DEUTSCHER BUNDESTAG
Ausschuss für
Arbeit und Soziales
18. Wahlperiode

Ausschussdrucksache 18(11)**851**

25. November 2016

Materialien

zur öffentlichen Anhörung von Sachverständigen in Berlin 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-Drucksache 18/10211

Zusammenstellung der schriftlichen Stellungnahmen

A. Mitteilung ... 2

B. Liste der eingeladenen Sachverständigen ... 3

C. Stellungnahmen eingeladener Verbände und Einzelsachverständiger

Deutscher Landkreistag und Deutscher Städtetag ... 4
Franz Wilhelm Dollinger ... 7
Dr. Andy Groth ... 11
Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände (BDA) ... 15
Bundesagentur für Arbeit ... 18
Ingo Nürnberger ... 20
Dr. Björn Harich ... 22
Deutscher Gewerkschaftsbund (DGB) ... 28
Diakonie Deutschland - Evangelischer Bundesverband Evangelisches Werk für Diakonie und Entwicklung e.V. ... 42
Deutscher Paritätischer Wohlfahrtsverband - Gesamtverband e.V. ... 48

D. Stellungnahmen nicht eingeladener Verbände

Prof. Dr. Uwe Berlit, Leipzig ... 55
Neue Richtervereinigung e.V. ... 63

Mitteilung

Berlin, den 21. November 2016

Die 96. Sitzung des Ausschusses für Arbeit und Soziales
findet statt am
Montag, dem 28. November 2016,
14:30 bis ca. 15:30 Uhr
10557 Berlin
Paul-Löbe-Haus
Sitzungssaal: E 200

Sekretariat
Telefon: +49 30 - 227 3 24 87
Fax: +49 30 - 227 3 60 30

Sitzungssaal
Telefon: +49 30 - 227 3 02 69
Fax: +49 30 - 227 3 62 95

Achtung!
Abweichende Sitzungszeit!

Tagesordnung - Öffentliche Anhörung

Einziger Punkt der Tagesordnung

Öffentliche Anhörung von Sachverständigen

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-Drucksache 18/10211

Federführend:
Ausschuss für Arbeit und Soziales

Mitberatend:
Innenausschuss
Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz
Ausschuss für Familie, Senioren, Frauen und Jugend
Ausschuss für die Angelegenheiten der Europäischen Union

Gutachtlich:
Parlamentarischer Beirat für nachhaltige Entwicklung

Kerstin Griese, MdB
Vorsitzende

Liste der Sachverständigen
zur öffentlichen Anhörung am 07. November 2016, 14:30 bis 15:30 Uhr

Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände
Bundesagentur für Arbeit
Deutscher Landkreistag
Deutscher Städtetag
Deutscher Gewerkschaftsbund
Deutscher Paritätischer Wohlfahrtsverband - Gesamtverband e.V.
Diakonie Deutschland - Evangelischer Bundesverband Evangelisches Werk für Diakonie und Entwicklung e.V.

Dr. Andy Groth
Franz Wilhelm Dollinger
Ingo Nürnberger
Dr. Björn Harich

DEUTSCHER BUNDESTAG
Ausschuss für
Arbeit und Soziales
18. Wahlperiode

Ausschussdrucksache 18(11)**826**

24. November 2016

Schriftliche Stellungnahme

zur öffentlichen Anhörung von Sachverständigen in Berlin 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-Drucksache 18/10211

Deutscher Landkreistag und Deutscher Städtetag

Zusammenfassung:

- **Der Gesetzentwurf greift mit der Begrenzung von Sozialleistungen für bestimmte EU-Ausländer ein kommunales Anliegen auf, für das wir uns nach der umstrittenen Rechtsprechung des Bundessozialgerichts vom Dezember letzten Jahres eingesetzt haben. EU-Bürger, die ohne materielles Freizügigkeits- oder Aufenthaltsrecht oder zum Zweck der Arbeitsuche in die Bundesrepublik eingereist sind, ohne dass ihr Lebensunterhalt gesichert ist, sind von Leistungen nach dem SGB II ausgeschlossen und dürfen auch keine (laufenden) Leistungen der Sozialhilfe erhalten.**
- **Im Einzelnen ist allerdings Kritik am Gesetzentwurf zu üben:**
  - **Für eine SGB II-Leistungsberechtigung muss der Umfang der Erwerbstätigkeit näher bestimmt werden. Andernfalls würde bereits ein Minijob von 50 € ausreichend sein, um ergänzende Leistungen nach dem SGB II zu erhalten.**
  - **Die Überbrückungsleistung sollte für Erwerbsfähige nicht über die Sozialhilfe, sondern über das für Erwerbsfähige einschlägige Leistungssystem des SGB II gewährt werden. Sie sollte zudem eine Antragsleistung sein.**
  - **Die Tilgung des für die Rückreisekosten gewährten Darlehens dürfte in der Praxis leerlaufen. Die Regelung sollte gestrichen werden.**
- **Der von der Bundesrepublik für das SGB II erklärte Vorbehalt zum Europäischen Fürsorgeabkommen muss auf die Sozialhilfe ausgeweitet werden. Andernfalls müsste trotz des vorliegenden Gesetzes Sozialhilfe geleistet werden, wenn das Herkunftsland seinerseits das Fürsorgeabkommen unterzeichnet hat.**

Im Einzelnen:

I. Zu § 7 SGB II-E

Fünf Jahre rechtmäßiger Aufenthalt

Wir begrüßen, dass im SGB II klargestellt werden soll, dass Personen ohne materielles Freizügigkeitsrecht oder Aufenthaltsrecht ebenso wie Personen, die sich mit einem Aufenthaltsrecht allein zur Arbeitsuche in Deutschland aufhalten, sowie Personen, die ihr Aufenthaltsrecht nur aus Art. 10 der Verordnung (EU) Nr. 492/2011 ableiten, von den Leistungen nach dem SGB II ausgeschlossen sind.

Abweichend hiervon kommen für die von den Leistungsausschüssen nach § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II-E erfassten Personen und ihre Familienangehörigen nach fünf Jahren gewöhnlichen Aufenthalts in der Bundesrepublik Leistungen nach dem SGB II in Betracht. Der Regierungsentwurf sieht vor, dass auf den Fünf-Jahres-Zeitraum Zeiten eines nicht-rechtmäßigen Aufenthalts, in denen eine Ausreisepflicht besteht, nicht angerechnet werden, § 7 Abs. 1 vorletzter Satz SGB II-E (ebenso § 23 Abs. 3 vorletzter Satz SGB XII-E). Dass es sich um einen rechtmäßigen Aufenthalt handeln muss, teilen wir.

Für die Praxis zeigt sich die Schwierigkeit, dass die Rechtmäßigkeit und insbesondere die Nicht-Rechtmäßigkeit des Aufenthalts kaum nachgewiesen werden können. Ob sich jemand wirklich die letzten fünf Jahre in Deutschland aufgehalten hat, kann nicht allein anhand der Angaben bei der Meldebehörde nachvollzogen werden. Es ist möglich, dass

sich jemand in Deutschland anmeldet und dann wieder in sein Heimatland zurückkehrt. Gibt die Leistungen begehrende Person an, in den fünf Jahren von Vermögen gelebt zu haben, könnte dies anhand von Kontoauszügen versucht werden festzustellen. Dies ist aber gleichfalls schwierig, zumal die Jobcenter die Prüfung eines rechtmäßigen Aufenthalts nicht selbst vornehmen, sondern dies in die Zuständigkeit der Ausländerbehörden fällt. In diesem Zusammenhang wäre eine Nachweispflicht der antragstellenden Person hinsichtlich des Vorliegens eines berechtigten Aufenthaltes sinnvoll. Anderenfalls wird die Regelung in den meisten Fällen ins Leere laufen.

„Erwerbstätigkeit" konkretisieren

Nach § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 SGB II-E, der die geltende Rechtslage bestätigt, wird für die SGB II-Leistungsberechtigung auf die Arbeitnehmereigenschaft abgestellt, soweit die Erwerbstätigkeit nicht existenzsichernd ist, und zwar unabhängig von einem fünfjährigen rechtmäßigen Aufenthalt.

Dies muss aus Sicht der Praxis dringend konkretisiert werden, um Fehlsteuerungen und letztlich ein Unterlaufen des Gesetzeszwecks zu vermeiden. Es sollte nicht jedwede Beschäftigung ausreichend sein, eine Leistungsberechtigung herbeizuführen. Vielmehr sollte als Voraussetzung eingefügt werden, dass lediglich eine Tätigkeit in gewissem Umfang zu ergänzenden SGB II-Leistungen berechtigt. Bislang führt jedwede nicht existenzsichernde zu einem ergänzenden Leistungsanspruch im SGB II, beispielsweise bereits bei einem Minijob im Umfang von 50 €. In der Vergangenheit hat sich gezeigt, dass es immer wieder üblich ist, unter Landsleuten entsprechende Minijobs zu vergeben.

Wir halten es für erforderlich, die Anforderungen an eine Erwerbstätigkeit entweder qualitativ enger zu fassen, beispielsweise i.S.d. Vorliegens eines Vollzeiterwerbstätigkeit, oder eine monetäre Betrachtung entsprechend der Regelung in § 12a AufenthG vorzunehmen. Nach § 12a Abs. 1 S. 2 AufenthG gilt eine landesbezogene Wohnsitzverpflichtung nicht für diejenige Person, die selbst oder deren engste Familienangehörige durch die Aufnahme einer sozialversicherungspflichtigen Beschäftigung mit einem Umfang von mindestens 15 Stunden wöchentlich mindestens über ein Einkommen in Höhe des monatlichen durchschnittlichen Bedarfs nach den §§ 20 und 22 SGB II für eine Einzelperson verfügt. Dieser monatliche durchschnittliche Bedarf beträgt derzeit ca. 712 €. Eine weitere Möglichkeit bestünde darin, eine zeitliche Grenze hinsichtlich der Erwerbstätigkeit einzuziehen, so dass etwa nur diejenigen Personen vor Ablauf der Fünf-Jahres-Frist ergänzende Leistungen nach dem SGB II beanspruchen könnten, die mindestens ein Jahr lang erwerbstätig gewesen sind.

Schüler und Auszubildende

Der Leistungsausschluss in § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 c) SGB II-E soll ausweislich der Begründung sowohl für erwerbsfähige Schüler und Auszubildende als auch für deren Eltern gelten, die ihr Aufenthaltsrecht nur von ihren Kindern ableiten, sowie für die übrigen zur Bedarfsgemeinschaft gehörenden Familienangehörigen. Es erschließt sich nicht, warum neben den Eltern auch etwa Auszubildende nicht leistungsberechtigt sein sollen. Davon würde eine u. E. ungünstige Steuerungswirkung ausgehen auch vor dem Hintergrund, dass es mit dem im August d. J. in Kraft getretenen 9. SGB II-Änderungsgesetz in den meisten Fällen möglich sein wird, nicht bedarfsdeckende Ausbildungsvergütungen durch ergänzende SGB II-Leistungen aufzustocken.

II. Zu § 23 SGB XII-E

Leistungsausschluss im SGB XII

Kern des Regelungsanliegens ist der rechtssichere Leistungsausschluss im SGB XII. Wir erachten es für richtig und geboten, die Leistungsausschlüsse im SGB II gemäß dem Referentenentwurf auf das SGB XII zu übertragen und insofern für ein lückenloses System von Leistungsausschlüssen zu sorgen.

Überbrückungsleistungen

In Anbetracht des nunmehr auf fünf Jahre begrenzten Leistungsausschlusses für Personen ohne materielles Freizügigkeits- oder Aufenthaltsrecht erachten wir die auf vier Wochen befristeten Überbrückungsleistungen zur Absicherung der existenziell notwendigen Bedarfe für sachgerecht. Damit befindet sich die Regelung im Einklang mit den nach § 1a Abs. 2 AsylbLG zu gewährenden Leistungen für ausreisepflichtige Personen.

Allerdings sollten diese Überbrückungsleistungen für den Personenkreis der erwerbsfähigen Personen über das SGB II erbracht werden und nicht über das SGB XII. Dies ist im Interesse einer konsequenten Systemzuordnung geboten. Der allergrößte Teil der Personen, für die die Neuregelungen vorgesehen sind, ist erwerbsfähig und arbeitssuchend. Sie stehen dem Arbeitsmarkt auch grundsätzlich zur Verfügung und fallen somit in den Bereich des SGB II. Daher müssen für diese Personengruppe die Überbrückungsleistungen auch dort geregelt werden.

Darlehen für die Rückreise

Die in § 23 Abs. 3a SGB XII-E vorgesehene Regelung, wonach die angemessenen Kosten der Rückreise als Darlehen zu übernehmen sind, ist nicht nur verwaltungsaufwändig, sondern auch kaum erfolgversprechend umsetzbar. Denn erfolgt die Rückkehr in das betreffende Heimatland, erscheint die Beitreibung des Darlehens im Ausland als mit unverhältnismäßigem Verwaltungsaufwand verbunden. Zwar wäre daran zu denken, die Darlehensforderung gegenüber der betreffenden Person bei eventueller Wiedereinreise geltend zu machen, allerdings wäre dies nach der Regelungsintention der Ausnahme- und nicht der Regelfall. In Anbetracht dessen, dass die Gewährung eines Zuschusses eine noch ungünstigere Steuerungswirkung entfalten würde, sollte von der Übernahme von Rückreisekosten gänzlich abgesehen werden.

Weitere Änderungsbedarfe

Sodann möchten wir auf eine Reihe weiterer Änderungsbedarfe bei § 23 SGB XII-E hinweisen:

- Die Überbrückungshilfe sollte nur auf Antrag gewährt werden, ansonsten sie gem. § 18 SGB XII

ab Bekanntwerden der Notlage zu leisten wäre, also z. B. schon, wenn ein Verwandter sich telefonisch nach Leistungen erkundigt.

- Daneben sollte konkretisiert werden, dass die Überbrückungsleistung nur „bis zum nächstmöglichen Ausreisetermin“ (oder ähnlich) gewährt wird. Andernfalls wäre immer für den gesamten Zeitraum eines Monats die Leistung zu gewähren, weil erfahrungsgemäß davon auszugehen ist, dass die Betroffenen nicht selbst ein vorzeitiges Ende der Leistung herbeiführen.
- Die Unterrichtungspflicht in § 23 Abs. 3 S. 4 SGB XII-E sollte gestrichen werden. Sie fordert geradezu auf, von dieser Leistung Gebrauch zu machen. Dies ist angesichts der Intention des Gesetzes nicht zielführend.
- In § 23 Abs. 3a S. 2 SGB XII-E findet sich ein redaktioneller Fehler: anstelle von Abs. 3 S. 4 muss es Abs. 3 S. 5 heißen.

III. Vorbehalt für das SGB XII im Europäischen Fürsorgeabkommen

Über den Gesetzentwurf hinaus halten wir es für erforderlich, dass die Bundesrepublik für den Bereich der Sozialhilfe den Vorbehalt zum Europäischen Fürsorgeabkommen erweitert bzw. das Abkommen kündigt.

Denn das Bundessozialgericht hat entschieden, dass die (bestehende) Ausschlussregelung im SGB XII nicht auf Angehörige eines Unterzeichnerstaats des Europäischen Fürsorgeabkommens anwendbar ist, so dass für solche Staatsangehörige ein Anspruch auf Sozialhilfe auch schon in den ersten fünf Jahren in Betracht kommt, wenn sie sich erlaubt in Deutschland aufhalten.

Vor diesem Hintergrund muss unbedingt auch ein entsprechender Vorbehalt seitens der Bundesrepublik in Bezug auf das 3. und 4. Kapitel des SGB XII erklärt werden. Anderenfalls würde der Leistungsausschluss zumindest für bestimmte Personengruppen leerlaufen mit der Folge, dass trotz geänderter Rechtslage über diese völkerrechtliche Verpflichtung Sozialhilfe gewährt werden müsste.

DEUTSCHER BUNDESTAG
Ausschuss für
Arbeit und Soziales
18. Wahlperiode

Ausschussdrucksache 18(11)**827**

24. November 2016

Schriftliche Stellungnahme

zur öffentlichen Anhörung von Sachverständigen in Berlin 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-Drucksache 18/10211

Franz Wilhelm Dollinger

I. Rechtliche Beurteilung

Geprüft wird allein, ob der Gesetzentwurf höherrangiges Recht beachtet.

1. Unionsrecht

Nach der jüngeren Rechtsprechung des EuGH, insbesondere in den Sachen „Alimanovic“ (Rs. C-67/14, Urteil vom 15. September 2015) und „Garcia-Nieto“ (Rs. C 299/14, Urteil vom 25. Februar 2016), bestehen **keine unionsrechtlichen Bedenken** gegenüber **mitgliedstaatlichen Leistungsausschlüssen für beitragsunabhängige Sozialleistungen**. Diese Rechtsprechung setzt der Gesetzentwurf in den § 7 Abs. 2 SGB II-Entwurf und § 23 Abs. 3 SGB XII-Entwurf um.

Auch das Unionsverfassungsrecht garantiert das „Recht auf Zugang zu den Leistungen der sozialen Sicherheit und zu den sozialen Diensten“ gemäß Art. 34 Abs. 1 Europäische Grundrechte-Charta (EGrC) sowie ein darüber hinausgehendes „Recht auf eine soziale Unterstützung“ gemäß Art. 34 Abs. 3 EGrC allein nach Maßgabe des Unionsrechts und der einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten. Ansprüche, ein bestimmtes Leistungsniveau von grundsicherungs-rechtlichen Basisleistungen aufrechtzuerhalten, lassen sich mit Art. 34 Abs. 3 EGrC nicht begründen[1]. Daraus lässt sich keine Pflicht der Mitgliedstaaten ableiten, für nichtdeutsche Unionsbürger eine soziale Grundsicherung iSv SGB II und SGB XII zu schaffen.

Zwischenergebnis: Der Gesetzentwurf ist mit Unionsrecht vereinbar.

2. Nationales Verfassungsrecht

Problematischer erscheint der Gesetzentwurf indes unter dem Blickwinkel des nationalen Verfassungsrechts in seiner Auslegung durch das Bundesverfassungs-gericht.

Das Bundesverfassungsgericht gibt in seinem Urteil zum Asylbewerberleistungs-gesetz vom 18. Juli 2012 (- 1 BvL 10/10, 2/11 - BVerfGE 132, 134) für die Frage nach dem Inhalt des Grundrechts auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminiums als Menschenrecht ein vom Gesetzgeber zu beachtendes dreistufiges Prüfungsprogramm vor. Dieses Prüfprogramm erstreckt sich auf die Regelung von Leistungen der Grundsicherung an Deutsche - wie an Ausländer -, die sich im Bundesgebiet aufhalten und ist bereits in dem früheren Urteil des Bundesverfassungsgerichts zum SGB II vom 9. Februar 2010 (- 1 BvL 1, 3, 4/09 - BVerfGE 125, 175) angelegt:

Prüfungsstufe 1 des BVerfG

> BVerfGE 132, 134 Rn. 65: „Die Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums muss durch einen **gesetzlichen Anspruch** gesichert sein. Dies verlangt bereits unmittelbar der **Schutzgehalt des Art. 1 Abs. 1 GG**. Ein Hilfebedürftiger darf nicht auf freiwillige Leistungen des Staates oder Dritter verwiesen werden, deren Erbringung nicht durch ein subjektives Recht des Hilfebedürftigen gewährleistet ist. Der gesetzliche Leistungsanspruch muss so ausgestaltet sein, dass er stets den gesamten existenznotwendigen Bedarf jedes individuellen Grundrechts-trägers deckt. Wenn der Gesetz-geber seiner verfassungsmäßigen Pflicht zur Bestimmung des Existenzminimums nicht hinrei-

[1] Wie hier: Nußberger/Lang, in Stern/Sachs, Europäische Grundrechte-Charta, Kommentar, 2016, Art. 34 Rnrn. 125, 134.

chend nachkommt, ist das einfache Recht im Umfang seiner defizitären Gestaltung verfassungswidrig (vgl. BVerfGE 125, 175 <223 f.>).

Die **§ 7 Abs. 2 SGB II-Entwurf** und **§ 23 Abs. 3 SGB XII-Entwurf** genügen den Anforderungen von Prüfungsstufe 1. Sie bestimmen **gesetzlich**, unter welchen Voraussetzungen Ausländern und ihren Angehörigen, die keine Leistungs-berechtigten nach § 1 AsylbLG sind und die sich - insbesondere als Unionsbürger - nicht als Arbeitnehmer oder Selbständige erlaubt im Bundesgebiet aufhalten, **Leistungen der Sozialhilfe** zu gewähren sind. Diese Leistungen werden als „Überbrückungsleistungen" nach § 23 Abs. 3 Satz 3 SGB XII-Entwurf und Härtefallleistungen („weitere im Einzelfall aufgrund besonderer Umstände gebotene Leistungen zur Überwindung einer besonderen Härte und zur Deckung einer zeitlich befristeten Bedarfslage") nach § 23 Abs. 3 Satz 6 SGB XII-Entwurf definiert. Darüber hinaus werden angemessene Rückreisekosten gewährt (§ 23 Abs. 3a SGB XII-Entwurf).

Prüfungsstufe 2 des BVerfG

BVerfGE 132, 134 Rn. 67: „Das **Sozialstaatsgebot** des Art. 20 Abs. 1 GG hält den Gesetzgeber an, die soziale Wirklichkeit zeit- und realitätsgerecht im Hinblick auf die Gewährleistung des menschenwürdigen Existenzminimums zu erfassen. Die hierbei erforderlichen Wertungen kommen dem **parlamentarischen Gesetzgeber** zu. Ihm obliegt es, den Leistungsanspruch in Tatbestand und Rechtsfolge zu konkretisieren. Ob er das Existenzminimum durch Geld-, Sach- oder Dienstleistungen sichert, bleibt grundsätzlich ihm überlassen. Ihm kommt zudem **Gestaltungsspielraum** bei der Bestimmung des Umfangs der Leistungen zur Sicherung des Existenzminimums zu. Dieser Gestaltungsspielraum bei der Bestimmung des Umfangs der Leistungen umfasst die **Beurteilung der tatsächlichen Verhältnisse** ebenso wie die **wertende Einschätzung des notwendigen Bedarfs** und ist zudem von unterschiedlicher Weite: Er ist enger, soweit der Gesetzgeber das zur Sicherung der physischen Existenz eines Menschen Notwendige konkretisiert, und weiter, wo es um Art und Umfang der Möglichkeit zur Teilhabe am gesellschaftlichen Leben geht (vgl. BVerfGE 125, 175 <224 f.>). **Entscheidend ist, dass der Gesetzgeber seine Entscheidung an den konkreten Bedarfen der Hilfebedürftigen ausrichtet.** Maßgeblich für die Bestimmung des Existenzminimums können dabei nur die Gegebenheiten in Deutschland sein, dem Land, in dem dieses Existenzminimum gewährleistet sein muss. Daher erlaubt es die Verfassung nicht, das in Deutschland zu einem menschenwürdigen Leben Notwendige unter Hinweis auf das Existenzniveau des Herkunftslandes von Hilfebedürftigen oder auf das Existenzniveau in anderen Ländern niedriger als nach den hiesigen Lebensverhältnissen geboten festzulegen."

Den Anforderungen an diese Prüfungsstufe 2 wird der Gesetzentwurf gerecht, weil er in Wahrnehmung seines **parlamentarischen Gestaltungsspielraums** den **konkreten Bedarf und die Dauer der Überbrückungs-, Härtefall- und Rückreiseleistungen** für die davon betroffenen Personengruppen in § 23 Abs. 3 Sätze 3 bis 5 und Satz 6 und Abs. 3a SGB XII im Einzelnen **definiert**.

Danach sind diese Leistungen hilfebedürftigen Ausländern im Grundsatz bis zur Ausreise, längstens jedoch für einen Zeitraum von einem Monat, zu gewähren (Satz 3). Die betroffenen Ausländer sind vom Sozialhilfeträger entsprechend zu unterrichten (Satz 4). Soweit dies im Einzelfall besondere Umstände erfordern, sind den danach Leistungsberechtigten zur Überwindung einer besonderen Härte und zur Deckung zeitlich befristeter Bedarfslagen weitere Hilfen zu gewähren (Satz 6).

Die Leistungen umfassen Ernährung, Körper- und Gesundheitspflege, Unterkunft und Heizung, Akutbehandlungen einschließlich der Versorgung mit Arznei- und Verbandmitteln, Hilfen bei Schwangerschaft und Mutterschaft (Satz 5). Die Leistungshöhe wird entsprechend § 1a Abs. 2 AsylbLG festgelegt.

Prüfungsstufe 3 des BVerfG:

BVerfGE 132, 134 Rn. 94 f.: „Auch eine **kurze Aufenthaltsdauer oder Aufenthaltsperspektive in Deutschland rechtfertigte es** im Übrigen **nicht**, den **Anspruch auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums auf die Sicherung der physischen Existenz zu beschränken**. Art. 1 Abs. 1 GG in Verbindung mit Art. 20 Abs. 1 GG verlangt, dass das Existenzminimum in jedem Fall und zu jeder Zeit sichergestellt sein muss (vgl. BVerfGE 125, 175 <253>). Art. 1 Abs. 1 GG garantiert ein menschenwürdiges Existenzminimum, das durch im Sozialstaat des Art. 20 Abs. 1 GG auszugestaltende Leistungen zu sichern ist, als einheitliches, das physische und soziokulturelle Minimum umfassendes Grundrecht. Ausländische Staatsangehörige verlieren den Geltungsanspruch als soziale Individuen nicht dadurch, dass sie ihre Heimat verlassen und sich in der Bundesrepublik Deutschland nicht auf Dauer aufhalten (vgl. Rothkegel, ZAR 2010, S. 373 <374>). Die einheitlich zu verstehende menschenwürdige Existenz muss daher ab Beginn des Aufenthalts in der Bundesrepublik Deutschland realisiert werden.

Migrationspolitische Erwägungen, die Leistungen an Asylbewerber und Flüchtlinge niedrig zu halten, um Anreize für Wanderungsbewegungen durch ein im internationalen Vergleich eventuell hohes Leistungsniveau zu vermeiden, können von vornherein kein Absenken des Leistungsstandards unter das physische und soziokulturelle Existenzminimum rechtfertigen (vgl. Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Familie und Senioren <13. Ausschuss> vom 24. Mai 1993, BT-Drucks 12/5008, S. 13 f.). Die in Art. 1 Abs. 1 GG garantierte Menschenwürde ist migrationspolitisch nicht zu relativieren."

Unter dem Blickwinkel dieser dritten vom BVerfG aufgestellten Prüfungsstufe stellt sich die Frage der **Vereinbarkeit der Leistungsausschlusstatbestände** in § 7 Abs. 2 SGB II und § 23 Abs. 3 SGB XII mit dem **Recht auf ein menschenwürdiges Existenzminium** aus Art. 1 Abs.1 GG i.V.m. Art. 20 Abs. 1 GG. Sie wird in der Literatur im Hinblick auf die verfassungsrechtlich vergleichbaren Fragen zu den eingeschränkten und abgesenkten Leistungen nach den

§§ 1a, 11 AsylbLG kontrovers und kritisch diskutiert.

Einzuräumen ist den Kritikern[2] der grundsicherungsrechtlichen Leistungs-einschränkungen und Leistungsausschlüsse für Ausländer, dass die - freilich um eine Härtefallregelung ergänzte - gesetzliche Neuregelung in § 23 Abs. 3 SGB XII durch die Einführung zeitlich eng auf einem Monat befristeter Überbrückungsleistungen die Möglichkeit der Ausreise in den EU-Herkunftsstaat als indirekte Form der anderweitigen Deckung des sozialhilferechtlichen Mindestbedarfs versteht. Den so erzeugten Anreiz zum Verlassen des Bundesgebiets könnte das Bundes-verfassungsgericht auf der Grundlage seines Urteils vom 18. Juli 2012, das grundsätzlich einen einheitlichen grundsicherungsrechtlichen Leistungsstandards für alle Menschen fordert, die sich im Bundesgebiet aufhalten, für eine unzulässige migrations- oder aufenthaltsrechtliche geprägte Lösungsstrategie halten. Dass die ohne materielles Aufenthaltsrecht im Bundesgebiet verweilenden Unionsbürger, anders als etwa verschiedenen Gruppen von Leistungsberechtigten nach § 1 AsylbLG, nicht einmal vollziehbar ausreisepflichtig sind, könnte noch verschärfend wirken. Denn die Unionsbürger werden infolge der grundsätzlichen Befristung der Überbrückungsleistungen auf nur einem Monat sozialhilferechtlich objektiv schlechter gestellt als sofort vollziehbar ausreisepflichtige Nicht-EU-Ausländer, für die das bezogen auf die Leistungsdauer „großzügigere“ AsylbLG gilt.

Aber: Andererseits ist zu berücksichtigen, dass **Unionsbürger** - anders als ausländische Drittstaatsangehörige - **jederzeit in ihren EU-Herkunftsstaat zurückkehren können**. Die jenseits der Härtefallregelung des § 23 Abs. 3 Satz 6 SGB XII-Entwurf vollständige Leistungsversagung führt bei Unionsbürgern damit allein zu einem Ausreiseimpuls. **Mit dem Verlassen des Bundesgebiets endet hier ihre Bedürftigkeit.** Die angemessenen Rückreisekosten werden nach § 23 Abs. 3a SGB XII-Entwurf übernommen. Ab dem Erreichen ihres **EU-Herkunftsland ist** ihr **sozialhilferechtlicher Bedarf** dort entsprechend den **dortigen „einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten“ (Art. 34 Abs. 1 bis 3 EGrC) garantiert.**

Die Leistungsbefristung für die mittellosen Unionsbürger bringt diese - anders als ggf. Leistungsberechtigte nach §§ 1, 1a AsylbLG - **nicht in eine ausweglose Lage. Unionsbürger können sich normativ darauf verlassen, dass ihre Existenz im EU-Herkunftsstaat gewährleistet wird**[3]**.** Da sich die Unionsbürger in diesem zentralen Punkt von Asylbewerbern und anderen Flüchtlingen unterscheiden, wird dies auch bei Festlegung des menschenwürdigen Existenzminiums nicht unbeachtet bleiben können. Dies entspräche im Übrigen auch einem unionsrechtlichen Konzept mitgliedstaatlich „gestufter (sozialstaatlicher) Solidarität“[4].

Hinzu kommt, dass nach der Neuregelung des Aufenthaltsbeendigungsrechts zum 1. Januar 2016 gemäß den §§ 50 ff. AufenthG der Sozialhilfebezug zwar nicht mehr ausdrücklich als möglicher Rechtsgrund für eine Ausweisung benannt wird[5]. Aufgrund des nach wie vor aufenthaltsrechtlich erforderlichen Erfordernisses, den Lebensunterhalt ohne Inanspruchnahme öffentlicher Mittel zu sichern (vgl. **§ 2 Abs. 3 AufenthG und § 5 Abs. 1 Nr.1 AufenthG**), kommt dem **Sozialhilfebezug** indes **weiterhin erhebliche Bedeutung für einen legalen Aufenthalt** im Bundesgebiet zu. Die Sicherung des Lebensunterhalts ohne Inanspruchnahme öffentlicher Mittel der Grundsicherung ist außerdem unionsrechtliche Voraussetzung eines von der Erwerbsteilhabe als Arbeitnehmer oder Selbständiger abhängigen Freizügigkeits-rechts.

Zwischenergebnis: Das Bestehen einer einfach zu realisierenden Ausreiseoption bei gleichzeitiger Vorhaltung einer gesetzlichen angeordneten Härtefallregelung sehe ich als verfassungsrechtlich tragfähigen Grund für den in § 23 Abs. 3 SGB XII-Entwurf vorgesehenen grundsicherungsrechtlichen Leistungsausschluss.

3. Kurzer Hinweis auf mögliches künftiges Unionsrecht und seine verfassungsrechtliche Folgewirkung

Nach den **Vorschlägen der EU-Kommission[6] für eine Neufassung der Dublin-Verordnung (Dublin IV)**, der Anerkennungsrichtlinie und der Aufnahmerichtlinie unter anderem zur Vermeidung von Sekundärmigration dürften die in den § 7 Abs. 2 SGB II-Entwurf und § 23 Abs. 3 SGB XII-Entwurf vorgesehenen Leistungs-ausschlüsse nicht nur zulässig, sondern nachgerade geboten sein. Sollten sie umgesetzt werden, hätte dies **Folgen für den verfassungsrechtlichen Prüfungsmaßstab**. Prüfungsmaßstab wäre dann - anders als noch im Asylbewerberleistungsgesetz-Urteil - **nicht mehr das aus Art. 1 Abs.1 GG i.V.m. Art. 20 Abs. 1 GG** begründete Grundrecht auf menschenwürdige Existenzsicherung. Das Bundesverfassungsgericht wäre bei einer verfassungsgerichtlichen Prüfung vielmehr auf die **Identitätskontrolle** (**Art. 23 Abs. 1 Satz 2 i.V.m. Art. 79 Abs. 3, Art. 1 Abs. 1 GG**)

[2] Etwa Greiser, in juris-PK SGB XII, Anhang zu § 23 Rn. 119 ff; Voigt, info also 2016, 99; Brings/Oehl, ZAR 2016, 22.
[3] Deshalb ist die lange Zeit vor Inkrafttreten von AEUV und EGrC ergangene hiervon abweichende Rechtsprechung des BVerwG zur früheren (bis 2004 geltenden) Vorschrift des § 120 Abs. 1 BSHG (Sozialhilfe für Ausländer) - Beschluss vom 20. Oktober 1988, 5 B 48/88, juris -, wonach ein ausländischer Sozialhilfebewerber zur Bedarfsdeckung nicht auf eine Rückkehr ins Heimatland verwiesen werden konnte, für Unionsbürger überholt.
[4] Dazu näher Thym, NVwZ 2015, 1625 <1630>.
[5] So noch § 55 Abs. 2 Nr. 6 AufenthG a.F. betr. die Ermessensausweisung.
[6] European Commission vom 4. Mai 2016 COM (2016) 270 final - 2016/0133 (COD) - Proposal for a REGULATION OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE CONCIL establishing the criteria and mechanisms for determining the Member State responsible for examining an application for international protection lodged in one of the Member States by a third-country national or a stateless person (recast).

und die Wahrung des hiervon unabdingbar gebotenen Grundrechtschutzes beschränkt (vgl. BVerfG, Beschluss vom 15. Dezember 2015 - 2 BvR 2735/14 - BVerfGE 140, 317 Rn. 41 ff.).

Zwischenergebnis: Ein Identitätsverstoß bei Gewährleistung des physischen Existenzminimums nach Maßgabe von § 23 Abs. 3 und Abs. 3a SGB XII-Entwurf erscheint fernliegend, nicht zuletzt wegen der strengen Voraussetzungen für die Aktivierung der Identitätskontrolle[7].

II. Ergebnis

Der Gesetzentwurf ist sowohl mit Unionsrecht als auch mit deutschem Verfassungsrecht vereinbar. Im Hinblick auf die Aussagen des Bundesverfassungsgerichts im Urteil zum Asylbewerberleistungsgesetz vom 18. Juli 2012 birgt - im Falle einer Eins-zu-Eins-Übertragung der dort zugrunde gelegten Maßstäbe - insbesondere § 23 Abs. 3 SGB XII-Entwurf aber ein gewisses verfassungsrechtliches Risiko.

[7] Vgl. dazu näher Burkiczak, in Burkiczak/Dollinger/Schorkopf, BVerfGG, Kommentar, 2015, § 1 Rn. 128 f., 171.

DEUTSCHER BUNDESTAG
Ausschuss für
Arbeit und Soziales
18. Wahlperiode

Ausschussdrucksache 18(11)**828**

24. November 2016

Schriftliche Stellungnahme

zur öffentlichen Anhörung von Sachverständigen in Berlin 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-Drucksache 18/10211

Dr. Andy Groth

I. Thesenhafte Zusammenfassung

- Der Leistungsausschluss von Unionsbürgern, die über kein materielles Aufenthaltsrecht verfügen oder deren Aufenthaltsrecht sich nur aus dem Zweck der Arbeitsuche ableitet, ist mit Unionsrecht vereinbar und kann in der konkreten Form seiner Umsetzung auch grundrechtlich zu rechtfertigen sein. Allerdings werden verfassungsrechtliche Spielräume sehr weitgehend ausgelotet.
- Die Zuordnung der Überbrückungsleistungen für Unionsbürger zum Referenzsystem der Sozialhilfe ist – trotz rechtsdogmatischer Ambivalenzen – vor dem Hintergrund systemisch begründbar, dass beim Adressatenkreis eine Eingliederung in Arbeit wegen der perspektivisch nur (noch) sehr kurzen Aufenthaltsdauer von vornherein nicht angestrebt wird.
- Rechtstatsächlich erscheint die getroffene Systementscheidung dennoch überdenkenswert. Es ist bereits absehbar, dass nicht wenige Betroffene über längere Zeiträume Härtefallleistungen nach § 23 Abs. 3 Satz 6 SGB XII-E tatsächlich erhalten werden. Dies geht fiskalisch zu Lasten der für Erwerbsfähige nicht systemzuständigen Kommunen.
- Der Ausschluss von Ausländerinnen und Ausländern, die ihr Aufenthaltsrecht nur auf Art. 10 VO (EU) Nr. 492/2011 stützen können, ist europarechtlich risikobehaftet. Die Regelung sollte schon vor dem Hintergrund, dass der Gesetzentwurf selbst von einer „geringen Personenzahl“ Betroffener ausgeht, kritisch hinterfragt werden.

II. Leistungsausschlüsse nach § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 lit. a und b SGB II-E bzw. § 23 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 SGB XII-E und Überbrückungsleistungen

Mit den Regelungen des § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 lit. a und b SGB II-E bzw. des § 23 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 SGB XII-E sollen Ausländerinnen und Ausländer von Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts sowohl in der Grundsicherung für Arbeitsuchende als auch in der Sozialhilfe ausgenommen werden, die kein Aufenthaltsrecht haben oder – wie bisher – deren Aufenthaltsrecht sich allein aus dem Zweck der Arbeitsuche ergibt. Positiv ist zunächst festzustellen, dass der Ausschlusstatbestand des fehlenden materiellen Aufenthaltsrechts, der bisher im Wege eines Erst-recht-Schlusses richterrechtlich hergeleitet werden muss, nunmehr gesetzlich festgeschrieben werden soll.

Die beabsichtigten Neuregelungen sind allerdings in einem größeren Kontext zu sehen. Sie werden insbesondere flankiert durch diejenigen des § 23 Abs. 3 Sätze 3 ff. SGB XII-E, die ausgeschlossene Ausländerinnen und Ausländer grundsätzlich auf so genannte Überbrückungsleistungen für einen Monat verweisen und damit ein Ausweichen auf die Ermessensleistungen nach § 23 Abs. 1 Satz 3 SGB XII verhindern wollen. Es soll damit ersichtlich das Ziel verfolgt werden, die höchstrichterliche Rechtsprechung des Bundessozialgerichts seit dem 3. Dezember 2015 zu revidieren (vgl. vor allem BSG, Urteil vom 3. Dezember 2015 – B 4 AS 44/15 R – NJW 2016, 1464).

Hintergrund dieser BSG-Rechtsprechung ist einerseits die Europarechtkonformität des bisherigen § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II, andererseits sind es (vermeintliche) verfassungsrechtliche Bindungen, die aus dem Recht auf ein menschenwürdiges Existenz-

minimum herrühren, das das Bundesverfassungsgericht aus Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 1 GG hergeleitet hat (BVerfG, Urteil vom 9. Februar 2010 – 1 BvL 1/09 u.a. – BVerfGE 125, 175). Zu beachten ist im vorliegenden Kontext insbesondere die Entscheidung zum Asylbewerberleistungsgesetz (BVerfG, Urteil vom 18. Juli 2012 – 1 BvL 10/10 u.a. – BVerfGE 132, 134), in der das Bundesverfassungsgericht das Territorialitätsprinzip betont und insbesondere ausgeführt hat, das das Grundrecht migrationspolitisch nicht relativiert werden dürfe. Diese Maßstäbe prägen auch die fachliche Diskussion über das vorliegende Gesetzgebungsvorhaben.

Dabei sehe ich im Hinblick auf die hier in Rede stehenden Vorschriften keine europarechtlichen Hindernisse. Der EuGH hat in der Alimanovic-Entscheidung den Ausschluss arbeitsuchender Unionsbürger nach § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II für durch Art. 24 Abs. 2 RL 2004/38/EG gerechtfertigt erachtet (EuGH, Urteil vom 15. September 2015 – C-67/14 – NJW 2016, 555) und hatte bereits in der Dano-Entscheidung (EuGH, Urteil vom 11. November 2014 – C-333/13 – NJW 2015, 145) im Wege eines Erst-recht-Schlusses den Ausschluss derjenigen Unionsbürger goutiert, die sich in einem anderen Mitgliedstaat nicht einmal zum Zwecke der Arbeitsuche und damit ohne materielles Aufenthaltsrecht aufhalten.

Deutlich problematischer ist, ob der weitgehende Leistungsausschluss mit dem Grundrecht auf ein menschenwürdiges Existenzminimum konform geht. Prägende Rechtssätze der BVerfG-Entscheidung vom 18. Juli 2012 sollten allerdings nicht über den sachlichen Kontext hinwegtäuschen, in dem sie gestanden haben. Über die sich hier zum Teil völlig neu stellenden Fragen würde letztlich und absehbar das Bundesverfassungsgericht neu zu entscheiden haben. Dabei kann das Prüfprogramm nur näherungsweise skizziert werden. Im ersten Zugriff problematisch ist, dass Unionsbürger ohne Aufenthaltsrecht, die sich – nachdem sie die Übergangsleistungen bereits erhalten haben – weiterhin in der Bundesrepublik Deutschland aufhalten, regelhaft auf Dauer keine Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts erhalten sollen und dann schlechter stünden als deutsche Staatsangehörige oder Ausländer mit einem verfestigten Aufenthaltsrecht, aber eben auch als Personen, die nach dem AsylbLG dem Grunde nach leistungsberechtigt sind. Dazu gehören z.B. geduldete (§ 1 Abs. 1 Nr. 4 AsylbLG) oder vollziehbar ausreisepflichtige Ausländer aus Drittstaaten (§ 1 Abs. 1 Nr. 5 AsylbLG), bei denen lediglich auf die Abschiebung verzichtet wird. Diese Differenzierung ist wohl auch an Art. 3 Abs. 1 GG zu messen (Bernsdorff, NVwZ 2016, 633, 638), könnte aber deshalb gerechtfertigt sein, weil Unionsbürger im Gegensatz zu Asylbewerbern und Geduldeten auf einen Aufenthalt und somit Existenzsicherungsleistungen im Inland wegen einer echten Rückkehroption nicht unentrinnbar angewiesen sind (vgl. Greiser, in: jurisPK-SGB XII, 2. Aufl. 2014, Anhang § 23 Rn. 121). Dieser Aspekt kann auch zu einer verfassungsrechtlichen Neubewertung im Hinblick auf das Grundrecht auf ein menschenwürdiges Existenzminimum Anlass geben, zumal die bisherigen BVerfG-Entscheidungen lediglich die Höhe der Leistungen bei bestehendem Leistungsanspruch dem Grunde nach (so genannter Höhenstreit) betrafen (dazu Bernsdorff, NVwZ 2016, 633, 635 f.), während das BVerfG bereits in anderem Zusammenhang betont hat, dass existenzsichernde Leistungen dem Grunde nach nicht voraussetzungslos zu gewähren sind. Gegenüber den bisherigen strikten Regelungen des § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II können die Überbrückungsleistungen und die flexibel auf besondere Bedarfslagen zugeschnittenen Härtefallleistungen durchaus geeignet sein, das Existenzminimum bis zur Ausreise hinreichend zu sichern und damit einer Grundrechtsbeeinträchtigung vorzubeugen.

III. Zuordnung der Überbrückungsleistungen zum SGB XII

Die Zuordnung der Überbrückungsleistungen (§ 23 Abs. 3 Satz 3 ff. SGB XII-E) ist im Lichte der Systementscheidung zu bewerten, die zur Ausbildung zweier paralleler Existenzsicherungssysteme für Erwerbsfähige einerseits und Erwerbsunfähige andererseits geführt hat. Gemessen daran sind die Unionsbürger, die hier existenzsichernde Leistungen beantragen, in ihrer Vielzahl erwerbsfähig i.S. des § 8 SGB II und wären an sich dem System der Grundsicherung für Arbeitsuchende zuzuordnen. Folgerichtig ist dieser Personenkreis nach § 21 Satz 1 SGB XII von Leistungen für den Lebensunterhalt im SGB XII grundsätzlich ausgeschlossen. Dass das BSG den § 21 Satz 1 SGB XII anders interpretiert und bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II von einem den Zugang zum SGB XII eröffnenden Leistungsausschluss dem Grunde nach ausgegangen ist, resultiert wohl am ehesten aus der Überzeugung, einen Grundrechtsverstoß nur durch verfassungskonforme Auslegung abwenden zu können. Der Gesetzgeber ist nicht gehalten, diese Interpretation im Rahmen einer gesetzlichen Neuregelung nachzuvollziehen.

Für die Zuordnung der Personen, die Überbrückungsleistungen beanspruchen können sollen, zum SGB XII spricht dabei, dass diese Leistungen offensichtlich nur auf eine kurze Übergangszeit angelegt sind. Die Eingliederung dieser Personen in Arbeit ist nicht mehr angestrebt. Eine solchermaßen überschaubare Bedarfslage zu klären ist traditionell eher Aufgabe der Sozialhilfe; die Träger der Sozialhilfe sind deshalb erfahrener, wenn es darum geht, Bedarfslagen losgelöst von Pauschalierungen individuell zu erfassen und zu decken.

Gegen die Zuordnung der Überbrückungsleistungen zum SGB XII sprechen hingegen rechtstatsächliche Folgewirkungen, wie sie meiner Einschätzung nach bei Umsetzung des Gesetzentwurfs zu erwarten wären: Es ist nach den Erfahrungen mit dem Leistungsausschluss des § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II in der Vergangenheit davon auszugehen, dass ein Großteil der hilfebedürftigen Unionsbürger auch nach Ausschöpfung der Übergangsleistungen im Land bleiben wird. Gegen Ablehnungsentscheidungen der Sozialhilfeträger würde dann voraussichtlich verstärkt im einstweiligen Rechtsschutz vorgegangen werden. Regelungsanordnungen nach § 86b Abs. 2 SGG werden nicht selten summarisch bzw. auf Grundlage einer Folgenabwägung getroffen, wenn der Sachverhalt in kurzer Zeit nicht aufzuklären ist oder (verfassungs-

)rechtlich schwierige Fragen im Raum stehen. Angesichts der höchstrichterlichen Entscheidungen des BSG vom 3. Dezember 2015 und des BVerfG vom 18. Juli 2012 und angesichts der in der wissenschaftlichen Fachliteratur geäußerten verfassungsrechtlichen Kritik an einem vollständigen Leistungsausschluss dürfte absehbar ein nicht unerheblicher Teil der Spruchkörper bei Sozial- und Landessozialgerichten § 23 Abs. 3 Satz 6 Halbsatz 2 SGB XII-E für eine Folgenabwägung nutzbar machen und vorläufig Leistungen zulasten der kommunalen Sozialhilfeträger bewilligen. Bis zum Vorliegen belastbarer Hauptsacheentscheidungen dürften Jahre vergehen. Noch länger wird es – zumal bei dieser Praxis – dauern, bis die verfassungsrechtlichen Fragen einer Klärung durch das BVerfG zugeführt sind. So dürfte rein faktisch eine Vielzahl an sich ausgeschlossener Unionsbürger über Jahre hinweg im Bezug von Leistungen der Hilfe zum Lebensunterhalt stehen, was nicht nur zu erheblichen finanziellen Belastungen der (vor allem städtischen) Sozialhilfeträger führen würde. Es gäbe auch keine Möglichkeit, diese an sich erwerbsfähigen Personen durch Leistungen zur Eingliederung in Arbeit zu fördern, was – wenn diese Personen faktisch ohnehin längerfristig im Bezug existenzsichernder Leistungen stehen werden – sicherlich sinnvoll wäre, um ihr Potentiale auch im Allgemeinwohlinteresse bestmöglich zu nutzen.

Schließlich ist darauf hinzuweisen, dass die beabsichtigte Systementscheidung dazu führen wird, dass all diejenigen Unionsbürger, die Angehörige eines Signatarstaats des Europäischen Fürsorgeabkommens (EFA) sind, weiterhin in den uneingeschränkten Genuss von Leistungen der Hilfe zum Lebensunterhalt kommen werden. Der Gleichbehandlungsanspruch aus Art. 1 EFA bewirkt, dass auch die hier in Rede stehenden Leistungsausschlüsse auf den bezeichneten Personenkreis nicht anwendbar sind (vgl. zu § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II bereits BSG, Urteil vom 19. Oktober 2010 – B 14 AS 23/10 R – BSGE 107, 66; zu § 23 Abs. 3 Satz 1 SGB XII: BSG, Urteil vom 3. Dezember 2015 – B 4 AS 59/13 R). Diese Rechtsfolge könnte nur vermieden werden, wenn die Bundesregierung ihren für das SGB II erklärten Vorbehalt auch auf das SGB XII erstreckte.

IV. Leistungsausschlüsse nach § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 lit. c SGB II-E bzw. § 23 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 SGB XII-E

§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 lit. c SGB II-E bzw. § 23 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 SGB XII-E wollen Ausländerinnen und Ausländer von Leistungen der Grundsicherung für Arbeitsuchende und der Sozialhilfe ausnehmen, die ihr Aufenthaltsrecht allein oder neben einem Aufenthaltsrecht nur zur Arbeitsuche aus Art. 10 VO (EU) Nr. 492/2011 ableiten. Danach können die Kinder eines Staatsangehörigen eines Mitgliedstaats, der im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats beschäftigt ist oder beschäftigt gewesen ist, wenn sie im Hoheitsgebiet dieses Mitgliedstaats wohnen, unter den gleichen Bedingungen wie die Staatsangehörigen dieses Mitgliedstaats am allgemeinen Unterricht sowie an der Lehrlings- und Berufsausbildung teilnehmen.

Art. 10 VO (EU) Nr. 492/2011 gewährt den Kindern nach ständiger Rechtsprechung des EuGH nicht nur ein Recht auf Teilnahme am Schulunterricht. Vielmehr hat sowohl das Kind, also auch der Elternteil, der die elterliche Sorge tatsächlich wahrnimmt, aus dieser Vorschrift ein Recht auf Aufenthalt (vgl. bereits EuGH, Urteil vom 17. September 2002 – C-413/99 <Baumbast und R> – NJW 2002, 3610), ohne dass dieses Aufenthaltsrecht davon abhängig wäre, dass beide über ausreichende Existenzmittel oder einen umfassenden Krankenversicherungsschutz verfügen würden (vgl. EuGH, Urteil vom 23. Februar 2010 – C-310/08 <Ibrahim>). Dieses Aufenthaltsrecht erkennt der vorliegende Gesetzentwurf ausdrücklich an.

Die weitergehende Frage, ob Personen, denen ein solches Aufenthaltsrecht zukommt, existenzsichernde Leistungen europarechtskonform verweigert werden dürfen, ist vom EuGH ausdrücklich noch nicht entschieden worden. Eine Prognose ist angesichts der schwankenden Rechtsprechung des EuGH in den letzten Jahren schwer zu treffen. Da der EuGH jedoch in den eher restriktiven Entscheidungen Dano und Alimanovic dem Grunde nach davon ausgegangen ist, dass der Gleichbehandlungsanspruch aus Art. 4 VO (EG) Nr. 883/2004 auch für Leistungen der Grundsicherung für Arbeitsuchende gilt, dürfte es wesentlich auf das Vorhandensein einer Schrankenregelung ankommen. Als solche ist Art. 24 Abs. 2 RL 2004/38 EG bezogen auf das aus Art. 10 VO (EU) Nr. 492/2011 folgende Aufenthaltsrecht an sich nicht einschlägig.

Es ließe sich zwar – unter Bezugnahme auf etwas indifferente Ausführungen des EuGH in der Alimanovic-Entscheidung (vgl. Randziffern 49 f.) nicht ganz fernliegend – argumentieren, dass der Gleichbehandlungsanspruch nach Art. 24 Abs. 1 RL 2004/38 im Anwendungsbereich dieser Richtlinie dem allgemeinen Gleichbehandlungsanspruch vorgeht und ein Unionsbürger deshalb Gleichbehandlung nur verlangen kann, wenn ihm ein Aufenthaltsrecht speziell aus dieser Richtlinie – also als Arbeitnehmer, Selbständiger oder Arbeitsuchender – erwächst (in diesem Sinne LSG Rheinland-Pfalz, Beschluss vom 11. August 2016 – L 3 AS 376/16 B ER). Dafür könnte insbesondere auch die Tatsache sprechen, dass der EuGH die Schlussanträge des Generalanwalts vom 26. März 2015 nicht aufgegriffen und Art. 10 VO (EU) Nr. 492/2011 in der Alimanovic-Entscheidung mit keinem Wort erwähnt hat.

Demgegenüber hat der EuGH allerdings bereits entschieden, dass Art. 10 VO (EU) Nr. 492/2011 autonom gegenüber den unionsrechtlichen Bestimmungen anzuwenden ist, die die Voraussetzungen für die Ausübung des Rechts auf Aufenthalt in einem anderen Mitgliedstaat ausdrücklich regeln, und seine Anwendung insbesondere nicht von der Einhaltung der in der Art. 7 RL 2004/38 EG genannten Voraussetzungen abhängig gemacht werden darf (EuGH, Urteil vom 23. Februar 2010 – C-480/08 <Teixeira> – NVwZ 2010, 887). Ferner ist zu berücksichtigen, dass Art. 10 VO (EU) Nr. 492/2011 die Mitgliedstaaten verpflichtet, die Bemühungen zu fördern, „durch die es diesen Kindern ermöglicht werden soll, unter den besten Voraussetzungen am Unterricht teilzunehmen“. U.a. daraus leitet der EuGH das Aufent-

haltsrecht des Kindes und des erziehenden Elternteils her. Das Aufenthaltsrecht allein wäre aber für die Teilnahme am Unterricht zumal unter den besten Voraussetzungen nicht mehr als eine leere Hülle, wäre damit nicht auch eine soziale Mindestabsicherung verbunden.

Vor diesem Hintergrund muss von einem substanziellen (Rest-)Risiko ausgegangen werden, dass die Regelungen des § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 lit. c SGB II-E bzw. des § 23 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 SGB XII-E vom EuGH für nicht europarechtskonform erachtet würden. Angesichts der Tatsache, dass der Gesetzentwurf selbst von ca. 1.000 Betroffenen ausgeht – nach meinen Erfahrungen als Berufungs- und Beschwerderichter in Angelegenheiten der Grundsicherung für Arbeitsuchende ein durchaus realistischer Wert – und Minderausgaben von lediglich 7,5 Mio. € veranschlagt, sollte abgewogen werden, ob es vertretbar ist, dieses Risiko zu tragen.

DEUTSCHER BUNDESTAG
Ausschuss für
Arbeit und Soziales
18. Wahlperiode

Ausschussdrucksache 18(11)**831**

24. November 2016

Schriftliche Stellungnahme

zur öffentlichen Anhörung von Sachverständigen in Berlin 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-Drucksache 18/10211

Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände (BDA)

Zusammenfassung

Mit dem Gesetzentwurf sollen Klarstellungen im SGB II und SGB XII zu den Ansprüchen auf Sozialleistungen bzw. den Leistungsausschlüssen von Ausländern vorgenommen werden. Dies ist ausdrücklich zu begrüßen. Damit wird die Rechtsunsicherheit beseitigt, die durch die jüngste Rechtsprechung des Bundessozialgerichts entstanden ist. Um die Akzeptanz für die Arbeitnehmerfreizügigkeit innerhalb der Europäischen Union zu erhalten, ist es notwendig, Missbrauchsmöglichkeiten von vornherein einen Riegel vorzuschieben. Schon wenige Missbrauchsfälle können zu erheblichem Akzeptanzverlust der europäischen Integration führen, wenn sie als ungerecht empfunden werden.

Auch wenn der Gesetzentwurf im Ergebnis das richtige Ziel verfolgt, sollten dennoch folgende Regelungen zusätzlich aufgenommen bzw. überdacht werden:

- Der Zugang zu Sozialleistungen nach fünf Jahren Aufenthalt in Deutschland sollte nicht voraussetzungslos möglich sein. Vielmehr sollte geregelt werden, dass Ansprüche auf solidarische, weil beitragsunabhängige Sozialleistungen nach SGB II bzw. SGB XII nur dann bestehen können, wenn diese Leistungen in einem gewissen Umfang erarbeitet wurden. Bisher ist nicht vorgesehen, dass in der fünfjährigen Wartefrist irgendeine Form von Arbeitsleistung erbracht worden sein muss.
- Auch nach dem vorliegenden Gesetzentwurf können bei Aufnahme eines Minijobs oder einer Selbstständigkeit mit geringstem Stundenumfang aufstockend SGB-II-Leistungen in Anspruch genommen werden. Auch ändert sich an der Rechtslage, dass die Arbeitnehmereigenschaft grundsätzlich bei mindestens einjähriger Beschäftigung auch bei Verlust des Arbeitsplatzes dauerhaft weiter vermutet wird, nichts. Es ist daher erforderlich festzulegen, welchen Umfang eine Beschäftigung haben muss, um als Arbeitnehmer zu gelten. Den Anspruch auf beitragsunabhängige Sozialleistungen wie den Leistungen nach SGB II sollte nur derjenige haben, der monatlich ein Einkommen erzielt, das dem einer Vollzeitbeschäftigung von 40 Stunden nach dem jeweilig geltenden Mindestlohn entspricht.
- Parallel zu der Klarstellung im SGB II und SGB XII muss ein völkerrechtlicher Vorbehalt zum Europäischen Fürsorgeabkommen erklärt werden, damit die geplanten Leistungsausschlüsse nicht über diesen Weg umgangen werden können.
- Beim geplanten Leistungsausschluss für Personen, die ihr Aufenthaltsrecht aus Art. 10 der Verordnung (EU) Nr. 492/2011 herleiten, sollte nochmal geprüft werden, ob damit tatsächlich auch ein Ausschluss von Auszubildenden selbst und nicht nur deren Eltern geregelt wird.

Zu begrüßen sind die im Gesetzentwurf vorgesehenen Regelungen zur Datenübermittlung insbesondere zur Familienkasse, die damit endlich in die Lage versetzt wird, die Voraussetzungen für den Bezug von Kindergeld effektiv zu prüfen.

Neben den notwendigen Änderungen im nationalen Recht sollte zudem das europäische Sekundärrecht insbesondere die Freizügigkeitsrichtlinie 2004/38/EG so überarbeitet werden, dass ein Anspruch auf Sozial(hilfe)leistungen erst dann besteht, wenn der jeweilige Unionsbürger im Aufnahmemitgliedstaat für eine gewisse Zeit in einem gewissen Umfang gearbeitet hat.

Ein zeitlich unbegrenzter Anspruch auf Sozial(hilfe)leistungen sollte erst nach fünfjährigem rechtmäßigen Aufenthalt möglich sein, wenn ein Arbeitnehmer oder Selbstständiger während dieses Zeitraums mindestens vier Jahre lang ein Einkommen erzielt hat, das dem einer Vollzeitbeschäftigung von 40 Stunden nach dem jeweilig geltenden Mindestlohn entspricht. Innerhalb der ersten fünf Jahre sollte grundsätzlich erst nach einem Jahr Beschäftigung überhaupt Zugang zu Sozialleistungen bestehen und die Bezugsdauer auf ein halbes Jahr festgelegt werden.

Im Einzelnen

Dauerhafter Zugang zu Leistungen nach SGB II bzw. SGB XII nach fünf Jahren sollte „erarbeitet" werden

Auch die BDA hat in ihrem Positionspapier „Arbeitnehmerfreizügigkeit erhalten – Zuwanderung in Sozialsysteme eingrenzen"[1] vorgeschlagen, dass ein dauerhafter Zugang zu Sozial(hilfe)leistungen nach fünf Jahren Aufenthalt sinnvoll ist. Anders als im Gesetzentwurf vorgesehen, sollte allerdings hierfür nicht nur der tatsächliche und nach dem Gesetzentwurf nun auch rechtmäßige Aufenthalt von fünf Jahren genügen. Vielmehr sollte Voraussetzung sein, dass man sich diesen dann unbeschränkten Zugang zu Sozialleistungen erarbeitet hat, also innerhalb des Fünf-Jahres-Zeitraums für eine nicht unwesentliche Zeit einer Erwerbstätigkeit nachgegangen ist.

Die BDA hatte insoweit einen Vorschlag vorgelegt, dass grundsätzlich nur derjenige, der innerhalb der ersten fünf Jahre wenigstens vier Jahre gearbeitet hat, dauerhaft und voraussetzungslos Zugang zu Sozial(hilfe)leistungen haben sollte.

Dem Grundgedanken, dass für den dauerhaften Zugang zu Sozialleistungen auch ein Beitrag des jeweiligen Ausländers zum Arbeitsmarkt gegenüberstehen und damit tatsächlich eine konkrete Verbindung zum Arbeitsmarkt bestehen sollte, sollte Rechnung getragen werden.

Zugang zu Sozial(hilfe)leistungen nur bei Beschäftigung von nicht geringem Umfang

Grundsätzlich sollte nur eine Tätigkeit bereits zu einem Anspruch auf Sozialleistungen nach SGB II führen, die nicht nur geringfügig ist. Zwar gehen wir nicht davon aus, dass in größerem Umfang gezielt ein Minijob oder eine Selbstständigkeit aufgenommen wird, um ergänzend SGB-II-Leistungen zu beziehen. Dennoch sollte klargestellt werden, dass nur dann Ansprüche auf solidarische Sozialleistungen nach SGB II bestehen können, wenn der Betreffende sich diese Leistungen in einem gewissen Umfang erarbeitet hat.

Auch nach dem Gesetzentwurf bleibt es bei der derzeitigen Rechtslage, dass Selbständige und Arbeitnehmer grundsätzlich Anspruch auf Sozialleistungen nach SGB II haben. Wer als Arbeitnehmer und Selbständiger anzusehen ist, regelt das Freizügigkeitsgesetz-EU in § 2 in Umsetzung der Freizügigkeitsrichtlinie. Es bleibt danach für sechs Monate auch derjenige Arbeitnehmer und Selbständiger, der unfreiwillig arbeitslos geworden ist und mindestens sechs Monate und weniger als ein Jahr in Deutschland gearbeitet hat. Wer länger als ein Jahr gearbeitet hat, gilt bei unfreiwilliger Arbeitslosigkeit dauerhaft als Arbeitnehmer oder Selbständiger. Im Ergebnis führt dies dazu, dass bei einer Beschäftigung von mehr als einem Jahr in Deutschland im Regelfall ein dauerhafter Zugang zu Sozialleistungen besteht. Hieran ändert der Gesetzentwurf nichts.

Bisher ist nicht geregelt, in welchem Umfang Unionsbürger gearbeitet haben müssen, um als Arbeitnehmer und Selbstständige zu gelten und infolgedessen Zugang zu Sozialleistungen zu erhalten. Einen Anspruch auf beitragsunabhängige Sozialleistungen wie nach SGB II sollte nur derjenige haben, der monatlich ein Einkommen erzielt, das dem einer Vollzeitbeschäftigung von 40 Stunden nach dem jeweilig geltenden Mindestlohn entspricht. Damit wären dann auch Selbständige, die lediglich in geringem Umfang arbeiten, nicht mehr umfasst oder auch Minijobber nicht mehr als Arbeitnehmer anzusehen.

Derartige Klarstellungen beim Arbeitnehmerbegriff sollen nicht dazu führen, Alleinerziehende oder Familien mit Kindern schlechterzustellen. Soweit die Voraussetzungen für einen Sozialleistungsbezug erfüllt sind und sich die betreffende Person damit selbst versorgen kann, stehen ihr auch ergänzende Leistungen zur individuellen Bedarfsdeckung zu.

Übergehung über das Europäische Fürsorgeabkommen (EFA) rechtssicher ausschließen – Vorbehalt zum EFA erklären

Der Gesetzentwurf enthält nicht mehr – wie es der Referentenentwurf bei der Problembeschreibung noch tat – einen Hinweis darauf, dass das Bundessozialgericht die Ausschlussregelungen nach SGB XII nicht auf Angehörige von Staaten anwendet, die das Europäische Fürsorgeabkommen unterzeichnet haben. Die Bundesregierung hat sich bisher nicht dazu geäußert, ob sie den bereits für SGB-II-Leistungen erklärten umfassenden Vorbehalt entsprechend auch auf SGB-XII-Leistungen erweitern will.

Dies wäre allerdings unbedingt erforderlich, damit auch die neu in § 23 Abs. 3 Nr. 1 – 4 SGB XII geregelten Leistungsausschlüsse nicht ins Leere laufen. Der derzeit erklärte Vorbehalt zum SGB XII bezieht sich nur auf die Hilfen zur Überwindung besonderer sozialer Schwierigkeiten nach §§ 67–69 SGB XII. Das Bundessozialgericht hat in seinen Urteilen vom 3. Dezember 2015 (B 4 AS 43/15 R und B 4 AS 44/15 R) explizit darauf verwiesen, dass erwerbsfähige Leistungsberechtigte aus EFA-Mitgliedstaaten weiterhin einen Anspruch auf SGB XII-Leistungen haben können, sofern sie sich erlaubt in Deutschland aufhalten, weil ein Vorbehalt für die Hilfen zu Lebensunterhalt gerade nicht erklärt worden sei. Das EFA geht Leistungsausschlüssen im SGB XII auch als unmittelbar geltendes und spezielleres Bundesrecht vor. Es wäre nicht ausgeschlossen, dass über den Grundsatz der Gleichbehandlung dann auch

[1] Abrufbar unter www.arbeitgeber.de > Presse > Stellungnahmen & Positionen.

Unionsbürgern Hilfen zum Lebensunterhalt gewährt werden müssten.

Der zu erklärende Vorbehalt müsste klarstellen, dass erwerbsfähige Hilfebedürftige nicht vom EFA erfasst sind und zudem diejenigen Ausländer ausgeschlossen sind, die von den dann neu in § 23 Abs. 3 Nr. 1–4 SGB XII geregelten Leistungsausschlüssen betroffen sind. Damit würde auch erreicht, dass erwerbsfähige Unionsbürger aus EFA-Vertragsstaaten und solche aus Nicht-EFA-Vertragsstaaten gleich behandelt werden und es zu keiner Diskriminierung von Unionsbürgern kommt.

Regelungen zur Datenübermittlung wichtig

Insbesondere die im Gesetzentwurf aufgenommenen Regelungen zur Datenübermittlung an die Familienkasse sind zu begrüßen. Damit wird es der Familienkasse endlich möglich sein, effektiv zu prüfen, ob nach dem Verlust der Freizügigkeitsberechtigung die Anspruchsvoraussetzungen nach § 62 Einkommensteuergesetz zum Bezug von Kindergeld noch bestehen. Zukünftig soll auch die Ausländerbehörde nach § 87 Aufenthaltsgesetz (AufenthG) darüber unterrichtet werden, wenn ein Ausländer oder Familienangehöriger Sozialleistungen in Anspruch nimmt oder beantragt. Damit soll sichergestellt werden, dass die Ausländerbehörden über die notwendigen Erkenntnisse verfügen, um über den Verlust oder das Nichtbestehen des Freizügigkeitsrechts bzw. um über die Erteilung eines Aufenthaltstitels für Drittstaatsangehörige entscheiden zu können, da hierbei in der Regel die Sicherung des Lebensunterhalts Voraussetzung ist (vgl. § 5 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG).

Leistungsausschluss von Auszubildenden überprüfen

Sowohl in § 7 SGB II als auch in § 23 Abs. 3 SGB XII sollen Personen vom Leistungsausschluss erfasst sein, deren Aufenthaltsrecht sich unmittelbar aus dem Recht zum Schul-und Ausbildungsbesuch aus Art. 10 der Verordnung (EU) Nr. 492/2011 ergibt. Auch wenn in der Gesetzesbegründung nicht mehr explizit steht, dass der Leistungsausschluss auch für Auszubildende selbst gilt, sollte die Reichweite dieses Leistungsausschlusses mit Blick auf Auszubildende nochmal geprüft werden. Es muss sichergestellt sein, dass das Freizügigkeitsrecht für Auszubildende nach § 2 Abs. 2 Nr. 1 Freizügigkeitsgesetz/EU hier vorgeht.

Ein Leistungsausschluss von Auszubildenden könnte die innereuropäische Mobilität von Auszubildenden einschränken und stünde im Widerspruch zu den Bemühungen, Jugendliche aus Europa für die duale Ausbildung in Deutschland zu gewinnen. Auch die Notwendigkeit des Leistungsausschlusses für Auszubildende erschließt sich nicht, da keine Missbrauchsgefahren erkennbar sind. Schließlich werden Auszubildende nur dann ergänzendes Arbeitslosengeld II erhalten, wenn sie trotz Ausbildungsvergütung nicht über genügend Einkommen verfügen, um ihren Lebensunterhalt zu sichern.

Rechtliche Änderungen im europäischen Sekundärrecht auf den Weg bringen

Neben den Anpassungen im deutschen Recht müssen zeitnah auch auf europäischer Ebene durch Änderung europäischen Sekundärrechts – insbesondere der Freizügigkeitsrichtlinie – striktere Regelungen für den Bezug von Sozial(hilfe)leistungen auf den Weg gebracht werden.

Auch wenn aus Sicht der BDA eine nationale Regelung, die den erforderlichen Umfang der auszuübenden Tätigkeit an einer Vollzeitbeschäftigung orientiert, möglich ist, sollte dennoch eine klarstellende Ergänzung in der Freizügigkeitsrichtlinie 2004/38/EG vorgenommen werden. Bisher ist in der Richtlinie keine explizite Regelung zum notwendigen Umfang der Beschäftigung enthalten, die erforderlich ist, um als Arbeitnehmer oder Selbstständiger mit grundsätzlichem Zugang zu Sozial(hilfe)leistungen zu gelten. Entsprechende Änderungsvorschläge hat die BDA in ihrem Positionspapier „Arbeitnehmerfreizügigkeit erhalten – Zuwanderung in Sozialsysteme eingrenzen“1 unterbreitet.

Bisher regelt Art. 7 Abs. 3 b) und c) der Freizügigkeitsrichtlinie, dass die Arbeitnehmereigenschaft und Selbständigeneigenschaft bei unfreiwilliger Arbeitslosigkeit für sechs Monate bzw. dauerhaft fortbesteht. Hier sollte grundsätzlich erst nach einem Jahr Beschäftigung überhaupt Zugang zu Sozial(hilfe)leistungen bestehen und die Bezugsdauer auf ein halbes Jahr festgelegt werden. Grundsätzlich ist ein halbes Jahr ausreichend, um sich eine neue Beschäftigung zu suchen.

Art. 16 der Freizügigkeitsrichtlinie gewährleistet jedem Unionsbürger, der sich rechtmäßig fünf Jahre lang ununterbrochen im Aufnahmemitgliedstaat aufgehalten hat, das Recht, sich dort auf Dauer aufzuhalten. Um die Unterwanderung der Arbeitnehmerfreizügigkeit zu verhindern, sollte die aus Art. 16 resultierende Freizügigkeit vom Recht auf Sozialhilfebezug entkoppelt werden. Ein dauerhafter Sozialhilfebezug sollte nur beim Erfüllen bestimmter Tatbestandsvoraussetzungen ermöglicht werden.

So sollte ein zeitlich unbegrenzter Anspruch auf Sozial(hilfe)leistungen erst nach fünfjährigem rechtmäßigen Aufenthalt möglich sein, wenn ein Arbeitnehmer oder Selbstständiger während dieses Zeitraums mindestens vier Jahre lang ein Einkommen erzielt hat, das dem einer Vollzeitbeschäftigung von 40 Stunden nach dem jeweilig geltenden Mindestlohn entspricht. Erst dann weist er einen, für die Sozial(hilfe)leistungen hinreichenden Bezug zum Arbeitsmarkt auf. Eine entsprechende europarechtliche Klarstellung gewährleistet, dass die Arbeitnehmerfreizügigkeit in ihrem Wesensgehalt nicht zu einer allgemeinen Bürgerfreizügigkeit umfunktioniert wird.

DEUTSCHER BUNDESTAG
Ausschuss für
Arbeit und Soziales
18. Wahlperiode

Ausschussdrucksache 18(11)**839**

24. November 2016

Schriftliche Stellungnahme

zur öffentlichen Anhörung von Sachverständigen in Berlin 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-Drucksache 18/10211

Bundesagentur für Arbeit

1. Zu Artikel 1 – Änderung § 7 Absatz 1 Satz 2 und Satz 4 – 5

Die Neuregelung behält den Grundsatz bei, dass erwerbstätige Unionsbürger ggf. aufstockend Leistungen nach dem SGB II erhalten können. Neben den bisherigen Leistungsausschlüssen für alle Ausländer in den ersten drei Monaten des Aufenthaltes und für Unionsbürger bei einem Aufenthaltsrecht ausschließlich zur Arbeitsuche werden als weitere Leistungsausschlüsse gesetzlich normiert:

- Leistungsausschluss für nicht erwerbstätige Personen ohne materielles Freizügigkeits- oder Aufenthaltsrecht und deren Familienangehörige.
- Leistungsausschluss für Personen, deren Aufenthaltsrecht sich unmittelbar oder abgeleitet von ihren Kindern ausschließlich aus Artikel 10 der Verordnung (EU) 492/2011 ergibt.

Für bestimmte Personen wird die Möglichkeit zum Bezug von Leistungen der Grundsicherung für Arbeitsuchende nach dem SGB II eröffnet, wenn sich deren Aufenthalt nach fünf Jahren verfestigt hat. Die Verfestigung des Aufenthalts kann nicht eintreten, wenn die Ausländerbehörde den Verlust des Freizügigkeitsrechts für Unionsbürger festgestellt hat oder der Aufenthalt nicht rechtmäßig war und die ausländischen Staatsangehörigen deshalb zur Ausreise verpflichtet waren.

Mit der Klarstellung, wonach kein Leistungsanspruch besteht, wenn kein Freizügigkeitsrecht vorliegt, wird die vom BSG bestätigte Rechtsauslegung, dass Personen ohne materielles Freizügigkeits- oder Aufenthaltsrecht „erst recht“ von den Leistungen nach dem SGB II ausgeschlossen sind, gesetzlich normiert. Damit wird die Umsetzung des bisher durch Rechtsauslegung bestehenden Leistungsausschlusses er-leichtert und Rechtssicherheit geschaffen. Die Regelung wird daher befürwortet.

Der weitere, neu eingeführte Leistungsausschluss soll eine Lücke schließen, die erst durch die Rechtsprechung des BSG aufgezeigt wurde. In der Rechtsprechung des BSG vom 03.12.2015, die sich an die EuGH-Rechtsprechung im Fall Alimanovic anlehnt, wurde dargelegt, dass nicht mehr erwerbstätige Eltern ein Aufenthaltsrecht von ihren Kindern nach Artikel 10 der VO (EU) 492/2011 ableiten können, wenn diese Kinder in Deutschland eine bereits begonnene (Schul-)Ausbildung fortsetzen. Um ein Aufenthaltsrecht nach Artikel 10 der VO (EU) 492/2011 zu erhalten, ist erforderlich, dass ein Elternteil zuvor den Arbeitnehmerstatus erlangt hatte. Eine selbständige Tätigkeit ist hierfür nicht ausreichend. Insofern handelt es sich um einen sehr begrenzten Personenkreis.

Die Schließung der durch das BSG aufgezeigten Lücke in den Leistungsausschlüssen von Unionsbürgerinnen und Unionsbürgern wird begrüßt, da die Prüfung des Vorliegens eines abgeleiteten Aufenthaltsrechts für den nicht mehr erwerbstätigen Elternteil eines Kindes nach Artikel 10 der VO (EU) 492/2011 in den JC aufwändig ist.

Von diesem Leistungsausschluss nicht erfasst sind Auszubildende, die eine berufliche Ausbildung absolvieren. Dieser Personenkreis zählt zu den Arbeitnehmern und hat damit weiterhin Zugang zu den Leistungen des SGB II.

2. Zu Artikel 4 – Änderung des Aufenthaltsgesetzes

Mit § 87 Absatz 2 Nummer 2a AufenthG soll eine ausdrückliche Pflicht der Leistungsbehörden zur Unterrichtung der Ausländerbehörden begründet werden, wenn ein Ausländer für sich selbst, seine Familienangehörigen oder für sonstige Haushaltsangehörige Sozialleistungen in den Fällen des § 7 Absatz 1 Satz 2 Nummer 2 oder Satz 4 SGB II in Anspruch nimmt oder beantragt.

Die Einführung einer generellen Mitteilungsverpflichtung an die Ausländerbehörden bei der Beantragung und bei der Gewährung von Sozialleistungen wird in den Jobcentern einen erhöhten Verwaltungsaufwand erzeugen, da jede Antragstellung (auch solche, die nach Beratung nicht weiter verfolgt werden) dokumentiert und an die Ausländerbehörde übermittelt werden muss. Es ist insbesondere nicht schlüssig, warum in diesen und in abgelehnten Fällen eine entsprechende Mitteilung erfolgen soll. Zur Arbeitserleichterung für die Jobcenter wird langfristig ein technisch unterstützter Datenaustausch mit den Ausländerbehörden und kurzfristig die Bereitstellung einer BK-Vorlage notwendig werden. Mit der derzeitigen Formulierung wären auch Bewilligungen nach einem gefestigten Aufenthalt von 5 Jahren zu melden.

DEUTSCHER BUNDESTAG
Ausschuss für
Arbeit und Soziales
18. Wahlperiode

Ausschussdrucksache 18(11)**841**

24. November 2016

Schriftliche Stellungnahme

zur öffentlichen Anhörung von Sachverständigen in Berlin 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-Drucksache 18/10211

Ingo Nürnberger

Generelle Einschätzung zum Gesetzesentwurf

Der Gesetzentwurf ist im Grundsatz sachgerecht:

> Die Freizügigkeit innerhalb der EU bezieht sich im Wesentlichen auf Arbeitnehmer/innen und nicht darauf, dass die EU-Bürger/innen sich das sozialstaatliche System "aussuchen" können, in dem sie leben wollen.
>
> Die angestrebten Regelungen unterstützen eine positive Haltung der Bürger/innen gegenüber der EU und gegenüber den sozialstaatlichen Regeln generell. Die vorgeschlagene Regelung entspricht nicht nur dem Gedanken der Arbeitnehmerfreizügigkeit, sondern auch den Gerechtigkeitsvorstellungen der meisten Menschen.
>
> Es wäre widersinnig, erwerbsfähige EU-Bürger/innen ins SGB XII-System „abzuschieben“, in dem so gut wie keine aktivierenden arbeitsmarktpolitischen Leistungen vorgesehen sind. Die BSG-Urteile hätten aber genau das bewirkt.
>
> Der Gesetzentwurf trägt zur Rechtssicherheit bei und schont die kommunalen Kassen. Die vom Bundessozialgericht geäußerte Auffassung zum Leistungsanspruch erwerbsfähiger EU-Bürger nach dem SGB XII, die länger als sechs Monate in Deutschland leben, wird nicht von allen Sozialgerichten und Landessozialgerichten geteilt. Dies hat zur Folge, dass derzeit zahlreiche Rechtsmittelverfahren anhängig sind.

Abzuwarten ist die praktische Wirkung des Gesetzentwurfs. Es reicht auch weiterhin die Ausübung eines Minijobs, um einen Arbeitnehmerstatus zu erlangen, der zum Bezug von Grundsicherung nach dem SGB II und aufenthaltsrechtlich zum Verbleib in Deutschland berechtigt. Vor diesem Hintergrund sehe ich die Notwendigkeit, den Jobcentern ausreichende Instrumente und Ressourcen in die Hand zu geben, um EU-Ausländer/innen mit einem Minijob, die ergänzende SGB II-Leistungen beziehen, sowohl zu "fordern" als auch zu "fördern".

Einschätzung zu einzelnen Regelungen

> Wünschenswert wäre eine Nachbesserung der Regelungen der Überbrückungsleistungen und der Rückkehrhilfe. So wäre es im Hinblick auf den Personenkreis der zum größten Teil erwerbsfähigen Personen systematisch geboten, diese Leistungen im SGB II zu regeln. Leistungen nach dem SGB XII sollten nur für Nicht-Erwerbsfähige Personen infrage kommen. Außerdem erleichtert die bundesweit in den Jobcentern eingesetzte einheitliche Software die im Gesetzentwurf vorgesehene Prüfung, ob diese Leistungen innerhalb eines Zeitraumes von zwei Jahren schon einmal bezogen worden ist.
>
> Unterstützt wird, dass es „Überbrückungsleistungen“ zur Existenzsicherung gibt, bis die betroffenen Menschen ausreisen, die sich vergeblich in Deutschland um Arbeit bemüht haben. Offen bleibt jedoch die Frage, was passiert, wenn die Menschen das Land trotzdem nicht verlassen.

Klar ist, dass der Gesetzentwurf den Betroffenen zwar die finanzielle Grundlage für ein weiteres Leben in Deutschland entzieht, aber damit erfolgt noch nicht automatisch aufenthaltsrechtlich die Pflicht zur Ausreise. Dafür ist der Entzug der Freizügigkeit durch die Ausländerbehörde festzustellen. In diesem Zusammenhang wurde im § 87 Abs. 2 Nr. 2a AufenthG die Pflicht für die Leistungsbehörden aufgenommen, eine Antragstellung auf Sozialleistungen gegenüber der Ausländerbehörde zu melden.

Das Risiko, dass Personen trotz des Entzuges der Freizügigkeit in Deutschland verbleiben und insofern in Illegalität und ggf. Obdachlosigkeit leben, besteht. Wie relevant dieses Risiko aber tatsächlich ist, wird die Praxis zeigen.

> Es stellt sich die Frage, ob nicht ein größerer Spielraum für Härtefall-Entscheidungen sinnvoll wäre. Die "Wartefrist" von fünf Jahren ist relativ lang.

Zur Veranschaulichung folgende Beispiele:

„EU-Ehepaar, verheiratet, zwei Kinder 8 und 10 Jahre, nur der Vater ist erwerbstätig, seit vier Jahren in Deutschland. Kinder sind in der Schule integriert. Der Vater trennt sich von der Familie."
Wäre in einem solchen Fall bei fehlenden Unterhaltszahlungen des Vaters der Entzug aller finanziellen Leistungen für Mutter und Kinder vertretbar? Insgesamt bringt die Regelung die Mutter in die Situation, durch den Mann erpressbar zu sein.

Die neuen Regelungen im § 23 Absatz 3 letzter Absatz SGB XII sehen zwar eine Härtefallregelung im SGB XII vor. Diese ist so formuliert, dass „im Einzelfall aufgrund besonderer Umstände zur Überwindung einer besonderen Härte und zur Deckung einer zeitlich befristeten Bedarfslage“ Leistungen gewährt werden können.

Die Vorschrift bietet Möglichkeiten, in Einzelfällen Leistungen für einen befristeten Zeitraum zu gewähren. Allerdings wirkt die Formulierung „zeitlich befristete Bedarfslage“ in einer ersten Einschätzung deutlich einschränkend. Es stellt sich die Frage, ob der Leistungsträger - in Abstimmung mit der Ausländerbehörde - nicht einen größeren Handlungsspielraum erhalten sollte.

Allerdings müsste die Härtefallregelung nicht nur im SGB XII, sondern vorrangig im SGB II verankert werden: Nur dann entsteht in Härtefällen eine echte Perspektive für die betroffenen Menschen, die sich in Deutschland integrieren wollen (wie vielleicht der oben geschilderte Fall), indem die aktivierenden Leistungen und der Arbeitsmarktkompetenz des SGB II-Trägers wirken können.

DEUTSCHER BUNDESTAG
Ausschuss für
Arbeit und Soziales
18. Wahlperiode

Ausschussdrucksache 18(11)**842**

24. November 2016

Schriftliche Stellungnahme

zur öffentlichen Anhörung von Sachverständigen in Berlin 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-Drucksache 18/10211

Dr. Björn Harich

Auf Ihre Bitte vom 21. November 2016 nehme ich zu dem oben genannten Gesetzentwurf Stellung, wobei ich mich in der schriftlichen Stellungnahme aufgrund der Kürze der Zeit auf die folgenden wesentlichen Aussagen beschränken werde:

1) Der grundsätzliche Ansatz des Gesetzentwurfs, bestimmte im Inland aufhältige Unionsbürger von existenzsichernden Leistungen nach dem SGB II bzw. dem SGB XII auszuschließen, ist im Unionsrecht angelegt.

2) Arbeitsuchende oder nicht freizügigkeitsberechtigte Unionsbürger haben nach nationalem Verfassungsrecht bereits dem Grunde nach keinen Anspruch auf staatliche Sicherstellung des Existenzminimums wie Inländer. Verfassungsrechtlich geboten ist aber eine Härtefallregelung. Die insoweit im Gesetzentwurf der Bundesregierung enthaltene Regelung ist ausreichend.

3) Mit der Rückausnahme vom SGB II-/SGB XII-Leistungsausschluss nach fünf Jahren Aufenthalt erfüllt der Gesetzgeber keine unionsrechtliche oder verfassungsrechtliche Vorgabe. Die praktische Bedeutung dieser Regelung ist derzeit offen. Sie sollte insbesondere im Hinblick auf die Frage unwesentlicher Unterbrechungen des Inlandsaufenthalts noch einmal überdacht werden.

4) Es spricht einiges dafür, dass der neue Leistungsausschluss für Aufenthaltsberechtigte nach Art. 10 Verordnung (EU) Nr. 492/2011 mit Unionsrecht nicht vereinbar ist.

1) Der grundsätzliche Ansatz des Gesetzentwurfs, bestimmte im Inland aufhältige Unionsbürger von existenzsichernden Leistungen nach dem SGB II bzw. dem SGB XII auszuschließen, ist im Unionsrecht angelegt.

Aufenthaltsrecht und Sozialleistungsberechtigung von Unionsbürgern sind im Unionsrecht differenziert geregelt. Der Regelungsrahmen trägt erkennbar die Züge eines **Kompromisses** zwischen den Organen der Europäischen Union, der seinerzeit im Angesicht der EU-Osterweiterung mit der sich abzeichnenden Verschärfung des Wohlstandsgefälles erzielt worden war. Gegenstand des Kompromisses war der Ausgleich zwischen der Freizügigkeit der Unionsbürger einer- und der mitgliedstaatlichen Zuständigkeit zur Ausgestaltung ihrer sozialen Sicherungssysteme andererseits. Das Ergebnis dieses Kompromisses, wie er sich weiterhin in der Richtlinie 2004/38/EG (im Folgenden: Unionsbürger-RL) findet, ist eine **Entkoppelung des Freizügigkeitsrechts von der Sozialhilfeberechtigung**. Weitgehende Aufenthaltsrechte stehen eingeschränkten Zugangsrechten zu Sozialhilfeleistungen gegenüber. Dieser Kompromiss fußt letztlich auf der Überlegung, dass jedenfalls bestimmten Unionsbürgern in der Situation einer finanziellen Notlage eine Rückreise in ihren Heimatstaat jederzeit möglich ist und deshalb die Einräumung von Aufenthaltsrechten (etwa als Arbeitsuchender) in verhältnismäßiger Weise von einem Soziahilfeausschluss abhängig gemacht werden kann. Die jüngste **Rechtsprechung des EuGH** in den **zum SGB II** ergangenen Rechtssachen *Dano* (Urt. v. 11.11.2014, C-333/13 – nicht freizügigkeitsberechtigte Unionsbürger), *Alimanovic* (Urt. v. 15.09.2015, C-67/14 – Unionsbürger mit einem Aufenthaltsrecht allein zum Zwecke der Arbeitsuche) und *Garcia-Nieto* (Urt. v. 25.02.2016, C-299/14 – Unionsbürger mit einem Freizügigkeitsrecht für Kurzaufenthalte

bis zu drei Monaten) bewahrt das Ergebnis dieses Interessenausgleichs.

Im Hinblick auf die Freizügigkeitsberechtigung ist insbesondere zu unterscheiden zwischen Arbeitnehmern, Arbeitsuchenden und Nichterwerbstätigen. An die **Arbeitnehmereigenschaft** werden nur geringe Anforderungen gestellt. Nach der ständigen Rechtsprechung des EuGH knüpft der Arbeitnehmerstatus an die Ausübung „tatsächlicher und echter Tätigkeiten" in einem Lohn- oder Gehaltsverhältnis an, wobei nur solche Tätigkeiten außer Betracht bleiben, die einen so geringen Umfang haben, dass sie sich „als völlig untergeordnet und unwesentlich" darstellen (vgl. nur EuGH, Urt. v. 23.03.1982, *Levin*, 53/81). Nicht erforderlich ist es, dass der Betroffene mit dem erzielten Arbeitsentgelt seinen Lebensunterhalt eigenständig sichern kann. Das **Aufenthaltsrecht zum Zwecke der Arbeitsuche** setzt dagegen jedenfalls nach sechs Monaten die im Einzelfall schwierige Frage nach der begründeten Aussicht einer Einstellung voraus (vgl. nunmehr § 2 Abs. 2 Buchst. 1a FreizügG/EU). Art. 7 Abs. 1 Buchst. b) Unionsbürger-RL knüpft das **Freizügigkeitsrecht Nichterwerbstätiger** unter anderem an das Vorhandensein ausreichender Existenzmittel, um den Sozialsystemen des Aufnahmemitgliedstaats nicht zur Last zu fallen. Auch bei Nichterwerbstätigen darf ein Sozialhilfebezug allerdings nicht automatisch zu einer Ausweisung führen (Art. 14 Abs. 3 Unionsbürger-RL sowie Erwägungsgrund 16). Hinzu kommen weitere Verfahrensgarantien. Selbst wenn also kein Freizügigkeitsrecht als Nichterwerbstätiger besteht, sind der Aufenthaltsbeendigung enge Grenzen gesetzt. In der fehlenden Aufenthaltsbeendigung nicht freizügigkeitsberechtigter Unionsbürger liegt deshalb nicht zwingend ein Vollzugsdefizit der Ausländerbehörden.

Die fehlende Freizügigkeitsberechtigung Nichterwerbstätiger, das Freizügigkeitsrecht Arbeitsuchender und das weitgehend voraussetzungslose Freizügigkeitsrecht für Kurzaufenthalte wirken sich nach dem Unionsrecht aus im Hinblick auf die **sozialrechtliche Leistungsberechtigung** der Betroffenen. Nicht freizügigkeitsberechtigte Unionsbürger können nicht geltend machen, im Hinblick auf den Zugang zu sozialen Leistungen benachteiligt zu werden (Art. 24 Abs. 1 Unionsbürger-RL). Sind sie lediglich als Arbeitsuchende oder im Rahmen eines Kurzaufenthalts von bis zu drei Monaten freizügigkeitsberechtigt, können sie von Sozialhilfeleistungen ausgeschlossen werden (Art. 24 Abs. 2 Unionsbürger-RL). Die starke aufenthaltsrechtliche Stellung von Unionsbürgern einer- und ihre (teilweise) fehlende Sozialhilfeberechtigung andererseits beziehen sich im Unionsrecht aufeinander. Der EuGH hat diese **Wechselbezüglichkeit** in seiner Rechtsprechung klar benannt und sie für vereinbar mit dem Primärrecht der Union angesehen.

2) Arbeitsuchende oder nicht freizügigkeitsberechtigte Unionsbürger haben nach nationalem Verfassungsrecht bereits dem Grunde nach keinen Anspruch auf staatliche Sicherstellung des Existenzminimums wie Inländer (a.). Verfassungsrechtlich geboten ist aber eine Härtefallregelung (b.). Die insoweit im Gesetzentwurf der Bundesregierung enthaltene Regelung ist ausreichend (c.).

a) Arbeitsuchende Unionsbürger oder Unionsbürger ohne Freizügigkeitsrecht können in der Bundesrepublik im Hinblick auf den Zugang zu existenzsichernden Leistungen keine Gleichbehandlung mit Inländern oder Ausländern aus Drittstaaten verlangen. Dies ist, wie dargelegt, im Unionsrecht so angelegt. Etwas Anderes folgt auch nicht aus dem Grundgesetz.

Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts vermittelt Art. 1 Abs. 1 GG i. V. m. Art. 20 Abs. 1 GG ein **Grundrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums** (grundlegend BVerfG, Urt. v. 09.02.2010 – 1 BvL 1/09, 1 BvL 3/09, 1 BvL 4/09, BVerfGE 125, 175 ff.; vgl. auch BVerfG, Beschl. v. 23.07.2014 – 1 BvL 10/12, 1 BvL 12/12, 1 BvR 1691/13, BVerfGE 137, 34 ff.). Es sichert jedem Hilfebedürftigen diejenigen materiellen Voraussetzungen zu, die für seine physische Existenz und für ein Mindestmaß an Teilhabe am gesellschaftlichen, kulturellen und politischen Leben unerlässlich sind.

Das Bundesverfassungsgericht hatte bislang **keine Gelegenheit**, über die Frage der Verfassungsmäßigkeit eines Ausschlusses von Unionsbürgern von Leistungen nach dem SGB II und dem SGB XII in der Sache zu entscheiden. In seiner Kammerrechtsprechung hat es lediglich umrissen, welche Fragen sich insoweit stellen können (vgl. zuletzt Nichtannahmebeschl. v. 04.10.2016 – 1 BvR 2778/13). Außerdem ist zu dieser Frage, die sich aufgrund der BSG-Rechtsprechung für das geltende Recht allerdings stark relativiert, eine Richtervorlage anhängig (1 BvL 4/16, Vorlagebeschl. des SG Mainz v. 18.04.2016 – S 3 AS 149/16).

In seiner Entscheidung zum Asylbewerberleistungsgesetz (AsylbLG) hat das Bundesverfassungsgericht **im Hinblick auf Drittstaatsangehörige** entschieden, dass das Grundrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums deutschen und ausländischen Staatsangehörigen, die sich in der Bundesrepublik aufhalten, gleichermaßen zusteht (Urt. v. 18.07.2012 - 1 BvL 10/10, 1 BvL 2/11, BVerfGE 132, 134 Rn. 63) und die Menschenwürde demgemäß, so das BVerfG in einer viel zitierten Aussage, nicht mit dem Ziel, Anreize für Wanderungsbewegungen zu vermeiden, „migrationspolitisch relativiert" werden könne (Rn. 95).

Alle drei grundlegenden Entscheidungen des Bundesverfassungsberichts zum menschenwürdigen Existenzminimum betrafen nicht den Leistungsanspruch dem Grunde nach.

Gleichwohl wird aus den Ausführungen des BVerfG insbesondere in seinem Urteil vom 18.07.2012 nach einer verbreiteten Ansicht der Schluss gezogen, dass auch der Leistungsausschluss für Unionsbürger nach § 7 Abs. 1 Satz 2 SGB II das Grundgesetz (Art. 1 Abs.

1 GG i. V. m. Art. 20 Abs. 1 GG) verletzt (vgl. etwa die Nachweise in BVerfG, Nichtannahmebeschl. v. 04.10.2016 – 1 BvR 2778/13, Rn. 12).

Der Leistungsausschluss nach § 7 Abs. 1 Satz 2 SGB II-E und § 23 Abs. 3 SGB XII-E in seiner konkreten Ausgestaltung ist **verfassungskonform**. Die neuere Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum menschenwürdigen Existenzminimum lässt dies aber nicht zweifelsfrei erscheinen. Das geplante Gesetz wirft die Frage der Anwendung der bisher bundesverfassungsrechtlich zu Art. 1 Abs. 1 GG i. V. m. Art. 20 Abs. 1 GG herausgearbeiteten Grundsätze auf Unionsbürger auf. Dahinter steht die (allgemeine) Frage, inwieweit das nationale Verfassungsrecht jenseits bindender Vorgaben in ein in sich stimmiges unionsrechtliches Regelungskonzept eingreifen will.

Mit der Entwurfsbegründung (S. 12) ist davon auszugehen, dass die Situation von Unionsbürgern auf der einen Seite und Drittstaatsangehörigen, deren Rechtsstellung allein Gegenstand des Urteils des BVerfG vom 18.07.2012 war, auf der anderen Seite **nicht vergleichbar** ist. Der Zugang zu Sozialhilfeleistungen kann dementsprechend unterschiedlich ausgestaltet sein. Für Flüchtlinge oder für Ausländer, die wegen ihrer Ausreiseunmöglichkeit im Besitz einer Aufenthaltserlaubnis aus humanitären Gründen sind, drängt sich dies auf. Es gilt aber auch darüber hinaus. Das Freizügigkeitsrecht von Unionsbürgern und das allgemeine Ausländerrecht sind strukturell verschieden. Der Inlandsaufenthalt ist bei Drittstaatsangehörigen an bestimmte gesetzliche Aufenthaltszwecke gebunden, deren Fehlen grundsätzlich die Aufenthaltsbeendigung zur Folge hat, während bei Unionsbürgern nach dem spezifischen Konstrukt der sog. Freizügigkeitsvermutung erst die ausländerbehördliche Verlustfeststellung eine Ausreisepflicht begründet. Der Unterschied wird auch deutlich im Hinblick auf das hier erhebliche Freizügigkeitsrecht zum Zwecke der Arbeitsuche, das im Aufenthaltsrecht keine Entsprechung hat. Wie dargelegt, korrespondiert dieses Freizügigkeitsrecht unionsrechtlich mit dem fehlenden Zugang zu Sozialhilfeleistungen. Die starke Stellung der Unionsbürger ohne Freizügigkeitsrecht im Hinblick auf eine mögliche Aufenthaltsbeendigung wird sozialleistungsrechtlich abgeschwächt durch die Nichtgeltung des Diskriminierungsverbots. Diese Wechselbezüglichkeit von Aufenthalts- und Sozialrecht im Unionsrecht würde durch einen aus nationalem Verfassungsrecht abgeleiteten Leistungsanspruch auf Sozialhilfe zu Lasten eines in sich stimmigen unionsrechtlichen Regelungskonzepts aufgebrochen.

Hinzukommt, dass bei Unionsbürgern generell kein Bedarf bestehen kann, das Existenzminimum durch den Aufnahmemitgliedstaat sicherzustellen. Die **Rückreise** in den Heimatstaat bei Eintritt von Hilfebedürftigkeit ist grundsätzlich immer **möglich und zumutbar**. Art. 1 Abs. 1 i. V. m. Art. 20 Abs. 1 GG kann nicht in der Weise ausgelegt werden, dass jeder, der sich in der Bundesrepublik aufhält, unabhängig von den staatlichen Möglichkeiten, seinen Aufenthalt zu beenden und unabhängig von der Frage, ob ihm eine Rückkehr in seinen Heimatstaat innerhalb weniger Stunden möglich ist, Anspruch auf eine dauerhafte staatliche Lebensunterhaltssicherung hat. Eine solche Forderung lässt sich der bisherigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, die in anderen Regelungszusammenhängen ergangen ist, nicht entnehmen.

Die Frage, ob den Betroffenen im Fall der Hilfebedürftigkeit verfassungsrechtlich zugemutet werden kann, in ihren Herkunftsmitgliedstaat zurückzukehren, ist zu trennen von der einfachrechtlichen Frage, ob die grundsätzlich mögliche Rückkehr unter dem Gesichtspunkt des Nachrangs der Sozialhilfe (§ 2 Abs. 1 SGB XII) einem Leistungsanspruch entgegensteht. Diese Frage hatte das BSG verneint (Urt. v. 20.01.2016 – B 14 AS 15/15 R). Auf die Reichweite des Nachranggrundsatzes kommt es nicht an, wenn Leistungsansprüche ausdrücklich gesetzlich ausgeschlossen sind und dies, wie dargelegt, verfassungsrechtlich zulässig ist.

b) Die Grundannahme, Unionsbürgern sei im Fall ihrer Hilfebedürftigkeit eine Rückkehr in ihren Heimatstaat jederzeit möglich und zumutbar, kann **im Einzelfall unzutreffend** sein. In der üblichen für die Ausreise benötigten Vorbereitungszeit findet eine Lebensunterhaltssicherung durch Überbrückungsleistungen längstens für einen Monat nach § 23 Abs. 3 Satz 3 SGB XII-E statt. Es ist denkbar, dass auch darüber hinaus eine Ausreise unmöglich ist. Die Entwurfsbegründung nennt insoweit zutreffend den Fall der Reiseunfähigkeit (S. 14) und schlägt damit selbst den Bogen zu inlandsbezogenen Vollstreckungshindernissen, deren Prüfung der Regierungsentwurf den Sozialgerichten im Rahmen einer **Härtefallregelung** nach § 23 Abs. 3 Satz 6 SGB XII-E überantwortet. Eine solche Härtefallregelung ist aus Gründen des nationalen Verfassungsrechts, nicht des Unionsrechts, geboten. Ihr wird in der Verwaltungspraxis eine wichtige Bedeutung zukommen. Sie verhindert, dass der Sozialhilfeträger sich für den Hilfefall nicht mehr für zuständig hält und damit staatliche Kontrolle aufgibt. Sie stellt heraus, dass der im Grundsatz bestehende Leistungsausschluss **staatliche Verantwortung** auch begründet und sie nicht beendet. Soweit der Sozialhilfeträger zugleich Jugendhilfeträger und Ordnungsbehörde ist, hat er den Hilfefall auch im Hinblick auf weitere Maßnahmen, etwa nach Obdachlosenpolizeirecht, zu prüfen.

c) Die in § 23 Abs. 3 Satz 6 SGB XII-E enthaltene **Härtefallregelung ist ausreichend**, um im Einzelfall zu verfassungskonformen Ergebnissen zu gelangen. Sie macht einerseits den gesetzgeberischen Willen zu einer restriktiven Anwendung hinreichend deutlich. Andererseits ist sie offen genug, um auch bei der Vielgestaltigkeit möglicher Härtefallkonstellationen Leistungen ausnahmsweise gewähren zu können. Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass mit dem Gesetzentwurf – legitimer Weise – eine appellatorische Zielsetzung verfolgt wird (vgl. Entwurfsbegründung S. 10), das Gesetz seine Steuerungswirkung also gerade im Hinblick auf noch im Herkunftsstaat verbliebene Unionsbürger ausüben soll.

Die ausdrückliche Regelung bestimmter Personengruppen, bei denen Härtefälle naheliegen (Geschiedene/Alleinerziehende), ist nicht veranlasst. Denkbar ist, dass dieser Personenkreis bereits tatbestandlich nicht unter den Leistungsausschluss fällt, weil

er nach wie vor freizügigkeitsberechtigt ist. Dies ist im Einzelfall zu prüfen. Alleinerziehende würden vermutlich auch von einer Streichung des geplanten Leistungsausschlusses für Aufenthaltsberechtigte nach Art. 10 Verordnung (EU) Nr. 492/2011 profitieren (dazu ausführlich unter 4.).

3) Mit der Rückausnahme vom SGB II-/SGB XII-Leistungsausschluss nach fünf Jahren Aufenthalt erfüllt der Gesetzgeber keine unionsrechtliche oder verfassungsrechtliche Vorgabe (a.). Die praktische Bedeutung dieser Regelung ist derzeit offen (b.). Sie sollte insbesondere im Hinblick auf die Frage unwesentlicher Unterbrechungen des Inlandsaufenthalts noch einmal überdacht werden (c.).

a) Die **Rückausnahme** vom Leistungsausschluss nach fünf Jahren ist weder vom Unionsrecht noch vom Verfassungsrecht verlangt. Unionsrechtlich spiegelt sich eine fortschreitende Aufenthaltsverfestigung in dem Erwerb eines Daueraufenthaltsrechts nach fünf Jahren rechtmäßigem Aufenthalt wider (vgl. § 4a FreizügG/EU). Die Freizügigkeitsrechte nach der Unionsbürger-RL bauen zeitlich teilweise aufeinander auf. Teilweise berücksichtigt die Unionsbürger-RL das Innehaben eines Freizügigkeitsrechts für einen bestimmten Zeitraum auch durch ein differenziertes System von Fortwirkungstatbeständen; etwa im Fall der Beibehaltung der Arbeitnehmereigenschaft trotz Arbeitslosigkeit oder Krankheit (vgl. etwa § 2 Abs. 3 FreizügG/EU). Art. 24 Unionsbürger-RL knüpft als sozialrechtliche Regelung, wie dargelegt, an die Freizügigkeitstatbestände unmittelbar an. Unionsrechtlich ist es deswegen nicht gefordert, die Aufenthaltsverfestigung jenseits des Regelungsrahmens der Unionsbürger-RL im Hinblick auf den Zugang zu Sozialhilfeleistungen besonders zu berücksichtigen.

Ausgehend von der hier vertretenen Prämisse, dass der in Rede stehende SGB II-/SGB XII-Leistungsausschluss mit Verfassungsrecht vereinbar ist, weil er letztlich unionsrechtlich vorgegeben ist und den Betroffenen eine Rückkehr in ihren Heimatstaat im Fall der Hilfebedürftigkeit grundsätzlich jederzeit möglich und zumutbar ist, folgt aus **Art. 1 Abs. 1 i. V. m. Art. 20 Abs. 1 GG** keine Verpflichtung, allein aufgrund der Dauer eines Inlandsaufenthalts einen Leistungsanspruch vorzusehen. Es spricht einiges dafür, dass die zunehmende Aufenthaltsdauer aus verfassungsrechtlicher Sicht weniger vor dem Hintergrund des Menschenwürdeschutzes als vielmehr unter Gleichbehandlungsgesichtspunkten Fragen aufwirft. Letztlich gilt aber auch hier, dass der Unionsbürgerstatus einer Vergleichbarkeit mit Drittstaatsangehörigen entgegensteht bzw. Ungleichbehandlungen jedenfalls sachlich rechtfertigt.

b) Die **praktische Bedeutung der Rückausnahme** und damit das gesetzgeberische Regelungsbedürfnis ist nicht sicher absehbar. Die bislang von den Sozialgerichten entschiedenen Fälle zeigen, dass die Betroffenen nicht selten prekär beschäftigt sind. Zeiten der Arbeitslosigkeit lösen sich auch bei mehrjährigem Inlandsaufenthalt mit Zeiten der Beschäftigung ab. In solchen Situationen kann es vorkommen, dass die Betroffenen trotz langer Aufenthaltsdauer allein als Arbeitsuchende oder – bei aussichtsloser Arbeitsuche – gar nicht mehr freizügigkeitsberechtigt sind. In einer solchen Situation erscheint es auf jeden Fall sinnvoll, diesen Personenkreis dem SGB II mit seinen Förderinstrumenten zu unterstellen und ihnen dabei auch die (passiven) Leistungen der Lebensunterhaltssicherung zu gewähren.

c) Die **Regelung zur Berechnung der 5-Jahres-Frist** sollte noch einmal überdacht werden. Es ist zunächst sachlich zutreffend, mit der Frist an den tatsächlichen Aufenthalt und nicht an einen rechtmäßigen Aufenthalt anzuknüpfen. Der Entwurf verfolgt einen Mittelweg, indem er nur erfolgte Verlustfeststellungen als schädlich ansieht (vgl. § 7 Abs. 1 Satz 4 Halbs. 2 und Satz 6 SGB II-E – in Satz 6 und in § 23 Abs. 3 Satz 9 SGB XII-E heißt es fälschlich „Ausreispflicht“). Nach der Entwurfsbegründung (S. 12) sollen unwesentliche Unterbrechungen des Aufenthalts in Deutschland, wie zum Beispiel ein „kurzer Heimatbesuch“, unschädlich sein. Im Gesetzeswortlaut zum SGB II findet dies nur durch die Verwendung des Begriffs des gewöhnlichen Aufenthalts Niederschlag. Anders ist dies in der Parallelvorschrift in § 23 Abs. 3 Satz 7 SGB XII-E geregelt. Hier geht auch die Entwurfsbegründung ausführlich auf die Frage unwesentlicher Unterbrechungen ein (S. 14). Der Sinn dieser unterschiedlichen Ausgestaltung der Vorschriften erklärt sich nicht auf den ersten Blick. § 7 Abs. 1 Satz 4 SGB II-E wirft zudem die schwierige Frage nach dem Fortbestehen des gewöhnlichen Aufenthalts bei vorübergehenden Auslandsaufenthalten auf. Die geplante Neuregelung lehnt sich erkennbar an § 4a FreizügG/EU an. § 4a FreizügG/EU verwendet aber nicht den Begriff des gewöhnlichen, sondern den – an die fortschreitende Aufenthaltsverfestigung anknüpfenden – Begriff des ständigen Aufenthalts. § 4a Abs. 6 FreizügG/EU regelt ausdrücklich, inwieweit Auslandsaufenthalte den ständigen Aufenthalt nicht berühren (vgl. auch Art. 16 Abs. 3 Unionsbürger-RL). Eine großzügigere Regelung würde insoweit auch die Jobcenter im Gesetzesvollzug entlasten, weil nicht rückwirkend für fünf Jahre jeder Auslandsaufenthalt ermittelt werden müsste.

4) Es spricht einiges dafür, dass der neue Leistungsausschluss für Aufenthaltsberechtigte nach Art. 10 Verordnung (EU) Nr. 492/2011 mit Unionsrecht nicht vereinbar ist.

Nach § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 Buchst. c) SGB II-E und § 23 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 SGB XII-E sollen zukünftig Unionsbürger von Leistungen ausgeschlossen sein, die ihr Aufenthaltsrecht allein oder neben einem Aufenthaltsrecht zum Zwecke der Arbeitsuche aus Art. 10 Verordnung (EU) Nr. 492/2011 ableiten.

Art. 10 Verordnung (EU) Nr. 492/2011 vermittelt ein **eigenständiges Aufenthaltsrecht für die Kinder** (ehemaliger) **Wanderarbeitnehmer**. Die Vorschrift soll sicherstellen, dass die Kinder eines Unionsbürgers, der im Aufnahmemitgliedstaat jedenfalls früher als Arbeitnehmer beschäftigt war, dort ihre **schulische oder berufliche Ausbildung** abschließen können (vgl. nur EuGH, Urt. v. 17.09.2002, *Baumbast und R*, C-413/09; Urt. v. 23.02.2010, *Teixeira*, C-480/08; Urt. v. 23.02.2010, *Ibrahim*, C-310/08). Daraus folgt bei minderjährigen Kindern ebenfalls ein Aufenthaltsrecht des Elternteils, der die elterliche Sorge tatsäch-

lich wahrnimmt (EuGH, Urt. v. 13.06.2013, *Hadj Ahmed*, C-45/12, Rn. 46). Dies ist insbesondere für das SGB II relevant, weil jedenfalls Schulkinder ohne ihr Elternteil (als erwerbsfähiger Leistungsberechtigter) grds. nicht leistungsberechtigt wären. Daraus folgt im Übrigen auch, dass der Leistungsausschluss in der Verwaltungspraxis vor allem (alleinerziehende) Frauen und ihre sozialgeldberechtigten Kinder treffen dürfte.

Nach der Rechtsprechung des EuGH besteht das Aufenthaltsrecht nach Art. 10 Verordnung (EU) Nr. 492/2011 „autonom" von den in der Unionsbürger-RL geregelten Aufenthaltsrechten. Es setzt dementsprechend auch nicht voraus, dass die Betroffenen über ausreichende Existenzmittel im Aufenthaltsstaat verfügen. Der EuGH hat seine Rechtsprechung zu Art. 10 Verordnung (EU) Nr. 492/2011 kürzlich noch einmal bestätigt (EuGH, Urt. v. 30.06.2016, C-115/15, Rn. 52 ff.).

Der Gesetzentwurf der Bundesregierung wirft mit diesem Leistungsausschluss für Aufenthaltsberechtigte nach Art. 10 Verordnung (EU) Nr. 492/2011 schwierige unionsrechtliche Fragen auf, auf die hier nur knapp eingegangen werden kann.

Es ist in Erinnerung zu rufen, dass der Grundsatz der Nichtdiskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit zu den tragenden Säulen der Unionsrechtsordnung zählt. Ausnahmen hiervon bedürfen nach Art. 21 i. V. m. Art. 18 AEUV einer speziellen unionsrechtlichen Grundlage. Die bisherigen von deutschen Sozialgerichten eingeleiteten Vorabentscheidungsverfahren zum Leistungsausschluss nach § 7 Abs. 1 Satz 2 SGB II beleuchten die Frage nach einer solchen Ausnahme. Auf die insoweit ergangenen Entscheidungen des EuGH kann sich der Gesetzentwurf der Bundesregierung im Hinblick auf den neuen Leistungsausschluss für Aufenthaltsberechtigte nach Art. 10 Verordnung (EU) Nr. 492/2011 nicht stützen.

In der Rechtssache *Dano* (Urt. v. 11.11.2014, C-333/13) hat der EuGH die Anwendung des Diskriminierungsverbots nach Art. 24 Abs. 1 Unionsbürger-RL geknüpft an einen rechtmäßigen Aufenthalt, der im Fall von Frau *Dano* nicht vorlag. Dieses Argument greift vorliegend nicht, weil den Betroffenen ein Aufenthaltsrecht zusteht.

In der Rechtssache *Alimanovic* war Gegenstand die Ausnahme vom Diskriminierungsverbot nach Art. 24 Abs. 2 Unionsbürger-RL für Unionsbürger mit einem Aufenthaltszweck allein zum Zweck der Arbeitsuche. Der Gerichtshof hat insoweit entschieden, dass dieser Personenkreis von Sozialhilfeleistungen, zu denen er auch die Leistungen nach dem SGB II zählt, ausgeschlossen werden kann (Urt. v. 15.09.2015, C-67/14). Dies hat der EuGH in der Rechtssache *Garcia-Nieto* für Unionsbürger mit einem Kurzaufenthalt von bis zu drei Monaten, für die Art. 24 Abs. 2 Unionsbürger-RL ebenfalls eine Ausnahme vorsieht, bestätigt (Urt. v. 25.02.2016, C-299/14). Eine entsprechende Ausnahme vom Diskriminierungsverbot sieht das Unionsrecht für Freizügigkeitsberechtigte nach Art. 10 Verordnung (EU) Nr. 492/2011 nicht vor.

Es fehlt an Ansätzen, warum die Diskriminierung von Unionsbürgern, die sich auf ein Aufenthaltsrecht nach Art. 10 Verordnung (EU) Nr. 492/2011 berufen können, beim Zugang zu SGB II- bzw. SGB XII-Leistungen mit dem Unionsrecht vereinbar sein sollte. Der Gesetzentwurf deutet an, sich insoweit auf Art. 24 Unionsbürger-RL stützen zu wollen (S. 11). Dies setzt eine über den Wortlaut des Art. 24 Unionsbürger-RL hinausgehende erweiternde Auslegung voraus. Die Wahrscheinlichkeit, dass der EuGH eine solche Auslegung für unionsrechtskonform ansieht, dürfte gering sein. Es spricht einiges dafür, dass die Frage nach dem Sozialhilfeausschluss für Aufenthaltsberechtigte nach Art. 10 Verordnung (EU) Nr. 492/2011 einer Regelung durch den nationalen Gesetzgeber entzogen ist.

Gegen die Unionsrechtskonformität spricht auch, dass der EuGH seiner Entscheidung insbesondere in der Rechtssache *Dano* ein bestimmtes Bild von „Armutsmigration" zugrunde gelegt hat, deren Verhinderung durch die Mitgliedstaaten er für legitim hält (insbesondere Rn. 78 der *Dano*-Entscheidung). Darum geht es vorliegend nicht, weil das Ausbildungsrecht nach Art. 10 Verordnung (EU) Nr. 492/2011 anknüpft an die unionsrechtliche Arbeitnehmerstellung eines Elternteils.

Dem Gesetzentwurf ist allerdings zuzugestehen, dass die Frage nach der Vereinbarkeit eines solchen Leistungsausschlusses mit dem Unionsrecht bislang nicht abschließend geklärt ist. Insbesondere ist zu beachten, dass die bisherige Rechtsprechung des EuGH zu Art. 10 Verordnung (EU) Nr. 492/2011 zunächst aufenthaltsrechtlicher Natur ist. Die Frage, welche sozialrechtlichen Folgen sich an dieses Aufenthaltsrecht knüpfen und wie insoweit das Verhältnis „autonomer" Aufenthaltsrechte (wie nach Art. 10 Verordnung (EU) Nr. 492/2011) zu Art. 24 Unionsbürger-RL mit seinen sozialrechtlichen Einschränkungen ist, hat der EuGH bislang nicht entschieden. In der Rechtssache *Alimanovic*, in der diese Frage vom Generalanwalt aufgrund der Besonderheiten des Einzelfalls aufgeworfen worden war (Schlussanträge des GA Wathelet vom 26.03.2015, Rn. 117 ff.), ist der EuGH hierauf unter strikter Beantwortung der ihm gestellten abstrakten Rechtsfragen und unter Betonung der Bindung an die Tatsachenfeststellungen des BSG im Übrigen (Rn. 40 des Urteils) nicht eingegangen.

Die Bundesregierung geht in ihrem Gesetzentwurf davon aus, dass von dem zukünftigen Leistungsausschluss nur ein „kleiner Personenkreis" betroffen sei (S. 11, vgl. näher auch S. 10). Die Entwurfsbegründung deutet an, dass, sollte das Aufenthaltsrecht nach Art. 10 Verordnung (EU) Nr. 492/2011 nicht mit einem Leistungsausschluss verknüpft werden, ein Missbrauch und ein „Leerlaufen" der übrigen Leistungsausschlüsse für Arbeitsuchende und Nichtfreizügigkeitsberechtigte befürchtet werden. Aufgrund der unionsrechtlichen Bedenken gegen einen solchen Leistungsausschluss sollte erwogen werden, die Einführung dieser Regelung zurückzustellen, bis hierüber in tatsächlicher Hinsicht nähere Erkenntnisse vorliegen und feststeht, dass es gesetzgeberischen Eingreifens bedarf. Dafür spricht auch, dass die Frage nach der Vereinbarkeit der in den Jahren

2006 und 2007 in das SGB II eingefügten Leistungsausschlüsse nach § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 und 2 SGB II mit Unionsrecht nunmehr erstmals geklärt und vom EuGH nach insgesamt vier Vorabentscheidungsverfahren bejaht worden ist.

DEUTSCHER BUNDESTAG
Ausschuss für
Arbeit und Soziales
18. Wahlperiode

Ausschussdrucksache 18(11)**843**

24. November 2016

Schriftliche Stellungnahme

zur öffentlichen Anhörung von Sachverständigen in Berlin 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-Drucksache 18/10211

Deutscher Gewerkschaftsbund (DGB)

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 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

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

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*

Anlage 1

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

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 Aufenthalts-

rechts 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

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

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).

Anlage 2

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 Sozialgesetz-buch 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*[2] 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,

[2] EuGH, 15.9.2015, C-67/14 (Alimanovic), NZS 2015, 784.

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.[3]

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.[4] 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 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 Überbrückungsleistungen 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

[3] 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.

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

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.[5]

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.[6] 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.[7]

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.[8]

Da, so das BVerfG, der Mensch notwendig in seinen sozialen Bezügen existiert,[9] ist es nicht zulässig, dass Existenzminimum auf physische Aspekte zu beschränken. Erforderlich sind vielmehr auch Mittel zur Gewährleistung der soziokulturellen Teilhabe.[10] Diese müssen die „Pflege zwischenmenschlicher Beziehungen und ... ein Mindestmaß an Teilhabe am gesellschaftlichen, kulturellen und politischen Leben“ ermöglichen. Aus der Verfassung folgt indes kein konkret zu gewährender Geldbetrag.[11] Hinsichtlich der Ausgestaltung des Grundrechts, namentlich der konkreten Leistungshöhe hat der Gesetzgeber vielmehr Spielraum.[12] Dieser ist im Hinblick auf die Gewährleistung sozio-kultureller Teilhabe größer als hinsichtlich der Sicherung der physischen Existenz.[13] 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.[14] 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.[15]

2. Personeller Schutzbereich des Grundrechts

Das Grundrecht auf Sicherung einer menschenwürdigen Existenz gilt für jedermann unabhängig von

[5] Tatsächlich besteht eine entsprechende Leistungspflicht nach Art. 13 ESC nicht nur im Herkunftsstaat, sondern auch im Staat des rechtmäßigen Aufenthalts.
[6] BT-Drs. 16/688, S. 13.
[7] 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.
[8] BVerfGE 1, 97, 105; 82, 60, 80; 125, 175, 222.
[9] BVerfGE 125, 175, 223.
[10] BVerwGE 87, 212, 214; BVerfGE 125, 175, 223; 132, 134, 171.
[11] BVerfGE 82, 60, 80; *Neumann*, NVwZ 1995, 426, 428 f.; *Schnath*, NZS 2010, 297, 299.
[12] BVerfGE 35, 202, 236; 45, 376, 387; 100, 271, 284, 125, 175, 222.
[13] BVerfGE 125, 175, 225; 132, 133, 161.
[14] *Schnath*, NZS 2010, 297, 300; *Drohsel*, NZS 2014, 96, 99 f.
[15] Herdegen in *Maunz/Dürig*, GG, Art. 1, Rn. 54.

seiner Staatsangehörigkeit,[16] 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."[17] Welche rechtliche Qualität – gewöhnlich, tatsächlich, rechtmäßig oder rechtswidrig – dieser Aufenthalt hat, ist nicht relevant.[18] 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".[19]

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".[20] 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.[21] Daher sind die relevanten Bedarfe *jederzeit* in *vollem* Umfang zu decken, und zwar orientiert am allgemeinen gesellschaftlichen Lebensstandard.[22]

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.[23] Eine vollständige Versagung des „soziokulturellen Teils der Menschenwürde" klammert jedwede persönliche Bedarfe aus der Leistungshöhe aus und beschränkt sich auf die Sicherung des bloßen Überlebens.[24] 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.[25]

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 an-

[16] BVerfGE 132, 134, 159; so bereits *Ekhart*, ZAR 2004, 142, 144; *Haedrich*, ZAR 2010, 227, 229.

[17] BVerfGE 132, 134, 159.

[18] 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.

[19] Vgl. EGMR, ZESAR 2004, 142 (Poirrez); *Janda*, Migranten im Sozialstaat, S. 132.

[20] 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.

[21] BVerfGE 125, 175, 223.

[22] 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.

[23] *Brings/Oehl*, ZAR 2016, 20, 26: der Spielraum betreffe das „Wie", nicht das „Ob" der Existenzsicherung.

[24] So *Brings/Oehl*, ZAR 2016, 20, 25 zu § 1a AsylbLG; allgemein *Drohsel*, NZS 2014, 96, 100.

[25] *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.

derer Staat – der Herkunftsstaat – zur Existenzsicherung berufen wäre.[26] 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 Lebensbedingungen orientiert. Zum anderen können Notlagen nur durch schnelle und ortsnahe Hilfe effektiv bewältigt werden.[27] Da Grundsicherungsleistungen der Unterhaltssicherung im „Hier und Jetzt" dienen, müssen sie an dem Ort gewährt werden, an dem der Bedarf eintritt.[28] 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.[29] 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,[30] wird die Menschenwürde verletzt, wenn Personen ganz ohne die notwendigen Mittel zum Lebensunterhalt sich selbst überlassen werden.[31]

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.[32] Die Grundrechtsgewährung kann sich nicht darin erschöpfen, den Betreffenden um der Deckung elementarer Bedarfe im Herkunftsstaat Willen auf Ausreise zu verweisen[33] 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.

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.[34] Ob sich eine Absenkung der existenzsichernden Leistungen als Reaktion auf unerwünschtes Verhalten rechtfertigen lässt, ist bereits im Sanktionssystem des Grundsicherungsrechts umstritten.[35] 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.[36] 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

[26] *Janda*, Migranten im Sozialstaat, S. 306.
[27] Vgl. auch § 36 S. 4 SGB II bzw. § 98 I 1 SGB XII, dazu *Wahrendorf* in *Grube/Wahrendorf*, § 98 SGB XII, Rn. 2.
[28] *Eichenhofer*, SozSich 2014, 198, 199.
[29] 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.
[30] *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".
[31] *Kingreen*, SGb 2013, 132, 139.
[32] BVerfGE 132, 134, 173.
[33] *Brings/Oehl*, ZAR 2016, 20, 26 im Kontext des § 1a AsylbLG.
[34] 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.
[35] Dazu ausführlich *Drohsel*, NZS 2014, 96, 97 f. mit einem Überblick zum Streitstand.
[36] *Verschueren*, European Journal of Migration and Law 16 (2014) 171 f.; *Devetzi*, EuR 2014, 638, 653 f.

sein.[37] 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 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.[38] Erklärtes Ziel des Gesetzgebers ist aber gerade die Verhinderung der „Einwanderung in die sozialen Sicherungssysteme“.[39]

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[40] – in diesem Fall: Zuwanderungspolitik auf ihrem Rücken auszutragen.

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.[41] 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[42] 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.[43] Ziel der VO (EU) 492/2011 ist es, den Wanderarbeitnehmer in das soziale Leben des Aufnahmestaates zu integrieren.[44]

---

[37] *Calliess*, EuR Beiheft 1/2007, 7, 40; *Schreiber*, Die Bedeutung des Aufenthaltsrechts für die sozialrechtliche Gleichbehandlung von Unionsbürgerinnen und Unionsbürgern, ZAR 2015, 46, 47.
[38] *Brings/Oehl*, ZAR 2016, 20, 26.
[39] 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.
[40] BVerfGE 45, 187, 227 zur lebenslangen Freiheitsstrafe für Mord.
[41] BSG, 3.12.2015, B 4 AS 43/15 R, SozR 4-4200 § 7 Nr. 46.
[42] Vom 5.4.2011 (ABl. L 141, S. 1.) – früher VO (EWG) Nr. 1612/68, ABl. 1968, L 257, S. 2.
[43] *Eichenhofer*, Sozialrecht der EU, 6. Auflage 2015, Rn. 308.
[44] EuGH, RS 389/87 (Echternach), Slg. 1989, 723.

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.[45] Dazu gehören neben Leistungen der Sozialhilfe oder ähnlichen bedürftigkeitsabhängigen Leistungen zur Sicherung des Existenzminimums[46] auch eine ganze Reihe von Leistungen mit familienfördernder Tendenz, wie etwa Geburtsbeihilfen,[47] Erziehungsgeld,[48] Teilnahme am Unterricht,[49] Ausbildungsbeihilfe[50] und auch immaterielle Leistungen wie das Aufenthaltsrecht für den Lebenspartner.[51] Der Anspruch auf gleichberechtigten Zugang erstreckt sich auch auf die Familienangehörigen des freizügigkeitsberechtigten Arbeitnehmers, und zwar ungeachtet ihrer Staatsangehörigkeit.[52]

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.[53] Mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses geht die Arbeitnehmereigenschaft im Sinne dieser Vorschrift grundsätzlich verloren.[54] Dennoch kann diese Eigenschaft nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses bestimmte Folgewirkungen haben.[55] Somit hängt die Arbeitnehmereigenschaft nicht unbedingt vom tatsächlichen Bestehen oder Fortbestehen eines Arbeitsverhältnisses ab.[56] 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".[57] 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.[58] 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".[59]

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.[60] 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.[61] 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".[62] Das Kind behält seine Rechte auch, wenn der Arbeitnehmer den Aufnahmestaat schon wieder verlassen hat.[63] 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

[45] Ständige Rechtsprechung seit EuGH, RS 32/75 (Christini), Slg. 1975, 1085.
[46] EuGH, RS 122/84 (Scrivner), Slg. 1985, 1027; RS 249/83 (Hoekx), Slg. 1985, 973.
[47] EuGH, RS 111/91 (Kom/Luxemburg), Sl. 1993, I-817; RS 65/81 (Reina), Slg. 1982, 33.
[48] EuGH, RS C-212/05 (Hartmann), Slg. 2007, I-6347.
[49] EuGH, RS 9/74 (Casagrande), Sl.g 1974, 773.
[50] EuGH, RS 39/86 (Lair), Slg. 1988, 3161; RS. 3/91 (Bernini), Slg. 1992, I-1071.
[51] EuGH, RS 59/85 (Reed), Slg. 1986, 1282.
[52] St. Rspr, vlg. nur EuGH, RS 94/84 (Deak), Slg. 1985, 1873.
[53] EuGH, RS C-85/96 (Martinez Sala), Slg. 1998, I-2691
[54] *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.
[55] EuGH, RS C-379/11 (Caves Krier Frères), EU:C:2012:798, Rn. 26.
[56] EuGH, RS 39/86 (Lair),Slg, 1988, 3161, Rn. 31 und 36; EuGH, RS C-507/12 (Saint-Prix), EU:C: 2014: 2007.
[57] EuGH, RS C-507/12 (Saint-Prix), EU:C: 2014: 2007, Rn. 38.
[58] *Frenz*, Handbuch Europarecht, Rn. 1498.
[59] Siehe C.1.2.
[60] *Steinmeyer*, in: Fuchs, Rn. 13.
[61] EuGH, RS. C-7/94 (Gaal), Slg. 1995, I-1031.
[62] EuGH, RS 389 u. 390/87 (Echternach), Slg. 1989, 723, Rn. 18 ff.
[63] EuGH, RS 389 u. 390/87 (Echternach), Slg. 1989, 723, Rn. 22.

EuGH von einem unmittelbar auf Art. 10 beruhenden Aufenthaltsrecht des Kindes aus.[64] 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.[65]

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.[66] Damit dem Elternteil ein auf diese Vorschrift gestütztes Aufenthaltsrecht zukommen kann, muss das Kind im Aufnahmemitgliedstaat in das Schulsystem eingegliedert worden sein.[67]

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.[68]

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 Existenzmittel sowie eines umfassenden Krankenversicherungsschutzes.[69] Der Elternteil kann gegebenenfalls einen Anspruch auf öffentliche Hilfe geltend machen.[70]

Der EuGH hat aus Art. 10 (EU) 492/2011 ein umfassendes Gleichstellungsgebot abgeleitet. [71] 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.[72] 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.[73]

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."[74]

Allerdings hat sich der EuGH mit dem Zusammenspiel von RL 2004/38/EG und VO (EU) 492/2011 bereits befasst. In der Rechtssache Ibrahim[75] 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".[76] 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 folgt: „Dem lässt sich nur die Absicht des Unionsgesetzgebers entnehmen, den Anwendungsbereich dieses Artikels in der Auslegung durch den Gerichtshof nicht zu beschränken."[77] 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.[78] Die durch Art. 10 VO (EU) 492/2011 einmal erworbenen Ausbildungs- und Aufenthaltsrechte der Kinder und

---

[64] *Frenz*, Handbuch Europarecht, Rn. 1618EuGH, RS C-408/08 (Texeira), Slg. 2010, I-1107.
[65] 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.
[66] EuGH RS C-413/99 (Baumbast),Slg. 2002, I-7091., EuGH, RS C-408/08 (Texeira), Slg. 2010, I-1107.
[67] EuGH, RS C-45/12 (ONAFIS/Radia Hadji Ahmed), ECLI:EU:C:2013:390, Rn. 52.
[68] EuGH, RS C-408/08 (Texeira), Slg. 2010, I-1107, Rn. 87.
[69] 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.
[70] 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.
[71] 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.
[72] *Kreuschitz*, in: *von der Groeben/Schwarze/Hatje*, EU-Recht, 7. Aufl., 2015, Art. 45 Rn. 52.
[73] S. hier Fn. 70.
[74] Referentenentwurf, Bearbeitungsstand 28.04.2016, S. 8.
[75] Ähnliche Argumentation in der RS C-408/08 (Texeira), Slg. 2010, I-1107.
[76] EuGH, RS C-310/08 (Ibrahim). Slg. 2010, I-1065, Rn. 52.
[77] EuGH, RS C-310/08 (Ibrahim). Slg. 2010, I-1065, Rn. 46.
[78] EuGH, EuGH, RS C-310/08 (Ibrahim). Slg. 2010, I-1065, Rn. 50.

ihrer Elternteile sind also autonom gegenüber den unionsrechtlichen Bestimmungen anzuwenden, die die Voraussetzungen für die Ausübung des Aufenthaltsrechts in einem anderen Mitgliedstaat regeln.[79]

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.[80]

Etwas Anderes kann auch nach dem EuGH-Urteil in der RS Dano[81] oder in der jüngsten RS C-308/14[82] 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.[83] 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[84] verstoßen.

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.[85] 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 Steuerfrei-

[79] 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.
[80] Siehe hier Teil C.I.2 und Fn. 70.
[81] EuGH, RS, C-333/13 (Dano), NZS 2015, 20.
[82] EuGH, RS C-308/14 (Kommission/Vereinigtes Königreich), Urt. v. 14.6.2016.
[83] *Thym* spricht von einer strengen Akzessorietät vom Diskriminierungsverbot und rechtmäßigem Aufenthalt: Soweit Letzeres nicht vorliegt, greift das Erstere nicht: *Thym*, NJW 2015, 130, 131.
[84] Nach EuGH, RS 389 u. 390/87 (Echternach), Slg. 1989, 723.
[85] BVerfGE 51, 386, 396 f. zur Ausweisung des Ehegatten einer Deutschen, BVerfGE 80, 81, 92 zum Familiennachzug bei Erwachsenenadoption.

heit des Existenzminimums für Ehegatten und Kinder[86] oder zum Familienlastenausgleich zeigt.[87] Ein Anspruch auf Gewährung konkreter Sozialleistungen folgt aus Art. 6 Abs. 1 GG aber nicht.[88]

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.[89] Zum personellen und sachlichen Schutzbereich des Grundrechts kann auf die Ausführungen unter B.II. verwiesen werden.

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.

[86] BVerfGE 82, 198; BVerfGE 99, 246.
[87] Vgl. die umfassende Übersicht bei Badura in *Maunz/Dürig*, Art. 6 GG, Rn. 75 ff.; *Uhle* in BeckOK, Art. 6 GG, Rn. 39 ff.
[88] 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.
[89] 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“.

DEUTSCHER BUNDESTAG
Ausschuss für
Arbeit und Soziales
18. Wahlperiode

Ausschussdrucksache 18(11)**845**

24. November 2016

Schriftliche Stellungnahme

zur öffentlichen Anhörung von Sachverständigen in Berlin 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-Drucksache 18/10211

Diakonie Deutschland - Evangelischer Bundesverband Evangelisches Werk für Diakonie und Entwicklung e.V.

I. Zusammenfassende Bewertung:

1. Der vorliegende Gesetzentwurf mit dem geplanten fünfjährigen Ausschluss von existenzsichernden Leistungen hilfebedürftige Unionsbürger/innen, deren Aufenthaltsrecht in Deutschland ausschließlich in Bezug auf die Arbeitssuche besteht oder aus Art. 10 der Verordnung (EU) Nr. 492/2011 abgeleitet ist, ist im Lichte der höchstrichterlichen Rechtsprechung als nicht verfassungsgemäß zu bewerten. Mehrere Senate des Bundessozialgerichts (BSG) haben in einer gemeinsam abgestimmten verfassungskonformen Auslegung der gesetzlichen Leistungsausschlüsse quasi einen Leistungsanspruch auf Sozialhilfe nach dem SGB XII nach sechs Monaten für Unionsbürger/innen vorgesehen. Ebenso hat das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) in seinem Grundsatzurteil zum sozio-kulturellen Existenzminimum für Ausländer vom 18.07.2012 festgelegt, dass die Herkunft eines Menschen im Geltungsbereich des Grundgesetzes nicht die sozialstaatliche Ausprägung der Menschenwürde bestimmen darf.

2. Eine auf fünf Jahre ausgeweitete Vorenthaltung des sozio-kulturellen Existenzminimums für sich rechtmäßig in Deutschland aufhaltende Menschen und deren Familienangehörige stellt die deutsche Sozialstaats- und Werteordnung grundlegend in Frage. Art. 1 Abs. 1 GG in Verbindung mit Art. 20 Abs. 1 GG verlangt, dass das Existenzminimum in jedem Fall und zu jeder Zeit in vollem Umfang sichergestellt sein muss. Zudem ergibt sich ein aus dem Gleichheitsgrundsatz aus Art. 3 Abs. 1 GG entstehender Wertungswiderspruch gegenüber vollziehbar ausreisepflichtigen geduldeten Personen, denen gemäß § 1 Abs. 1 Nr. 4 und 5 AsylbLG dauerhaft, wenn auch eingeschränkt Sozialleistungen zustehen.

3. Fehlende Existenzsicherung drängt hilfebedürftig gewordene Unionsbürger/innen in prekäre Situationen auf dem Wohnungs- und Arbeitsmarkt und verhindert gesellschaftliche Integration. Dies bereitet den Nährboden für Lohndumping, Arbeitsausbeutung und Prostitution bis hin zu Menschenhandelstatbeständen.

4. Das Gesetz soll eine Lenkungswirkung innerhalb der Europäischen Union entfalten, Einreiseanreize mindern und die Ausreisewilligkeit von Unionsbürgerinnen und Unionsbürger fördern, die hilfebedürftig sind oder werden können. Diese Zielsetzung ist der Europäischen Idee der Freizügigkeit abträglich und verfassungsrechtlich unzulässig.

Die Wirkung wird zudem in einem Raum der freien Binnengrenzen nicht eintreten, da eine Ein- und Ausreise jederzeit möglich ist und eine Angleichung der Mindeststandards für soziale Absicherung und der Lebensstandards in der EU noch nicht erreicht ist. Darüber hinaus hat das BVerfG klargestellt, dass das Recht auf Sicherung einer menschenwürdigen Existenz nicht aus migrationspolitischen Motiven beschränkt werden darf.

5. Ziel des Gesetzes ist es, die finanzielle Belastung der Kommunen durch erhöhte Sozialausgaben zu verhindern. Eine höhere Belastung der Kommunen - auch seit den Urteilen des BSG mit einem Sozialleistungsanspruch nach SGB XII nach sechs Monaten - ist jedoch nicht belegt. Allerdings stehen den Ausgaben für Sozialhilfe mittelfristig höhere Ausgaben aufgrund verfehlter Sozial- und Integrationspolitik gegenüber. Es gibt keine Alternative zur Integration. Ohne soziale Absicherung ist jedoch eine gelingende Arbeitsmarktintegration nicht mög-

lich. Besonders von der Zuwanderung herausgeforderte Kommunen müssen auf anderem Weg, beispielsweise durch eine Bundesbeteiligung an den Kosten der Unterkunft im Sozialgesetzbuch II, von den Ausgaben entlastet werden.

6. Der aufnahmefähige deutsche Arbeitsmarkt ist attraktiv für Unionsbürger/innen, ob qualifiziert oder unqualifiziert. Die deutsche Volkswirtschaft profitiert enorm von dieser Mobilität, viele Branchen würden ohne sie nicht auskommen. Mittelfristig wird die Arbeitskräftemobilität, insbesondere aus den Ländern der EU-8[1] und der EU-2[2], zudem abnehmen und viele EU-Länder aufgrund der stark rückläufigen demographischen Entwicklung selbst auf Zuwanderung angewiesen sein.

7. Der vorliegende Gesetzentwurf wird weder den aktuellen Meinungsstreit in der Sozialgerichtsbarkeit lösen, noch Rechtsklarheit für die Betroffenen schaffen, da eine abschließende Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts aussteht und weiterhin divergierende Urteile der Sozialgerichte zu erwarten sind. Die Diakonie Deutschland empfiehlt, bis dahin insbesondere die Leistungsausschlüsse in SGB II und SGB XII für arbeitsuchende Unionsbürger/innen in Anlehnung an die Rechtsprechung des Bundessozialgerichts aufzuheben.

II. Regelungsinhalt des Gesetzes:

Mit dem vorliegenden Gesetzentwurf will die Bundesregierung die aktuelle Rechtslage, wie sie durch die Urteile des Bundessozialgerichts zum Leistungsausschluss von Unionsbürger/innen[3] entstanden ist, stark abändern.

Der Leistungsausschluss im Rahmen des SGB II für Arbeitsuchende soll weiterhin ausnahmslos gelten und wird auf eine Dauer von fünf Jahren festgelegt. Die Fünfjahresfrist soll mit der wirksamen Anmeldung beim zuständigen Einwohnermeldeamt beginnen.

Ein dem SGB II entsprechender Ausschlusstatbestand wird in das SGB XII aufgenommen. Auch hier gilt der Leistungsausschluss für maximal fünf Jahre Aufenthalt ohne wesentliche Unterbrechung, beginnend mit der Anmeldung beim Einwohnermeldeamt. Künftig sollen zusätzlich zu den bisherigen Ausschlusstatbeständen auch Unionsbürger/innen, die ihr Aufenthaltsrecht in Deutschland als ehemalige Arbeitnehmer aus Art. 10 der VO (EU) 492/2011 aufgrund der Schul- oder Berufsbildung ihrer Kinder ableiten, von Leistungen ausgeschlossen werden.

Vor Erreichen eines fünfjährigen Aufenthalts sollen nur einmalige sog. eingeschränkte „Überbrückungsleistungen“ bis zur Ausreise in Anlehnung an die Leistungseinschränkungen für Asylsuchende und Geduldete nach § 1a AsylbLG bei Sanktionen gewährt werden. Diese sollen einmalig innerhalb von zwei Jahren gewährt werden, längstens für einen Zeitraum von vier Wochen, um den Zeitraum bis zur Ausreise zu überbrücken. Die Zweijahresfrist beginnt mit dem Erhalt der Überbrückungsleistungen. Die Kosten für ein Rückfahrticket sind darlehensweise zu beantragen.

Das BSG hatte in gemeinsamer Abstimmung mit mehreren Senaten durch verfassungskonforme Auslegung die Gewährung des menschenwürdigen Existenzminimums für alle Unionsbürger/innen in Form von SGB XII-Leistungen spätestens nach sechs Monaten der Aufenthaltsverfestigung zugesprochen. Diese Leistungen lägen zwar grundsätzlich im Ermessen der Sozialhilfeträger. Wenn sich aber wie in den entschiedenen Fällen nach einem sechsmonatigen Aufenthalt in Deutschland das Aufenthaltsrecht verfestigt habe, geht das BSG von einer regelmäßigen Ermessensreduzierung auf Null aus und beruft sich dabei vor allem auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Grundrecht auf ein soziokulturelles Existenzminimum aus Art. 1 GG in Verbindung mit dem Sozialstaatsprinzip aus Art 20 Abs. 1 GG.

Im Gesetzentwurf wird nicht auf das Europäische Fürsorgeabkommen (EFA) Bezug genommen, das einen Gleichbehandlungsanspruch für die Bürgerinnen und Bürger der Vertragsstaaten gewährt. Damit bleibt die Rechtsprechung des Bundessozialgerichts unverändert bestehen, dass die Ausschlüsse aufgrund des Internationalen Abkommens nicht greifen und bei rechtmäßigem Aufenthalt ein Rechtsanspruch auf Sozialhilfeleistungen gem. Art. 1 EFA i.V.m. § 23 Abs. 1 SGB XII bereits von Beginn des Aufenthalts an besteht.

Ebenso sind weiterhin ergänzende Leistungen nach dem SGB II möglich, soweit die Erwerbstätigkeit aus abhängiger oder selbständiger Beschäftigung nicht existenzsichernd ist (sog. aufstockende Leistungen).

III. Bewertung

Insbesondere die Gewährung von existenzsichernden Leistungen erst nach fünf Jahren Aufenthalt in Deutschland lehnt die Diakonie ab.

Die Diakonie Deutschland vertritt die Auffassung, dass die Leistungsausschlüsse in SGB II und SGB XII für Unionsbürger/innen die ihr Freizügigkeitsrecht rechtmäßig zum Zweck der Arbeitssuche in Anspruch nehmen, nicht mit dem Grundgesetz vereinbar sind, und bezweifelt die Vereinbarkeit mit unionsrechtlichem Primärrecht und der VO 883/2004, zu dem der EuGH in seinen Urteilen nichts ausgeführt hat.[4] Eine Regelung, die nachweislich arbeitsuchenden Unionsbürger/innen nach drei Monaten das Existenzminimum zugesteht, ist aus Sicht der Diakonie rechtlich und sozialpolitisch notwendig.

[1]EU-8 bezeichnet die Beitrittsstaaten vom 1. Mai 2004: Estland, Lettland, Litauen, Polen, Slowenien, Slowakei, Tschechien und Ungarn

[2]EU-2 bezeichnet die Beitrittsstaaten vom 1. Januar 2007: Bulgarien und Rumänien

[3]BSG, Urteile v. 3.12.2015: B 4 AS 43/15, B 4 AS 44/15 R, B 4 AS 59/13 R; Urteile v. 16.12.2015: B 14 AS 15/14 R; B 14 AS 18/14 R und B 14 AS 33/14 R sowie Urteile v. 20.1.2016 B 14 AS 35/15 R

[4]EuGH, Urteil v. 11.11.2014, C – 333/13 (RS Dano); Urteil v. 15.9.2015, C - 67/14 (RS Alimanovic); Urteil v. 25.2.2016, C-299/14 (RS Garcia Nieto)

Mit den geplanten Leistungsausschlüssen im SGB XII und den bestehenden im SGB II sollen finanzielle Mehrbelastungen der Kommunen verhindert werden. Fehlende existenzsichernde Sozialleistungen führen die Betroffenen jedoch in prekäre Situationen, die im niedrigschwelligen sozialen Hilfesystem von der Wohnungslosenhilfe bis zur Bahnhofsmission aufgefangen werden müssen. Soziale Probleme vor Ort werden verschärft, den Einsparungen der Länder und Kommunen durch die geplante Gesetzesänderung stehen mittelfristig höhere Ausgaben zur Lösung dieser Probleme gegenüber.

Im Entwurf weitet die Bundesregierung Leistungsausschlüsse auf ehemalige Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer und deren Kinder mit rechtmäßigem Aufenthalt in Deutschland aufgrund des Schulbesuchs oder einer Ausbildung der Kinder aus. Es handelt sich hier um ein eigenständiges Aufenthaltsrecht, das ausdrücklich nicht von der Lebensunterhaltssicherung abhängig ist. Dieses Recht ist in der Richtlinie RL 2004/38/EG nicht erwähnt, unterliegt also auch nicht der dort formulierten Erlaubnis, die Betroffenen von Sozialleistungen auszuschließen. Ohne existenzsichernde Leistungen ist ein Schulbesuch nicht möglich, das Aufenthaltsrecht des Kindes liefe also ins Leere. Das ist nach der Rechtsprechung des EuGH nicht zulässig. Die ehemaligen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer haben darüber hinaus nach Art. 10 Abs. 2 VO (EU) 492/2011 ein Recht auf Gleichbehandlung beim Zugang zu sozialen Vergünstigungen. Auch damit ist die geplante Regelung nicht vereinbar.

Die Leistungsausschlüsse haben darüber hinaus eine Reihe sozial nicht tragbarer Auswirkungen: Auf diese Weise geraten Menschen in prekären Situationen, darunter auch Familien mit Kindern, die mangels Sozialleistungen weder Unterkunft haben noch krankenversichert sind. Ihre vielfältigen Bedarfe können wegen der Leistungsausschlüsse nicht aufgefangen werden. Würden mittellosen arbeitsuchenden Unionsbürger/innen ab festem Aufenthalt in Deutschland – nach drei, spätestens sechs Monaten - existenzsichernde Leistungen gewährt, wären viele ihrer Probleme gelöst: Die Betroffenen wären ausreichend krankenversichert, durch die Übernahme der Kosten der Unterkunft könnten adäquate Wohnbedingungen erreicht werden, Kinder und Jugendliche erhielten die Basis für einen erfolgreichen Schulbesuch, Erwachsene eine Chance zum Erlernen der deutschen Sprache und auf ein sicheres Einkommen – ein erster Schutz vor Ausbeutung, Diskriminierung und sozialer Ausgrenzung.

Ohne soziale Absicherung ist jedoch eine Arbeitsmarktintegration nicht möglich. Die existentielle Notlage der Betroffenen kann zudem durch Unternehmen leicht ausgenutzt werden. Fehlende Existenzsicherung ist Nährboden für Arbeitsausbeutung und Prostitution bis hin zu Menschenhandelstatbeständen.

Die Personenfreizügigkeit in der EU ist ein Erfolgsmodell, eine zentrale Errungenschaft der Union. Der freie EU-Binnenraum gilt für alle: Selbst wenn Unionsbürger/innen das Freizügigkeitsrecht aberkannt wird und sie ausreisepflichtig werden, steht ihnen jederzeit das Recht zu, wieder einzureisen und ein neues Freizügigkeitsrecht in Anspruch zu nehmen. Weder die bestehenden noch die neuen Leistungsausschlüsse konnten bisher oder werden in Zukunft die beabsichtigte Lenkungswirkung entfalten können. Darüber hinaus ist eine migrationspolitische Lenkungsabsicht über Sozialleistungsrecht verfassungsrechtlich unzulässig.

IV. Zu den Regelungen im Einzelnen

1. Zu Artikel 1 – Änderung des § 7 Absatz 1

Der bisherige Leistungsausschluss im SGB II für Unionsbürger/innen, die sich mit einem Aufenthaltsrecht allein zur Arbeitsuche in Deutschland aufhalten, wird erweitert um die Personen ohne Aufenthalts- oder Freizügigkeitsrecht, also etwa nicht erwerbstätige Unionsbürger/innen, sowie um Personen, deren Aufenthaltsrecht sich unmittelbar oder abgeleitet von ihren Kindern nur aus dem Recht zum Schul- oder Ausbildungsbesuch aus Art. 10 der Verordnung (EU VO 492/2011) ergibt.

Erst nach fünf Jahren gewöhnlichem Aufenthalt in Deutschland sollen die Leistungsausschlüsse entfallen und SGB II Anspruch bestehen. Die Frist soll mit Anmeldung beim zuständigen Meldeamt laufen.

Bewertung:

a. Grundsätzliche Bewertung des Ausschlusses von existenzsichernden Leistungen für Unionsbürger/innen, die sich nicht nur vorübergehend in Deutschland aufhalten

Das Bundesverfassungsgericht hat am 18. Juli 2012 - 1 BvL 10/10 - ein Grundsatzurteil zum Grundrecht auf menschenwürdiges Existenzminimum für Ausländer gefällt. Es prägte in diesem Urteil vor allem den Grundsatz: „Die in Art. 1 Abs. 1 GG garantierte Menschenwürde ist migrationspolitisch nicht zu relativieren."

Weiter führt es aus: „Auch eine kurze Aufenthaltsdauer oder Aufenthaltsperspektive in Deutschland rechtfertigt es im Übrigen nicht, den Anspruch auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums auf die Sicherung der physischen Existenz zu beschränken. Art. 1 Abs. 1 GG in Verbindung mit Art. 20 Abs. 1 GG verlangt, dass das Existenzminimum in jedem Fall und zu jeder Zeit sichergestellt sein muss. Art. 1 Abs. 1 GG garantiert ein menschenwürdiges Existenzminimum, das durch im Sozialstaat des Art. 20 Abs. 1 GG auszugestaltende Leistungen zu sichern ist, als einheitliches, das physische und soziokulturelle Minimum umfassendes Grundrecht. Ausländische Staatsangehörige verlieren den

Geltungsanspruch als soziale Individuen nicht dadurch, dass sie ihre Heimat verlassen und sich in der Bundesrepublik Deutschland nicht auf Dauer aufhalten. Die einheitlich zu verstehende menschenwürdige Existenz muss daher ab Beginn des Aufenthalts in der Bundesrepublik Deutschland realisiert werden."

Das höchste Gericht hat Asylsuchenden und Menschen mit einem Duldungsstatus, die ausreisepflichtig sind und sich nicht (mehr) rechtmäßig in Deutschland aufhalten, das Grundrecht auf ein menschenwürdiges Existenzminimum zugesprochen.

Nichts anderes kann für Unionsbürgerinnen und Unionsbürger gelten, die sich rechtmäßig zur Arbeitsuche in Deutschland befinden. Selbst dann, wenn bei ihnen eine bestandskräftige Verlustfeststellung der Freizügigkeit nach einer Verhältnismäßigkeitsprüfung erfolgt ist, muss ihnen parallel zu geduldeten ausreisepflichtigen Personen das soziokulturelle Existenzminimum gewährt werden.

Die derzeitigen und geplanten Sozialleistungsausschlüsse verstoßen damit nach Auffassung der Diakonie gegen deutsches Verfassungsrecht. Die Bundesregierung argumentiert im vorliegenden Referentenentwurf damit, dass das BVerfG-Urteil sich auf das Asylbewerberleistungsgesetz und dadurch nur auf Asylsuchende bezogen hat, die nicht gefahrlos ausreisen könnten, während Unionsbürger/innen auf die Möglichkeit der Ausreise verwiesen werden könnten, um Sozialleistungen im Heimatland zu beziehen. Das Urteil bezog sich jedoch zum einen auch auf eine geduldete Person, die aufgrund eines abgelehnten Asylantrags sogar vollziehbar ausreisepflichtig war.[5] Zum anderen wäre ein solcher Verweis auf die gefahrlose Ausreise ohne einen gesetzlichen Anknüpfungspunkt im deutschen Sozialrechtssystem, welches allein auf den gewöhnlichen, nicht nur vorübergehenden Aufenthalt im Geltungsbereich des deutschen Grundgesetzes abstellt, unzulässig.

Der Komplettausschluss von Sozialleistungen führt auch dazu, dass Umstände des jeweiligen Einzelfalls nicht gewürdigt werden können, insbesondere die Bindung zu Deutschland als Aufenthaltsstaat, wie es der Generalanwalt Wathelet in seinem Schlussgutachten in der Rechtssache Alimanovic vor dem EuGH gefordert hat. Gerade im Fall der Klägerin Alimanovic hätte berücksichtigt werden müssen, dass deren Kinder einen beachtlichen Teil ihres Lebens in Deutschland verbracht haben, die deutsche Sprache sprechen und hier zur Schule gehen. Frau Alimanovic ist inzwischen auch wieder erwerbstätig und hatte nur einen kurzen Zeitraum der Arbeitssuche zu überbrücken. Nach dem Generalanwalt sind Anhaltspunkte, die sich aus dem familiären Kontext ergeben - wie die Schulausbildung der Kinder oder enge Bindungen, insbesondere persönlicher Natur, die der Antragsteller zu dem Aufnahmemitgliedstaat aufgebaut hat -, ebenso wie die effektive und tatsächliche Beschäftigungssuche während eines angemessenen Zeitraums Umstände, die das Bestehen einer solchen Verbindung mit dem Aufnahmestaat belegen können. Eine frühere Erwerbstätigkeit oder auch die Tatsache, dass der Betreffende nach Stellung des Antrags auf Sozialleistungen eine neue Arbeit gefunden hat, wäre zu diesem Zweck ebenfalls zu berücksichtigen.[6] Die geplante Härtefallvorschrift in § 23 Abs. 3 Nr. 4 S.5 SGB XII ist insoweit unbrauchbar, da sie Leistungen im Einzelfall nur zur „Überwindung einer besonderen Härte“ und „zur Deckung einer zeitlich befristeten Bedarfslage“ vorsieht.

b. Ausschluss von nicht freizügigkeitsberechtigten Personen

Auch für nicht erwerbstätige Personen, die nicht oder nicht mehr freizügigkeitsberechtigt sind, muss bis zu ihrer Ausreise aus dem Geltungsbereich des Grundgesetzes analog zu den ausreisepflichtigen geduldeten Personen das Grundrecht auf existenzsichernde Leistungen vollumfänglich gelten.

Der Grund für den fehlenden Nachweis der Arbeitssuche und die Nichterwerbstätigkeit liegt im Übrigen oft nicht an der Absicht, keiner Erwerbstätigkeit nachgehen zu wollen. Die Meldung als arbeitssuchend scheitert vielmehr häufig an mangelnden Sprachkenntnissen, fehlenden Beratungsangeboten über Perspektive und Aufenthalt in Deutschland und an bereits nicht offiziellen und ausbeuterischen Migrationspfaden nach Deutschland, deren prekäre Strukturen sich hier fortsetzen.

Da jederzeit eine Einreise und ein voraussetzungsloser rechtmäßiger Aufenthalt bis zu drei Monaten möglich sind, wird ein solcher Ausschluss wirkungslos bleiben. Verfassungsrechtlich gedeckt und sozialpolitisch sinnvoller wäre es, die betroffenen Personen mithilfe von guten Beratungsangeboten und existenzsichernden Leistungen in den Arbeitsmarkt zu integrieren.

c. Ausschluss von ehemaligen Arbeitnehmer/innen und deren Kindern mit rechtmäßigem Aufenthalt in Deutschland gem. Art. 10 VO 492/2011, wenn die Kinder sich in Schule und Ausbildung befinden

Die Erweiterung des Leistungsausschlusses auf die genannte Personengruppe hält die Diakonie für unionsrechtlich nicht haltbar, da sie nicht von der Freizügigkeitsrichtlinie 2004/38 gedeckt ist und damit unanwendbar wird durch das Gleichbehandlungsgebot aus Art. 4 der VO 883/2004[7] und Art. 7 Abs. 2 VO (EU) 492/2011, sowie sozialpolitisch verfehlt. Kinder und Jugendliche in Schule und Ausbildung haben durch den europäischen Verordnungsgeber ein eigenständiges Aufenthaltsrecht erhalten. Die personensorgeberechtigten Eltern können als ehemalige Arbeitnehmer/innen ihr Aufenthaltsrecht daraus ableiten. Ein erfolgreicher Schulbesuch ist ohne existenzsichernde Leistungen inklusive des Bildungs- und Teilhabepakets und die Anwesenheit der Personensorgeberechtigten schlichtweg nicht denkbar. Die vorgenommene Erweiterung widerspricht daher auch Art. 10 der Verordnung selbst, nach der Mitgliedstaaten die Bemühungen fördern sollen, „durch die diesen Kindern ermöglicht werden soll, unter den besten Voraussetzungen am Unterricht teilzunehmen.“

d. Zeitpunkt der Aufenthaltsverfestigung

Die Diakonie Deutschland hält die Annahme von einer Aufenthaltsverfestigung erst nach fünf Jahren für abwegig und nicht verfassungskonform. Das Bundessozialgericht hat eine Aufenthaltsverfestigung nach sechs Monaten unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts für recht-

[5] 1 BvL 10/10 RN 34
[6] EuGH Pressemitteilung vom 26.03.2015 http://curia.europa.eu/jcms/jcms/P_159483/fr
[7] So auch Wissenschaftlicher Dienst des Deutschen Bundestags, Fachbereich Europa PE 6 – 3000 – 76/16 S. 19

mäßig und angemessen gehalten. Auch der Bundesgesetzgeber hat sich im AsylbLG auf eine Wartefrist von 15 Monaten Aufenthalt festgelegt für Asylsuchende, aber auch für vollziehbar ausreisepflichtige Personen oder Geduldete, nach der den Berechtigten Sozial- und Gesundheitsleistungen in voller Höhe wie deutschen Hilfebedürftigen zustehen.

In Anbetracht des europarechtlichen Gleichstellungsgebotes von Unionsbürgern und Unionsbürgerinnen mit deutschen Staatsangehörigen und der notwendigen sozialrechtlichen und sozialpolitischen Absicherung der Arbeitsuche in Deutschland wird eine aufenthaltsverfestigende und grundrechtsrelevante Frist von drei, spätestens sechs Monaten für angemessen gehalten.

e. Fristlauf ab Anmeldung beim Einwohnermeldeamt

Der Fristlauf ab Anmeldung beim zuständigen Meldeamt ist tatbestandlich zu eng gefasst. § 30 Abs. 3 SGB I, der den persönlichen Geltungsbereich für die Sozialgesetzbücher festlegt, stellt auf den Wohnsitz oder den gewöhnlichen Aufenthalt der betreffenden Person in Deutschland ab, wie er den Umständen nach erkennbar ist.

Dies ist der Fall, wenn die Umstände dafür sprechen, dass er sich nicht nur vorübergehend in Deutschland aufhält. Daher müssen auch andere Nachweise, die eine eindeutige Indizfunktion für den dauerhaften Aufenthalt in Deutschland haben, für einen Fristlauf zugrunde gelegt werden können.

2. Zu Artikel 2 – Änderung des § 23

Die wesentliche Änderung in § 23 SGB XII umfasst das Recht auf einmalige Leistung für einen Zeitraum von bis zu vier Wochen für alle von Leistungen ausgeschlossenen Unionsbürger/innen einschließlich eines antragsabhängigen darlehensweise zu leistenden Betrags für einen Fahrschein zur Rückfahrt in das EU-Herkunftsland.

Bewertung:

Eine Gewährung von Sozialleistungen in Form von Überbrückungsleistungen als einmalige Leistung im Darlehenswege längstens für vier Wochen wird hier aus unter 2. genannten Gründen wegen der Unterschreitung des sozio-kulturellen Existenzminimums selbst für sich rechtmäßig hier aufhaltende Unionsbürger/innen abgelehnt. Eine Leistungsgewährung von vier Wochen innerhalb eines Zeitraums von zwei Jahren, die im Ermessenswege verlängert werden kann, ist dem deutschen Sozialrecht fremd und kann die staatliche Pflicht zur Gewährung des Existenzminimums zu jeder Zeit und in vollem Umfang nicht erfüllen.

Die vorgeschlagene Leistungsgewährung stellt Unionsbürger/innen sogar schlechter als ausreisepflichtige Geduldete und könnte damit ein Verstoß gegen das Gleichbehandlungsgebot aus Art. 3 Abs. 1 GG bedeuten. Hierbei kann auch nicht auf die hypothetische Möglichkeit zur Ausreise abgestellt werden, sondern nur darauf ob eine Möglichkeit besteht, den Aufenthalt zwangsweise zu beenden. Dies ist bei den Unionsbürger/innen nicht der Fall, da Sozialhilfebezug gem. Art. 14 Abs. 3 RL 2004/38 allein kein Grund zur Ausweisung darstellt. Dies heißt, dass in beiden Fällen die Ausreise rechtlich nicht erzwungen werden kann, und man sie sozialrechtlich in das Hilfesystem eingliedern muss.

3. Zu Artikel 3 – Datenübermittlungspflichten an die Familienkasse

Ein neuer § 18f AZRG soll die Datenübermittlung an die Familienkasse der Bundesagentur regeln. Demnach soll an die zuständige Familienkasse zur Erfüllung ihrer Aufgaben die Grundpersonalien von Unionsbürgern, bei denen das Nichtbestehen oder der Verlust des Freizügigkeitsrechts festgestellt wurde, sowie die Feststellung des Verlustes des Rechts auf Einreise und Aufenthalt übermittelt werden.

Diese Datenübermittlung soll dazu dienen, die Pflicht der Familienkasse zur Überprüfung der Anspruchsvoraussetzungen beim Kindergeld zu erleichtern.

Bewertung:

Der EuGH hat festgestellt, dass personenbezogene Daten von Unionsbürger/innen im Ausländerzentralregister (AZR) nicht zu statistischen Zwecken oder zur Erleichterung der Strafverfolgung erhoben und gespeichert werden dürfen. Die Daten dürfen demnach nur zur Unterstützung der mit der Anwendung aufenthaltsrechtlicher Vorschriften betrauten Behörden gespeichert und genutzt werden (Rechtssache C-524/06).

§ 2 Abs. 3 AZRG sieht derzeit vor, dass die Daten von Unionsbürger/innen gespeichert werden, gegen die aufenthaltsrechtliche Entscheidungen getroffen wurden. Das ist zulässig, wenn die Daten nur zur Anwendung aufenthaltsrechtlicher Vorschriften genutzt werden.

Die Familienkassen haben jedoch keine aufenthaltsrechtlichen Aufgaben. Das AZRG sieht für die Datenweitergabe an öffentliche Stellen, die nicht mit ausländerrechtlichen Aufgaben betraut sind, vor, dass personenbezogene Daten nur von denjenigen Unionsbürger/innen weiter gegeben werden dürfen, die das Freizügigkeitsrecht verloren haben.

Mit dieser Beschränkung soll wohl dem EuGH-Urteil Genüge getan werden. Dort wird allerdings nicht auf den rechtmäßigen Aufenthalt abgestellt, sondern auf das Verbot der Diskriminierung auf Grund der Staatsangehörigkeit gem. Art. 18 AEUV. Das gilt auch für Unionsbürger/innen, deren Verlust des Freizügigkeitsrechts festgestellt wurde. Die Datenweitergabe an die Kindergeldkassen steht also im Widerspruch zur fraglichen Entscheidung des EuGH.

Das wird auch deutlich mit Blick auf die Gesetzesbegründung. Dort heiß es: „Es kann nicht davon ausgegangen werden, dass die Information über den Freizügigkeitsverlust der Familienkasse regelmäßig von dem jeweiligen Kindergeldempfänger im Rahmen seiner Mitwirkungspflichten mitgeteilt wird. Ebenso wenig kann davon ausgegangen werden, dass die Familienkasse von dem Kindergeldempfänger regelmäßig über die Aufgabe ihres inländischen Wohnsitzes (aufgrund des Freizügigkeitsverlustes) unterrichtet wird.“ Der EuGH hat aber festgestellt, dass die Be-

kämpfung der Kriminalität es nicht erlaubt, ein System zur Verarbeitung personenbezogener Daten zu errichten, das nur Unionsbürger/innen erfasst, die keine Staatsangehörigen dieses Mitgliedstaats sind. Das gleiche muss für betrügerisches Verhalten beim Kindergeldbezug gelten: es gibt auch keine Sicherheit darüber, dass deutsche Kindergeldempfänger immer alle anspruchsbeendenden Tatsachen an die Kindergeldkassen weiter geben – dennoch werden ihre Daten nicht in vergleichbarer Form wie im AZR erhoben und weiter gegeben. Die geplante Regelung stellt somit eine verbotene Diskriminierung dar.

4. Zu Artikel 4 – Änderung des Aufenthaltsgesetzes

Es soll eine Pflicht der Leistungsbehörden zur Unterrichtung der Ausländerbehörden eingeführt werden, wenn ein Ausländer für sich selbst, seine Familienangehörigen oder für sonstige Haushaltsangehörige Sozialleistungen nach SGB II oder XII in Anspruch nimmt oder beantragt.

Mit Blick auf Unionsbürger/innen soll das auch gelten, soweit die Informationen für eine Feststellung des Verlusts oder des Nichtbestehens des Freizügigkeitsrechts entscheidungserheblich sein können.

Bewertung:

Bei Unionsbürger/innen ist das Freizügigkeitsrecht vorauszusetzen, solange es keine Anhaltspunkte gibt, die eine Überprüfung veranlassen. Der Antrag auf Sozialleistungen kann bei wirtschaftlich nicht aktiven Unionsbürger/innen ein solcher Anhaltspunkt sein. Entsprechend heißt es in den verbindlichen Anwendungshinweisen (AVV) zu § 5 FreizügG RN. 5.3, dass der Bezug von Leistungen nur bei wirtschaftlich nicht Aktiven ein solcher Anlass zur Prüfung ist.

Die Neuregelung sieht aber vor, dass bei allen Unionsbürger/innen die Leistungen beantragen oder erhalten, eine Meldung an die Ausländerbehörden verpflichtend ist. Das ist erstens ein erheblicher Bürokratieaufwand, um die wenigen Unionsbürger/innen herauszufiltern, die wirtschaftlich nicht aktiv sind. Und zweites wiederspricht diese generelle Meldepflicht nicht nur den AVV, sondern auch dem zugrundliegenden Art. 14 Abs. 2 Richtlinie 2004/38/EG, wonach das Freizügigkeitsrecht nur dann geprüft werden darf, wenn begründete Zweifel bestehen, dass der Betroffene die Voraussetzungen erfüllt. Da die Existenzsicherung aber bei Arbeitnehmern, Selbständigen, Arbeitssuchenden und den jeweiligen Angehörigen nicht Voraussetzung des Freizügigkeitsrechts ist, kann allein ein Antrag auf Leistungen solche Zweifel nicht begründen. Die Neuregelung widerspricht insoweit europarechtlichen Vorgaben.

Eine Meldung an die Ausländerbehörde kann nur anlassbezogen erlaubt, aber nicht mit Blick auf alle EU-Bürger/innen zu Pflicht gemacht werden.

DEUTSCHER BUNDESTAG
Ausschuss für
Arbeit und Soziales
18. Wahlperiode

Ausschussdrucksache 18(11)**850**

25. November 2016

Schriftliche Stellungnahme

zur öffentlichen Anhörung von Sachverständigen in Berlin 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-Drucksache 18/10211

Deutscher Paritätischer Wohlfahrtsverband - Gesamtverband e.V.*

Partizipation statt Ausgrenzung

Existenzminimum sichern. Integration fördern. Menschenwürde wahren.

Der Gesetzesentwurf der Bundesregierung hat das Ziel, entgegen der jüngsten Rechtsprechung des Bundessozialgerichts bestimmte Gruppen von Unionsbürger*innen und ihre Familienangehörigen nahezu vollständig von Leistungen zur Sicherstellung des Existenzminimums auszuschließen. Auf dem Weg des Sozialleistungsentzugs sollen die betroffenen Unionsbürger*innen und ihre Familienangehörigen zur Ausreise bewegt werden, obwohl die Ausländerbehörde keine Verlustfeststellung getroffen hat.

Die geplanten Gesetzesänderungen sind aus integrationspolitischen, sozialpolitischen und verfassungsrechtlichen Gründen abzulehnen. Sie werden dazu führen, dass eine ganze Bevölkerungsgruppe in Deutschland – bis auf kurzfristige „Überbrückungsleistungen“ – von jeglicher Existenzsicherung ausgeschlossen wäre. Es ist zu befürchten, dass dies zu einem weiteren Anstieg prekärer Lebensverhältnisse – mit all den damit zusammenhängenden Problemen für die betroffen Menschen und den jeweiligen Sozialraum - führen wird.

Das Bundessozialgericht hatte den bislang schon bestehenden Leistungsausschluss in mehreren Entscheidungen im Dezember 2015 und Januar 2016 aufgrund verfassungsrechtlicher Erwägungen korrigiert. Dass er nun in verschärfter Form im Gesetz erneut verankert werden soll, macht ihn indes nicht weniger verfassungswidrig.

Der Paritätische Gesamtverband lehnt den vorliegenden Gesetzentwurf aus folgenden grundsätzlichen Erwägungen ab. Er ist aus unserer Sicht:

- **Sozialpolitisch fatal**: Ein Leben ohne jegliche soziale Absicherung trifft die Schwächsten am stärksten und hat soziale Verelendung, Schutzlosigkeit und prekärste Lebensverhältnisse zur Folge. Die Kosten werden am Ende doch wieder die Kommunen bezahlen müssen – etwa im Rahmen der Jugendhilfe, gesundheitlichen Notversorgung oder ordnungsrechtlichen Unterbringung.
- **Integrationspolitisch kontraproduktiv:** Der Ausschluss von Leistungen des SGB II erschwert die Förderung von Teilhabe am Arbeitsmarkt. Leistungen des Bildungs- und Teilhabepakets sowie Sprachförderung sind dadurch ebenfalls faktisch ausgeschlossen.
- **Grundgesetzwidrig:** Die staatliche Pflicht zur Sicherstellung eines menschenwürdigen Existenzminimums sowie die bislang dazu ergangene Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts werden durch den Gesetzentwurf ignoriert. Die Umsetzung des Gesetzentwurfs hätte eine vom Bundesverfassungsgericht ausgeschlossene migrationspolitische Relativierung der Menschenwürde zur Folge.
- **In Teilen europarechtswidrig**: Jedenfalls für den Personenkreis mit einem Aufenthaltsrecht als Kinder früherer Arbeitnehmer*innen (Art. 10

*E-Mail vom 24.11.2016

VO 492/2011) sind die vorgesehenen Leistungsausschlüsse nicht mit dem Gleichbehandlungsgrundsatz des Europarechts vereinbar.

- **Völkerrechtswidrig:** Die Verweigerung sogar des physischen Existenzminimums ist weder mit Art. 11 des UN-Sozialpakts noch mit Art. 13 der Europäischen Sozialcharta vereinbar.
- **Logisch inkonsistent**: Eine Verschlechterung des Aufenthaltsstatus hätte nach dem Gesetzentwurf eine Verbesserung des sozialen Status zur Folge. *Nicht ausreisepflichtige* Unionsbürger*innen hätten keinerlei Anspruch auf existenzsichernde Sozialleistungen, während nach formaler Feststellung der Ausreisepflicht Ansprüche bestehen (dann nach AsylbLG). Zudem würden die Leistungsausschlüsse des SGB XII nur für Unionsbürger*innen aus den osteuropäischen EU-Staaten gelten, nicht aber für Personen aus den (überwiegend westeuropäischen) Staaten des Europäischen Fürsorgeabkommens.

Übersicht:

Inhalt

1. Wesentlicher Inhalt des Gesetzentwurfs.....49
2. Sozialpolitisch fatal: Ausschlüsse vom menschenwürdigen Existenzminimum führen zu Verelendung und Schutzlosigkeit.....50
3. Integrationspolitisch kontraproduktiv: Teilhabe an Bildung, am Arbeitsmarkt und Spracherwerb fördern statt Integration verhindern.....51
4. Grundgesetzwidrig: „Die Menschenwürde ist migrationspolitisch nicht zu relativieren“ – gilt für Unionsbürger*innen nicht?.....52
5. In Teilen europarechtswidrig: Der Gleichbehandlungsgrundsatz ist bei einem Aufenthaltsrecht nach Art. 10 VO 492/2011 einzuhalten 53
6. Völkerrechtswidrig: Internationale Menschenrechtsabkommen verpflichten zu Mindeststandards im Bereich der Fürsorge – nicht nur für eigene Staatsangehörige
7. Logisch inkonsistent: Gesetzentwurf führt zu widersprüchlichen Konsequenzen.....6
8. Fazit: Was ist zu tun?.....54

1. Wesentlicher Inhalt des Gesetzentwurfs

Gesetzlicher Leistungsausschluss im SGB II und SGB XII

Die Bundesregierung plant mit dem vorliegenden Gesetzentwurf, bestimmte nicht erwerbstätige Unionsbürger*innen gesetzlich sowohl von Leistungen des SGB II als auch des SGB XII für die Dauer von fünf Jahren auszuschließen.

Dieser Leistungsausschluss betrifft insbesondere Unionsbürger*innen,

- in den ersten drei Monaten ihres Aufenthalts, soweit sie nicht bereits Arbeitnehmer*innen oder deren Familienangehörige sind,
- über kein (unionsrechtliches) Aufenthaltsrecht verfügen,
- über ein Aufenthaltsrecht nur zum Zweck der Arbeitsuche verfügen,
- nur über ein Aufenthaltsrecht als Kinder ehemaliger Arbeitnehmer*innen bis zum Abschluss einer Ausbildung verfügen. Dies bezieht sich auch auf die Elternteile, die die elterliche Sorge tatsächlich ausüben (Aufenthaltsrecht aus Art. 10 VO 492/2011).

„Überbrückungsleistungen“: Weniger als das physische Existenzminimum; max. für einen Monat

Stattdessen wird ein Anspruch auf einmalige „Überbrückungsleistungen“ im System des SGB XII eingeführt, die zeitlich regelmäßig auf maximal einen Monat beschränkt sind und sogar das rein physische Existenzminimum deutlich unterschreiten. Diese Überbrückungsleistungen betragen rechnerisch gut 180 Euro in Regelbedarfsstufe 1 und damit weniger als die Hälfte des normalen Regelbedarfs. Das reguläre physische Existenzminimum in Regelbedarfsstufe 1 beläuft sich dagegen auf rund 280 Euro.

Teil der „Überbrückungsleistungen“ sind zudem Kosten für Unterkunft und Heizung sowie die Gesundheitsversorgung bei akuten oder schmerzhaften Erkrankungen, Hilfe bei Schwangerschaft und Mutterschaft. Ausgeschlossen sind damit regelmäßig unter anderem Leistungen für:

- Kleidung
- Hausrat, Haushaltsgegenstände
- Strom
- Bildungs- und Teilhabepaket
- Behandlung chronischer Erkrankungen
- das gesamte soziale Existenzminimum (Fahrtkosten, Telefonkosten usw.)
- sämtliche sonstigen Leistungen des SGB XII (Hilfe zur Pflege, Eingliederungshilfe, Leistungen zur Überwindung besonderer sozialer Schwierigkeiten usw.).

Nur soweit „*dies im Einzelfall besondere Umstände erfordern“* besteht *„zur Überwindung einer besonderen Härte“* Anspruch auf andere Leistungen. Über den Zeitraum von einem Monat hinaus besteht nur dann Anspruch, *„soweit dies im Einzelfall aufgrund besonderer Umstände zur Überwindung einer besonderen Härte und zur Deckung einer zeitlich befristeten Bedarfslage geboten ist.“*

Zusätzlich besteht Anspruch auf darlehensweise Gewährung der Rückreisekosten.

Gesetzliches Verbot der Leistungserbringung statt Ermessen

Mit dieser Regelung plant die Bundesregierung jegliches Ermessen der Sozialämter auszuschließen und gleichsam ein gesetzliches Verbot der Leistungserbringung einzuführen. Auch bei einer beispielsweise bestehenden Reiseunfähigkeit *dürfen* die Überbrückungsleistungen keineswegs dauerhaft, sondern *nur „zur Deckung einer zeitlich befristeten Bedarfslage“* erbracht werden – falls indes von vornherein erkennbar ist, dass die Bedarfslage dauerhaft bestehen wird (weil die Reiseunfähigkeit aufgrund Krankheit oder Behinderung dauerhaft besteht), dürfen vom Wortlaut her keine Leistungen über einen Monat hinaus erbracht werden.

Mit dieser Abkehr von Ermessensleistungen und gleichzeitig dem Verbot, Leistungen über einen bestimmten Zeitraum hinaus leisten zu dürfen, will die Bundesregierung die jüngste Rechtsprechung des Bundessozialgerichts aushebeln, das im Rahmen einer verfassungskonformen Auslegung das bislang im SGB XII bestehende Ermessen zugunsten der Sicherung eines grundgesetzlich zu erbringenden menschenwürdigen Existenzminimums gelenkt hatte.

Anspruch nach fünfjährigem, gewöhnlichen Aufenthalt

Nach dem Zeitraum eines fünfjährigen „gewöhnlichen Aufenthalts" besteht abweichend davon ein Anspruch auf die regulären Leistungen des SGB II bzw. SGB XII. Dies soll nur dann gelten, wenn der Beginn des Fünfjahres-Zeitraums durch eine Wohnsitzanmeldung nachgewiesen werden kann und keine Feststellung über den Verlust oder das Nichtbestehen des Freizügigkeitsrechts getroffen wurde. Zeiten eines ausreisepflichtigen Aufenthalts werden nicht mitgezählt.

Meldepflicht an die Ausländerbehörden

Flankiert wird diese Regelung durch eine obligatorische ausländerrechtliche Meldepflicht aller öffentlichen Stellen (außer Schulen und anderen Bildungs- und Erziehungseinrichtungen), wenn sie Kenntnis von der Beantragung von Sozialleistungen durch einen Ausländer erhalten.

Diese Meldepflicht an die Ausländerbehörde bezieht sich auf Leistungsanträge nach SGB II oder XII von Ausländer*innen, die

- über kein (unionsrechtliches) Aufenthaltsrecht verfügen,
- über ein Aufenthaltsrecht nur zum Zweck der Arbeitsuche verfügen,
- nur über ein Aufenthaltsrecht nach Art. 10 VO 492/2011 verfügen, oder
- einen fünfjährigen gewöhnlichen Aufenthalt nachweisen können.

Auch bei Anträgen auf die neuen „Überbrückungsleistungen" nach SGB XII besteht eine Meldepflicht an die Ausländerbehörde.

Abgesehen von Zweifeln, ob obligatorische und automatische Meldungen an die Ausländerbehörde europarechtskonform sind, stellt sich die Frage, welchen Sinn diese haben sollen: Denn jedenfalls für die Unionsbürger*innen mit einem Aufenthaltsrecht zur Arbeitsuche und diejenigen mit einem Aufenthaltsrecht nach Art. 10 VO 492/2011ist das Vorhandensein ausreichender Existenzmittel keineswegs Voraussetzung für das Vorliegen des materiellen Aufenthaltsrechts. Somit kann ein Antrag auf Leistungen auch nicht zu einer Verlustfeststellung führen, die Meldung ergibt also keinen Sinn. Die Gesetzesbegründung gibt auf diese Unklarheit keine Antwort. Es ist zu befürchten, dass dies in der Praxis anders und somit rechtswidrig gehandhabt wird.

Noch deutlicher wird dies, da auch bei Personen, die bereits über ein Daueraufenthaltsrecht (und damit über einen fünfjährigen nicht nur gewöhnlichen, sondern materiell freizügigkeitsberechtigten Aufenthalt) verfügen, die obligatorische Meldung an die Ausländerbehörden erfolgen muss. Denn wer fünf Jahre materiell freizügigkeitsberechtigt hier gelebt hat, hatte in dieser Zeit natürlich auch seinen gewöhnlichen Aufenthalt hier, so dass die Meldepflicht ebenfalls greift – obwohl sie keinerlei Folgen haben darf.

Die obligatorische Meldung an die Ausländerbehörden dürfte zudem in den allermeisten Fällen dazu führen, dass Personen, die aufgrund ihres fünfjährigen gewöhnlichen (aber nicht materiell freizügigkeitsberechtigten) Aufenthalts Leistungen beantragen, eine Verlustfeststellung befürchten müssen und die Neuregelung damit faktisch leer läuft. Denn trotz des verfestigten Aufenthalts von fünf Jahren und dem damit einhergehenden Leistungsanspruch sollen „ausländerrechtliche Bestimmungen unberührt" bleiben.

Im Folgenden soll auf die eingangs angerissenen Kritikpunkte detailliert eingegangen werden.

2. Sozialpolitisch fatal: Ausschlüsse vom menschenwürdigen Existenzminimum führen zu Verelendung und Schutzlosigkeit

Der vorliegende Gesetzentwurf hat keineswegs nur die Wiederherstellung einer bis zu den einschlägigen Urteilen des Bundessozialgerichts im Dezember 2015 und Januar 2016 geltenden Rechtslage zum Ziel: Vielmehr kündigt die Bundesregierung offensiv den bislang (zumindest in Form höchstrichterlicher Rechtsprechung von BSG und BVerfG) bestehenden Konsens auf, dass in Deutschland niemand ohne jegliche staatliche Existenzsicherung leben muss und damit gänzlich schutzlos sich selbst überlassen bleibt.

Die Bundesregierung tritt dem mit dem Argument entgegen, man könne ja in sein Heimatland ausreisen. Der vorliegende Gesetzentwurf führt als neues migrationspolitisches Instrument das „Aushungern" unproduktiver Unionsbürger*innen in das Sozialrecht ein.

Die Erfahrungen zahlreicher Beratungsstellen des Paritätischen (MBE, JMD, EHAP-Projekte, Wohnungslosenhilfe, Frauenhäuser, Jugendhilfe) zeigen, dass das nicht funktionieren wird. Denn bereits jetzt erhalten zahlreiche hilfebedürftige Unionsbürger*innen faktisch und rechtswidrigerweise keine Leistungen zur Sicherung des Existenzminimums – sie bleiben jedoch dennoch langfristig in Deutschland, da die Situation im Herkunftsland offenkundig noch schlechter wäre. In den Beratungsstellen des Paritätischen steht die Erstreitung und Durchsetzung von Leistungen zur Sicherung des Existenzminimums für die betroffenen Klient*innen daher häufig an zentraler Stelle ihrer Arbeit.

Zugleich wird ein noch weiter gehender, gesetzlicher und langfristiger Ausschluss von jeglichen existenzsichernden Leistungen für eine ganze Bevölkerungsgruppe sozialpolitisch fatale Folgen haben. Bereits jetzt berichten viele Kolleg*innen in den Beratungsstellen des Paritätischen von – für einen hoch entwickelten Sozialstaat – schwer zu ertragenden

Verhältnissen, die sich durch die geplanten weitergehenden Leistungsausschlüsse noch deutlich verstärken werden.

- **Wohnungslosigkeit:** Unionsbürger*innen ohne Leistungsansprüche leben sprichwörtlich auf der Straße, in Zelten, in Autos, in Abbruchhäusern, in völlig überbelegten „Schrottimmobilien". Der Grund ist häufig der fehlende Anspruch auf existenzsichernde Leistungen sowie auf Leistungen nach § 67ff SGB XII. Nach Berichten von Beratungsstellen werden Unionsbürger*innen sogar von niedrigschwelligen Angeboten der Wohnungslosenhilfe abgewiesen, weil eine Refinanzierung nicht gesichert ist. Am stärksten zu leiden haben darunter Familien mit kleinen Kindern, Schwangere, Menschen mit Behinderungen oder Erkrankungen. In Zukunft werden auch Personen ihre Wohnung verlieren, die bislang eine Wohnung hatte, da die Kosten der Unterkunft nicht mehr übernommen werden.
- **Von Gewalt bedrohte Frauen:** Frauenhäuser erhalten keine Refinanzierung ihrer Leistung. Daher können von Gewalt bedrohte Unionsbürgerinnen ohne Ansprüche auf existenzsichernde Leistungen unter Umständen nicht den Schutz von Frauenhäusern in Anspruch nehmen und sind der Schutzlosigkeit preisgegeben.
- **Familien mit Kindern:** Bereits jetzt leben Familien ohne existenzsichernde Leistungen, nur vom Kindergeld. Dies dürfte sich in Zukunft verstärken. Hinzu kommt, dass am Zugang zum SGB II auch die Leistungen des Bildungs- und Teilhabepakets für die Schule sowie der Zugang zu einer Absicherung im Krankheitsfall hängen.
- **Opfer von Arbeitsausbeutung:** Wer kein Geld vom Jobcenter erhält, ist gezwungen, jede Form von Arbeit anzunehmen – auch irreguläre Beschäftigung, Sexarbeit, Tagelöhnerjobs. Bereits jetzt herrscht ein hohes Maß an Schutzlosigkeit in einigen Beschäftigungsbereichen. Durch die weiter gehenden Leistungsausschlüsse wird sich die Problematik von ausbeuterischen Arbeitsverhältnissen verschärfen.
- **Menschen mit schweren Erkrankungen:** Ein Teil der Unionsbürger*innen verfügt über keinen (geklärten) Krankenversicherungsschutz. Ein Zugang zu einer Absicherung im Krankheitsfall besteht jedoch faktisch nur übr versicherungspflichtige Beschäftigung oder durch den Leistungsbezug nach SGB II. Durch die erweiterten Leistungsausschlüsse wird sich die Zahl der Menschen ohne Absicherung im Krankheitsfall vergrößern.
- **Menschen mit Behinderungen:** Selbst bei schweren Behinderungen soll in Zukunft keine Möglichkeit für das Sozialamt bestehen, Hilfe zur Pflege, Eingliederungshilfe, Krankenhilfe, Hilfe zum Lebensunterhalt zu gewähren. Denn länger als einen Monat wäre eine Leistungserbringung nur im Falle einer *„zeitlich befristeten Bedarfslage"* zulässig. Bei einer schweren Behinderung handelt es sich jedoch gerade nicht um eine zeitlich befristete Bedarfslage, somit sind vom Wortlaut her, Leistungen über einen Monat hinaus von vornherein ausgeschlossen. Die jetzt schon prekäre Situation für Menschen mit Behinderungen ohne Leistungsansprüche wird sich somit erheblich verschärfen.

Fazit: Das im Gesetzentwurf vorgesehene Instrument des „Aushungerns" ist eines entwickelten Sozialstaats unwürdig. Es schließt eine ganze Bevölkerungsgruppe von existenziellsten Grundbedürfnissen aus und führt zu Verelendung und Schutzlosigkeit. Am stärksten darunter zu leiden haben besonders schutzbedürftige Personen.

3. Integrationspolitisch kontraproduktiv: Teilhabe an Bildung, am Arbeitsmarkt und Spracherwerb fördern statt Integration verhindern.

Für gelingende Integration ist die Existenzsicherung notwendige Voraussetzung. Zugleich erfüllen Leistungen zur Sicherung des Existenzminimums nach SGB II, teils aber auch nach SGB XII unmittelbar eine integrationsfördernde Funktion. Die Verweigerung dieser Leistungen führt also zu Verhinderung von Integration und Teilhabe.

- ***Schulbesuch***

Art. 10 VO 492/2011 garantiert Kindern früherer Arbeitnehmer*innen ein unionsrechtliches Aufenthaltsrecht. Dieses garantiert diesen Kindern, *„unter den gleichen Bedingungen wie die Staatsangehörigen dieses Mitgliedstaats am allgemeinen Unterricht sowie an der Lehrlings- und Berufsausbildung teilnehmen"* zu können Und weiter: *„Die Mitgliedstaaten fördern die Bemühungen, durch die diesen Kindern ermöglicht werden soll, unter den besten Voraussetzungen am Unterricht teilzunehmen."*

Dieses eigenständige Aufenthaltsrecht der Kinder gilt auch für den Elternteil, der die Personensorge tatsächlich ausübt und gilt unabhängig vom Vorhandensein ausreichender Existenzmittel.

Nach dem vorliegenden Gesetzentwurf soll jedoch nicht nur der Zugang zu Leistungen der Existenzsicherung ausgeschlossen sein, sondern auch zu den Leistungen des Bildungs- und Teilhabepakets (für Schüler*innenfahrkarte, Klassenfahrt, Schulmittagessen usw.). Wie unter diesen Voraussetzungen noch von „besten Voraussetzungen" die Rede sein kann, bleibt das Geheimnis der Bundesregierung. Es liegt auf der Hand, dass eine derartige Regelung nicht nur europarechtliche Fragen aufwirft, sondern auch einen aktiven Beitrag zur gesetzlichen Integrationsverhinderung darstellt.

- ***Förderung der Arbeitsmarkteilhabe***

Die Leistungen des SGB II umfassen auch die Förderung der Integration in Arbeit. Auch diese Leistungen sollen arbeitsuchenden Unionsbürger*innen verweigert werden. Vor dem Hintergrund, dass ein großer Teil der betroffenen Unionsbürger*innen dennoch in Deutschland bleiben oder zurückkommen wird, ist dies integrationspolitisch kontraproduktiv. Die Leistungen des SGB III sind keine realistische Alternative, da die Praxis zeigt, dass die faktischen Hürden zur Arbeitsagentur hoch sind. Zudem nützen reine Förderleistungen wenig, wenn der Lebensunterhalt nicht gesichert ist.

- ***Sprachförderung***

Auch Unionsbürger*innen können zum Integrationskurs zugelassen werden. Eine Kostenbefreiung bekommen sie jedoch nur mit einem Leistungsbescheid des Jobcenters oder Sozialamtes. Insofern führt die Verweigerung von Leistungen zum Existenzminimum faktisch zu einem Ausschluss von Sprachförderung. Erfahrungen von Paritätischen Mitgliedsorganisationen zeigen, dass sogar bereits begonnene Integrationskurse abgebrochen werden müssen, weil das Jobcenter nach sechs Monaten die Leistungen eingestellt hat. Dies dürfte nach dem Willen der Bundesregierung zukünftig noch häufiger der Fall sein.

Es sollte Konsens sein, dass eine Förderung von Partizipation der in Deutschland lebenden Menschen das Ziel sein sollte, anstatt ihre Integration gesetzlich zu verhindern.

4. Grundgesetzwidrig: „Die Menschenwürde ist migrationspolitisch nicht zu relativieren" – gilt für Unionsbürger*innen nicht?

Die Gesetzesänderung ist offenkundig mit der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nicht zu vereinbaren, die die Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums als Menschenrecht auch für ausländische Staatsangehörige, die sich tatsächlich in Deutschland aufhalten, vorschreibt. Die Bundesregierung setzt offenbar auf eine Änderung dieser Rechtsprechung. Bundesinnenminister Thomas de Maizière hatte am 30. September 2015 im Bundestag in deiner Debatte zum ebenfalls verfassungsrechtlich umstrittenen Asylbewerberleistungsgesetz gesagt: Verfassungsrechtsprechung ändere sich aufgrund sich verändernder gesellschaftlicher Umstände. Wörtlich:

„Das ist so bei Verfassungsrechtsprechung, und auch hier wird es so sein."

Es ist zumindest einigermaßen kühn, einen Gesetzentwurf mit der Prognose einer sich möglicherweise und nach Wunsch der Bundesregierung verändernden Rechtsprechung zu rechtfertigen.

Physisches und soziokulturelles Existenzminimum als Menschenrecht

Das Bundesverfassungsgericht hingegen hatte im Jahr 2012 festgestellt, dass das Grundgesetz *„ein Grundrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums"* garantiere. Bei diesem Anspruch handele es sich um ein Menschenrecht. *„Er umfasst sowohl die physische Existenz des Menschen als auch die Sicherung der Möglichkeit zur Pflege zwischenmenschlicher Beziehungen und ein Mindestmaß an Teilhabe am gesellschaftlichen, kulturellen und politischen Leben. Das Grundrecht steht deutschen und ausländischen Staatsangehörigen, die sich in der Bundesrepublik Deutschland aufhalten, gleichermaßen zu."*

Eine Differenzierung hinsichtlich eines möglicherweise reduzierten Umfangs für bestimmte Gruppen ausländischer Staatsangehöriger sei nur zulässig, *„sofern deren Bedarf an existenznotwendigen Leistungen von dem anderer Bedürftiger signifikant abweicht und dies folgerichtig in einem inhaltlich transparenten Verfahren anhand des tatsächlichen Bedarfs gerade dieser Gruppe belegt werden kann."*

Die Gesetzesbegründung geht mit keinem Wort auf eine möglicherweise geringere (nämlich auf null reduzierte!) Bedarfslage der vom vollständigen Leistungsausschluss erfassten Gruppen ein.

Das Grundrecht auf Gewährleistung des Existenzminimums gilt unabhängig vom Aufenthaltsstatus und Aufenthaltsgrund sowie Ausreisemöglichkeit

Verweis auf die Sozialleistungen des Herkunftslands ist nicht zulässig.

Die Bundesregierung begründet den vollständigen Sozialleistungsausschluss unter anderem mit der Möglichkeit einer Rückreise in den Herkunftsstaat: *„Die betroffenen Personen können in ihren Heimatstaaten ohne Gefahr für Leib und Leben wohnen und existenzsichernde Unterstützungsleistungen erlangen (…)."*

Diese Argumentation hatte das Bundessozialgericht in seiner jüngsten Rechtsprechung ausdrücklich verworfen: *„Auf die Möglichkeit einer Heimkehr des Ausländers in sein Herkunftsland kommt es in diesem Zusammenhang nicht an. Diese Möglichkeit ist im Hinblick auf die Ausgestaltung des genannten Grundrechts als Menschenrecht schon verfassungsrechtlich jedenfalls solange unbeachtlich, wie der tatsächliche Aufenthalt in Deutschland von den zuständigen Behörden faktisch geduldet wird."* (B 14 AS 35/15 R; 20.1.2016)

Sicherstellung des menschenwürdigen Existenzminimums auch bei kurzer Aufenthaltsdauer oder -perspektive; in jedem Fall und zu jeder Zeit

Das Bundesverfassungsgericht hatte 2012 festgestellt*: „Auch eine kurze Aufenthaltsdauer oder Aufenthaltsperspektive in Deutschland rechtfertigte es im Übrigen nicht, den Anspruch auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums auf die Sicherung der physischen Existenz zu beschränken. Art. 1 Abs. 1 GG in Verbindung mit Art. 20 Abs. 1 GG verlangt, dass das Existenzminimum in jedem Fall und zu jeder Zeit sichergestellt sein (…). Die einheitlich zu verstehende menschenwürdige Existenz muss daher ab Beginn des Aufenthalts in der Bundesrepublik Deutschland realisiert werden."* (BVerfG, 1 BvL 10/10; 1 BvL 2/11; Randnummer 120)

Menschenwürde ist migrationspolitisch nicht zu relativieren

Das Bundesverfassungsgericht hatte 2012 festgestellt: *„Die Menschenwürde ist migrationspolitisch nicht zu relativieren."* Der Gesetzentwurf der Bundesregierung argumentiert jedoch in erster Linie migrationspolitisch: *„Es ist davon auszugehen, dass die Regelung des Leistungsausschlusses im SGB XII eine Lenkungswirkung entfalten wird."*

Die Sozialleistungsausschlüsse, die in erster Linie und ausdrücklich aus migrationspolitischen Erwägungen erfolgen sollen, sind insofern mit der Rechtsprechung des BVerfG nicht zu vereinbaren.

5. In Teilen europarechtswidrig: Der Gleichbehandlungsgrundsatz ist bei einem Aufenthaltsrecht nach Art. 10 VO 492/2011 einzuhalten

In den Rechtssachen Dano und Alimanovic hatte der Europäische Gerichtshof den Ausschluss von Leistungen des SGB II für Unionsbürger*innen für europarechtlich rechtmäßig erklärt, die ausschließlich über ein Aufenthaltsrecht zur Arbeitsuche oder über kein materielles Aufenthaltsrecht verfügen. In diesen Verfahren hat sich der EuGH jedoch nicht zum Leistungsausschluss für Personen mit einem Aufenthaltsrecht nach Art. 10 VO 492/2011 geäußert.

Vielmehr spricht vieles dafür, dass der Ausschluss jedenfalls von Leistungen des SGB II für letzteren Personenkreis gegen das Diskriminierungsverbot aus Art. 4 VO 883/2014 verstößt. Denn auch nach der Rechtsprechung des EuGH darf dieses Diskriminierungsverbot nur dann eingeschränkt werden, wenn es dafür eine ausdrückliche Ermächtigungsgrundlage gibt. Für Personen, die der Unionsbürgerrichtlinie (RL 2004/38/EG; UnionsRL) unterliegen, findet sich nach Rechtsprechung des EuGH diese Ermächtigungsgrundlage in Art. 24 Abs. 2 der UnionsRL. Damit begründete der EuGH auch die Zulässigkeit der Verweigrung von SGB II-Leistungen für nur Arbeitsuchende bzw. Personen ohne materielles Aufenthaltsrecht in den Fällen Alimanvic und Dano.

Aber: Diese Ermächtigung zur Ungleichbehandlung erstreckt sich ausdrücklich nur auf einen Unionsbürger „der sich ***aufgrund dieser Richtlinie*** im

Hoheitsgebiet des Aufnahmemitgliedstaats aufhält". Das Aufenthaltsrecht nach Art. 10 VO 492/2011 ist jedoch ein eigenständiges Aufenthaltsrecht, das unabhängig von bzw. neben der Unionsbürgerrichtlinie existiert. Aus diesem Grund ist die Ermächtigung zur Ungleichbehandlung für diesen Personenkreis nicht anwendbar. Vielmehr muss das Gleichbehandlungsgebot aus Art. 4 VO 883/2004 jedenfalls für den Anwendungsbereich des SGB II eingehalten werden. Der Leistungsausschluss ist europarechtswidrig.

Zu diesem Schluss kommen nicht nur Prof. Stamatia Devitzi und Prof. Constanze Janda in einem Gutachten für den DGB („Verfassungsrechtliche und europarechtliche Aspekte der Überbrückungsleistungen und des Leistungsentzugs von Eltern bei bestehendem Aufenthaltsrecht der Kinder", 2016), sondern auch der Wissenschaftliche Dienst des Deutschen Bundestags, Fachbereich Europa (PE 6-3000-76/16):

„Die dargelegten Gründe dürften insgesamt dafür sprechen, dass die im RE vorgesehenen Leistungsausschlussregelungen in § 7 Abs. 1 Nr. 2 lit. c) SGB II-E und § 23 Abs. 3 S. 1 Nr. 3. SGB XII-E (soweit dies nicht Leistungen nach § 23 Abs. 1 S. 1 SGB XII betrifft) mit dem Gleichheitsgebot des Art. 4 VO 883/2004 nicht vereinbar sind und damit unanwendbar blieben."

6. Völkerrechtswidrig: Internationale Menschenrechtsabkommen verpflichten zu Mindeststandards im Bereich der Fürsorge – nicht nur für eigene Staatsangehörige

Die Bundesregierung verweist in der Gesetzesbegründung zurecht auf die Geltung der Europäischen Sozialcharta und die in deren Art. 13 normierte staatliche Pflicht, hilfebedürftigen Personen *„ausreichende Unterstützung"* zu gewähren (Recht auf Fürsorge). Anders als dies die Bundesregierung darstellt, gilt diese Pflicht jedoch nicht nur bezogen auf eigene Staatsangehörige in ihrem Heimatland, sondern gem. Art. 13 Nr. 4 *bezogen „auf die rechtmäßig in ihrem Hoheitsgebiet befindlichen Staatsangehörigen der anderen Vertragsparteien"*.

Rechtmäßig in diesem Sinne halten sich jedenfalls Unionsbürger*innen mit einem Aufenthaltsrecht zur Arbeitsuche sowie mit einem Aufenthaltsrecht nach Art. 10 VO 492/2011 in Deutschland auf. Auch Personen ohne ein materielles europarechtliches Aufenthaltsrecht dürften sich in diesem Sinne rechtmäßig" in Deutschland aufhalten, da die Freizügigkeitsvermutung dazu führt, dass erst nach einer formalen Feststellung über den Verlust oder das Nichtbestehen der Freizügigkeit eine Ausreisepflicht entsteht und der Aufenthalt daher nicht mehr rechtmäßig ist.

Die Leistungsausschlüsse widersprechen somit der Europäischen Sozialcharta.

Auch der Internationale Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (UN Sozialpakt), der in Deutschland unmittelbar geltendes Recht ist, garantiert in Art. 10 *„das Recht eines jeden auf einen angemessenen Lebensstandard für sich und seine Familie an, einschließlich ausreichender Ernährung, Bekleidung und Unterbringung"*. Ebenso wie die Europäische Sozialcharta beschränkt der UN-Sozialpakt diesen Anspruch nicht auf die eigenen Staatsangehörigen, sondern er gilt für „jedermann".

Auch hiermit sind die vollständigen Leistungsausschlüsse nicht zu vereinbaren.

7. Logisch inkonsistent: Gesetzentwurf führt zu widersprüchlichen Konsequenzen.

Während Unionsbürger*innen mit rechtmäßigem Aufenthalt (Aufenthaltsrecht zum Zweck der Arbeitsuche, ohne materielles Aufenthaltsrecht, aber aufgrund der Freizügigkeitsvermutung nicht ausreisepflichtig sowie Aufenthaltsrecht aus Art. 10 VO 492/2011) nach den Vorstellungen der Bundesregierung über die Überbrückungsleistungen hinaus keinerlei Ansprüche auf Existenzsicherung haben sollen, würde sich die Situation nach einer formalen Feststellung über den Verlust oder das Nichtbestehen des Freizügigkeitsrechts grundlegend ändern: Denn mit der Verlustfeststellung werden auch Unionsbürger*innen „vollziehbar ausreisepflichtig" oder sind bis zu ihrer Ausreise oder Abschiebung (faktisch) geduldet.

Beide Gruppen haben jedoch ausdrücklich einen (unbefristeten) Anspruch auf Leistungen nach § 1 Abs. 1 Nr. 4 oder 5 AsylbLG – zumindest in Höhe des eingeschränkten physischen Existenzminimums nach § 1a AsylbLG.

Ein wesentlich schlechterer Aufenthaltsstatus führt also zu einer deutlich besseren sozialrechtlichen Stellung. Diese Logik ist kaum nachvollziehbar.

Zum zweiten wird es in Zukunft weiterhin zwei Klassen von Unionsbürger*innen geben. Denn die Leistungsausschlüsse im Bereich des SGB XII sind – mit Ausnahme der Leistungen nach § 67ff SGB XII –

für rechtmäßig in Deutschland lebende Staatsangehörige der Unterzeichnerstaaten des Europäischen Fürsorgeabkommens (EFA)nicht anwendbar, wie das Bundessozialgericht eindeutig festgestellt hat.

Die Folge ist: Für einen estnischen Unionsbürger mit einem Aufenthaltsrecht als Arbeitsuchender sind auch künftig Leistungen nach dem SGB XII zu gewähren, da Estland das EFA unterzeichnet hat. Für einen lettischen Staatsbürger nach Auffassung der Bundesregierung jedoch nicht, da Lettland das EFA nicht unterzeichnet hat.

8. Fazit: Was ist zu tun?

Aus Sicht des Paritätischen sind wie dargestellt vollständige Leistungsausschlüsse für bestimmte Gruppen von Unionsbürger*innen aus den Systemen der Existenzsicherung verfassungsrechtlich nicht zulässig.

Jenseits aller juristischen Argumente ist es auch aus integrationspolitischen Gründen wenig sinnvoll, eine Bevölkerungsgruppe, die freizügigkeitsberechtig ist und sich überwiegend längerfristig in Deutschland aufhalten dürfte, von dem Regelsystem zur Integration in den Arbeitsmarkt – der Grundsicherung für Arbeitssuchende – fernzuhalten. Im Gegenteil: Ein Ausschluss aus dem System, durch das arbeitsmarktspezifische Integrationsleistungen erbracht werden können, führt mittel- und langfristig zu höheren Kosten und integrationspolitisch fatalen Signalen. Unionbürgerinnen und Unionsbürger drohen so die neuen Integrationsverlierer zu werden.

Den Kommunen entstehen für die Unterstützung hilfebedürftiger EU-Bürgerinnen und EU–Bürger Mehrkosten. Neben den Aufwendungen für offene Angebote geht es hier insbesondere um Aufwendungen für die Bereitstellung von Wohnraum und der Übernahme von Kosten für die medizinische Versorgung bisher nicht krankenversicherter Personen. Wenn die Betroffenen nicht von SGB II Leistungen ausgeschlossen wären, ließen sich die Kosten für die Kommunen, auch unter Berücksichtigung der anteiligen Übernahme der Kosten für die Unterkunft, deutlich reduzieren.

Aus sozial- und integrationspolitischen Gründen ist ein vollständiger Ausschluss von den Leistungen des SGB II nicht nachvollziehbar: Die Leistungen nach dem SGB II dienen nämlich nicht nur der Sicherung eines menschenwürdigen Existenzminiums, sondern auch der Integration in den Arbeitsmarkt, der Gewährleistung von Krankenversicherungsschutz sowie der Sicherstellung von Leistungen für Bildung und Teilhabe. Ein genereller Ausschluss führt zu sozialer Verelendung und Verhinderung von Integration und Teilhabe. Hier besteht nach Ansicht des Paritätischen also dringender Handlungsbedarf.

DEUTSCHER BUNDESTAG
Ausschuss für
Arbeit und Soziales
18. Wahlperiode

Ausschussdrucksache 18(11)**821**

22. November 2016

Information für den Ausschuss

Prof. Dr. Uwe Berlit, Leipzig

Stellungnahme 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

I. Einführung

Der Gesetzentwurf[1] ist ein weiteres Kapitel in der (fast) unendlichen Geschichte der Gewährung von steuerfinanzierten, existenzsichernden Sozialleistungen an Unionsbürger.[2] Unmittelbar auf die dem demokratisch legitimierten Gesetzgeber unstreitig zustehende Korrektur von Rechtsprechung des BSG gerichtet, hat er eine deutlich längere Vorgeschichte.

Sozial- und gesellschaftspolitisch werden mit dem Gesetzentwurf Voraussetzungen und Grenzen sozialstaatlicher Solidarität ausgelotet. Zugleich wird die klare Aussage des Bundesverfassungsgerichts[3] auf den Prüfstand gestellt, dass das Grundrecht auf ein menschenwürdiges Existenzminimum auch im Inland lebenden Ausländern zustehe und das Sozialrecht kein Mittel aufenthaltsrechtlicher Zuzugssteuerung sei. Vor der unions- und verfassungsrechtliche Bewertung (IV.) des knapp dazustellenden Gesetzentwurfes (III.) ist zum besseren Verständnis der Hintergründe knapp die wechselvolle und strittige Geschichte des Sozialleistungszugangs mittelloser EU-Bürger zu skizzieren (II.).

II. Ein kurzer Rückblick

Die Ursprungsfassung des SGB II hatte nur solche erwerbsfähigen Ausländer (einschließlich der Familienangehörigen) mit gewöhnlichem Aufenthalt in Deutschland ausgeschlossen, die nach dem AsylbLG leistungsberechtigt sind, sowie Ausländer, deren Aufenthaltsrecht sich allein aus dem Zweck der Arbeitsuche ergibt.[4]

1. Entwicklung bis zu den BSG-Entscheidungen ab Dezember 2015

Der Ausschlusstatbestand wurde 2006 neu gefasst.[5] Zum 1.1.2008 wurden die Ausschlussgründe in § 7 Abs. 1 Satz 2 SGB II in einzelne Nummern „aufgefächert“ und als Nr. 1 hinzugenommen Ausländer, die weder in der Bundesrepublik Deutschland Arbeitnehmer oder Selbständige noch auf Grund des § 2 Abs. 3 des Freizügigkeitsgesetzes/EU freizügigkeitsberechtigt sind, und ihre Familienangehörigen für die ersten drei Monate ihres Aufenthalts; für Ausländer mit einem humanitären Aufenthaltstitel wurde eine Rückausnahme geschaffen.[6] Die Ergänzung sollte vor allem Unionsbürger erfassen, denen nach Art. 6 RL 2004/38/EG (sog. FreizügigkeitsRL oder

[1] Zu einem Referentenentwurf vom April 2016 Janda ZRP 2016, 152.
[2] Eine Zwischenbilanz ziehen Greiser/Ascher (Die Leistungsausschlüsse von EU-Bürgern in SGB II und SGB XII. Eine [Zwischen]Bilanz, VSSR 2016, 61).
[3] BVerfG, U. v. 18.7.2012 – 1 BvL 10/10, 1 BvL 2/11 – BVerfGE 132, 134.
[4] § 7 Abs. 1 Satz 2 SGB II i.d.F. des Gesetzes vom 24.12.2003, BGBl. I, 2954.
[5] Art. 1 Nr. 2 lit. a) Gesetz zur Änderung des Zweiten Buches Sozialgesetzbuch und anderer Gesetze v. 24.3.2006, BGBl. I, 558.
[6] § 7 Abs. 1 Satz 1 i.d.F. von Art. 6 Nr. (9) des Gesetzes zur Umsetzung aufenthalts- und asylrechtlicher Richtlinien der Europäischen Union v, 19.8.2007, BGBl. I, 1970 (2008).

UnionsbürgerRL) ein voraussetzungsloses, dreimonatiges Aufenthaltsrecht zustand;[7] die Unionsrechtskonformität dieser Ausschlussregelung war überwiegend unbestritten.[8]

Umstritten war aber von Anbeginn die Frage des Verhältnisses von nationalem Sozialrecht, unionsrechtlichen Gleichstellungsregelungen[9] und den in Art. 24 Abs. 2 FreizügigkeitsRL, Art. 4 i.V.m. Art. 70 VO (EG) 883/2004 (Sozialrechtskoordinierung) vorgesehenen Beschränkungsmöglichkeiten. Eine der frühen Unterfragen war, ob SGB II-Leistungen „Sozialhilfe" im Sinne des Unionsrechts sind oder eine erweiterte Lohnersatzleistung bzw. eine Leistung zur Überwindung der Arbeitslosigkeit[10] bildet. Das EuGH-Urteil in Sachen Vatsouras/Koupatantze[11] hat hier nicht wirklich Klarheit geschafft, für die den nationalen Gerichten überlassene Einordnung aber eine gewisse Neigung erkennen lassen, dass SGB II-Leistungen den Zugang zur Beschäftigung erleichtern sollten.

In der Folgezeit wurde der Leistungsausschluss nach § 7 Abs. 1 Satz 2 SGB II weiterhin in Rechtsprechung und Schrifttum kontrovers beurteilt. Als eine Teilfrage rückte zeitweilig die letztlich vom BSG[12] verneinte Frage in den Vordergrund, ob der Leistungsausschluss auch greift, wenn der Ausländer vom Schutzbereich des Europäischen Fürsorgeabkommens erfasst wird. Die Bundesrepublik Deutschland erklärte daraufhin Ende 2011 nach Art. 16 EFA einen Vorbehalt zum Europäischen Fürsorgeabkommen, der sich auf SGB II-Leistungen bezog, und diese als neue Fürsorgeleistung notifiziert. Das BSG ist verschiedenen Einwendungen gegen die völkerrechtliche Wirksamkeit dieses Vorbehalts Anfang Dezember 2015[13] nicht gefolgt.[14] Weitere Teilfragen waren neben der Qualifizierung der SGB II-Leistungen die unionsrechtlichen Voraussetzungen eines nationalen Leistungsausschlusses und die Auslegung der nationalen Ausschlussregelungen selbst, etwa ihre (entsprechende) Anwendung auf wirtschaftlich nicht aktive Unionsbürger.

Die unionsrechtlichen Voraussetzungen des nationalen Leistungsausschlusses[15] klärte der EuGH in seinen Urteilen „Dano",[16] „Alimanovic"[17] und „Garcia-Nieto".[18] Kernpunkte sind, dass die SGB II-Leistungen zwar „besondere beitragsunabhängige Sozialleistungen" i.S.d. Art. 4, Art. 3 Abs. 3 und Art. 70 VO (EG) 883/2004 sind. Art. 24 Abs. 1 FreizügigkeitsRL oder Art. 7 Abs. 1 Buchst. b, Art. 4 VO (EG) 883/2004 stehen aber nationalen Regeln nicht entgegen, die Unionsbürger ohne ein materielles Aufenthaltsrechts von Inländern gewährten Leistungen ausschließen, wenn diese „beitragsunabhängigen Sozialleistungen" zugleich – wie das SGB II – zugleich eine Leistung der „Sozialhilfe" i.S.d. Art. 24 Abs. 2 FreizügigkeitsRL sind. Dabei spielt es keine Rolle, ob die Unionsbürger ohne jede Erwerbsabsicht eingereist sind oder ihr an Erwerbssuche oder frühere Erwerbstätigkeit anknüpfendes, nachwirkendes materielles Aufenthaltsrecht inzwischen erloschen ist. Eine „unangemessene Inanspruchnahme der Sozialhilfeleistungen des Aufnahmemitgliedstaates"[19] ist auch nicht im Einzelfall zu prüfen; sie hängt von einer Systembetrachtung und der (möglichen) Belastung durch alle entsprechenden Leistungsanträge ab.

[7] BT-Drs. 16/5065, 473.
[8] S.a. Kunkel/Frey ZfSH/SGB 2008, 387 (392); Schreiber info also 2008, 3.
[9] Art. 18, 20, 21 AEUV; Art. 24 Abs. 1 RL 2004/38/EG.
[10] Fuchs NZS 2007, 1; Farahat NZS 2014, 490;
[11] EuGH, U. v. 4.6.2009 – C-22/09, C-23/08 (Vatsouras/Koupatantze); dazu etwa Schreiber info also 2009, 195; Eichenhofer SGb 2011, 463; Piepenstock jurisPR-SozR 23/2009 Anm. 1.
[12] BSG, U. v. 19.10.2010 – B 14 AS 23/10 R; dazu Harich jurisPR-SozR 15/2011 Anm. 1.
[13] BSG, U. v. 3.12.2015 – B 4 AS 43/15 R.
[14] Der Vorbehalt erfasst nicht die bei erlaubtem Aufenthalt weiterhin zu erbringenden SGB XII-Leistungen; im Anwendungsbereich des Europäischen Fürsorgeabkommens findet die Ausschlussregelung des 3 23 Abs. 3 Satz 1 SGB XII von vornherein keine Anwendung (BSG, U. v. 17.3.2016 – B 4 AS 32/15 R). Die Inländergleichstellung nach Art. 1 EFA erfordert aber einen erlaubten Aufenthalt des Staatsangehörigen aus dem Vertragsstaat im Bundesgebiet, der nach Art. 11 Abs. a Satz 1 EFA grundsätzlich durch einen entsprechenden Aufenthaltstitel zu dokumentieren ist und auch durch eine (fortgeltende) Freizügigkeitsbescheinigung/EU (nach § 5 FreizügfG/EU [a.F.]) nachgewiesen werden kann. Nach Wegfall dieser (unionsrechtlich zudem lediglich deklaratorischen) Bescheinigung bedarf es wohl lediglich eines materiellen Freizügigkeitsrechts (BSG, U. v. 3.12.2015 – B 4 AS 59/13 R [Rn. 20 ff.]).
[15] Insgesamt zu dieser Rechtsprechung s. etwa Hantel NJ 2016, 133; Greiser/Ascher, Die Leistungsausschlüsse von EU-Bürgern in SGB II und SGB XII. Eine (Zwischen-)Bilanz, VSSR 2016, 61.
[16] EuGH, U. v. 11.11.2014 – C-333/13 (Dano); dazu etwa Schreiber info also 2015, 3; Nazik/Ulber NZS 2015, 369; Fuchs ZESAR 2015, 95; Frenz DVBl. 2015, 36; Eichenhofer EuR 2015, 73; Padé jM 2015, 117; Wallrabenstein JZ 2016, 109; Thym NJW 2015, 130; Wollenschläger NVwZ 2014, 1628; Greiser/Kador/Krause ZfSH/SGB 2015, 76.
[17] EuGH, U. v. 15.9.2015 (C-67/14) (Alimanovic); dazu etwa Wunder SGb 2015, 620; Körtek SozSich 2015, 370; Janda Asylmagazin 2015, 357; Kötter info also 2016, 3; Rogge NDV-RD 2015, 125; Kingreen NVwZ 2015, 1503; Devetzki/Schreiber ZESAR 2016, 15; Eichenhofer ZESAR 2016, 36.
[18] EuGH, U. v. 25.2.2016 – C-299/14 (Garcia-Nieto); s. Leopold, Luxemburg locuta – causa finata? Was kommt nach Dano, Alimanovic und Garcia-Nieto? Folgerungen aus der Rechtsprechung des EuGH für das deutsche Sozialrecht, AuR 2015, 397; Derksen, Keine Grundsicherung für Arbeitsuchende für EU-Ausländer, ZAR 2016, 324.
[19] Erwägungsgrund 10 RL 2004/38/EG.

2. BSG-Entscheidungen ab 3.12.2015

In einer Reihe von Entscheidungen hatte das BSG ab Ende 2015[20] entschieden, dass materiell nicht freizügigkeitsberechtigte Unionsbürger in entsprechender Anwendung des § 7 Abs. 1 Satz 2 SGB II von Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts ausgeschlossen sind und dieser Ausschluss mit Blick auf die neuere EuGH-Rechtsprechung auch unionsrechtskonform ist. Wegen der existenzsichernden Leistungen nach dem SGB XII begegnet der SGB II-Leistungsausschluss auch keinen verfassungsrechtlichen Bedenken. Wegen des wirksam erklärten Vorbehalts kann sich auch ein Unionsbürger nicht auf das Gleichbehandlungsgebot des Art. 1 Europäisches Fürsorgeabkommen berufen.[21]

Materiell nicht freizügigkeitsberechtigte Unionsbürger können aber – und hierin wird teils eine De facto-Substituierung der EuGH-Rechtsprechung gesehen[22] – im Einzelfall Hilfe zum Lebensunterhalt nach dem Recht der Sozialhilfe als Ermessensleistung beanspruchen; dem stehe weder der Leistungsausschluss nach § 21 SGB XII noch die Ausschlussregelung des § 23 Abs. 3 Satz 1 SGB XII entgegen, die bei tatsächlichem Inlandsaufenthalt und faktischer Duldung durch die Ausländerbehörde nachgelagerte Ermessenserwägungen verlangt. Das Ermessen des Sozialhilfeträgers ist im Regelfall bei einem verfestigten Aufenthalt nach mindestens sechs Monaten auf Null reduziert; unerheblich ist – so das BSG – die Möglichkeit der Heimkehr des Ausländers in sein Herkunftsland. Ein Aufenthaltsrecht, das einem Ausschluss von SGB II-Leistungen entgegensteht, kann sich dabei auch aus Aufenthaltsrechten von Kindern und betreuenden Eltern, etwa aus von Kindern von Arbeitnehmern erworbenen Rechten auf Fortführung der Ausbildung nach Art 10 VO (EU) 492/2011, ergeben.[23] Bei materiell nicht freizügigkeitsberechtigten Unionsbürgern rechtfertigt aber nur ein Aufenthaltsrecht nach dem „Gesetz über den Aufenthalt, die Erwerbstätigkeit und die Integration von Ausländern im Bundesgebiet", das eine längerfristige Bleibeperspektive vermittelt, eine Rückausnahme vom SGB II-Leistungsausschluss.[24]

Diese Entscheidung ist in der instanzgerichtlichen Rechtsprechung in teils bemerkenswerter Weise kritisiert worden.[25] Teils wurde auch abweichend entschieden, teils im vorläufigen Rechtsschutzverfahren die Kritik zwar geübt, im Ergebnis aber im Interesse effektiver Rechtsschutzgewähr der BSG-Rechtsprechung gefolgt.[26] Die Kritik richtet sich insb. gegen

- die Systemabgrenzung von SGB II zum SGB XII, insb. die Auslegung des § 21 SGB XII, die damit verbundene „Öffnung" für einen Sozialhilfeanspruch trotz bestehender Erwerbsfähigkeit, die als system- und gesetzeswidriges Ausweichen auf das SGB XII gesehen wird,
- die Auslegung der Ausschlussklausel des § 23 SGB XII, der trotz des klaren Anspruchsausschlusses im Anschluss an frühere Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts ein Leistungsgewährungsermessen „nachgeschaltet" wird,
- die Ermessensbindung in Fällen verfestigten Inlandsaufenthalts und die Annahme, dieser sei bereits nach sechs Monaten gegeben, und
- den Umfang des dann im Ermessenswege zugestandenen „Vollanspruchs".[27]

Daneben wird auch eine unzulässige richterliche Rechtsfortbildung geltend gemacht, bei der das BSG durch ein „Ausweichen" auf das SGB XII zur „Bewältigung" der (möglichen) verfassungsrechtlichen Bedenken gegen einen vollständigen Leistungsausschluss nach einmonatiger Überbrückungsleistung auch einer an sich angezeigten Vorlage des § 7 Abs. 1 Satz 2 SGB II an das Bundesverfassungsgericht (Art. 100 Abs. 1 GG) ausgewichen sei und dadurch die Garantie des gesetzlichen Richters (Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG) verletzt habe.[28]

III. Zum Inhalt des Gesetzentwurfes

Der Gesetzentwurf dient durch Korrektur der BSG-Rechtsprechung mithin auch der „Befriedung" dieses Rechtsprechungskonflikts.

Zur Umsetzung des Ziels, existenzsichernde Leistungen nach dem SGB II und SGB XII für nicht materiell

[20] BSG, U. v. 3.12.2015 – B 4 AS 44/15 R (dazu Berlit jurisPR-SozR 11/2016 Anm. 1; Greiser, Leistungsausschluss im SGB II für EU-Bürger – Sozialhilfeanspruch bei Aufenthaltsdauer von über sechs Monaten, jM 2016, 156; Lenze, Ausschluss arbeitsuchender EU-Ausländer von Grundsicherungsleistungen, NJW 2016, 557; Bernsdorff, Sozialhilfe für nichterwerbstätige Unionsbürger – Kassel locuta, causa finita?, NVwZ 2016, 633; Thym, Sozialhilfe für erwerbsfähige Unionsbürger – Das Bundessozialgericht auf Umwegen, NZS 2016, 441); U. v. 16.12.2016 – B 14 AS 15/14 R (Aufenthaltsrecht wegen einer bevorstehenden Familiengründung ist nur in eng begrenzten Fallgestaltungen zu bejahen); U. v. 20.1.2016 – B 14 AS 15/15; B 14 AS 35/15 R; U. v. 17.2.2016 – B 4 AS 24/14 R.

[21] BSG, U. v. 17.3.2016 – B 4 AS 32/15 R.

[22] Bernsdorff (Fn. 21), NVwZ 2016, 633 (634).

[23] BSG, U. v. 3.12.2015 – B 4 AS 43/15 R; dazu auch Derksen, Keine Sozialhilfe oder Grundsicherung für Arbeitsuchende für EU-Ausländer mit Aufenthaltsrecht nach Art. 10 VO 492/2011 über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Union?, info also 2016, 257.

[24] BSG, U. v. 20.1.2016 – B 14 AS 35/15 R

[25] Nachweise zur umfang- und facettenreichen Rechtsprechung bei Bernsdorff (Fn. 21), NVwZ 2016, 634 (636 [in Fn. 15]); Wunder (Die Folgen des Ausschlusses von SGB II-Leistungen für arbeitsuchende EU-Ausländer, SozSich 2016, 198 (201 f. [Fn. 46 ff.]); Greiser in jurisPK SGB XII, § 23 Rn.63. 5 ff., Anhang zu § 23 Rn. 119.3 f. Zur Kritik aus der Literatur s. nur Thym, Sozialhilfe für erwerbsfähige Unionsbürger: Das Bundessozialgericht auf Umwegen, NZS 2016, 441.

[26] S. etwa LSG NW, B. v. 18.4.2016 – L 6 AS 2249/15 B ER (mit krit. Anmerk. Bittner SGb 2016, 399).

[27] Zu diesen Argumenten s. Wunder (Fn. 26), SozSich 2016, 198 (201 ff.).

[28] Bernsdorff (Fn. 21), NVwZ 2016, 633 (636 f.).

freizügigkeitsberechtigte Unionsbürger auszuschließen, werden das SGB II und das SGB XII ergänzt und Folgeänderungen in den Datenübermittlungsregelungen des Ausländerzentralregisters und des Aufenthaltsgesetzes vorgenommen.

1. SGB II

In § 7 Abs. 1 Satz 2 SGB II werden die bisherigen Leistungsausschlüsse erweitert auf alle AusländerInnen, „die kein Aufenthaltsrecht“ haben, sowie auf solche Ausländer, die ihr Aufenthaltsrecht aus Art. 10 Buchst. b) VO (EU) 492/2011 ableiten.

Vom Leistungsausschluss ausgenommen werden AusländerInnen, wenn sie seit mindestens fünf Jahren ihren gewöhnlichen Aufenthalt im Bundesgebiet haben, soweit nicht der Verlust des Rechts nach § 2 Abs. 1 FreizügG/EU festgestellt wurde. Auf die mit der Anmeldung bei der zuständigen Meldebehörde beginnende Frist für den gewöhnlichen Aufenthalt werden Zeiten des nicht rechtmäßigen Aufenthalts nicht angerechnet, in denen eine Ausreisepflicht besteht.

2. SGB XII

In § 23 SGB XII wird Abs. 3 neu gefasst. Der Leistungsausschluss für Hilfe zum Lebensunterhalt und Krankenhilfe sowie der Grundsicherung im Alter und bei Erwerbsminderung wird über den bisherigen Ausschlussgrund der Einreise zum Zwecke der Sozialhilfeerlangung erweitert auf die Ausschlussgründe des § 7 Abs. 1 Satz 2 SGB II.

Für diese Ausländer werden für längstens einen Monat einmalig innerhalb von zwei Jahren für die Zeit bis zur Ausreise (eingeschränkte) Überbrückungsleistungen gewährt. Diese Überbrückungsleistungen umfassen Leistungen zur Deckung der Bedarfe für Ernährung sowie Körper- und Gesundheitspflege, Unterkunftsbedarfe in angemessener Höhe, Krankenversorgung bei akuter Erkrankung und bei Schmerzzuständen sowie Hilfen bei Schwangerschaft und Mutterschaft. Dieser Umfang ist mit der Maßgabe an die Leistungen angelehnt, die in Fällen festgestellter Ausreisepflicht und Ausreisemöglichkeit nach § 1a Abs. 2 Satz 2 AsylbLG gewährt werden, dass sie auf einen Monat (und nicht bis zu der tatsächlichen Ausreise) begrenzt sind und die Leistungserbringungsform „Sachleistung“ nicht ausdrücklich normiert ist. Soweit besondere Umstände diese erfordern, können zur Überwindung einer besonderen Härte auch weitere Leistungen erbracht werden, Über einen Monat hinaus können Leistungen erbracht werden, soweit dies im Einzelfall aufgrund besonderer Umstände zur Überwindung einer besonderen Härte und zur Deckung eines zeitlich befristeten Bedarfs geboten ist. Auch hier werden AusländerInnen ausgenommen, wenn sie seit mindestens fünf Jahren ihren gewöhnlichen Aufenthalt im Bundesgebiet haben, soweit nicht der Verlust des Rechts nach § 2 Abs. 1 FreizügG/EU festgestellt wurde und sie nicht zwischenzeitlich ausreisepflichtig waren.

Neben den Überbrückungsleistungen werden als Darlehen auf Antrag auch die angemessenen Kosten der Rückreise übernommen, und zwar auch dann, wenn die Ausländer allein wegen der Rückreisekosten ihren Lebensunterhalt (inkl. der Unterkunftskosten) nicht decken können.

IV. Zur rechtlichen Beurteilung des Gesetzentwurfs

Der Gesetzgeber ist bei der Ausgestaltung von Art und Umfang namentlich der steuerfinanzierten Sozialleistungen frei, solange er höherrangiges Recht beachtet. Dies umfasst die Befugnis, die migrations-, integrations- oder sozialpolitische Notwendigkeit einer Rechtsänderung sowie deren Nutzen zu bewerten.

Der Gesetzentwurf benennt bei den haushaltswirksamen Ausgaben nur die Ausgaben je 1000 zusätzlichen Leistungsberechtigten. Wie viele Leistungsberechtigte voraussichtlich von den Erweiterungen der Leistungsausschlüsse erfasst werden, bleibt offen. Lediglich für die Personen, die ihr Aufenthaltsrecht ausschließlich aus Art. 10 VO (EU) 492/2011 ableiten, wird davon ausgegangen, „dass dies nur eine geringe Personenzahl betrifft“; auch her fehlen konkretere Angaben.

Als höherrangiges Recht sind hier Unionsrecht und Verfassungsrecht in den Blick zu nehmen.

1. Unionsrecht

Nach der neueren Rechtsprechung des EuGH bestehen keine grundsätzlichen unionsrechtlichen Bedenken gegen die Leistungsausschlüsse. Gegen diese Rechtsprechung ist schwerlich das – ebenfalls vom EuGH authentisch auszulegende – Primärrecht in Stellung zu bringen.[29] Der Gesetzentwurf zeichnet diese Rechtsprechung nach. Was für das SGB II gilt, gilt – aus unionsrechtlicher Perspektive – für das SGB XII entsprechend, wenn und weil es sich gleichermaßen um „Sozialhilfeleistungen“ handelt.

Anderes gilt für die Erweiterung des Leistungsausschlusses für Personen, die ihr Aufenthaltsrecht aus Art. 10 VO (EU) 492/2011 ableiten. Dieses Aufenthaltsrecht ist (oder verschafft) kein materiellrechtliches Aufenthaltsrecht nach der Freizügigkeitsrichtlinie. Es ist aber ein unionsrechtlich gestütztes Aufenthaltsrecht.[30] Die neuere Rechtsprechung des EuGH zum Sozialleistungsausschluss verhält sich nicht eindeutig zu diesem – von der Freizügigkeitsrichtlinie unabhängig – sekundärrechtlichen unmittelbaren Aufenthaltsrecht. Der EuGH hat aber betont, dass das (abgeleitete) Aufenthaltsrecht aus Art. 10

[29] In diese Richtung Greiser/Kador/Krause (Luxemburga locuta, causa finital!? Besprechung von EuGH v. 15.9.2015 – C-67/14 („Alimanovic“), ZfSH/SGB 2015, 569 (573); Janda (EuGH – Leistungseinschränkung bei arbeitsuchenden EU-Bürgern ist rechtens. Anmerkung zur Alimanovic-Entscheidung des EuGH vom 15. September 2015, Asylmagazin 2015, 357 (358).

[30] A.A. LSG RP, B. v. 11.8.2016 – L 3 AS 376/16 B ER, das dieses abgeleitete Aufenthaltsrecht nicht als Aufenthaltsrecht i.S.d. § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II wertet, weil es als abgeleitetes Recht an den Arbeitnehmerstatus eines Elternteils anknüpft, der zumindest bei Beginn des Schulbesuchs bestanden haben muss.

VO (EU) 492/2011 selbständig neben die Aufenthaltsrechte aus der FreizügigkeitsRL tritt und – das ist hier entscheidend – nicht dadurch entfällt, dass der bei Beginn des Schulbesuchs bestehende Arbeitnehmerstatus nachträglich entfällt.[31]

Hier besteht aus Sicht des Gesetzgebers zumindest ein unionsrechtliches „Restrisiko".[32] Es kommt hinzu, dass nach der Schätzung des Kreises der hiervon Betroffenen im Gesetzentwurf schwerlich von einer „unangemessenen Inanspruchnahme der Sozialhilfeleistungen" des Aufnahmemitgliedstaates aufgegangen werden kann.

2. Grundgesetz, insb. Grundrecht auf ein menschenwürdiges Existenzminimum

2.1. Leistungseinschränkungen im AsylbLG als Vorbild?

Nach den Einschränkungen der Leistungen im Asylbewerberleistungsgesetz ist dies der zweite Ansatz, Leistungsniveau und -umfang nach Maßgabe des aufenthaltsrechtlichen Status zu differenzieren, ohne dafür eine im engeren Sinne bedarfsbezogene Begründung anzugeben. Für das Asylbewerberleistungsgesetz zu nennen ist vor allem die schrittweise Ausweitung einer auch dauerhaften Leistungseinschränkung bei nach § 60a AufenthG geduldeten Ausländern und vollziehbar ausreisepflichtigen Personen, die bei bevorstehendem Ausreisetermin, zurechenbarer Nichtvollziehbarkeit aufenthaltsbeendender Maßnahmen oder Verletzung bestimmter asylverfahrensrechtlicher Mitwirkungsobliegenheiten auch dauerhaft auf Sachleistungen zur Deckung der Bedarfe an Ernährung und Unterkunft einschließlich Heizung sowie Körper- und Gesundheitspflege (physisches Existenzminimum)[33] beschränkt wird (§ 1a AsylbLG). § 11 Abs. 2a AsylbLG[34] erweitert diese Beschränkungen u.a. auch auf Leistungsberechtigte, die aus einem sicheren Drittstaat (§ 26a AsylG) unerlaubt eingereist sind und als Asylsuchende oder dem Aufenthaltsgesetz erkennungsdienstlich zu behandeln sind.

Die mit diesen Regelungen verbundenen verfassungsrechtlichen Probleme[35] sind in der Vielzahl der migrationspolitischen Gesetze seit Oktober 2015 untergegangen. Regelungen, die in den Vorschlägen der EU-Kommission für eine Neufassung der Dublin-Verordnung, der Anerkennungsrichtlinie und der Aufnahmerichtlinie u.a. zur Vermeidung von Sekundärmigration enthalten sind, können so verstanden werden, dass sie unionsrechtlich entsprechende Leistungseinschränkungen nicht nur zulassen, sondern vorgeben. Sollten sie umgesetzt werden, könnte das Bundesverfassungsgericht bei einer verfassungsrechtlichen Prüfung dann nur noch auf die Identitätskontrolle (Art. 23 Abs. 1 Satz 3 i.V.m. Art. 79 Abs. 3, Art. 1 Abs. 1 GG) und die Wahrung des hiervon unabdingbar gebotenen Grundrechtsschutzes zurückgreifen.[36] Ein Identitätsverstoß bei fortbestehender Gewährleistung zumindest des physischen Existenzminimums drängt sich - bei den strengen Voraussetzungen für eine Aktivierung der Identitätskontrolle[37] - zumindest nicht auf.

2.2 Vereinbarkeit mit dem Bedarfsdeckungsgrundsatz?

Durch den vollständigen Leistungswegfall nach einmonatiger Gewährung abgesenkter Leistungen stellt sich die Frage nach einer Vereinbarkeit mit dem Bedarfsdeckungsgrundsatz in besonderer Weise. Denn die Möglichkeit der Ausreise in den EU-Herkunftsstaat ist keine direkte Form anderweitiger Bedarfsdeckung in Form (bereiter) Mittel. Es ist ein Verweis einer Person, die sich tatsächlich im Geltungsbereich des Grundgesetzes aufhält, auf eine Vermeidung eines Bedarfs, der aktuell im Geltungsbereich des Grundgesetzes anfällt, ohne Berücksichtigung der anderweitigen – rechtlich gesicherten oder tatsächlichen – am Zielort der völker- und unionsrechtlichen möglichen Rückkehr gesicherten anderweitigen Bedarfsdeckung. Das Verlassen des Bundesgebietes bei Leistungsbezug ist typischerweise eine aufenthalts- bzw. migrationsrechtlich geprägte Problemlösungsstrategie. Nach der Neuregelung des Ausweisungsrechts zum 1.1.2016 ist Sozialhilfebezug zwar nicht mehr ausdrücklich ein Ermessensausweisungsgrund;[38] er hat aber wegen des aufenthaltsrechtlichen Lebensunterhaltssicherungserfordernisses[39] erhebliche Bedeutung für einen legalen Aufenthalt und ist auch unionsrechtliche Voraussetzung eines von der Erwerbsteilhabe als Arbeitnehmer oder Selbständiger unabhängigen Freizügigkeitsrechts.

Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts gilt das Grundrecht auf ein existenzsicherndes Existenzminimum für alle im Bundesgebiet leben-

[31] EuGH, U. v. 17.9.2002 – C-413/99 (Baumbast); U. v. 23.2.2010 – C-310/08 (Ibrahim); U. v. 23.2.2010 – C-480/08 (Teixeira).
[32] Dezidierter Derksen ([Fn. 24]), info also 2016, 257), der mit beachtlichen Gründen den bereits in dem Referentenentwurf vom April 2016 enthaltenen Leistungsausschluss auch für diese Fallgruppe für klar unionsrechtswidrig hält.
[33] Oppermann jurisPR-SozR 7/2016 Anm. 1.
[34] Eingefügt durch Gesetz v. 11.3.2016, BGBl. I, 390.
[35] Zu einigen Aspekten knapp etwa Voigt (Asylbewerberleistungsgesetz – Feindliche Übernahme durch das Ausländerrecht), info also 2016, 99, der die jüngsten Änderungen indes noch nicht berücksichtigt; Brings/Oehl, Verfassungswidrige Kürzungen und nachgeschobene Berechnungen, ZAR 2016, 22; Deibel (Die Neuregelungen im Asylbewerberleistungsrecht durch die Asylpakete II und III, ZfSH/SGB 2016, 520) geht auf die Verfassungskonformität der vorgestellten Neuregelungen nicht systematisch ein.
[36] Dazu etwa BVerfG, B. v. 15.12.2015 – 2 BvR 2735/14 – BVerfGE 140, 317.
[37] BVerfG, B. v. 15.12.2015 - 2 BvR 2735/14 - BVerfGE 140, 317 (Rn. 41 ff.).
[38] So noch – bis 1.1.2016 - § 55 Abs. 2 Nr. 6 AufenthG
[39] § 5 Abs. 1 Nr. 1, § 2 Abs. 3 AufenthG.

den Personen unabhängig von der Staatsangehörigkeit;[40] migrationspolitische Erwägungen sollen kein Absenken des Leistungsstandards unter das physische und soziokulturelle Existenzminimum rechtfertigen können. Als Menschenrecht steht dieses Grundrecht deutschen und ausländischen Staatsangehörigen, die sich in der Bundesrepublik Deutschland aufhalten, gleichermaßen zu.[41] Die „rechtliche Qualität" des Aufenthalts, seine Rechtmäßigkeit oder die Frage, ob es sich um einen dauernden, gewöhnlichen oder nur temporären Aufenthalt handelt, ist jedenfalls für den personalen Schutzbereich dieses Grundrechts unerheblich. Sie kann allerdings – unter bedarfsbezogenen Aspekten – für den Leistungsumfang oder die Leistungsart Anknüpfungspunkt von Differenzierungen sein. Diese Rechtsprechung ist begrüßt,[42] aber auch kritisiert worden.[43]

Bei fortbestehendem Inlandsaufenthalt bleibt es auf der Grundlage der bisherigen, nach § 31 Abs. 1 BVerfGG auch die Verfassungsorgane des Bundes bindenden Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts[44] bei dem grundrechtlichen Leistungsanspruch dem Grunde nach. Er ist auch völkerrechtlich gestützt, aber nur bei „rechtmäßig in ihrem Hoheitsgebiet befindlichen Staatsangehörigen der anderen Vertragsparteien".[45] Eine deutliche Absenkung oder gar Befristung auf Übergangsleistungen – wie im Gesetzentwurf vorgesehen – ist damit (zumindest prima facie) unvereinbar. Mit dieser Befristung geht der Gesetzentwurf sogar noch weiter als § 1a Abs. 2 AsylbLG, der zwar – sachlich - die Leistungen im Vergleich zu den Grundsicherungsleistungen nach dem SGB II/SGB XII spürbar absenkt, dies aber nicht – auf einen Monat innerhalb von zwei Jahren – zeitlich begrenzt.

2.3 Modifikation der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts wegen der Zumutbarkeit der Ausreise?

Der Sache nach setzt der Gesetzentwurf auf eine – nach Sicht einiger eher klarstellende, der Sache nach aber konstitutive – Aufgabe oder doch Modifikation des Ansatzes des Bundesverfassungsgerichts, dass das Sozialrecht kein Mittel des Aufenthaltsrechts, der migrationsrechtlichen Steuerung ist. Kernfrage ist, ob die – bei Unionsbürgern unschwer anzunehmende, gesicherte und unproblematische – Möglichkeit einer tatsächlichen Ausreise in den Herkunftsstaat in der Lage ist, das grundrechtliche Leistungsversprechen des deutschen Sozialstaats zu begrenzen. Durch die – nach Ablauf der Übergangsfrist – vorgesehene vollständige Leistungsversagung wird für mittellose EU-Bürger de facto ein nachhaltiger Ausreise"impuls" mit dem Ziel einer freiwilligen Ausreise gesetzt und bezweckt,[46] die jedenfalls die Bedürftigkeit im Bundesgebiet beendet.

Sozialrechtlich lautet die Frage, ob eine aufenthaltsrechtlich (noch) nicht zwingende Ausreisepflicht zu einer (auch verfassungsrechtlich) zumutbaren sozial(hilfe)rechtlichen Obliegenheit führen kann, den Inlandsleistungsbezug durch Ausreise zu beenden. Denn dass – unionsrechtlich – kein materielles Aufenthaltsrecht (mehr) besteht, führt – jedenfalls nicht ohne weitere ausländerbehördliche Entscheidung (§ 7 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 FreizügG/EU) – zu einer (durchsetzbaren) Ausreisepflicht.[47]

Im unionsrechtlichen Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts ist die Rückkehr eines Unionsbürgers in seinen Herkunftsstaat jedenfalls normativ nicht unzumutbar.[48] Auch tatsächlich führt die Leistungsbefristung den Mittellosen nicht insgesamt in

[40] BVerfG (Fn. 4), Rn. 94 f.: „Auch eine kurze Aufenthaltsdauer oder Aufenthaltsperspektive in Deutschland rechtfertigte es im Übrigen nicht, den Anspruch auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums auf die Sicherung der physischen Existenz zu beschränken. Art. 1 Abs. 1 GG in Verbindung mit Art. 20 Abs. 1 GG verlangt, dass das Existenzminimum in jedem Fall und zu jeder Zeit sichergestellt sein muss … . Migrationspolitische Erwägungen, die Leistungen an Asylbewerber und Flüchtlinge niedrig zu halten, um Anreize für Wanderungsbewegungen durch ein im internationalen Vergleich eventuell hohes Leistungsniveau zu vermeiden, können von vornherein kein Absenken des Leistungsstandards unter das physische und soziokulturelle Existenzminimum rechtfertigen."

[41] BVerfG (Fn. 4), Rn. 63.

[42] S. etwa Pelzer, „Die Menschenwürde ist migrationspolitisch nicht zu relativieren" – Der Streit um die Verfassungsmäßigkeit des Asylbewerberleistungsgesetzes und das Urteil des BVerfG, in: Barwig u.a. (Hrsg.), Solidarität. Hohenheimer Tage zum Ausländerrecht 2012, Baden-Baden 2012, 342; Eichenhofer, Menschenwürde durch den Sozialstaat – für alle Menschen, SGb 2012, 565; Rothkegel, Das Gericht wird's richten – das AsylbLG-Urteil des Bundesverfassungsgerichts und seine Ausstrahlungswirkung, ZAR 2012, 357.

[43] Pointiert Isensee, Menschenwürde: Rettungsinsel in der Flüchtlingsflut? Zur Leistungsfähigkeit des Art. 1 Abs. 1 GG für die Rechtspraxis, in: Depenheuer/Grabenwarter (Hrsg.), Der Staat in der Flüchtlingskrise, Paderborn 2016, 231 (236): „Das ist die Einladungskarte der Willkommenskultur, zugleich deren Kreditkarte".

[44] Ein Verstoß gegen die einfachgesetzlich angeordnete Bindungswirkung führte für sich allein indes nicht zu einem Verfassungsverstoß; vgl. BVerfG, B. v. 6.10.1987 – 1 BvR 1086/82 u.a. – BVerfGE 77, 84 (juris Rn. 69 f.).

[45] Das „Rechts auf Fürsorge" nach Art. 13 Europäische Sozialcharta richtet sich an alle Chartastaaten, nicht nur (oder vorrangig) an die Herkunftsstaaten; diese Verpflichtung bezieht sich bei fremden Staatsangehörigen indes nur auf „die rechtmäßig in ihrem Hoheitsgebiet befindlichen Staatsangehörigen der anderen Vertragsparteien".

[46] Eckhardt, Die „kalte Ausweisung" armer EU-BürgerInnen – der Plan Nahles soll Gesetz werden, Sozialrecht Justament 3/2016, 5.

[47] Schreiber, Die Bedeutung des Aufenthaltsrechts für die sozialrechtliche Gleichbehandlung von Unionsbürgerinnen und Unionsbürgern, ZAR 2015, 46 (47).

[48] Nachweise aus der Rechtsprechung bei Wunder (Fn. 26), SozSich 2016, 198 (203).

eine ausweglose Situation: Wegen der – dann allerdings partiell kontrafaktischen[49] – Unterstellung, dass im Unionsgebiet die Unionsstaaten zumindest für ihre eigenen Staatsangehörigen die soziale Grundsicherung effektiv gewährleisten, können sie sich (normativ) darauf verlassen, dass ihre Existenz grundlegend im Heimatstaat gewährleistet wird. Unionsrecht selbst garantiert dies indes nicht; auch Art. 34 EGrC verpflichtet die Mitgliedstaaten nicht zu einer sozialen Grundsicherung.

Das Bestehens einer einfach zu realisierenden Ausreiseoption kommt als auch verfassungsrechtlich tragfähiger Grund für einen im Regelfall vollständigen Leistungsausschluss materiell nicht freizügigkeitsberechtigter EU-Bürger in Betracht – allzumal bei Konzepten „gestufter (sozialstaatlicher) Solidarität".[50] Es gibt indes auch sehr beachtliche Gegengründe, einen europarechtlich zulässigen vollständigen Ausschluss von Leistungen (weiterhin) als Verstoß gegen das Grundrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums zu werten und zumindest bei fortbestehendem Inlandsaufenthalt auch dauerhaft eine Mindestsicherung auf dem Niveau des § 1a Abs. 2 AsylbLG anzunehmen.[51] Ob das Bundesverfassungsgericht – wenige Jahre nach seiner eindeutigen, nicht als obiter dictum zu „bagatellisierenden" „Positionierung" – unter dem Druck der aktuellen Flüchtlingszahlen oder kraft besserer Erkenntnis seine bisherige Rechtsprechung aufgibt, ist so Gegenstand einer „legislatorischen Wette" des Gesetzentwurfes.

3. Einzelfragen

Neben dieser Kernfrage ergeben sich zumindest weitere Problemkomplexe, die eher die gesetzes"technische" Ausgestaltung betreffen.

3.1 fehlende Übergangsregelung

Da der Leistungsausschluss erst nach Ablauf der Frist, binnen derer unionsrechtlich ein von der Lebensunterhaltssicherung unabhängiges Daueraufenthaltsrecht entsteht, wegfällt, ist zu klären, welche Ansprüche materiell nicht freizügigkeitsberechtigten Unionsbürger zugestanden werden sollen, die sich bereits längere Zeit im Bundesgebiet (mit oder ohne zumindest zeitweilige materielle Freizügigkeitsberechtigung oder Leistungsbezug) aufgehalten haben, bei Inkrafttreten des Gesetzes aber – ohne bereits eine (zusammenhängende) Fünfjahresfrist erreicht zu haben – kein Freizügigkeitsrecht haben. Bislang enthält der Gesetzentwurf keine Übergangsregelung und erfasste diese Personen übergangslos. Dies programmiert vermeidbare Härte vor, die auch bei Billigung des Gesamtansatzes die Regelung partiell diskreditieren.

3.2 Verhältnis zum Asylbewerberleistungsgesetz

Nach § 1a Abs. 2 Satz 2 AsylblG erhalten – ohne jede Befristung – auch solche ausreisepflichtigen Personen dauerhaft abgesenkte Leistungen (als Sachleistungen), wenn sie eine Ausreisemöglichkeit haben und bei ihnen aufenthaltsbeendende Maßnahmen nicht aus von ihnen zu vertretenden Gründen nicht vollzogen werden können. Für diesen Personenkreis, der wegen einer auch tatsächlich gegebenen Ausreiseoption nicht „unentrinnbar" auf Sozialhilfeleistungen angewiesen sind, besteht zwar die Möglichkeit, aufenthaltsbeendende Maßnahmen zu vollziehen.

Ein signifikanter Unterschied zur Lage der Unionsbürger ohne materielles Aufenthaltsrecht, die nicht einmal (vollziehbar) ausreisepflichtig sind, besteht für diese Fallgruppe nicht. Unionsbürger werden also sozialrechtlich schlechter gestellt als nach § 1a Abs. 2 Satz 2 AsylbLG ausreisepflichtige Personen, die auch tatsächlich ausreisen können. Jedenfalls diese ungleiche Behandlung ist begründungsbedürftig; mit dem primärrechtlich verankerten Unionsbürgerstatus (Art. 20, 21 AEUV) ist sie schwerlich vereinbar. Dies birgt das Risiko, dass der EuGH sie jedenfalls nicht als „verhältnismäßige" Beschränkung i.S.d. Art. 24 Abs. 2 FreizügigkeitsRL anerkennt.

Folgeproblem ist, ob in Fällen, in denen die Ausländerbehörde von dem nach § 7 Abs. 1 FreizügG/EU vorgezeichneten Weg Gebrauch macht und das Nichtbestehen eines materiellen Freizügigkeitsrecht festgestellt hat, dann auch EU-Bürger wegen der dadurch ausgelösten (vollziehbaren) Ausreisepflicht zu Leistungsberechtigten i.S.d. § 1 Abs. 1 Nr. 1 AsylbLG werden und nach diesem Gesetz einen Anspruch auf nach § 1a Abs. 2 AsylbLG zwar deutlich abgesenkter Leistungen haben, der aber nicht auf einen Monat begrenzt ist. Das AsylbLG enthält keine Ausschlussregelung. EU-Bürger sind im Sinne des Aufenthaltsgesetzes aber auch Ausländer. Für sie gilt lediglich das FreizügG/EU. Ohne eine ausdrückliche Ausschlussregelung unterfallen sie bei nach § 7 Abs. 1 Satz 1 FreizügG/EU begründeter Ausreisepflicht dem Asylbewerberleistungsgesetz. Eine analoge Anwendung des neuen Leistungsausschlusses im SGB II/SGB XII auch im Asylbewerberleistungsgesetz scheidet aus, und zwar unabhängig davon, ob bei einem gesetzesübergreifenden Leistungsausschluss dem Grunde nach eine Analogie in Betracht kommt.[52] Jedenfalls angesichts der Grundrechtssensibilität des Themas kann nicht von einer vom Gesetzgeber nicht gewollt Regelungslücke ausgegangen werden und greifen die generellen Gründe gegen eine leistungsversagende oder -mindernde Analogie durch.

Bei diesem Ansatz wird dem von einer Leistungsversagung „bedrohten" oder erfassten EU-Bürger auch

[49] Nur ein Beispiel ist die massive, wenngleich auch mit Blick auf Art. 9 Abs. 1 Buchst. b RL 2011/95/EU flüchtlingsrechtlich noch nicht beachtliche Diskriminierung von Roma auch in EU-Mitgliedstaaten.
[50] S. Thym, Schnellere und strengere Asylverfahren. Die Zukunft des Asylrechts nach dem Beschleunigungsgesetz, NVwZ 2015, 1625 (1630 f.).
[51] Vgl. Greiser in jurisPK SGB XII, Angang zu § 23 Rn. 119 ff.; letztlich offen wohl Bernsdorff (Fn. 21), NVwZ 2016, 633 (638).
[52] Zu den (engen) Grenzen der Analogie zu Lasten des Bürgers im Verwaltungsrecht s. Guy Beaucamp, AöR 134 (2009), 83.

ein durchsetzbaren Anspruch auf ausländerbehördliche Feststellung des Fortbestehens oder des Wegfalls der unionsrechtlichen Freizügigkeitsberechtigung nach § 7 Abs. 1 Satz 2 FreizügG/EU zuzubilligen sein. Wegen der positiven leistungsrechtlichen Folgen besteht ein Sachbescheidungsinteresse auch dann, wenn die Ausländerbehörde zu der Feststellung gelangt, es bestehe kein Freizügigkeitsrecht (mehr).[53]

3.3 Ausschluss auch vom Kindergeldbezug?

Zumindest bei einer Teilgruppe der Personen, auf die der Gesetzentwurf zielt, ist das Gesetzesvorhaben inkonsequent: die Familien mit (vielen) Kindern. Der Gesetzentwurf greift nicht den Kindergeldbezug für materiell nicht Aufnahme berechtigte EU-Bürger auf. Nach einer – allerdings zu einem Übergangsfall nach einem EU-Beitritt ergangenen – Beschluss des BFH[54] wird ein EU-Bürger erst dann zu einem nicht freizügigkeitsberechtigten Ausländer i.S.d. § 62 Abs. 2 EStG,[55] wenn die zuständige Ausländerbehörde Maßnahmen ergriffen hat, durch die der Unionsbürger anstelle der Regelungen des FreizügG/EU den Regelungen des Aufenthaltsgesetzes unterworfen wird. Hiernach reicht mithin die fehlende materielle Freizügigkeitsberechtigung nicht für einen Kindergeldausschluss aus. Bei kinderreichen Familien bildet das Kindergeld – seinem Zweck entsprechend - indes eine wichtige Basisfinanzierung; es ist geeignet, den durch die Leistungsbegrenzung im Übrigen erzeugten Rückwanderungsdruck spürbar zu mindern.

Dies plädiert nicht für eine Gesetzeserweiterung auch auf diesen Regelungsbereich. Es ist aber ein Argument dafür, dass das Gesetz das intendierte Ziel der „Aufenthaltsbeendigung durch Leistungsentzug“ für eine nicht unwesentliche Teilgruppe wohl verfehlen wird.

V. Fazit

Der Gesetzentwurf ist mit Unionsrecht weitgehend vereinbar. Zumindest „Risiken“ ergeben sich mit Blick auf den Ausschluss auch bei einem Aufenthaltsrecht, das sich aus Art. 10 Buchst. b) VO (EU) 492/2011 ergibt, und hinsichtlich der Schlechterstellung von Unionsbürgern im Vergleich zu anderen Ausländern ohne materielles Aufenthaltsrecht durch die Befristung der abgesenkten Leistungen auf einen Monat.

Mit nationalem Verfassungsrecht ist der Entwurf auf der Grundlage der derzeitigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts mit dem Grundrecht auf ein menschenwürdiges Existenzminimum (Art. 1 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 20 Abs. 1 GG) unvereinbar. Er setzt offenkundig darauf, dass das Bundesverfassungsgericht bei einer etwaigen verfassungsgerichtlichen Überprüfung insoweit seine Rechtsprechung ändern oder doch modifizieren wird und zumindest für freizügigkeitsberechtigte Unionsbürger die klassische „Arbeitsteilung“ zwischen dem Aufenthaltsrecht, das den Zugang und Verbleib von Ausländern regelt, und dem Sozialrecht, das allen faktischen Inländern zumindest das Existenzminimum sichert, aufgibt.[56]

[53] Der EU-Bürger muss wegen der durch die Verlustfeststellung nach § 7 Abs. 1 Satz 2 FreizügG/EU aktivierten Ausreisepflicht mit aufenthaltsbeendenden Maßnahmen und einem Wiedereinreiseverbot rechnen.
[54] BFH, B. v. 27.4.2015 – III B 127/14 – InfAuslR 2015, 397.
[55] § 1 Abs. 3 BKGG enthält vergleichbare Regelungen.
[56] So Thym (Fn. 21), NZS 2016, 441 (445).

DEUTSCHER BUNDESTAG
Ausschuss für
Arbeit und Soziales
18. Wahlperiode

Ausschussdrucksache 18(11)**844**

24. November 2016

Information für den Ausschuss

Neue Richtervereinigung e.V.*

Stellungnahme 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

Die Neue Richtervereinigung lehnt den Gesetzentwurf ab.

1. Die geplanten Regelungen **verstoßen gegen Unionsrecht und gegen das Grundgesetz**.

a. § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 c) SGB II-E verstößt gegen Art. 10 VO (EU) 492/2011. Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH haben Kinder und Eltern ein aus dem Unionsrecht fließendes Aufenthaltsrecht, solange das Kind eine Ausbildung absolviert, die während der Beschäftigung der Eltern begonnen wurde. Wegen dieses Aufenthaltsrechts können sie unionsrechtliche Gleichbehandlung mit Inländern beanspruchen.

b. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und des Bundessozialgerichts ist die Bundesrepublik Deutschland verfassungsrechtlich solange für die Sicherung des Existenzminimums zuständig, solange der Aufenthalt von der Ausländerbehörde faktisch geduldet wird (BVerfG, Erster Senat, Urteil vom 18. Juli 2012 - 1 BvL 10/10, 1 BvL 2/11 -, Rn. 63, juris; BSG, Urteil vom 3. Dezember 2015 - B 4 AS 44/15 R -, Rn. 55 f., juris). Das Sozialrecht darf nach der klaren Aussage des Bundesverfassungsgerichts nicht benutzt werden, um eine aufenthaltsrechtlich nicht durchsetzbare Abschiebung auf buchstäblich kaltem Wege zu ersetzen (BVerfG, a.a.O, Rn. 95).

Der Leistungsausschluss von Personen mit einem tatsächlichen Aufenthaltsrecht zur Arbeitsuche verstößt in seiner Undifferenziertheit gegen Art. 3 Abs. 1 GG. Betroffen sind viele Personen, die schon viele Jahre im Arbeitsmarkt integriert waren und – wegen der Voraussetzungen, die sie für ihr Aufenthaltsrecht erfüllen müssen - fast immer eine gute weitere Integrationsperspektive aufweisen.

Soweit im Gesetzentwurf „Überbrückungsleistungen“ nach dem SGB XII vorgesehen sind, verstößt deren Bemessung gegen die Ausführungen zur Bedarfsermittlung in den bundesverfassungsgerichtlichen Entscheidungen zu den SGBII-Regelsätzen. Es ist zudem evident, dass der Bedarfsfall für derartige Leistungen mehrfach innerhalb von zwei Jahren auftreten kann und auch dann zu decken ist.

2. Schwerer als dieser verfassungs- und unionsrechtliche Befund wiegen die zu prognostizierenden Auswirkungen auf unsere Verfassungsrealität. Die Entscheidung, unerwünschten Unionsbürger_innen für eine sehr lange Zeit das soziale Existenzminimum zu verweigern widerspricht den Geboten der Mitmenschlichkeit.

Über diese subjektiv-rechtliche Perspektive hinaus wird das Gesetz nutzlos sein, und dies zu einem sehr hohen Preis.

a. Das Gesetz wird seine – ohnehin zweifelhaften – **Ziele nicht erreichen**.

Das Gesetz schafft neue Rechts*un*sicherheit, nachdem das Bundessozialgericht einen gangbaren Weg gefunden hatte, die aktuelle Rechtslage mit den verfassungs- und menschenrechtlichen Vorgaben in Einklang zu bringen. Es ist nicht zu erwarten, dass die zuständigen Kolleg_innen des 4., 8. und 14. Senats des Bundessozialgerichts und die ihnen folgende Mehrheit der Richter_innen der Instanzgerichte ihre Überzeugung aufgeben werden, dass die Gewährung minimaler Sozialleistungen an alle län-

*E-Mail vom 24.11.2016

gerfristig hier lebenden Menschen nicht nur moralisch, sondern auch verfassungsrechtlich geboten ist. Entsprechend werden viele Sozial- und Landessozialgerichte im Rahmen von Eilverfahren wie bisher Leistungen gewähren, bis eine erneute Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs und eine erstmalige Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zu dieser Frage vorliegen.

Die vollständige Verweigerung von Sozialleistungen – abgesehen von einem „Heimkehrpaket“ – will „wirtschaftlich inaktive“ Unionsbürger_innen davon abhalten, zu uns zu kommen oder sie dazu bewegen, Deutschland wieder zu verlassen. Das Gesetz wendet sich vorwiegend gegen Sinti und Roma aus Rumänien und Bulgarien, deren Anwesenheit in unreflektierter Tradition als besonders unerwünscht gilt. Die Situation dieser Menschen ihren Herkunftsländern ist vielfach von einem so krassen Elend geprägt, dass es nicht gelingen wird, ihre Lage in Deutschland im Vergleich dazu schlechter zu gestalten.

Auch wird die Regelung nicht zur Entlastung der kommunalen Finanzen führen. Sie produziert Elend, dessen unvermeidliche Einhegung mindestens so viel kosten wird wie die eingesparten Sozialleistungen.

b. Die Abschaffung von Sozialleistungen an besonders schwache Mitmenschen **untergräbt die deutsche Rechts- und Verfassungsordnung**.

Schwerer Schaden droht dem Arbeits- und Sozialrecht. 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 zur Zeit regulären Beschäftigungen im untersten Qualifikations- und Einkommensbereich nachgehen.

Die Regelung legt Axt an das Fundament unserer Verfassungs- und Gesellschaftsordnung. Nach dem einleuchtenden Verständnis des Bundesverfassungsgerichts wurzeln existenzsichernde Leistungen unmittelbar in der Menschenwürde. Bisher galt, dass jeder Mensch unabhängig von seiner Herkunft dasselbe Recht auf ein Leben in Würde in sich trägt. Die Neuregelung ersetzt dieses tragende Prinzip durch sozialrechtliche Apartheid. Die Folgen für die deutsche Gesellschaft sind unabsehbar.