistungen für arbeitssuchende Unionsbürgerinnen und Unionsbürger, können deshalb auf nationaler Ebene in Deutschland keine Wirkung entfalten. Das sich aus der Unionsbürgerrichtlinie und dem FreizügG/EU ergebende Aufenthaltsrecht für Arbeitssuchende bis zu sechs Monaten ergibt damit zwingend einen Anspruch auf Grundsicherungsleistungen. Ein Aufenthaltsrecht für Arbeitssuchende von mehr als sechs Monaten steht unter der Bedingung, dass sie nachweisen können, dass sie weiterhin Arbeit suchen und begründete Aussicht haben, eingestellt zu werden (§ 2 Abs. 2 Nr. 1a FreizügG/EU). Die im SGB II bereits bestehenden Anforderungen an leistungsbeziehende Personen, die Beendigung der Hilfebedürftigkeit durch Arbeitssuche nachzuweisen, sind geeignet, diese aufenthaltsrechtliche Bedingung zu erfüllen. Etwaige rechtskräftig festgestellte Pflichtverletzungen können geeignet sein, den Verlust des Aufenthaltsrechts nach sich zu ziehen. Die Verlustfeststellung und eine damit verbundene Ausreisepflicht, nach Rechtskraft der Verlustfeststellung, ist jedoch zwingend erforderlich und bleibt der Ausländerbörde vorbehalten.

III. Integration in den Arbeitsmarkt

Insgesamt zeigen die Daten, dass die mit der Freizügigkeit einhergehende Mobilität der Erwerbstätigen in der EU zu Beschäftigung führt. Dies gilt in hohem Maße für Deutschland und gerade für die meist in der Kritik stehende Gruppe der mobilen Erwerbstätigen aus Bulgarien und Rumänien. Nach Angaben des Instituts für Arbeitsmarkt- und Berufsforschung (IAB) lag die Erwerbsquote in dieser Gruppe Ende 2014 bei 75 % und im Juli 2015 bei 80 %. Das IAB konstatiert, das in Deutschland die Volkswirtschaft insgesamt, aber auch der Sozialstaat, von der Zuwanderung aus der EU und den neuen Mitgliedsstaaten profitiert[1]. Anders ausgedrückt ergibt sich daraus kaufmännisch betrachtet, dass trotz (zeitweisem) Bezug von Sozialleistungen, die Bilanz deutlich positiv ist und dies gerade im Sinne des Gedankens eines geeinten Europas und der Freizügigkeit seiner Bürgerinnen und Bürger hinzunehmen ist, dass diese Quote 100 % nicht erreichen wird.

In diese Betrachtung ist weiter einzubeziehen, dass es ein anerkannter Grundsatz ist, dass die Erfolgschancen der Arbeitssuche am höchsten sind, wenn die Suche direkt auf dem in Aussicht genommenen regionalen Arbeitsmarkt erfolgt. Aus diesem Grund ist es Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern, die mit dem SGB III vergleichbaren Leistungsansprüchen (Arbeitslosengeld I) arbeitssuchend innerhalb der EU sind, diese Ansprüche in das Land der Arbeitssuche für mindestens drei und längstens sechs Monate exportieren können. Nicht in jedem EU-Land gibt es dem SGB III vergleichbare Sicherungssysteme. Mobile Beschäftigte aus diesen Ländern können vielfältige Möglichkeiten im Heimatland nutzen, um erst nach einer in Aussicht gestellten Beschäftigung von ihrer Freizügigkeit Gebrauch zu machen. Allein dies ist keine Garantie, dass sich dies sofort realisiert bzw. eine erfolgte Realisierung zu mehr als einem Jahr Beschäftigung und damit einem dauerhaften Arbeitnehmerstatus mit

[1] Quelle: http://www.zeit.de/gesellschaft/2016-06/sozialleistungen-eu-buerger-zuwanderung-armutsmigration, zuletzt aufgerufen 23.11.2016

Anspruch auf SGB II Leistungen führt. Zuwanderung wird im Wesentlichen immer dann erfolgen, wenn die Aussichten auf dem Arbeitsmarkt deutlich positiv sind, deshalb muss auch in solchen Fällen zunächst grundsätzlich davon ausgegangen werden, dass nach Nichtaufnahme oder kurzfristiger Beendigung einer Beschäftigung berechtigte Aussichten bestehen, dass die Arbeitssuche erfolgreich ist und der bestehende tatsächliche Aufenthalt einen Anspruch auf Grundsicherungsleistungen beinhalten.

Sofern durch die Jobcenter festgestellt wird, dass bestimmte Hemmnisse bestehen, die eine schnelle Eingliederung in den Arbeitsmarkt behindern, wie z. B. nicht ausreichende Sprachkenntnisse, können diese durch gezieltes Fördern abgebaut werden. Der weitere Ausbau der von Integrationskursen für mobile Erwerbstätige aus der EU, ist dafür Grundvoraussetzung. Eine entsprechende Gesetzesinitiative des Bundesrates liegt dem Bundestag seit Februar 2014 zur Beschlussfassung vor (BT-Drs. 18/445).

IV. Fehlanreize

Der Gesetzentwurf bringt zum Ausdruck, dass für Personen, die als Arbeitnehmer, Selbständige oder aufgrund des FreizügG/EU (§ 2 Abs. 3) freizügigkeitsberechtigt sind, und ihre Familienangehörigen, keine Änderungen erfolgen. Dieser Personenkreis ist weiterhin (ergänzend) leistungsberechtigt. Damit ist klargestellt, dass ein nicht den Grundsicherungsbedarf deckendes Erwerbseinkommen ausreichend für einen aufstockenden Leistungsbezug ist. Statt einer klaren Regelung zur Leistungsgewährung, die sich an den Entscheidungen des BVerfG orientiert, setzt der Gesetzentwurf Fehlanreize für Unionsbürgerinnen und Unionsbürger, die hilfebedürftig im Sinne des SGB II sind.

Für die Qualifikation von Erwerbstätigkeit, sei es als Arbeitnehmerin/Arbeitnehmer oder Selbständige/Selbständiger gibt es keine klaren Kriterien. Bereits sehr geringe Erwerbseinkommen auf der Basis weniger Stunden Arbeitsleistung sind, wenn tatsächlich eine echte Tätigkeit vorliegt ausreichend, um dem Kriterium Arbeitnehmer oder Selbständiger zu genügen (EuGH 04.02.2010 – C-14/09 mit weiteren Nachweisen). Dies führt bereits jetzt zu kaum überprüfbaren Gewerbeanmeldungen und birgt das Risiko in sich, dass diese Praktiken zunehmen. Gleiches gilt für den sich ergebenden Bereich prekärer Beschäftigung unter Verstoß gegen das Mindestlohngesetz. Entweder weil der Mindestlohn bezogen auf die tatsächlich geleistete Arbeitszeit nicht geleistet wird oder sich z. B. für EU-Ausländerinnen und EU-Ausländer zu Unrecht auf die Ausnahme für Langzeitarbeitslose im Sinne des § 18 Abs. 1 SGB III für die ersten sechs Monate der Beschäftigung berufen wird.

V. Härtefälle und Lebenslagen

Die nur in § 23 Abs. 3 SGB XII-GE vorgesehene Härtefallregelung ist einerseits zu allgemein gefasst, um bestimmte Konstellationen von Lebenslagen konkret zu erfassen und dies nicht den Gerichten im Rahmen des einstweiligen Rechtsschutzes zu überlassen, wodurch deren Belastung zunehmen dürfte. Andererseits ist eine Regelung im SGB II für Härtefälle ebenso

erforderlich. Ansonsten werden Leistungsberechtigten, die zum Zeitpunkt des Antrages ihren Status als Arbeitnehmer oder Selbständige nur glaubhaft machen können, Leistungen zu Unrecht versagt. Dieser Personenkreis ist dann nicht auf das SGB XII zu verweisen. In derartigen Fällen sind vorläufig Leistungen zu gewähren und die Leistungsberechtigten ggf. durch eigene Ermittlungen der Jobcenter zu unterstützen. Konstellationen, die zu einem Leistungsanspruch nach dem SGB II führen, sind Tätigkeiten, für die weder eine Anmeldung zur Sozialversicherung erfolgten, z. B. weil Sozialversicherungsbeiträge wegen bei Beschäftigungsbeginn schon bestehender Insolvenz erspart werden sollten, noch Lohn gezahlt wurde. Die Variationen solcher Konstellationen sind vielfältig. Den Betroffenen wird durch Verweigerung existenzsichernder Grundsicherungsleistungen jede Möglichkeit genommen, ihre berechtigten Ansprüche in Deutschland gerichtlich durchzusetzen und den Nachweis zu erbringen, dass ein Leistungsanspruch nach dem SGB II aufgrund ihres Status besteht.

VI Fazit

Ein Gesetzentwurf, wie der vorliegende, der eine migrationspolitisch motivierte Mittel-Zweck-Relation deutlich zum Ausdruck bringt, kann deshalb nur erhebliche Bedenken seiner Vereinbarkeit mit dem Grundgesetz verursachen (siehe dazu die Stellungnahme vom 4.5.16 und das Gutachten im Anhang).

Anlagen

- Stellungnahme des Deutschen Gewerkschaftsbundes zum Referentenentwurf der Bundesregierung 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 Sozialgesetzbuch

- Gutachten „Verfassungsrechtliche und europarechtliche Aspekte der Überbrückungsleistungen und des Leistungsentzugs von Eltern bei bestehendem Aufenthaltsrecht der Kinder aufgrund des Referentenentwurfs/Kabinettsbeschlusses für ein 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 Sozialgesetzbuch" *Prof. Dr. Stamatia Devetzi, Hochschule Fulda, Prof. Dr. Constanze Janda, SRH Hochschule Heidelberg*

stellungnahme

Stellungnahme des Deutschen Gewerkschaftsbundes zum Referentenentwurf der Bundesregierung

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 Sozialgesetzbuch

04.05.2016

Deutscher Gewerkschaftsbund
Bundesvorstand
Abteilung Recht

Robert Nazarek
Referatsleiter Sozialrecht

robert.nazarek@dgb.de

Telefon: 030 24060-262
Telefax: 030 24060 95 -262
Mobil: 0160 9780 5633

Henriette-Herz-Platz 2
10178 Berlin

www.dgb.de

I. Vorbemerkung

Dem DGB wurde durch Zusendung des Referentenentwurfes per Mail am 03.05.2016 um 09:21 Uhr bis zum folgenden Tag Dienstschluss eine Stellungnahme ermöglicht. In der Presse wurden bereits vor dieser Versendung öffentliche Stellungnahmen der Ministerin bekannt. Unter diesen aus unserer Sicht kritikwürdigen Bedingungen, kann der DGB dem eingeräumten Beteiligungsrecht nur äußert defizitär nachkommen; eine Abstimmung mit dem Mitgliedsgewerkschaften ist in dieser kurzen Frist nicht leistbar. Dass damit das eingeräumte Beteiligungsrecht nicht effektiv wahrgenommen werden kann, liegt auf der Hand und die Frage nach der Ernsthaftigkeit der Anhörung auf. Die Notwendigkeit der kurzen Frist uns ein möglicher Zeitdruck ist nicht ersichtlich.

Die vorgelegte Stellungnahme ist aufgrund der vorgenannten zeitlichen Rahmenbedingungen nicht abschließend.

II. Allgemeines

Bereits die Beschreibung von Problem und Ziel für den Regelungsentwurf werden der Komplexität des Sachverhalts aufgrund der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes

(EuGH) und des Versuchs seiner nationalen Umsetzung durch den Referentenentwurf und Beachtung der dazu bereits erfolgten Vorgaben des Bundessozialgerichts (BSG) nicht gerecht. Der Referentenentwurf lässt das entscheidende Kriterium der Rechtsprechung von EuGH und BSG, das Aufenthaltsrecht, außer Acht und der mit dem Referentenentwurf vorgenommene Versuch ohne dessen Anwendung die nationale Umsetzung ausschließlich auf das Leistungsrecht zu beziehen, stößt an die Grenzen der verfassungsrechtlichen Schutzrechte der Menschenwürde und des Schutzes der Familie.

Der EuGH hat mit seinen Entscheidungen in den Verfahren Brey, Dano und Alimanovic das in der rechtswissenschaftlichen Literatur uneinheitlich diskutierte Verhältnis der EU-Verord-

nung zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit (VO 883/2004) und der EU-Richtlinie über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten (Unionsbürgerrichtlinie; RL 2004/38) zueinander, zugunsten des Vorrangs der Unionsbürgerrichtlinie entschieden. Damit stehen bei der Beurteilung für die Gewährung von Leistungen der existenziellen Mindestsicherung die sich ergebenden aufenthaltsrechtlichen Implikationen im Vordergrund und diese aufenthaltsrechtlichen Aspekte müssen durch die beabsichtigten Regelungen des Referentenentwurfs ausblenden.
Im Rahmen ihrer Freizügigkeit können EU-Bürgerinnen und EU-Bürger in jedes EU-Mitgliedsland einreisen ohne dafür ein Visum oder einen sonstigen Aufenthaltstitel zu benötigen. Es wird zunächst der rechtmäßige Aufenthalt aufgrund der Unionsbürgerschaft, über die jede Staatsangehörige und jeder Staatsangehöriger eines EU-Mitgliedstaates neben der Staatsangehörigkeit seines Heimatstaates verfügt (Art. 20 Abs. 1 AEUV), aufgrund des bestehenden Freizügigkeitsrechtes sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten, vermutet. Diese primärrechtliche Grundfreiheit wird ausschließlich durch die sekundärrechtlichen Bedingungen beschränkt. National ist das europäische Recht der EU-Bürgerrichtlinie mit dem Freizügigkeitsgesetz/EU entsprechend in nationales Recht umgesetzt.
Soweit hier von Bedeutung, sind EU-Bürgerinnen und EU-Bürger nur dann in ihrem Freizügigkeitsrecht auf Aufenthalt in Deutschland eingeschränkt, sofern sie die Voraussetzungen der Verfügung über ausreichenden Krankenversicherungsschutz und ausreichender Existenzmittel nicht erfüllen (§ 2 Abs. 1 i. V. m. § 2 Abs. 2 Nr. 4 u. § 4 FreizügG/EU). Da allgemein anerkannt ist, dass für EU-Bürgerinnen und EU-Bürger eine Aufenthaltsbescheinigung nur deklaratorischen Wert hat – und ihre Ausstellung im Übrigen seit dem 29.01.2013 abgeschafft ist - , bedarf es der ausdrücklichen Prüfung, ob das Aufenthaltsrechts wegen des Fehlens ausreichenden Krankenversicherungsschutzes oder Existenzmittel entfallen ist und ggf. der behördlichen Feststellung des Verlustes der Freizügigkeitsberechtigung (§ 5 Abs. 4 FreizügG/EU) durch entsprechenden amtlichen Bescheid. Erst mit der Rechtskraft des Bescheides ist die Vermutung des rechtmäßigen Aufenthaltes beendet und es besteht eine Ausreisepflicht (§ 7 Abs. 1 FreizügG/EU), die dann immer noch durch aufenthaltsbeendende Maßnahmen umgesetzt werden muss.

An diesen Voraussetzungen kann auch der beabsichtigte Regelungsgehalt des Referentenentwurfes nichts ändern.

Die Rechtsprechung des BSG stützt seine Rechtsprechung zu Leistungsgewährungen an EU-Bürgerinnen und EU-Bürgern in den Entscheidungen vom 3. und 16. Dezember 2015 sowie vom 20. Januar 2016 auch genau anhand dieses, für die individuelle Prüfung einer Leistungsgewährung auf der Grundlage von § 23 SGB XII, maßgeblichen wesentlichen aufenthaltsrechtlichen Aspekte. Dazu hat das BSG in seinen Entscheidungen ausdrücklich ausgeführt, dass diese individuelle Prüfung der Leistungsgewährung gerade wegen eines bestehenden Defizits der Feststellung des Verlustes der Freizügigkeitsberechtigung bei tatsächlichem Aufenthalt vorzunehmen ist (beispielhaft: BSG 03.12.2015, B 4 AS 44/15 R, RN

55 ff). Denn solange dieses Defizit der Verlustfeststellung besteht, besteht keine Ausreisepflicht und können auch aufenthaltsbeendende Maßnahmen nicht angeordnet werden.

Im Fall der fehlenden Verlustfeststellung greifen dann jedoch die verfassungsrechtlichen Grundsätze zur Sicherung des Existenzminimums, die jedem Menschen, der sich in Deutschland tatsächlich aufhält, zustehen (BVerfG 18.07.2012, 1 BvL 10/10 u. a. mit Verweis auf BVerfG 09.02.2010, 1 BvL 1/09 u. a.).

Keiner dieser Rechtsgrundsätze findet sich in der Problem- und Zielbeschreibung des Referentenentwurfes wieder und deshalb beachtet die beabsichtigte Regelung verfassungsrechtliche Grundsätze nicht in gebotenem Maße.

Ebenso ist die Beschreibung in Bezug auf ein bestehendes abgeleitetes Aufenthaltsrecht von Eltern für (minderjährige) Kinder in bestehender regelmäßiger Ausbildung und der Verweis auf die dazu ergangene BSG Rechtsprechung, die konsequent EU-Recht umsetzt, verzerrend dargestellt. Die vorgeschlagene Lösung verstößt nach Auffassung des DGB gegen den grundgesetzlichen Schutz der Familie und ist deshalb verfassungsrechtlich bedenklich.

III. Regelungen des Referentenentwurfes im Einzelnen

<u>§ 7 Abs. 1 Satz Nr. 2 c) SGB II (Art. 1 RE) und § 23 Abs. 3 Nr. 3 SGB XII (Art. 2 RE)</u>

Die vorgeschlagene Regelung Eltern, die aufgrund ihrer in Ausbildung befindlichen Kinder ein abgeleitetes Aufenthaltsrecht aus Art. 10 der EU-Verordnung über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Union (VO 492/2011) haben, von Leistungen der Grundsicherung nach dem SGB II auszuschließen, verstößt nach Auffassung des DGB gegen das europäische Primärrecht auf Freizügigkeit (Art. 21 AEUV) und das sekundärrechtliche Diskriminierungsverbot von EU-Bürgerinnen und EU-Bürgern als ausländische Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer gegenüber inländischen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern (Art. 24 Abs. 1 RL 2004/38).

Mit dem Referentenentwurf ist beabsichtigt ein weiteres Ausschlusskriterium in § 7 Abs. 1 Satz 2 SGB II aufzunehmen. In Satz 2 Buchstabe c) soll geregelt werden, dass Ausländerinnen und Ausländer, von SGB II Leistungen ausgenommen sind, die ihr Aufenthaltsrecht allein oder neben einem Aufenthaltsrecht aus dem Zweck der Arbeitsuche aus Artikel 10 der Verordnung (EU) Nummer 492/2011 ableiten. Dies gilt auch für Familienangehörige.

Die beabsichtigte Regelung basiert auf der EU-rechtskonformen Entscheidung des BSG in dem Verfahren Alimanovic. Der EuGH hatte aufgrund der Vorlagefragen des BSG nur den Leistungsausschluss im SGB II aufgrund des alleinigen Zweckes der Arbeitssuche zu prüfen und hat diesen gesetzlichen Leistungsausschluss bestätigt. Das BSG konnte das Verfahren dennoch nicht abschließend entscheiden, da durch das LSG nicht geprüft worden war, ob ein davon unabhängiges Aufenthaltsrecht besteht. Dieses könnte sich aus der bestehenden Ausbildung der Kinder ergeben. Nunmehr soll auch dieser Aufenthaltsgrund von der Ausschlussregelung im SGB II erfasst werden.

Damit ist nach Auffassung des DGB das europäische Primärrecht auf Freizügigkeit der Unionsbürgerinnen und Unionsbürger innerhalb der EU verletzt (Art. 21 AEUV). Sofern für die Kinder ein originäres Aufenthaltsrecht aus Art. 10 der VO 492/2011 besteht, handelt es sich bei dem Aufenthaltsrecht der Eltern nicht zwangsläufig um ein abgeleitetes Aufenthaltsrecht, sondern um ein solches, dass sich unmittelbar aus der Anwendung des Primärrechts von Art. 21 AEUV ergeben kann. Bei den sich aus der Unionsbürgerrichtlinie (RL 2004/38) ergebenden Beschränkungen dieses Rechts haben die zuständigen Behörden und gegebenenfalls die nationalen Gerichte dafür Sorge zu tragen, dass bei der Anwendung dieser Beschränkungen und Bedingungen die allgemeinen Grundsätze des Gemeinschaftsrechts und insbesondere der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gewahrt bleiben (EuGH 17.09.3002, C-413/99). Diese Grundsätze der Verhältnismäßigkeit sind mit dem Regelungsentwurf verletzt, wenn Kinder aufgrund ihres originären Aufenthaltsrechts Ansprüche auf Grundsicherung nach dem SGB II haben, ihre Eltern davon jedoch ausgeschlossen werden sollen.

Im Übrigen würde diese Regelung zu dem absurden Ergebnis führen, dass die Kinder mit ihren Eltern eine Bedarfsgemeinschaft bilden und wegen des Ausschlusses der Eltern von SGB II Leistungen Anspruch auf Sozialgeld-Leistungen und Leistungen auf Kosten der Unterkunft und Heizung ohne Kopfteilanrechnung der Eltern haben dürften.

Der Regelungsentwurf übersieht auch, dass sich das Aufenthaltsrecht der Kinder aus Art. 10 der VO 492/2011 im Kontext der Arbeitnehmereigenschaft der Eltern ergibt, diese muss bestehen bzw. bestanden haben. Die Verordnung hat ausschließlich die Arbeitnehmerfreizügigkeit zum Regelungsinhalt und enthält in Bezug auf das Aufenthaltsrecht der Kinder keinen Bezug zu einer zeitlichen Dauer der Arbeitnehmereigenschaft der Eltern. Damit ist im Gesamtzusammenhang davon auszugehen, dass unabhängig von der Dauer der Beschäftigung das abgeleitete Aufenthaltsrecht der Eltern, solange die Ausbildung der Kinder andauert, auf einem für diese Zeit dauernden Arbeitnehmerinnen- bzw. Arbeitnehmerstatus basiert. Damit verstößt der Regelungsentwurf jedoch im Einklang mit der Rechtsprechung des EuGH zu diesem Komplex gegen das sekundärrechtliche Diskriminierungsverbot gegenüber inländischen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern aus Art. 24 Abs. 1 RL 2004/38.

Zudem stellt der beabsichtigte Regelungsvorschlag des Referentenentwurfes einen Verstoß gegen den Schutz der Familie, die einerseits unter dem besonderen Schutz der staatlichen Ordnung steht (Art. 6 Abs. 1 GG), dazu gehört das natürliches Recht der Eltern und die ihnen vorrangig obliegende Pflicht die Ausbildung als Teil der Erziehung sicher zu stellen (Art. 6 Abs. 12 Satz 1 GG) und die Eltern können nicht gegen ihren Willen von ihren Kindern getrennt werden, wenn keiner der in der Verfassung genannten Gründe vorliegt (Art. 6 Abs. 3 GG).

Der verfassungsrechtliche Schutz der Familie ist durch die beabsichtigte Regelung in zweifacher Hinsicht tangiert.

Erstens können sich Eltern gezwungen sehen, die Ausbildung ihrer aufenthaltsberechtigten Kinder abbrechen zu müssen, weil ihnen die existenzsichernde Grundsicherung verwehrt wird und ggf. durch staatliche Maßnahmen, wie der Verlustfeststellung des Aufenthaltsrechts und aufenthaltsbeendender Maßnahmen, die weitere Ausbildung als Teil der Erziehung unmöglich gemacht wird. Hierin läge ein verfassungsrechtlich nicht hinnehmbarer Verstoß gegen Art. 6 Abs. 1 und Abs. 2 GG.

Zweitens könnten Eltern gezwungen sein, sich von ihren noch minderjährigen aufenthaltsberechtigten Kindern trennen zu müssen, sei es freiwillig oder aufgrund aufenthaltsbeendender Maßnahmen. Hierin läge ein Verfassungsverstoß aufgrund von Art. 6 Abs. 1 und Abs. 3 GG.

§ 23 Abs. 3 Satz 3 SGB XII (Art. 2 RE)

Die beabsichtigte Regelung Ausländerinnen und Ausländern bei bestehenden Ausschlussgründen entsprechend der Neufassung von § 23 Abs. 3 Nr. 1-4 SGB XII-RE nur noch einmalige Überbrückungsleistungen für vier Wochen zur Sicherung des Existenznotwendigen zu gewähren, ohne dass es der rechtskräftigen aufenthaltsrechtlichen Verlustfeststellung und der damit verbundenen Ausreisepflicht und ggf. aufenthaltsbeendender Maßnahmen bedarf, stellt bei tatsächlich fortbestehendem Aufenthalt in Deutschland einen Verstoß gegen das grundgesetzlich geschützte Recht auf ein menschenwürdiges Dasein durch Gewährung von Grundsicherungsleistungen dar. Die aufenthaltsrechtliche Komponente der Rechtsprechung des EuGH kann für die nationale Umsetzung in einem Leistungsgesetz nicht außer Acht gelassen werden. Auf die Ausführungen unter I. Allgemeines wird verwiesen.

IV Fazit

Mit dem Versuch des Gesetzgebers das Leistungsrecht der sozialen Existenzsicherung auf nationaler Ebene an die EU-Rechtsprechung anzupassen, ohne die aufenthaltsrechtlichen Auswirkungen der Rechtsprechung des EuGH zu beachten, ergeben sich aus dem Regelungsvorschlag neben EU-rechtlichen Problemen auf der Ebene des Primärrechts (Art. 21 AEUV) und Sekundärrechts (Art. 24 Abs. 1 RL 2004/38) auch verfassungsrechtliche Probleme durch mögliche Verletzungen der Menschenwürde im Zusammenhang mit dem Sozialstaatsprinzip (Art. 1 Abs. 1 i. V. m. Art. 20 Abs. 1 GG) und dem Schutz der Familie (Art. 6 Abs. 1-3 GG).

Verfassungsrechtliche und europarechtliche Aspekte der Überbrückungsleistungen und des Leistungsentzugs von Eltern bei bestehendem Aufenthaltsrecht der Kinder

aufgrund des Referentenentwurfs/Kabinettsbeschlusses für ein 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 Sozialgesetzbuch

Prof. Dr. Stamatia Devetzi, Hochschule Fulda

Prof. Dr. Constanze Janda, SRH Hochschule Heidelberg

A. Vorbemerkung

Der Anspruch auf Grundsicherung für Arbeitsuchende setzt gemäß § 7 Abs. 1 S. 1 SGB II ein Alter zwischen 15 Jahren und dem gesetzlichen Rentenalter, Erwerbsfähigkeit, Hilfebedürftigkeit und den gewöhnlichen Aufenthalt des Antragstellers in der Bundesrepublik voraus. § 7 Abs. 1 S. 2 SGB II etabliert zusätzliche Anspruchsvoraussetzungen für Ausländerinnen und Ausländer. Sofern sie nicht abhängig beschäftigt oder selbstständig tätig sind und auch nicht nach Maßgabe des § 2 Abs. 3 FreizügG/EU freizügigkeitsberechtigt sind, können sie in den ersten drei Monaten ihres Aufenthalts keine Leistungen in Anspruch nehmen, sowie darüber hinaus, wenn sich ihr Aufenthaltsrecht allein aus dem Zweck der Arbeitssuche ergibt. Die Europarechtskonformität der Regelung war lange umstritten. Der EuGH hat in der Rechtssache *Alimanovic*[1] jedoch bestätigt, dass einen Anspruch auf Gleichbehandlung im Sozialhilferecht nur habe, wer sich rechtmäßig in einem anderen Mitgliedstaat aufhalte. Dies sei bei mittellosen Arbeitsuchenden auch ohne explizite Ausweisungsverfügung nicht der Fall.

Das BSG leitete daraufhin aus der Menschenwürdegarantie und dem Sozialstaatsprinzip (Art. 1 Abs. 1, 20 Abs. 1 GG) einen Zugang zu existenzsichernden Leistungen für Arbeitsuchende und Personen ohne Aufenthaltsrecht her. Dieser gründe zwar nicht im SGB II, sondern in § 23 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.[2]

---

[1] EuGH, 15.9.2015, C-67/14 (Alimanovic), NZS 2015, 784.
[2] BSG, 3.12.2015, B 4 AS 43/15 R, SozR 4-4200 § 7 Nr. 46; BSG, 3.12.2015, B 4 AS 44/15 R, SozR 4-4200 § 7 Nr. 43; BSG, 3.12.2015, B 4 AS 59/13 R.

Die Entscheidung ist vor allem bei den für die Finanzierung der Sozialhilfe zuständigen Kommunen auf Kritik gestoßen. Auch in Reaktion darauf hat die Bundesregierung 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.

I. Inhalt des Referentenentwurfs

Der Referentenentwurf sieht Änderungen im SGB II und im SGB XII vor, greift dabei aber auf die bestehende gesetzliche Struktur zurück. Unverändert soll für nicht freizügigkeitsberechtigte Personen eine dreimonatigen Wartefrist gelten (§ 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 SGB II-E). Ebenso bleiben Personen, deren Aufenthaltsrecht sich allein aus dem Zweck der Arbeitsuche ergibt, weiterhin vom Leistungsbezug ausgenommen (§ 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 lit. b SGB II-E). Neu eingefügt wird ein Leistungsausschluss für Personen ohne materielles Aufenthaltsrecht (§ 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 lit. a SGB II-E) sowie für Personen, deren Aufenthaltsrecht sich aus Art. 10 VO (EU) Nummer 492/2011 ableitet (§ 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 lit. c SGB II-E). Der von Ziffer 2 erfasst Personenkreis soll gemäß § 7 Abs. 1 S. 4, 5 SGB II-E nach fünfjährigem gewöhnlichen Aufenthalt in der Bundesrepublik – beginnend ab Meldung beim Einwohnermeldeamt – mit Inländern gleichgestellt werden und vollen Zugang zur Grundsicherung für Arbeitsuchende erhalten.

Durch entsprechende Änderungen in § 23 SGB XII soll ein Gleichlauf zwischen den grundsicherungs- und den sozialhilferechtlichen Vorgaben hergestellt werden. Auch die Sozialhilfe bleibt daher nichtfreizügigkeitsberechtigten Personen in den ersten drei Monaten ihres Aufenthalts versagt (§ 23 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 SGB XII-E), ebenso wie Personen ohne Aufenthaltsrecht und Arbeitsuchenden (§ 23 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 SGB XII-E) sowie den in den Anwendungsbereich des Art. 10 VO (EU) 492/2011 fallenden Personen (§ 23 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 SGB XII-E). 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 (§ 23 Abs. 3 S. 1 Nr. 4 SGB XII-E). Dass dieser Grundsatz auch im Grundsicherungsrecht gilt, hat der EuGH in der Rechtssache Dano klargestellt.[3] Nach fünfjährigem gewöhnlichen Inlandsaufenthalt wird die sozialhilferechtliche Gleichstellung bewirkt (§ 23 Abs. 3 S. 6 SGB XII-E). Wer schon vor Ablauf dieser Frist hilfebedürftig wird, kann innerhalb von zwei Jahren für die Dauer von maximal vier

[3] EuGH, RS, C-333/13 (Dano), NZS 2015, 20.

Wochen Überbrückungsleistungen zur Sicherung der physischen Existenz in Anspruch nehmen (§ 23 Abs. 3 S. 3-5 SGB XII-E). Darüber hinaus sind Darlehen zur Finanzierung der Rückkehr in den Herkunftsstaat vorgesehen (§ 23 Abs. 3a SGB XII-E).

II. Ausblick auf den Gang der Untersuchung

Der Entwurf dient explizit der Vermeidung der sich aus der BSG-Rechtsprechung ergebenden Rechtsfolgen und wirft zahlreiche verfassungs- und europarechtliche Rechtsfragen auf. Im Rahmen dieses Kurzgutachtens wird folgenden Fragen nachgegangen:

1. Beinhaltet die mit dem RE vorgesehene Regelung von § 23 Abs. 3 Satz 3 SGB XII einen Verstoß gegen die Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG) i. V. m. dem Sozialstaatsgebot (Art. 20 Abs. 1 GG), weil der Staat dem grundgesetzlich geschützten Gebot der Gewährleistung einer menschenwürdigen Existenzsicherung bei tatsächlichem Aufenthalt und fehlender rechtskräftiger Verlustfeststellung des Aufenthaltsrechts nicht länger als vier Wochen nachkommt?
2. Ergeben sich aus den vorgesehenen Regelungen der §§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 lit. c) SGB II und 23 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 SGB XII Verstöße gegen das Europarecht und ggf. auf nationaler Ebene solche gegen das Verfassungsrecht?

B. Verfassungsmäßigkeit der geplanten Überbrückungsleistungen nach § 23 Abs. 3 S. 3 SGB XII-E

Nach dem Referentenentwurf werden nichterwerbstätige Unionsbürger trotz ihres gewöhnlichen Aufenthalts in der Bundesrepublik für die Dauer von fünf Jahren von den Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts ausgeschlossen. Dies soll auch dann gelten, wenn der Verlust ihres Aufenthaltsrechts nicht formal festgestellt worden ist. Der in § 23 Abs. 1 SGB XII enthaltene Rechtsanspruch auf Hilfen zum Lebensunterhalt, der lediglich an den tatsächlichen Aufenthalt gekoppelt ist, soll durch die geplante Regelung ausgehebelt werden.

I. Geplante Ausgestaltung und Rechtfertigung der Überbrückungsleistungen

Der Gesetzgeber ist sich der verfassungsrechtlichen Implikationen der geplanten Regelung durchaus bewusst und sieht daher die Gewährung von Überbrückungs-

leistungen vor, ohne den zuständigen Trägern Entschließungsermessen einzuräumen. Die Überbrückungsleistungen werden in mehrfacher Hinsicht eingeschränkt gewährt, nämlich

- lediglich einmalig *innerhalb von zwei Jahren* ab Erhalt der Überbrückungsleistungen bis zur Ausreise,
- innerhalb dieser Rahmenfrist aber *längstens für einen Zeitraum von maximal vier Wochen*
- umfangmäßig beschränkt auf die Deckung des Bedarfs an Nahrungsmitteln, Körper- und Gesundheitspflege, Unterkunft und Heizung sowie eine medizinische Notversorgung akuter Erkrankungen und Schmerzzustände (*physisches Existenzminimum*).

Besondere Umstände des Einzelfalls sollen zu einer Ausweitung des Leistungsumfangs wie -zeitraums führen.

Der Gesetzgeber orientiert die Überbrückungsleistungen an § 1a Abs. 2 AsylbLG. Danach erhalten vollziehbar ausreisepflichtige Drittstaatsangehörige, für deren Ausreise ein Termin feststeht und die den Ausreisetermin schuldhaft nicht wahrnehmen, ab diesem Tag nur noch Leistungen zur Sicherung der physischen Existenz. In seiner Begründung nimmt der Gesetzgeber Bezug auf die Rechtsprechung des BVerfG zum AsylbLG, nach der bei einem verfestigten Aufenthalt die Annahme einer reduzierten Bedarfslage nicht zulässig sei. Diese Bezugnahme dürfte so zu verstehen sein, dass der Gesetzgeber bei nichterwerbstätigen Unionsbürgern, die sich weniger als fünf Jahre in der Bundesrepublik aufhalten, noch nicht von einer Aufenthaltsverfestigung auszugeht. Damit setzt er sich in Gegensatz zum BSG, welches – freilich ebenfalls ohne konkrete Rechtsgrundlage – im Fall Alimanovic nach Ablauf von sechs Monaten eine Aufenthaltsverfestigung angenommen hatte.

Die Absenkung des Leistungsumfangs auf das zur Sicherung der physischen Existenz erforderliche Mindestmaß rechtfertigt der Gesetzgeber damit, dass Unionsbürger – im Gegensatz zu Leistungsberechtigten nach § 1 AsylbLG – ohne Gefahr für ihre Rechtsgüter in ihrem Herkunftsstaat zurückkehren und dort Leistungen beziehen können. Eine entsprechende Verpflichtung ergebe sich aus Art. 13 ESC.[4]

[4] Tatsächlich besteht eine entsprechende Leistungspflicht nach Art. 13 ESC nicht nur im Herkunftsstaat, sondern auch im Staat des rechtmäßigen Aufenthalts.

Der Vierwochenzeitraum wird mit dem Erfordernis, den Verwaltungsaufwand der für die Umsetzung zuständigen Kommunen zu mindern, begründet. Zudem wird darauf hingewiesen, dass innerhalb dieser Frist eine angemessene Möglichkeit zur Rückkehr in den Herkunftsstaat organisiert werden könne. Fehlen dem Berechtigten dafür die Mittel, kann nach § 23 Abs. 3a SGB XII-E ein Darlehen zur Finanzierung der angemessenen Rückreisekosten gewährt werden. In systematischer Hinsicht 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. Dies betrifft all jene, die die Voraussetzungen des § 7 Abs. 1 S. 1 SGB II erfüllen.[5] Das SGB XII versperrt damit eigentlich den Weg zu den Überbrückungsleistungen für erwerbsfähige Hilfebedürftige.

II. Verletzung des Grundrechts auf Sicherung einer menschenwürdigen Existenz

Die geplante Regelung könnte mit dem Grundrecht auf Sicherung einer menschenwürdigen Existenz unvereinbar sein. Dieses Recht hat das BVerfG aus der Verbürgung der Menschenwürde in Art. 1 Abs. 1 GG i.V.m. dem Sozialstaatsprinzip aus Art. 20 Abs. 1 GG hergeleitet.[6]

1. Sachlicher Schutzbereich des Grundrechts

Der Schutzbereich des Grundrechts umfasst einen durch Gesetz gesicherten Anspruch auf Gewährleistung der materiellen Mittel, die für eine menschenwürdige Lebensführung unerlässlich sind. Er gründet unmittelbar in der Menschenwürdegarantie aus Art. 1 Abs. 1 GG und verpflichtet den Gesetzgeber kraft des Sozialstaatsprinzips aus Art. 20 Abs. 1 GG zum Tätigwerden.[7]

Da, so das BVerfG, der Mensch notwendig in seinen sozialen Bezügen existiert,[8] ist es nicht zulässig, dass Existenzminimum auf physische Aspekte zu beschränken. Erforderlich sind vielmehr auch Mittel zur Gewährleistung der soziokulturellen Teilhabe.[9] Diese müssen die „Pflege zwischenmenschlicher Beziehungen und ... ein Min-

---

[5] BT-Drs. 16/688, S. 13.
[6] BVerfGE 40, 121, 132; 45, 187, 228; 82, 60, 80; 113, 88, 108 f.; 123, 267, 362 f.; 125, 175, 222. Dazu *Neumann*, NVwZ 1995, 426; *Däubler*, NZS 2005, 225, 225; *Schnath*, NZS 2010, 297; *Schulz*, SGb 2010, 201.
[7] BVerfGE 1, 97, 105; 82, 60, 80; 125, 175, 222.
[8] BVerfGE 125, 175, 223.
[9] BVerwGE 87, 212, 214; BVerfGE 125, 175, 223; 132, 134, 171.

destmaß an Teilhabe am gesellschaftlichen, kulturellen und politischen Leben" ermöglichen. Aus der Verfassung folgt indes kein konkret zu gewährender Geldbetrag.[10] Hinsichtlich der Ausgestaltung des Grundrechts, namentlich der konkreten Leistungshöhe hat der Gesetzgeber vielmehr Spielraum.[11] Dieser ist im Hinblick auf die Gewährleistung sozio-kultureller Teilhabe größer als hinsichtlich der Sicherung der physischen Existenz.[12] Während also das Überleben in jeder Lebenslage uneingeschränkt zu gewährleisten und keinerlei Abwägung zugänglich ist, reichen die Möglichkeiten zur Spezifizierung der sozio-kulturellen Teilhabe im Einzelfall weiter.[13] Differenzierungen in der Art und Weise der Konkretisierung des Art. 1 Abs. 1 GG immanenten Achtungsanspruchs sind aber lediglich bei tatsächlich bestehenden, signifikanten Unterschieden im Schutzbedarf zulässig.[14]

2. Personeller Schutzbereich des Grundrechts

Das Grundrecht auf Sicherung einer menschenwürdigen Existenz gilt für jedermann unabhängig von seiner Staatsangehörigkeit,[15] da es im bloßen Mensch-Sein gründet. Die Existenz als Mensch allein reicht trotz der Universalität der Menschenwürdegarantie als maßgebliche Anknüpfung in internationalen Sachverhalten nicht aus: das Existenzminimum ist durch die inländischen Sozialleistungsträger nicht weltweit und für jedermann sicherzustellen. Erforderlich ist vielmehr ein Bezug zur inländischen Solidargemeinschaft. Dieser wird durch den Aufenthalt in der Bundesrepublik vermittelt: „Als Menschenrecht steht dieses Grundrecht deutschen und ausländischen Staatsangehörigen, *die sich in der Bundesrepublik aufhalten*, gleichermaßen zu."[16] Welche rechtliche Qualität – gewöhnlich, tatsächlich, rechtmäßig oder rechtswidrig – dieser Aufenthalt hat, ist nicht relevant.[17] Staatsangehörigkeit oder Aufenthaltsberechtigung können allenfalls als Indiz für die Zugehörigkeit zur Solidargemeinschaft herangezogen werden. Die zweifelsohne gegebene besondere Verantwortung jedes Staates für die „eigenen" Bürger führt jedenfalls nicht per se zum Ausschluss aller „Fremden".[18]

---

[10] BVerfGE 82, 60, 80; *Neumann*, NVwZ 1995, 426, 428 f.; *Schnath*, NZS 2010, 297, 299.
[11] BVerfGE 35, 202, 236; 45, 376, 387; 100, 271, 284, 125, 175, 222.
[12] BVerfGE 125, 175, 225; 132, 133, 161.
[13] *Schnath*, NZS 2010, 297, 300; *Drohsel*, NZS 2014, 96, 99 f.
[14] Herdegen in *Maunz/Dürig*, GG, Art. 1, Rn. 54.
[15] BVerfGE 132, 134, 159; so bereits *Ekhart*, ZAR 2004, 142, 144; *Haedrich*, ZAR 2010, 227, 229.
[16] BVerfGE 132, 134, 159.
[17] Dreier in *Dreier*, GG, Art. 1, Rn. 45; allgemein zur Menschenwürde als Anknüpfung für die Gewährung sozialer Rechte *Eichenhofer*, Soziale Menschenrechte im Völker-, europäischen und deutschen Recht, S. 91 ff.
[18] Vgl. EGMR, ZESAR 2004, 142 (Poirrez); *Janda*, Migranten im Sozialstaat, S. 132.

3. Rechtfertigung des Eingriffs

Der Umstand, dass die Menschenwürde universell und unveräußerlich zu gewährleisten ist, deutet darauf hin, dass Eingriffe unter keinen Umständen der Rechtfertigung offenstehen können, führten sie doch zur Relativierung des Achtungsanspruchs jedes Menschen gegenüber dem Staat. Nach der Rechtsprechung des BVerfG ist die Menschenwürdegarantie als „Wurzel aller Grundrechte ... nicht abwägungsfähig".[19] Im Kern geht es bei der Gewährung existenzsichernder Leistungen aber nicht um die Rechtfertigung von Grundrechtsverletzungen, sondern um das Bestehen der sozialstaatlichen Einstandspflicht der Bundesrepublik. Die Frage nach der konkreten Leistungshöhe, d.h. der Zulässigkeit der Leistungsabsenkung auf das physische Existenzminimum tangiert hingegen den sachlichen Schutzbereich des Grundrechts, bezieht sie sich doch auf die notwendig zu deckenden Bedarfe.

a. Gebotener Umfang der Bedarfsdeckung durch Sozialhilfeleistungen

Der Spielraum bei der Festlegung des gebotenen Leistungsumfangs belässt dem Gesetzgeber eine gewisse Entscheidungsfreiheit bei der Bewertung des physischen wie sozio-kulturellen Lebensbedarfs. Diese Freiheit vermittelt jedoch kein Recht zur willkürlichen Festsetzung von Leistungsansprüchen. Der Achtungsanspruch aus der Menschenwürde ist unveräußerlich und der Sozialstaat folglich zu dessen Einlösung verpflichtet.[20] Daher sind die relevanten Bedarfe *jederzeit* in *vollem* Umfang zu decken, und zwar orientiert am allgemeinen gesellschaftlichen Lebensstandard.[21]

Vor diesem Hintergrund begegnet die Reduzierung der Leistungserbringung auf die zur Sicherung der physischen Existenz gebotenen Mittel nach § 23 Abs. 3 SGB XII-E erheblichen Bedenken. Dem Gesetzgeber ist nicht zugestanden, die für die soziokulturelle Teilhabe benötigten Mittel ungeachtet des tatsächlichen Bedarfs mit Null zu beziffern, liegt darin doch gerade keine Konkretisierung des grundrechtlich verbürgten Leistungsanspruchs.[22] Eine vollständige Versagung des „soziokulturellen

---

[19] Zur Verletzung der Ehre in der Kunst BVerfGE 75, 369, 380; zur Verletzung der Ehre durch Kollektivurteile BVerfGE 93, 266, 293. Zum Streitstand bezüglich der Abwägbarkeit der Menschenwürde *Drohsel*, NZS 2014, 96, 101.
[20] BVerfGE 125, 175, 223.
[21] BVerfGE 87, 153, 172; 91, 93, 112; 99, 246, 261; 120, 125, 155; 125, 175, 224; 132, 134, 160, und 172 f.; *Neumann*, NVwZ 1995, 426, 428; *Däubler*, NZS 2005, 225, 226; *Drohsel*, NZS 2014, 96, 98.
[22] *Brings/Oehl*, ZAR 2016, 20, 26: der Spielraum betreffe das „Wie", nicht das „Ob" der Existenzsicherung.

Teils der Menschenwürde“ klammert jedwede persönliche Bedarfe aus der Leistungshöhe aus und beschränkt sich auf die Sicherung des bloßen Überlebens.[23] Dies verletzt Art. 1 Abs. 1, 20 Abs. 1 GG.

Die Beschränkung der Leistungszeit auf vier Wochen wurde vom Gesetzgeber mit Erwägungen der Verwaltungspraktikabilität begründet, ohne dass dabei eine Begründung für die konkrete Frist gegeben wurde. Werden nach Ablauf dieser Frist dann auch die zur Sicherung der physischen Existenz notwendigen Mittel versagt, die Betroffenen gleichsam sich selbst überlassen, ist die Grundrechtsverletzung evident.[24]

b. Bestehen der sozialstaatlichen Einstandspflicht der Bundesrepublik

Das BVerfG hat in seiner Entscheidung zum AsylbLG die Gewährung unterschiedlicher Leistungssätze für zulässig erachtet, wenn zwischen verschiedenen Personengruppen signifikant unterschiedliche Bedarfe bestehen. Ein unterschiedliches Schutzbedürfnis erwerbs- und mittelloser Unionsbürger könnte daraus herrühren, dass anstelle der Bundesrepublik ein anderer Staat – der Herkunftsstaat – zur Existenzsicherung berufen wäre.[25] Auf die Möglichkeit zur Ausreise und die damit verbundene sozialrechtliche Einstandspflicht des Herkunftsstaats nimmt der Referentenentwurf denn auch explizit Bezug. Dies mag auf den ersten Blick nachvollziehbar erscheinen, verkennt aber die europarechtlichen Vorgaben zur Gewährung von Fürsorgeleistungen.

Solange sich eine Person im Inland befindet, ist ihr Existenzminimum durch die inländische Solidargemeinschaft sicherzustellen. Eine anderweitige Deckung des Lebensbedarfs ist nicht möglich, da auch die Sozialhilfeleistungen des Herkunftsstaates regelmäßig nur bei Aufenthalt auf dem Gebiet dieses Staates gewährt werden. Hintergrund ist einerseits, dass sich deren Höhe an den dort geltenden Lebensbe-

---

[23] So *Brings/Oehl*, ZAR 2016, 20, 25 zu § 1a AsylbLG; allgemein *Drohsel*, NZS 2014, 96, 100.
[24] *Coseriu* in jurisPK-SGB XII, § 23, Rn. 73; SG Mainz, 12.11.2015, S 12 AS 946/15 ER, Rn. 73. Überdies werden Unionsbürger hier sogar schlechter gestellt als ausreisepflichtige Drittstaatsangehörige, für die eine derartige Befristung nicht gilt bzw. die Endlichkeit des Anspruchs auf physische Existenzsicherung mit dem Tag ihrer Abschiebung endet – die auch bei Unionsbürgern faktisch möglich wäre.
[25] *Janda*, Migranten im Sozialstaat, S. 306.

dingungen orientiert. Zum anderen können Notlagen nur durch schnelle und ortsnahe Hilfe effektiv bewältigt werden.[26] Da Grundsicherungsleistungen der Unterhaltssicherung im „Hier und Jetzt" dienen, müssen sie an dem Ort gewährt werden, an dem der Bedarf eintritt.[27] Für existenzsichernde Leistungen ist daher selbst im europäischen koordinierenden Sozialrecht die Exportpflicht – eines seiner tragenden Prinzipien – außer Kraft gesetzt, vgl. Art. 3 V lit. a) sowie Art. 70 IV VO (EG) 883/2004.[28] Das Existenzminimum ist folglich zwingend durch die Bundesrepublik als Ort des tatsächlichen Aufenthalts zu gewährleisten. Selbst wenn Art. 1 Abs. 1 GG keinen „grundrechtsunmittelbaren Leistungsanspruch" vermittelt,[29] wird die Menschenwürde verletzt, wenn Personen ganz ohne die notwendigen Mittel zum Lebensunterhalt sich selbst überlassen werden.[30]

c. Relevanz der faktischen Ausreisemöglichkeit

Der im Grundrecht auf Sicherung einer menschenwürdigen Existenz gründende Leistungsanspruch muss nach Auffassung des BVerfG in dem Moment erfüllt werden, in dem der zu deckende elementare menschliche Lebensbedarf entsteht.[31] Die Grundrechtsgewährung kann sich nicht darin erschöpfen, den Betreffenden um der Deckung elementarer Bedarfe im Herkunftsstaat Willen auf Ausreise zu verweisen[32] bzw. auf dessen freiwillige Ausreise zu hoffen. Adressat von Art. 1 Abs. 1, 20 Abs. 1 GG ist nur die Bundesrepublik und kein anderer Staat; der territoriale Geltungsbereich des Grundrechts muss daher auch deckungsgleich mit dem daraus folgenden sozialrechtlichen Teilhabeanspruch sein. Nach dem Verständnis des Referentenentwurfs würde es in die Verantwortung der Betroffenen gelegt, die Verletzung ihres Grundrechts auf menschenwürdige Existenz durch die freiwillige Aufenthaltsbeendigung als Maßnahme der Selbsthilfe abzuwehren.

---

[26] Vgl. auch § 36 S. 4 SGB II bzw. § 98 I 1 SGB XII, dazu *Wahrendorf* in *Grube/Wahrendorf*, § 98 SGB XII, Rn. 2.
[27] *Eichenhofer*, SozSich 2014, 198, 199.
[28] Dazu *Kador* in jurisPK-SGB I, Art. 70 EGVO 883/2004, Rn. 11; *Fuchs* in Fuchs, Europäisches Sozialrecht, Art. 70, Rn. 19; *Otting* in Hauck/Noftz, EU-Sozialrecht, Art. 3 VO 883/2004, Rn. 49; *Geiger*, info also 2010, 147, 150.
[29] *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".
[30] *Kingreen*, SGb 2013, 132, 139.
[31] BVerfGE 132, 134, 173.
[32] *Brings/Oehl*, ZAR 2016, 20, 26 im Kontext des § 1a AsylbLG.

Die Leistungsbeschränkung bzw. deren gänzliche Versagung nach vier Wochen lässt sich überdies auch nicht als Sanktion – wegen des Unterlassens der möglichen Rückkehr in den Herkunftsstaat – rechtfertigen.[33] Ob sich eine Absenkung der existenzsichernden Leistungen als Reaktion auf unerwünschtes Verhalten rechtfertigen lässt, ist bereits im Sanktionssystem des Grundsicherungsrechts umstritten.[34] Dieses nimmt aber zumindest auf konkrete, gesetzlich verankerte Pflichtverletzungen (§ 30a SGB II) Bezug, wohingegen das Unterlassen der Ausreise trotz Hilfebedürftigkeit nur schwer als Pflichtverletzung gewertet werden kann: auch erwerbs- und mittellose Unionsbürger sind nicht ausreisepflichtig, solange der Verlust des Aufenthaltsrechts nicht formell festgestellt worden ist. Dies ergibt sich aus der Unionsbürgerrichtlinie 2004/38/EG, welche die in Art. 18 AEUV verankerte Freizügigkeit der wirtschaftlich Inaktiven konkretisiert. Deren Aufenthaltsrecht endet zwar, 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. Damit geht jedoch nicht automatisch eine Ausreisepflicht einher. Die Systematik der Richtlinie verdeutlicht, dass die Aufenthaltsbeendigung einer formellen Verlustfeststellung bedarf: Nach Art. 14 Abs. 2 S. 2 RL 2004/38/EG sind die Mitgliedstaaten im Falle begründeter Zweifel am Bestehen der Aufenthaltsvoraussetzungen zwar zur Überprüfung des Aufenthaltsrechts berechtigt, dürfen diese allerdings nicht systematisch durchführen. Eine Ausweisung darf zudem nicht allein aufgrund der Inanspruchnahme von Sozialleistungen angeordnet werden, Art. 14 Abs. 3 RL 2004/38/EG, sondern nur wenn die Verhältnismäßigkeit im Einzelfall gewahrt bleibt.[35] Arbeitsuchende dürfen gar nicht ausgewiesen werden, Art. 14 Abs. 4 lit. b) RL 2004/38/EG. Somit mag der Aufenthalt mittelloser Arbeitsuchender zwar rechtswidrig, dessen Beendigung aber dennoch unzulässig sein.[36] Die Kompetenz für die Feststellung des Verlusts des Aufenthaltsrechts steht überdies allein den Ausländerbehörden zu; sie darf also nicht inzident in den Versagungsbescheid der Sozialleistungsträger interpretiert werden. Diesen Umstand anerkennt offenbar auch der Gesetzgeber, wenn er für die Gewährung der Überbrückungsleistungen eine zweijährige Rahmenfrist vorsieht. Dies macht deutlich, dass faktisch kein

---

[33] Eine Verwirkung des der Menschenwürde immanenten Achtungsanspruchs kommt nicht einmal bei schwersten Straftaten in Betracht, vgl. BVerfGE 45, 187, 227 zur lebenslangen Freiheitsstrafe für Mord.

[34] Dazu ausführlich *Drohsel*, NZS 2014, 96, 97 f. mit einem Überblick zum Streitstand.

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

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

Zwang zur Beendigung des Aufenthalts angewandt wird, sondern dass ab dem Tag des erstmaligen Bezugs von Überbrückungsleistungen durchaus zwei Jahre vergehen können.

Schließlich steht einer Sanktion aufgrund des Unterlassens der möglichen Ausreise der vom BVerfG etablierte Grundsatz entgegen, nach dem die Menschenwürde migrationspolitisch nicht relativierbar ist. Selbst wenn man die Absenkung existenzsichernder Leistungen im Grunde von Art. 1 Abs. 1 GG gedeckt sieht, sind Sanktionen verfassungswidrig, wenn sie nicht sozialstaatlich, sondern migrationspolitisch erwünschtes Verhalten durchsetzen sollen.[37] Erklärtes Ziel des Gesetzgebers ist aber gerade die Verhinderung der „Einwanderung in die sozialen Sicherungssysteme".[38]

III. Zwischenergebnis

Durch die geplanten Überbrückungsleistungen werden Unionsbürger faktisch ausreisepflichtigen Drittstaatsangehörigen i.S.v. § 1 Abs. 1 Nr. 5 AsylbLG gleichgestellt, wiewohl sie nicht ausreisepflichtig sind. Selbst wenn die Sozialleistungsberechtigung akzessorisch zur Rechtmäßigkeit des Aufenthalts sein soll, kann in einer auf Bewegungsfreiheit gründenden Europäischen Union auf die formelle Feststellung des Verlusts des Aufenthaltsrechts nicht verzichtet werden. Zudem entbehrt die vorgesehene Rahmenfrist (vier Wochen Überbrückungsleistungen innerhalb von zwei Jahren) jeder Grundlage; sie macht zudem 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, wonach die menschenwürdige Existenz zu jeder Zeit und in vollem Umfang sicherzustellen ist. Dass die Entwurfsbegründung allein auf das Ziel der Kostenersparnis der Sozialhilfeträger rekurriert, macht deutlich, dass die Menschenwürde hier „migrationspolitisch relativiert", also eine verfassungswidrige Zweck-Mittel-Relation verfolgt wird. Ohne eine formelle Verfügung zur Beendigung des Aufenthalts ist die Versagung von Leistungen, um eine freiwillige Ausreise herbeizuführen, unzulässig: es widerspricht der Menschenwürde, Personen zum Objekt staatlichen Handels zu machen[39] – in diesem Fall: Zuwanderungspolitik auf ihrem Rücken auszutragen.

---

[37] *Brings/Oehl*, ZAR 2016, 20, 26.
[38] Dazu *Fuchs*, Freizügiger Sozialtourismus?, ZESAR 2014, 103. Diese auf der *welfare magnet thesis* basierende Befürchtung konnte bislang nicht belegt werden, *Kingreen*, EuR 2007, Beiheft 1, 43, 67 f.
[39] BVerfGE 45, 187, 227 zur lebenslangen Freiheitsstrafe für Mord.

C. Verfassungs- und Europarechtskonformität des Leistungsausschlusses für Kinder von Wanderarbeitnehmern nach §§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 lit. c) SGB II-E und 23 Abs. 3 Nr. 3 SGB XII-E

Neu ist die 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.

Die beabsichtigte Regelung resultiert aus der Entscheidung des BSG in der Rechtsache Alimanovic.[40] Der EuGH hatte aufgrund der Vorlagefragen des BSG nur den Leistungsausschluss aufgrund des alleinigen Zweckes der Arbeitsuche zu prüfen und hat den Leistungsausschluss bestätigt. Das BSG konnte das Verfahren nicht abschließend entscheiden, da durch das LSG nicht geprüft worden war, ob ein davon unabhängiges Aufenthaltsrecht besteht. Dieses könnte sich aus der bestehenden Ausbildung der Kinder ergeben. Nunmehr sollen nach dem Referentenentwurf alle erwerbsfähigen Schüler, Auszubildenden und Studierenden, ihre Eltern und „alle weiteren Angehörigen der Bedarfsgemeinschaft" vom Leistungsbezug ausgeschlossen werden.

I. Europarechtliche Bewertung

Die geplanten Regelungen könnten mit der VO (EU) 492/2011 unvereinbar sein.

1. Allgemeines

Die VO (EU) 492/2011[41] verwirklicht die Freizügigkeit i.S. des Art. 45 AEUV, indem sie sämtliche, Aufenthaltsbegründung und Arbeitsaufnahme von Wanderarbeitnehmern entgegenstehende Hindernisse beseitigt. Die Freizügigkeit als Grundfreiheit (Art. 45 AEUV) soll in ihren vier Dimensionen gesichert sein: der Einreise zwecks Arbeitssuche, dem Abschlusses eines Arbeitsvertrages und der damit einhergehenden Niederlassung im Staat der Beschäftigung sowie dem Recht auf Fortführung des begründeten Wohnsitzes nach Ende der Beschäftigung.[42] Ziel der VO (EU)

[40] BSG, 3.12.2015, B 4 AS 43/15 R, SozR 4-4200 § 7 Nr. 46.
[41] Vom 5.4.2011 (ABl. L 141, S. 1.) – früher VO (EWG) Nr. 1612/68, ABl. 1968, L 257, S. 2.
[42] *Eichenhofer*, Sozialrecht der EU, 6. Auflage 2015, Rn. 308.

492/2011 ist es, den Wanderarbeitnehmer in das soziale Leben des Aufnahmestaates zu integrieren.[43]

Art. 7 II VO (EU) 492/2011 eröffnet allen Freizügigkeitsberechtigten den Zugang zu den gleichen sozialen und steuerlichen Vergünstigungen, die der Aufenthaltsstaat inländischen Arbeitnehmern gewährt. Der Begriff „soziale Vergünstigungen" wird vom EuGH weit ausgelegt und umfasst alle Sozialleistungen, die Arbeitnehmern – unabhängig davon, ob sie an einen Arbeitsvertrag anknüpfen oder nicht – wegen ihrer objektiven Arbeitnehmereigenschaft oder einfach wegen ihres Wohnsitzes im Inland gewährt werden.[44] Dazu gehören neben Leistungen der Sozialhilfe oder ähnlichen bedürftigkeitsabhängigen Leistungen zur Sicherung des Existenzminimums[45] auch eine ganze Reihe von Leistungen mit familienfördernder Tendenz, wie etwa Geburtsbeihilfen,[46] Erziehungsgeld,[47] Teilnahme am Unterricht,[48] Ausbildungsbeihilfe[49] und auch immaterielle Leistungen wie das Aufenthaltsrecht für den Lebenspartner.[50] Der Anspruch auf gleichberechtigten Zugang erstreckt sich auch auf die Familienangehörigen des freizügigkeitsberechtigten Arbeitnehmers, und zwar ungeachtet ihrer Staatsangehörigkeit.[51]

Dem Wortlaut entsprechend werden zunächst nur Arbeitnehmer vom persönlichen Anwendungsbereich des Art. 7 II VO (EU) 492/2011 erfasst. Nach der Rechtsprechung des EuGH ist im Rahmen von Art. 45 AEUV als Arbeitnehmer anzusehen, wer während einer bestimmten Zeit für einen anderen nach dessen Weisung Leistungen erbringt, für die er als Gegenleistung eine Vergütung erhält.[52] Mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses geht die Arbeitnehmereigenschaft im Sinne dieser Vorschrift grundsätzlich verloren.[53] Dennoch kann diese Eigenschaft nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses bestimmte Folgewirkungen haben.[54] Somit hängt die Ar-

---

[43] EuGH, RS 389/87 (Echternach), Slg. 1989, 723.
[44] Ständige Rechtsprechung seit EuGH, RS 32/75 (Christini), Slg. 1975, 1085.
[45] EuGH, RS 122/84 (Scrivner), Slg. 1985, 1027; RS 249/83 (Hoekx), Slg. 1985, 973.
[46] EuGH, RS 111/91 (Kom/Luxemburg), Sl. 1993, I-817; RS 65/81 (Reina), Slg. 1982, 33.
[47] EuGH, RS C-212/05 (Hartmann), Slg. 2007, I-6347.
[48] EuGH, RS 9/74 (Casagrande), Sl.g 1974, 773.
[49] EuGH, RS 39/86 (Lair), Slg. 1988, 3161; RS. 3/91 (Bernini), Slg. 1992, I-1071.
[50] EuGH, RS 59/85 (Reed), Slg. 1986, 1282.
[51] St. Rspr, vlg. nur EuGH, RS 94/84 (Deak), Slg. 1985, 1873.
[52] EuGH, RS C-85/96 (Martinez Sala), Slg. 1998, I-2691
[53] *Steinmeyer*, in: *Fuchs*, Europäisches Sozialrecht, 6. Aufl., Teil 3 VO (EU) 492/2011, Rn. 20; EuGH, RS C-85/96 (Martinez Sala), Slg. 1998, I-2691, Rn. 32.
[54] EuGH, RS C-379/11 (Caves Krier Frères), EU:C:2012:798, Rn. 26.

beitnehmereigenschaft nicht unbedingt vom tatsächlichen Bestehen oder Fortbestehen eines Arbeitsverhältnisses ab.[55] Freilich ist nicht klar, wie lange die Folgewirkungen der Arbeitnehmereigenschaft bestehen sollen. In der Rechtsache Saint-Prix stellte der EuGH zwar fest, dass Art. 7 Abs. 3 der Richtlinie 2004/38 *keine* „abschließende Aufzählung der Umstände enthält, unter denen einem Wanderarbeitnehmer, der sich nicht mehr in einem Arbeitsverhältnis befindet, dennoch weiterhin die Arbeitnehmereigenschaft nach Art. 45 AEUV zuerkannt werden kann".[56] Der EuGH machte aber in diesem Urteil keine zeitlichen Vorgaben – die Rede war von einem „angemessenen Zeitraum", innerhalb dessen der Arbeitnehmer nach Arbeitsaufgabe wieder die Arbeit aufnimmt oder eine andere Stelle findet. Bei der Anwendung des Sekundärrechts ist daher jeweils zu prüfen, für welche Personengruppen eine Bestimmung eingreift. So finden sich im Sekundärrecht Bestimmungen, die nicht nur auf Arbeitnehmer, sondern auch auf Personen Anwendung finden, die nicht mehr in einem Arbeitsverhältnis stehen oder lediglich mit deinem Arbeitnehmer verbunden sind.[57] So gilt z.B. Art. 10 VO (EU) 492/2011 für Kinder einer Person, die in einem anderen Mitgliedstaat „beschäftigt ist oder beschäftigt gewesen ist".[58]

Art. 7 II VO (EU) 492/2011 findet keine Anwendung, wenn ein Erwerbsloser in einen anderen Mitgliedstaat übersiedelt, um dort in den Genuss von sozialen Vergünstigungen zu kommen.[59] Die Geltung dieser Vorschrift knüpft mithin an eine (frühere) Erwerbstätigkeit im Aufenthaltsstaat an.

2. Recht des Kindes auf gleichberechtigten Zugang zum nationalen Bildungssystem und Aufenthaltsrecht

Art. 10 VO (EU) 492/2011 gibt den Kindern des Arbeitnehmers einen Anspruch auf gleichberechtigten Zugang zum allgemeinen Unterricht sowie zur Lehrlings- und Berufsausbildung des Aufnahmemitgliedstaats. Der Erwerb des Ausbildungsrechts ist an den Status als Kind eines Arbeitnehmers gebunden.[60] Es ist allerdings nicht erforderlich, dass der Arbeitnehmer die Beschäftigung noch ausübt. Nach dem Wortlaut der Vorschrift reicht es vielmehr ausdrücklich auch aus, dass der Arbeitnehmer in dem Mitgliedstaat „beschäftigt gewesen ist".[61] Das Kind behält seine

---

[55] EuGH, RS 39/86 (Lair),Slg, 1988, 3161, Rn. 31 und 36; EuGH, RS C-507/12 (Saint-Prix), EU:C: 2014: 2007.
[56] EuGH, RS C-507/12 (Saint-Prix), EU:C: 2014: 2007, Rn. 38.
[57] *Frenz*, Handbuch Europarecht, Rn. 1498.
[58] Siehe C.1.2.
[59] *Steinmeyer*, in: Fuchs, Rn. 13.
[60] EuGH, RS. C-7/94 (Gaal), Slg. 1995, I-1031.
[61] EuGH, RS 389 u. 390/87 (Echternach), Slg. 1989, 723, Rn. 18 ff.

Rechte auch, wenn der Arbeitnehmer den Aufnahmestaat schon wieder verlassen hat.[62] Da in solchen Fällen die Voraussetzung eines Aufenthaltsrechts als Familienangehöriger nach Art. 7 Nr. 1 d) i.V.m. Art. 2 RL 2004/38/EG nicht vorliegt, geht der EuGH von einem unmittelbar auf Art. 10 beruhenden Aufenthaltsrecht des Kindes aus.[63] Diese Selbständigkeit des Art. 10 VO (EU) 492/2011 hat der EuGH nunmehr auch nach Inkrafttreten der RL 2004/38/EG, die die Art. 10 und 11 der VO (EWG) Nr. 1612/68 außer Kraft setzte, bestätigt. Die Auffassung, dass die RL 2004/38 EG seit ihrem Inkrafttreten die alleinige Grundlage für das Aufenthaltsrecht von Unionsbürgern sei, lehnt der EuGH ausdrücklich ab.[64]

Das Ausbildungsrecht aus Art. 10 VO (EU) 492/2011 impliziert also gleichzeitig ein eigenständiges Aufenthaltsrecht des sich weiterhin in Ausbildung befindlichen Kindes.

Das Recht des Kindes aus Art. 10 VO (EU) 492/2011 umfasst nach Ansicht des EuGH über den Wortlaut hinaus auch das Recht, dass sich der sorgenberechtigte Elternteil bei ihm aufhält. Daher steht auch diesem Elternteil ein abgeleitetes Recht auf Aufenthalt nach Art. 10 VO (EU) 492/2011 zu.[65] Damit dem Elternteil ein auf diese Vorschrift gestütztes Aufenthaltsrecht zukommen kann, muss das Kind im Aufnahmemitgliedstaat in das Schulsystem eingegliedert worden sein.[66]

Das Aufenthaltsrecht des Elternteils endet regelmäßig mit dem Eintritt der Volljährigkeit des Kindes, sofern es nicht weiterhin der Anwesenheit und der Fürsorge dieses Elternteils bedarf, um seine Ausbildung fortsetzen und abschließen zu können.[67]

Die einmal erworbenen Ausbildungs- und Aufenthaltsrechte der Kinder bzw. der sorgenberechtigten Elternteile bestehen nach der Rechtsprechung des EuGH unabhängig von den in der RL 2004/38/EG festgelegten Voraussetzungen ausreichender

---

[62] EuGH, RS 389 u. 390/87 (Echternach), Slg. 1989, 723, Rn. 22.
[63] *Frenz*, Handbuch Europarecht, Rn. 1618EuGH, RS C-408/08 (Texeira), Slg. 2010, I-1107.
[64] EuGH, RS C-408/08 (Texeira), Slg. 2010, I-1107, Rn. 53 ff.; EuGH, RS C-310/08 (Ibrahim). Slg. 2010, I-1065, Rn. 42 ff.
[65] EuGH RS C-413/99 (Baumbast),Slg. 2002, I-7091., EuGH, RS C-408/08 (Texeira), Slg. 2010, I-1107.
[66] EuGH, RS C-45/12 (ONAFIS/Radia Hadji Ahmed), ECLI:EU:C:2013:390, Rn. 52.
[67] EuGH, RS C-408/08 (Texeira), Slg. 2010, I-1107, Rn. 87.

Existenzmittel sowie eines umfassenden Krankenversicherungsschutzes.[68] Der Elternteil kann gegebenenfalls einen Anspruch auf öffentliche Hilfe geltend machen.[69]

Der EuGH hat aus Art. 10 (EU) 492/2011 ein umfassendes Gleichstellungsgebot abgeleitet.[70] Dieses gilt sowohl für die Zulassungsbedingungen als auch für alle Vergünstigungen, die mit dem Ziel gewährt werden, die Teilnahme an der Ausbildung zu erleichtern, ohne dass nach Ausbildungs- und Lebenshaltungskosten unterschieden werden kann.[71] Das Kind eines Arbeitnehmers hat also unter den gleichen Voraussetzungen wie Inländer einen Anspruch auf Beiträge zur Ausbildungsförderung einschließlich der Beiträge zur Deckung des Lebensunterhalts.[72]

3. Das Verhältnis zwischen VO (EU) 492/2011 und RL 2004/38/EG

Der Referentenentwurf setzt sich nicht mit dem Verhältnis zwischen Verordnung und Richtlinie auseinander, sondern stellt lapidar fest, dass „die Regelungen der Freizügigkeitsrichtlinie ins Leere liefen, wenn sie nicht mehr erwerbstätige Unionsbürger nicht mehr erfassten, sobald diese schulpflichtige Kinder haben."[73]

Allerdings hat sich der EuGH mit dem Zusammenspiel von RL 2004/38/EG und VO (EU) 492/2011 bereits befasst. In der Rechtssache Ibrahim[74] prüfte der Gerichtshof das Verhältnis von Art. 12 VO (EWG) Nr. 1612/68 (nunmehr 10 VO (EU) 492/2011) zur RL 2004/38/EG. Der EuGH hat der Entstehungsgeschichte und den Inhalten der RL 2004/38/EG entnommen, dass Art.10 der Verordnung „nicht eng ausgelegt und keinesfalls seiner praktischen Wirksamkeit beraubt werden darf".[75] Darüber hinaus interpretierte der Gerichtshof das Fehlen jedes Verweises auf diesen Artikel in der RL 2004/38/EG – im Gegensatz zu anderen Bestimmungen der Verordnung – wie

---

[68] EuGH, RS C-408/08 (Texeira), Slg. 2010, I-1107, Rn. 62 ff., 70; EuGH, RS C-310/08 (Ibrahim). Slg. 2010, I-1065, Rn. 55 ff.

[69] So in den Rechtssachen Ibrahim und Texeira: Die Eltern in beiden Fällen beantragten öffentliche Wohnbeihilfen, welche von Großbritannien mit der Begründung eines fehlenden Aufenthaltsrechts abgelehnt worden waren.

[70] EuGH RS. 9/74 (Casagrande), Slg. 1974, 773, Rn. 4 unter Hinweis auf Art. 12 Abs. 2 VO (EWG) 1612/68, jetzt Art. 10 Abs. 2 VO (EU) 492/2011; EuGH, RS 389 u. 390/87 (Echternach), Slg. 1989, 723, Rn. 33 ff. unter Hinweis auf Art. 7 II VO (EWG) Nr. 1612/68, jetzt VO (EU) 492/2011; EuGH, RS. C-7/94 (Gaal), Slg. 1995, I-1031, Rn. 19; Schneider/Wunderlich, in: Schwarze, EU-Kommentar, 3. Auf. 2012, Art. 45 Rn. 114.

[71] *Kreuschitz*, in: *von der Groeben/Schwarze/Hatje*, EU-Recht, 7. Aufl., 2015, Art. 45 Rn. 52.

[72] S. hier Fn. 70.

[73] Referentenentwurf, Bearbeitungsstand 28.04.2016, S. 8.

[74] Ähnliche Argumentation in der RS C-408/08 (Texeira), Slg. 2010, I-1107.

[75] EuGH, RS C-310/08 (Ibrahim). Slg. 2010, I-1065, Rn. 52.

folgt: „Dem lässt sich nur die Absicht des Unionsgesetzgebers entnehmen, den Anwendungsbereich dieses Artikels in der Auslegung durch den Gerichtshof nicht zu beschränken."[76] Daraus folge, dass den Kindern eines Staatsangehörigen eines Mitgliedstaats, der im Aufnahmemitgliedstaat arbeitet oder gearbeitet hat, ebenso wie dem Elternteil, der die elterliche Sorge für die Kinder tatsächlich wahrnimmt, ein Recht auf Aufenthalt im Aufnahmemitgliedstaat auf der Grundlage allein von Art. 12 der Verordnung Nr. 1612/68 (nunmehr Art. 10 VO (EU) 492/2011) zusteht, ohne dass sie die in der Richtlinie 2004/38 aufgestellten Voraussetzungen erfüllen müssen.[77] Die durch Art. 10 VO (EU) 492/2011 einmal erworbenen Ausbildungs- und Aufenthaltsrechte der Kinder und ihrer Elternteile sind also autonom gegenüber den unionsrechtlichen Bestimmungen anzuwenden, die die Voraussetzungen für die Ausübung des Aufenthaltsrechts in einem anderen Mitgliedstaat regeln.[78]

Mit dem Aufenthaltsrecht der Kinder nach Art. 10 VO (EU) 492/2011 ist auch nach der früheren Rechtsprechung des EuGH ein umfassendes Gleichbehandlungsgebot verbunden, das sich auf die Lebenshaltungskosten erstreckt.[79]

Etwas Anderes kann auch nach dem EuGH-Urteil in der RS Dano[80] oder in der jüngsten RS C-308/14[81] nicht angenommen werden. Der EuGH hat in diesen Urteilen zwar entschieden, dass Nichterwerbstätige ohne Freizügigkeits- bzw. Aufenthaltsrecht nach der RL 2004/38/EG keinen Gleichbehandlungsanspruch hinsichtlich des Zugangs zu Sozialleistungen haben.[82] Diese Urteile betrafen aber Nichterwerbstätige, die kein Aufenthaltsrecht hatten. Die Rechte aus der VO (EU) 492/2011 betreffen dagegen Arbeitnehmer oder ehemalige Arbeitnehmer, die von der Grundfreiheit der Arbeitnehmerfreizügigkeit Gebrauch machten und ihre Kinder; deren Aufenthaltsrechte beruhen unmittelbar auf Art. 10 dieser Verordnung. Für sie gilt der Gleichbehandlungsgrundsatz hinsichtlich des Zugangs zu sozialen Vergünstigungen. Der vom Referentenentwurf vorgesehene Leistungsausschluss würde somit gegen Art. 10 VO (EU) 492/2011 i.V.m. Art. 7 II VO (EU) 492/2011[83] verstoßen.

---

[76] EuGH, RS C-310/08 (Ibrahim). Slg. 2010, I-1065, Rn. 46.
[77] EuGH, EuGH, RS C-310/08 (Ibrahim). Slg. 2010, I-1065, Rn. 50.
[78] EuGH, RS Ibrahim, aaO., Rn. 50; EuGH, RS C-408/08 (Texeira), Slg. 2010, I-1107, Rn. 53; Brechmann, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 4. Auf. 2011, Art. 45 AEUV Rn. 91 f.
[79] Siehe hier Teil C.I.2 und Fn. 70.
[80] EuGH, RS, C-333/13 (Dano), NZS 2015, 20.
[81] EuGH, RS C-308/14 (Kommission/Vereinigtes Königreich), Urt. v. 14.6.2016.
[82] *Thym* spricht von einer strengen Akzessorietät vom Diskriminierungsverbot und rechtmäßigem Aufenthalt: Soweit Letzeres nicht vorliegt, greift das Erstere nicht: *Thym*, NJW 2015, 130, 131.
[83] Nach EuGH, RS 389 u. 390/87 (Echternach), Slg. 1989, 723.

4. Zwischenergebnis

Die VO (EU) 492/2011, die 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 RL 2004/38/EG zu vermeiden, trifft dies nicht zu. Wie der EuGH entschieden hat, ist diese Richtlinie nicht die alleinige Grundlage für das Aufenthaltsrecht von Unionsbürgern. Art. 10 VO (EU) 492/2011 i.V.m. Art. 7 II VO (EU) 492/2011, die auf der Arbeitnehmerfreizügigkeit basieren, sind als lex specialis zu den Regelungen der RL 2004/38 anzusehen und beseitigen in seinem Anwendungsbereich die Beschränkungen des primärrechtlichen Aufenthaltsrechts, die sich aus der RL 2004/38 ergeben. Mit der angestrebten Regelung im Referentenentwurf läuft jedenfalls die VO (EU) 492/2011 leer, ohne dass sich der Gesetzgeber mit dem Verhältnis zwischen Richtlinie und Verordnung systematisch auseinandersetzt.

II. Verfassungsrechtliche Bewertung

Überdies steht die Vereinbarkeit mit dem grundrechtlich gewährleisteten Schutz der Familie (Art. 6 Abs. 1 GG) in Frage, wenn gegenüber ehemaligen Wanderarbeitnehmern durch die Versagung von Sozialleistungen mittelbar Zwang zum Verlassen der Bundesrepublik ausgeübt wird, wiewohl deren Kinder über ein Aufenthaltsrecht verfügen. Zudem ist das Recht auf Sicherung einer menschenwürdigen Existenz aus Art. 1 Abs. 1, 20 Abs. 1 GG tangiert.

1. Verletzung des Grundrechts auf Schutz der Familie, Art. 6 Abs. 1 GG

Nach Art. 6 Abs. 1 GG stehen Ehe und Familie unter dem besonderen Schutz der staatlichen Ordnung. Art. 6 Abs. 2, Abs. 3 GG stellt die Eltern-Kind-Beziehung unter Schutz. Das Grundrecht ist als Menschenrecht ausgestaltet, knüpft also nicht an eine bestimmte Staatsangehörigkeit an.

Es ist jedoch fraglich, ob die Vorenthaltung von existenzsichernden Sozialleistungen für Unionsbürger, deren schulpflichtige Kinder über ein Aufenthaltsrecht in der Bundesrepublik verfügen, einen Eingriff in den Schutzbereich des Grundrechts auf familiäres Zusammenleben beinhaltet.

Unmittelbar führt die Regelung nicht zu einer Trennung von Eltern und minderjährigen Kindern. Diese würde vielmehr durch einen eigenen Willensentschluss der Familien herbeigeführt, die angesichts der Notwendigkeit, ihr Existenzminimum zu decken, in den Herkunftsstaat zurückkehren würde. Eine Ausweisung von Unionsbürgern, d.h. die Beendigung ihres Aufenthalts durch die Anwendung unmittelbaren Zwangs, findet typischerweise nicht statt. Ein Eingriff würde weiterhin voraussetzen, dass Eltern in dieser Konstellation ihre Kinder in der Bundesrepublik zurücklassen, was kaum wahrscheinlich ist. Insgesamt führt die vorgesehene Regelung daher nicht zwangsläufig oder unmittelbar zu einer Trennung von Familienangehörigen, sodass kein Eingriff vorliegen dürfte.

Zu bedenken ist schließlich auch, dass das Recht auf Familienleben nicht das Recht beinhaltet, an einem bestimmten frei gewählten Ort als Familie zusammenzuleben.[84] Zumindest aber gingen mit einem entsprechenden Recht keine sozialen Teilhaberechte einher, die einen Anspruch auf existenzsichernde Leistungen vermitteln würden. Zwar kommt Art. 6 Abs. 1 GG erhebliche sozialrechtliche Bedeutung zu, was die umfassende Rechtsprechung zur Steuerfreiheit des Existenzminimums für Ehegatten und Kinder[85] oder zum Familienlastenausgleich zeigt.[86] Ein Anspruch auf Gewährung konkreter Sozialleistungen folgt aus Art. 6 Abs. 1 GG aber nicht.[87]

2. Verletzung des Rechts auf Sicherung einer menschenwürdigen Existenz. Art. 1 Abs. 1, 20 Abs. 1 GG

Der Anspruch auf Gewährung des für die gesamte Familie benötigten Existenzminimums gründet vielmehr in Art. 1 Abs. 1, 20 Abs. 1 GG.[88] Zum personellen und sachlichen Schutzbereich des Grundrechts kann auf die Ausführungen unter B.II. verwiesen werden.

---

[84] BVerfGE 51, 386, 396 f. zur Ausweisung des Ehegatten einer Deutschen, BVerfGE 80, 81, 92 zum Familiennachzug bei Erwachsenenadoption.
[85] BVerfGE 82, 198; BVerfGE 99, 246.
[86] Vgl. die umfassende Übersicht bei Badura in *Maunz/Dürig*, Art. 6 GG, Rn. 75 ff.; *Uhle* in BeckOK, Art. 6 GG, Rn. 39 ff.
[87] BVerfGE 11, 105, 126 zum Kindergeldanspruch; BVerfGE 48, 346 zur Höhe der Witwenrente; 87, 1, 35 f. zur Berücksichtigung von Kindererziehungszeiten in der Rentenversicherung sowie BVerfGE 110, 412, 436 sowie BVerfGE 111, 160, 171 zum Kindergeldanspruch; BVerfGE 39, 316, 326; 82, 60, 82 zum steuerfreien Existenzminimum.
[88] Vgl. auch BVerfGE 125, 175, 226: „Andere Grundrechte, wie zum Beispiel Art. 3 Abs. 1 GG oder Art. 6 Abs. 1 GG, vermögen für die Bemessung des Existenzminimums im Sozialrecht keine weiteren Maßstäbe zu setzen“.

Wenn der Gesetzgeber Personen, die zweifelsohne berechtigt sind, sich in der Bundesrepublik aufhalten, und zwar unmittelbar aufgrund der Wanderarbeitnehmerverordnung VO (EU) 492/2011, von jedweden existenzsichernden Leistungen ausnimmt und stattdessen auf Überbrückungsleistungen bis zur freiwilligen Ausreise verweist, liegt darin ein eklatanter Verstoß gegen das Recht auf Existenzsicherung. Durch das kraft Schulpflicht oder Ausbildung vermittelte materielle Aufenthaltsrecht, dessen Beendigung zwangsweise nicht durchgesetzt werden kann, ist die sozialrechtliche Einstandspflicht der Bundesrepublik begründet und kann nicht auf andere Staaten abgewälzt werden.

D. Fazit

Der Referentenentwurf wirft verschiedene verfassungs- und europarechtliche Fragen auf. Die hier näher untersuchten Pläne zur Etablierung von Überbrückungsleistungen nach § 23 Abs. 3 SGB XII-E für Personen, die vom Grundsicherungsbezug ausgeschlossen sind, verstoßen gegen das Recht auf Sicherung einer menschenwürdigen Existenz aus Art. 1 Abs. 1, 20 Abs. 1 GG, zeichnen sie die Bundesrepublik doch von jedweder Verantwortung für die Gewährleistung des diesem Grundrechts immanenten Leistungsanspruchs frei.

Der geplante Leistungsausschluss für die Eltern von schulpflichtigen oder in Ausbildung befindlichen Kindern, die über ein Aufenthaltsrecht nach Art. 10 VO (EU) 492/2011 verfügen, mag zwar im Hinblick auf den in Art. 6 Abs. 1 GG verankerten besonderen Schutz von Familien hinnehmbar sein. Europarechtskonform ist die Regelung aber ebenso wenig wie sie mit dem Recht auf Sicherung einer menschenwürdigen Existenz vereinbar ist.