

IV. Gleichheit und Fremdheit – Existenzminimum für Unionsbürger*innen

I. Rechtskonflikte um ein sozialstaatliches Europa

Bisher wurde untersucht, wie die Ungleichheitsachse Klasse innerhalb der grundgesetzlichen Ordnung adressiert wird. Nun soll der Blick über die deutsche Rechtsordnung hinaus auf das Unionsrecht gerichtet und die Rechtskonflikte um das Existenzminimum von Unionsbürger*innen rekonstruiert werden. Während auf nationalstaatlicher Ebene die formale Rechtsgleichheit jenseits des Justizgewährungsanspruchs nicht als Anknüpfungspunkt für die Verhandlung von Klasse dient, hat sie auf europäischer Ebene zur Entwicklung transnationaler sozialer Rechte entscheidend beigetragen. Der Europäische Gerichtshof hat über das Diskriminierungsverbot aufgrund der Staatsangehörigkeit Unionsbürger*innen sozialrechtlich in andere Mitgliedstaaten inkludiert und auf diese Weise soziale Gleichheit vermittelt.³²² In dieser Rechtsprechung geht es immer wieder um die Frage, ob Unionsbürger*innen, die in einem anderen Mitgliedstaat leben, von existenzsichernden Sozialleistungen ausgeschlossen werden dürfen.

Die Rechtskonflikte entzündeten sich an den sekundärrechtlichen Regelungen zur Freizügigkeit für ökonomisch nicht aktive Unionsbürger*innen. Während beschäftigte Unionsbürger*innen sozialrechtlich in anderen Mitgliedstaaten gut abgesichert sind, sind nicht erwerbstätige Unionsbürger*innen im Sozialrecht nicht in gleicher Weise Inländer*innen gleichgestellt. Der Europäische Gerichtshof hat dies in mehreren Entscheidungen in einer aktivistischen Rechtsprechungslinie infrage gestellt und in diesem Zuge sukzessiv transnationale soziale Rechte entwickelt. Seit Ende der 1990er Jahre hat der Europäische Gerichtshof einer alleinerziehenden Mutter³²³, Studierenden³²⁴, Arbeitssuchenden³²⁵ und

322 Auch im deutschen Kontext darf bei Sozialleistungen nicht unbegrenzt nach der Staatsangehörigkeit differenziert werden, vielmehr bedarf es überzeugender sachlicher Gründe: BVerfGE 111, 160 (174 f.), *Kindergeld für Ausländer* (2004); 116, 229 (239 f.), *AsylBLG* (2012); 130, 240 (251), *Landeserziehungsgeld* (2012); 132, 72 (19), *Erziehungs- und Elterngeld für Geflüchtete* (2012). Zur sozialrechtlichen Inklusion im deutschen Recht siehe *Janda*, *Migranten im Sozialstaat*, Kap. 5.

323 EuGH, Urteil v. 12.5.1998, C-85/96, *Martínez Sala*.

324 EuGH, Urteil v. 20.9.2001, C-184/99, *Grzelczyk*; Urteil v. 15.3.2005, C-209/03, *Bidar*; Urteil v. 23.10.2007, C-111/06, C-12/06, *Morgan und Bucher*; Urteil v. 18.7.2013, C-523/11, C-585/11, *Prinz und Seeberger*.

325 EuGH, Urteil v. 23.3.2004, C-138/02, *Collins*; Urteil v. 15.9.2005, C-258/04, *Ioannidis*; Urteil v. 25.10.2011, C-367/11, *Prete*.

auch einem Wohnungslosen³²⁶ über die europarechtliche Gleichheit Zugang zu sozialen Leistungen in anderen Mitgliedstaaten als dem eigenen Herkunftsstaat, von Erziehungsgeld³²⁷, über das Existenzminimum³²⁸ und Arbeitslosenbeihilfe³²⁹ bis zur Ausbildungsförderung³³⁰ zugesprochen. Diese transnationalen sozialen Rechte liegen quer zu einem rein marktwirtschaftlich definierten Binnenmarktprojekt, knüpfen sie doch europäische Solidarität – und Umverteilung – nicht mehr an wirtschaftliche Aktivität, sondern allein an den Status des europäischen Rechtssubjekts.³³¹ Hierin zeigt sich die Verschränkung der Umverteilungs- und Ankerkennungsdimensionen: Die Staatsbürgerschaft hat als Identitätskategorie den Ausschluss oder den beschränkten Zugang zu sozialstaatlichen Leistungen in der Vergangenheit legitimiert; diese Diskriminierung von Angehörigen einer fremden Staatsangehörigkeit im Sozialrecht wurde durch die Rechtsprechungspraxis zur Unionsbürgerschaft jedoch infrage gestellt. In Anlehnung an T. H. Marshall wird in der Wissenschaft daher schon von einer Sozialbürgerschaft (*social citizenship*) in Abgrenzung zu einer reinen Marktbürgerschaft gesprochen.³³²

Vor dem Hintergrund des starken materiellen Wohlstandsgefälles innerhalb der Europäischen Union sind transnationale soziale Rechte politisch jedoch brisant. Der Kampf um diese bewegt sich im Spannungsfeld unterschiedlicher Vorstellungen über die weitere Entwicklung der europäischen Integration. Visionen einer europäischen Sozialstaatlichkeit stehen der Konzeption einer nationalen Wohlfahrtsouveränität konträr gegenüber.³³³ Während die europäischen Mitgliedstaaten ihre sozialen Systeme vor den »Armen Europas«, vor sogenanntem »Sozialtourismus«³³⁴, bewahren wollen, deutet die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs auf eine europäische Sozialstaatlichkeit hin, die unabhängig

326 EuGH, Urteil v. 7.9.2004, C-456/02, *Trojani*.

327 EuGH, Urteil v. 12.5.1998, C-85/96, *Martínez Sala*.

328 EuGH, Urteil v. 20.9.2001, C-184/99, *Grzelczyk*; Urteil v. 7.9.2004, C-456/02, *Trojani*.

329 EuGH, Urteil v. 23.3.2004, C-138/02, *Collins*; Urteil v. 15.9.2005, C-258/04, *Ioannidis*.

330 EuGH, Urteil v. 15.3.2005, C-209/03, *Bidar*; Urteil v. 23.10.2007, C-11/06, C-12/06, *Morgan und Bucher*; Urteil v. 18.7.2013, C-523/11, C-585/11, *Prinz und Seeberger*; wegen Inländerdiskriminierung: EuGH, Urteil v. 11.7.2002, C-224/98, *D’Hoop*.

331 *Kingreen*, EuR - Beiheft 1 2007, 43.

332 *Davy*, ZSR 2010, 295; *Kingreen*, EuR - Beiheft 1 2007, 43; *Mangold*, in: Schlachter/Heinig, § 4 Sozial- und arbeitsrechtliche Relevanz der Unionsbürgerschaft.

333 Zu den unterschiedlichen Positionen ausführlich *Buckel*, *Welcome to Europe*, S. 81 ff.

334 Unwort des Jahres 2013, kritisch zu diesem Begriff *Fuchs*, ZESAR 2014, 103.

von der Erwerbstätigkeit soziale Sicherheit begründet. Hier kommt die Eigenlogik des Rechts gegenüber der Politik ins Spiel.³³⁵ Wie schon so oft in der europäischen Geschichte, ist der Europäische Gerichtshof auch im sozialrechtlichen Bereich die treibende Kraft der Integration. Im Zuge der Finanz- und Migrationskrisen lässt sich jedoch ein Zurückrudern des Europäischen Gerichtshofs beobachten. Seit 2014 hat der Europäische Gerichtshof in drei Rechtsfällen die deutsche Regelung zum Ausschluss von Unionsbürger*innen aus der Grundsicherung akzeptiert (§ 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II) und damit möglicherweise auf die Kritik der Mitgliedstaaten an seiner sozialen Rechtsprechungspraxis reagiert.

Die zunächst inklusive, inzwischen aber wieder restriktivere Rechtspraxis soll im Folgenden rekonstruiert werden. Einleitend werden die Unionsbürgerschaft und die sozialrechtliche Absicherung verschiedener Gruppen von Unionsbürger*innen skizziert (2.). Anschließend wird die Entwicklung transnationaler sozialer Rechte durch den Europäischen Gerichtshof nachgezeichnet (3.), um schließlich die konfliktreiche Aushandlung um das Existenzminimum von Unionsbürger*innen anhand der Rechtsfälle zur deutschen Grundsicherung zu untersuchen (4.).

2. Rechtlicher Rahmen

2.1 Unionsbürgerschaft

Die Entwicklung transnationaler sozialer Rechte vollzieht sich anhand von Fällen, bei denen wirtschaftlich nicht aktive Unionsbürger*innen, also Alleinerziehende, Studierende, Arbeitssuchende und Erwerbslose, soziale Leistungen in ihrem Wohnsitzstaat beantragt haben, diese aber aufgrund ihrer fremden Staatsangehörigkeit verweigert bekamen. Klasse und Freizügigkeit verschränken sich hier, weil Mobilität von ökonomischen Ressourcen abhängig gemacht wird und es daher nicht für alle europäischen Rechtssubjekte in gleicher Weise möglich ist, ihren Lebensunterhalt in einem anderen Mitgliedsstaat der Europäischen Union zu sichern. Dogmatisch nutzte der Europäische Gerichtshof die Unionsbürgerschaft aber als Einfallstor, um das Verhältnis von Klasse und sozialstaatlich abgesicherter Freizügigkeit europarechtlich auszuhandeln und den Ausschluss von Sozialleistungen allein aufgrund der Staatsangehörigkeit regelmäßig als gleichheitswidrig zu qualifizieren.

Die Unionsbürgerschaft wurde 1992 mit dem Vertrag von Maastricht eingeführt (ex-Art. 17 EGV, heute Art. 20 AEUV),³³⁶ wobei ihr die

³³⁵ *Buckel*, Subjektivierung und Kohäsion, S. 213 ff.

³³⁶ Zur Unionsbürgerschaft *Kadelbach*, in: von Bogdandy/Bast, Unionsbürgerschaft.

Mitgliedstaaten damals keine soziale Dimension zugeschrieben haben. Sie sollte lediglich die bisherigen Rechte zusammenfassen und keine neuen begründen. Daher bestimmt Art. 20 Abs. 2 AEUV, dass den Unionsbürger*innen die in den Verträgen vorgesehenen Rechte und Pflichten zukommen, darunter insbesondere das Recht, sich in einem anderen Mitgliedstaat aufzuhalten. Nach Art. 18 AEUV (ex-Art. 12 EGV bzw. ex-Art. 6 EGV) ist darüber hinaus jede Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit im Anwendungsbereich der Verträge verboten.

Nur wenige Jahre nach ihrer Einführung fing der Europäische Gerichtshof an, die Unionsbürgerschaft als Status grundlegender Rechtsgleichheit zu deuten. Unionsbürger*innen verfügen losgelöst von ihrer wirtschaftlichen Aktivität, so der Europäische Gerichtshof, über die gleichen Rechten wie Inländer*innen: »Der Unionsbürgerstatus ist nämlich dazu bestimmt, der grundlegende Status der Angehörigen der Mitgliedstaaten zu sein, der es denjenigen unter ihnen, die sich in der gleichen Situation befinden, erlaubt, unabhängig von ihrer Staatsangehörigkeit und unbeschadet der insoweit ausdrücklich vorgesehenen Ausnahmen die gleiche rechtliche Behandlung zu genießen.«³³⁷

2.2 Akzessorische Sozialpolitik

Die Genese der Europäischen Union ist geprägt durch die Idee eines europäischen Binnenmarktprojekts, das gleiche Bedingungen für Marktbürger*innen garantiert.³³⁸ Als Wirtschaftsgemeinschaft sahen die europäischen Verträge daher lange Zeit keine sozialen Rechte, sondern allein ökonomische Grundfreiheiten bzw. eine rein akzessorische Sozialpolitik vor, die funktional auf den Binnenmarkt ausgerichtet war.³³⁹ Mit der Grundrechte Charta der Europäischen Union wurden die ökonomischen Grundfreiheiten nun um europäische Grundrechte ergänzt. Die Charta sieht u. a. ein Recht auf Bildung (Art. 14), Arbeitnehmerrechte (Art. 27 ff.), soziale Sicherung (Art. 34) und den Zugang zum Gesundheitsschutz (Art. 35) vor.

In Art. 3 Abs. 3 EUV wird Sozialpolitik außerdem zu einem Ziel der Europäischen Union erklärt: Die Union »bekämpft soziale Ausgrenzung und Diskriminierung und fördert soziale Gerechtigkeit und

337 EuGH, Urteil v. 20.9.2001, C-184/99, *Grzelczyk*, Rn. 31.

338 Der Begriff geht auf Ipsen zurück, *Ipsen/Nicolaysen*, NJW 1964, 339 (340).

339 *Kingreen*, EuR - Beiheft 1 2007, 43 (43 ff.). Zum Konflikt zwischen einer ökonomisch und einer sozial orientierten europäischen Integration siehe EuGH, Urteil v. 11.12.2007, C-438/05, *Viking*; Urteil v. 18.12.2007, C-341/05, *Laval*; Urteil v. 3.4.2008, C-346/06, *Rüffert*; Urteil v. 18.7.2013, C-426/11, *Alemo-Herron*; Urteil v. 17.11.2015, C-115/14, *RegioPost*; Urteil v. 18.7.2017, C-566/15, *Erzberger*.

sozialen Schutz, die Gleichstellung von Frauen und Männern, die Solidarität zwischen den Generationen und den Schutz der Rechte des Kindes.« Entgegen dieser proklamierten Zielsetzungen dominieren in der Kompetenzordnung des europäischen Primärrechts wirtschaftliche Kompetenztitel. Eine europäische Sozialpolitik ist auf vertraglicher Ebene kaum vorgesehen. Sozialpolitik wird allein durch die Methode der offenen Koordinierung ermöglicht (Art. 48, Art. 156 AEUV), Rechtsharmonisierungen sind jedoch weitgehend ausgeschlossen (vgl. Art. 151 ff., insbes. Art. 153, Art. 168 Abs. 5 AEUV). Die Mitgliedstaaten wollen auch zukünftig an ihrer Sozialstaatsouveränität festhalten. Über die Binnenmarktregelungen reguliert die Europäische Union also die privatwirtschaftliche Primärverteilung³⁴⁰ und überlässt den Mitgliedstaaten die redistributive Sozialpolitik im Rahmen einer nationalstaatlich organisierten Sekundärverteilung. Kompetenzrechtlich besteht daher auf europäischer Ebene eine Asymmetrie zwischen dem Binnenmarkt und dem Sozialstaat.³⁴¹

2.3 Inklusion der Arbeitnehmer*innen

Der Logik eines Binnenmarktprojekts entsprechend war die formale Rechtsgleichheit von Arbeitnehmer*innen schon seit den 1960er Jahren sekundärrechtlich in der Freizügigkeitsverordnung (VO 1612/68) und in der Verordnung zur Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit (VO 1408/71) geregelt.³⁴² Diese sollen transnationale Mobilität gewährleisten. Arbeitnehmer*innen, die ihre Freizügigkeit ausüben, um in einem anderen Mitgliedstaat zu arbeiten, genießen daher eine umfassende rechtliche Gleichbehandlung, wobei sich diese auch auf soziale und steuerliche Vergünstigungen erstreckt, Art. 7 Abs. 2 VO 1612/68. Der Europäische Gerichtshof hat die Gleichheitsverpflichtung aus Art. 7 Abs. 2 VO 1612/68

³⁴⁰ Und beschränke damit wohlfahrtsstaatlichen Programmen der Mitgliedsstaaten, so eine Kritik von *Somek*, EuR - Beiheft 1 2013, 49; *Höpner*, EuR - Beiheft 1 2013, 69; kritisch zur Unterordnung des Antidiskriminierungsrechts unter die Sozialpolitik bei *Somek Schiek*, KJ 2014, 396.

³⁴¹ *Bast/Rödl*, EuR - Beiheft 1 2013, 5 (8).

³⁴² Verordnung (EWG) Nr. 1612/68 des Rates v. 15.10.1968 über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Gemeinschaft, ABl. L 257 v. 19.10.1986, S. 2, ergänzt durch die Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 des Rates v. 14.6.1971 zur Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer und Selbständige sowie deren Familienangehörige, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern, ABl. L 149 v. 5.7.1971, S. 2. Letztere ist inzwischen ersetzt durch die Verordnung (EG) Nr. 883/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 29.4.2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit, ABl. L 166 v. 30.4.2004, S. 1.

weit ausgelegt und diverse sozialstaatliche Leistungen, wie Kindergeld, Grundsicherung oder Ausbildungshilfen Arbeitnehmer*innen und ihren Familienangehörigen zugesprochen und auf diese Weise der Freizügigkeit eine »umfassende sozialrechtliche Dimension« verliehen.³⁴³

Darüber hinaus gewährleistet die Verordnung zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit (VO 883/2004), in die die Verordnung über die Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit seit 2004 überführt wurde, dass sozialstaatliche Leistungen exportierbar werden. Sie soll verhindern, dass durch die Migration in einen anderen Mitgliedstaat Arbeitnehmer*innen und ihre Familien weder im Wohnsitzstaat noch im Herkunftsstaat sozial abgesichert sind und aus der nationalstaatlich organisierten sozialen Sicherung herausfallen. Daher sieht die Verordnung 883/2004 die Exportierbarkeit von beitragsabhängigen Leistungen und ein strenges Gleichbehandlungsgebot im Fall von nicht-exportierbaren besonderen beitragsunabhängigen Leistungen vor, Art. 3 Abs. 3, Art. 4, Art. 70 VO 883/2004. Reine Fürsorgeleistungen, also Sozialhilfe, sind weder exportierbar noch fallen sie unter das Gleichbehandlungsgebot.

Ulrike Davy hat die Entwicklung der sozioökonomischen Situation von Arbeitskräften aus den EU-Anwerbeländern (Italien, Griechenland, Spanien, Portugal) mit denen aus dem ehemaligen Jugoslawien und der Türkei in Deutschland verglichen. Sie kommt in ihrer Auswertung von Sozialdaten zu dem Ergebnis, dass die bessere Inklusion in das Sozialrechtssystem auch zu einer verbesserten sozialen Position der Unionsbürger*innen im Vergleich zu Drittstaatsangehörigen geführt hat: »Es gibt einen plausiblen Zusammenhang zwischen der strikten Inklusionspolitik der Gemeinschaft und der Lage der Arbeitskräfte aus den EU-Anwerbeländern. (...) Anders gewendet: Die Aufgabe der Gemeinschaft bezieht sich auf rechtliche Gleichheit. Rechtliche Gleichheit bewirkt hier jedoch zugleich mehr soziale Gleichheit.«³⁴⁴

2.4 Freizügigkeit ökonomisch inaktiver Unionsbürger*innen

Die Freizügigkeit wirtschaftlich nicht aktiver Unionsbürger*innen ist sekundärrechtlich inzwischen einheitlich in der Freizügigkeitsrichtlinie (RL 2004/38) geregelt. Zuvor war die Freizügigkeit in drei verschiedenen Richtlinien normiert. Es existierten die Richtlinien für Renter*innen, Studierende und sonstige wirtschaftlich nicht aktive Unionsbürger*innen.³⁴⁵ Nach den alten Richtlinien wie auch nach der

343 Davy, ZSR 2010, 295 (306) m.w.N. zur Rechtsprechung.

344 Ebenda, S. 308.

345 Richtlinie 90/364/EWG des Rates v. 28.6.1990 über das Aufenthaltsrecht; Richtlinie 90/365/EWG des Rates v. 28.6.1990 über das Aufenthaltsrecht

Freizügigkeitsrichtlinie dürfen nicht erwerbstätige Unionsbürger*innen sich nur dann länger als drei Monate in einem anderen Mitgliedstaat aufhalten, wenn sie die eigene Existenz sichern können und über eine Krankenversicherung verfügen, Art. 7 Abs. 1 lit. b RL 2004/38. Zwar garantiert die Freizügigkeitsrichtlinie ein strenges Gleichbehandlungsgebot für Unionsbürger*innen, das sich auch auf den sozialrechtlichen Bereich erstreckt, jedoch sind reine Sozialhilfeleistungen für die ersten drei Monate oder für die Zeit der Arbeitssuche davon ausgenommen, Art. 24, Art. 14 Abs. 4 lit. b RL 2004/38.³⁴⁶ Auch Ausbildungshilfen sind vor dem Erwerb eines Daueraufenthaltsrechts, das erst nach fünf Jahren gewährt werden muss, davon ausgeschlossen, Art. 24 Abs. 2, Art. 16 Abs. 1 RL 2004/38.

3. Transnationale soziale Rechte

3.1 *Martínez Sala, Grzelczyk, Trojani*

Die Rechtsprechungslinie, aus der sich sukzessiv transnationale soziale Rechte entwickelt haben, beginnt mit der Entscheidung *María Martínez Sala* von 1998.³⁴⁷ *María Martínez Sala* lebte als spanische Staatsangehörige seit 1968 in Bayern und übte in unregelmäßigen Abständen verschiedene Tätigkeiten bis 1989 aus. Ab diesem Zeitpunkt war sie erwerbslos und empfing Sozialhilfe. Zwischen 1984 und 1994 erhielt sie nur Bescheinigungen darüber, dass die Verlängerung ihrer Aufenthaltserlaubnis beantragt sei, erst 1994 wurde die Aufenthaltserlaubnis tatsächlich ausgestellt. Als sie 1993 Landeserziehungsgeld für ihr Kind beantragte, verweigerte ihr der Freistaat Bayern dies mit der Begründung, dass sie weder über die deutsche Staatsangehörigkeit noch eine gültige Aufenthaltserlaubnis verfüge. In seiner Entscheidung knüpfte der Europäische Gerichtshof europäische Solidarität zum ersten Mal an den Status der Unionsbürgerschaft. *María Martínez Sala* falle als Angehörige eines Mitgliedstaates, »die sich rechtmäßig in einem Gebiet eines anderen Mitgliedstaates aufhält«, in den persönlichen Anwendungsbereich der Unionsbürgerschaft.³⁴⁸ Aus dieser

der aus dem Erwerbsleben ausgeschiedenen Arbeitnehmer und selbständig Erwerbstätigen; Richtlinie des Rates v. 28.6.1990 über das Aufenthaltsrecht der Studenten, 90/366/EWG, ABl. L 180 v. 13.7.1990, S. 26 ff. Letztere ersetzt durch Richtlinie 93/96/EWG des Rates vom 29.10.1993 über das Aufenthaltsrecht der Studenten, ABl. L 317 v. 18.12.1993, S. 59.

³⁴⁶ EuGH, Urteil v. 19.9.2013, C-140/12, *Brey*.

³⁴⁷ EuGH, Urteil v. 12.5.1998, C-85/96, *Martínez Sala*.

³⁴⁸ Ebenda, Rn. 61.

folge, dass sie nicht aufgrund ihrer Staatsangehörigkeit diskriminiert werden dürfe, sofern der sachliche Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts eröffnet sei. Als soziale Vergünstigung im Sinne des Art. 7 Abs. 2 VO 1612/68 falle das streitige Erziehungsgeld in den Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts. Das Erfordernis einen gültigen Aufenthaltstitel für die Beantragung von Erziehungsgeld vorzulegen, sei eine unzulässige Ungleichbehandlung aufgrund der Staatsangehörigkeit.³⁴⁹

Drei Jahre später folgte die Rechtssache *Grzelczyk*. In dieser griff der Europäische Gerichtshof die Argumentation aus der vorherigen Entscheidung wieder auf und entwickelte diese unter Hinzuziehung der Freizügigkeit weiter (ex-Art. 8a EGV bzw. ex-Art. 18 EGV, Art. 21 AEUV).³⁵⁰ In dem Fall ging es um einen französischen Studenten, der an einer belgischen Universität Sport studierte und die ersten drei Jahre durch Erwerbsarbeit für seinen Lebensunterhalt sorgte. Für sein letztes Studienjahr beantragte er das Existenzminimum. Dieses wurde ihm für kurze Zeit gewährt, dann aber versagt, weil er weder über die belgische Staatsangehörigkeit verfüge noch Arbeitnehmer im Sinne der VO 1612/68 sei. Diesen Ausschluss sah der Europäische Gerichtshof als eine Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit an:³⁵¹ »Die Tatsache, dass ein Unionsbürger in einem anderen Mitgliedstaat als dem, dem er angehört, ein Hochschulstudium absolviert, kann ihm somit nicht als solche die Möglichkeit nehmen, sich auf das in Artikel 6 EG-Vertrag verankerte Verbot jeder Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit zu berufen.«³⁵² Die Ausübung der Freizügigkeit eröffne den sachlichen Anwendungsbereich der Unionsbürgerschaft und das damit verknüpfte Recht auf Gleichbehandlung.³⁵³

In seiner Argumentation umging das Gericht die Frage, ob die sekundärrechtliche Studierendenrichtlinie primärrechtswidrig sein könnte, da diese das Aufenthaltsrecht von Studierenden davon abhängig machte, den eigenen Lebensunterhalt sichern zu können und krankenversichert zu sein, Art. 1, Art. 4 RL 93/96. Dem Europäischen Gerichtshof zufolge ergebe die sechste Begründungserwägung der Richtlinie, dass die Studierenden die öffentlichen Finanzen nicht über Gebühr belasten dürfen. Dies lasse auf ein gewisses Maß an transnationaler Solidarität schließen, weshalb das Aufenthaltsrecht aus der Richtlinie beim Fehlen finanzieller Mittel nicht automatisch entfallen könne.³⁵⁴

349 Ebenda, Rn. 62 ff.

350 EuGH, Urteil v. 20.9.2001, C-184/99, *Grzelczyk*.

351 Ebenda, Rn. 29.

352 Ebenda, Rn. 36.

353 Kritisch *Tomuschat*, *Common Market Law Review* 2000, 449; *Heilbronner*, *NJW* 2004, 2185; die Gleichstellung von Unionsbürger*innen befürwortend *Bogdandy/Bitter*, in: *Gaitanides/Kadelbach/Rodríguez Iglesias*, *Unionsbürgerschaft und Diskriminierungsverbot*.

354 EuGH, Urteil v. 20.9.2001, C-184/99, *Grzelczyk*, Rn. 44.

An das Freizügigkeitsrecht und das Diskriminierungsverbot knüpfte der Europäische Gerichtshof seitdem immer wieder an, um über die ökonomischen Voraussetzungen für das Aufenthaltsrecht aus der Freizügigkeitsrichtlinie zu entscheiden. So ging es in der Rechtssache *Trojani* von 2004 erneut um das Existenzminimum. Der französische Staatsangehörige Michel Trojani wohnte bei der Heilsarmee in Belgien und erhielt für seine Tätigkeit im Wohnheim etwas Taschengeld. Zusätzlich beantragte er das belgische Existenzminimum. Auch in dieser Entscheidung stützte sich der Europäische Gerichtshof in Anschluss an Grzelczyk darauf, dass ein rechtmäßiger Aufenthalt in einem anderen Mitgliedstaat dazu führt, dass sich nicht erwerbstätige Unionsbürger*innen auch bei Sozialhilfeleistungen auf das Diskriminierungsverbot aufgrund der Staatsangehörigkeit berufen können. Daher sah der Europäische Gerichtshof im Ausschluss Trojanis eine unzulässige Diskriminierung und sprach ihm das belgische Existenzminimum zu.³⁵⁵ Dabei argumentierte der Europäische Gerichtshof erneut, dass der Bezug von Transferleistungen nicht automatisch zu einem Verlust des Aufenthaltsrechts aus der Richtlinie führen dürfe, sondern die Behörde jeden Einzelfall prüfen müsse. Eine mögliche Ausweisung müsste zudem verhältnismäßig sein.³⁵⁶

In späteren Entscheidungen interpretierte der Europäische Gerichtshof die primärrechtliche Freizügigkeit von Unionsbürger*innen parallel zur Grundfreiheitsdogmatik als ein allgemeines Beschränkungsverbot, nach der jegliche Beeinträchtigung der Freizügigkeit an den Rechten aus der Unionsbürgerschaft gemessen werden kann.³⁵⁷ Die Freizügigkeit könne, so der Europäische Gerichtshof in der Rechtssache *Tas-Hagen* und *Tas* zum ersten Mal, ihre volle Wirkung nicht entfalten, »wenn ein Staatsangehöriger eines Mitgliedstaats von ihrer Wahrnehmung durch Hindernisse abgehalten werden könnte, die seinem Aufenthalt im Aufnahmemitgliedstaat infolge einer Regelung seines Herkunftsstaats entgegenstehen, die Nachteile daran knüpft, dass er von diesen Erleichterungen Gebrauch gemacht hat.«³⁵⁸

3.2 *Collins*

Teilweise überprüfte der Europäische Gerichtshof den verweigerten Zugang zu sozialrechtlichen Leistungen auch anhand der Arbeitnehmer-

355 EuGH, Urteil v. 7.9.2004, C-456/02, *Trojani*, Rn. 42 ff.

356 Ebenda, Rn. 45 f.

357 EuGH, Urteil v. 11.7.1974, 8/74, *Dassonville*; Urteil v. 20.2.1979, 120-78, *Cassis-de-Dijon*.

358 EuGH, Urteil v. 26.10.2006, C-192/05, *Tas und Tas-Hagen*, Rn. 30; Urteil v. 23.10.2007, C-111/06, C-112/06, *Morgan und Bucher*, Rn. 26 ff., 33 ff.; Urteil v. 21.7.2011, C-503/09, *Stewart*.

freizügigkeit, indem er nicht nur Beschäftigte, sondern auch Arbeitsuchende in den persönlichen Anwendungsbereich einbezog (Art. 45 AEUV).³⁵⁹ Aus der primärrechtlichen Arbeitnehmerfreizügigkeit folgen, so argumentierte der Europäische Gerichtshof in der Rechtssache Collins erstmals, sowohl ein Recht auf Aufenthalt zur Arbeitssuche als auch ein Recht auf Gleichbehandlung. Das Diskriminierungsverbot beschränke daher die Möglichkeit, Arbeitssuchende von Leistungen auszuschließen, die dem Zugang zum Arbeitsmarkt dienen. Leistungen für Arbeitssuchende dürften zwar von einem angemessenen Wohnsitzfordernis, nicht aber von der Staatsangehörigkeit abhängig gemacht werden.³⁶⁰

3.3 Zugehörigkeitskriterien

Dem mitgliedstaatlichen Interesse an einem begrenzten Zugang zu sozialen Leistungen kam der Europäische Gerichtshof mit der Entwicklung von Zugehörigkeitskriterien entgegen. Der Zugang zu sozialen Rechten darf danach von einer tatsächlichen Verbindung zum Aufenthaltsstaat abhängig gemacht werden.³⁶¹ Dafür dürfen Kriterien herangezogen werden, die auf eine gewisse gesellschaftliche Integration verweisen.³⁶² Diese müssen jedoch eine einzelfallbezogene Prüfung eröffnen und dürfen zu keinem unverhältnismäßigen Ausschluss führen.³⁶³ Das Erfordernis einer Mindestwohndauer sah der Europäische Gerichtshof im Einzelfall als unangemessen an, wenn andere Kriterien wie etwa ein Studium oder eine familiäre Bindung die Integration in den Mitgliedsstaat nachweisen.³⁶⁴ Neben der Wohnsitzdauer begründen daher auch Ausbildung oder Familie eine Zugehörigkeit zur

359 EuGH, Urteil v. 23.3.2004, C-138/02, *Collins*, Rn. 57, 63; Urteil v. 15.9.2005, C-258/04, *Ioannidis*, Rn. 22, 38; Urteil v. 4.6.2009, C-22/08, C-23/08, *Vatsouras und Koupatantze*, Rn. 36; Urteil v. 25.10.2011, C-367/11, *Prete*, Rn. 25.

360 EuGH, Urteil v. 23.3.2004, C-138/02, *Collins*, Rn. 63 ff.; auch Urteil v. 15.9.2005, C-258/04, *Ioannidis*, Rn. 22 f.; Urteil v. 25.10.2011, C-367/11, *Prete*, Rn. 25.

361 EuGH, Urteil v. 15.3.2005, C-209/03, *Bidar*, Rn. 55; ähnlich Urteil v. 18.7.2013, C-523/11, C-585/11, *Prinz und Seeberger*, Rn. 37 f.

362 EuGH, Urteil v. 23.10.2007, C-111/06, C-12/06, *Morgan und Bucher*, Rn. 46; ausführlich zu diesen Kriterien *Devetzi*, EuR 2014, 638.

363 EuGH, Urteil v. 15.3.2005, C-209/03, *Bidar*, Rn. 61 ff.; Urteil v. 19.9.2013, C-140/12, *Brey*, Rn. 72 ff.

364 EuGH, Urteil v. 18.7.2013, C-523/11, C-585/11, *Prinz und Seeberger*; Urteil v. 21.7.2011, C-503/09, *Stewart*; anders EuGH, Urteil v. 18.11.2008, C-158/07, *Förster*.

Solidargemeinschaft.³⁶⁵ Der Europäische Gerichtshof wählt damit relativ weiche und flexible Kriterien.³⁶⁶

Den mitgliedstaatlichen Vorbehalten gegen eine europäisierte Sozialstaatlichkeit räumt der Europäische Gerichtshof über die Verhältnismäßigkeit zwar einen Platz ein, sieht in der Abwägung mit den Primärrechten, die aus der Unionsbürgerschaft folgen, Ausschlusskriterien im Einzelfall aber regelmäßig als unverhältnismäßig an.³⁶⁷

Der Erhalt von sozialstaatlichen Leistungen, so ließe sich die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zusammenfassen, darf an eine tatsächliche Zugehörigkeit zur Solidargemeinschaft, nicht aber an die Staatsangehörigkeit geknüpft werden. Die Staatsangehörigkeit als differenzbegründende Kategorie ist daher als Begründung für den sozialrechtlichen Ausschluss zunehmend problematisch geworden.

4. Einmal Sozialbürgerschaft und zurück?

Unionsbürger*innen sind nach der gleichheitsrechtlichen Spruchpraxis des Europäischen Gerichtshofs nicht mehr nur Marktbürger*innen, vielmehr wird europäische Solidarität über die Erwerbstätigkeit hinaus an die unionsbürgerschaftliche Gleichheit geknüpft.³⁶⁸ Sie wird daher als Vehikel zur Entwicklung einer transnationalen Sozialbürgerschaft gedeutet.³⁶⁹ So spricht etwa Thomas Kingreen von einem »qualitativen Sprung in der Geschichte sozialer Rechte« und sieht ein »Nebeneinander von nationaler und supranationaler Verantwortung«.³⁷⁰

Die Rechtsprechungslinie zeigt zudem, dass Mobilität in Europa nicht unabhängig von ökonomischer Ungleichheit besteht. Die gleichheitsorientierte Interpretation der Freizügigkeit durch den Europäischen Gerichtshof hat es auch ökonomisch schwächer positionierten Unionsbürger*innen ermöglicht, in einem anderen als dem eignen Mitgliedstaat zu leben, etwa dem französischen Wohnungslosen Michel Trojani in

365 Wohnsitz: EuGH, Urteil v. 18.7.2006, C-406/04, *De Cuyper*; Familie: EuGH, Urteil v. 21.7.2011, C-503/09, *Stewart*, Rn. 95 ff.; Urteil v. 25.10.2012, C-367/11, *Prete*, Rn. 40 ff.; Ausbildung: EuGH, Urteil v. 15.3.2005, C-209/03, *Bidar*, Rn. 61 ff.

366 So *Farahat*, DÖV 2016, 45 (52).

367 Zu den mitgliedstaatlichen Interessen EuGH, Urteil v. 19.9.2013, C-140/12, *Brey*, Rn. 55 ff.

368 *Buckel*, *Welcome to Europe*, S. 94 ff.; grundsätzliche Kritik *Heilbronner*, NJW 2004, 2185.

369 *Kingreen*, EuR - Beiheft 1 2007, 43 (47 ff.); *Davy*, ZSR 2010, 295 (307).

370 *Kingreen*, EuR - Beiheft 1 2007, 43 (49, 74); kritisch zum Rechtsprechungswechsel *Kingreen*, NVwZ 2015, 1503.

Belgien. Man könnte diese Rechtsprechungspraxis daher als ein transnational-horizontales Umverteilungsprojekt deuten.³⁷¹

Doch bereits im Zuge der Osterweiterungen der Europäischen Union zeigte sich die Fragilität der beobachteten Sozialbürgerschaft. Erstmals wurden Übergangsfristen für die Arbeitnehmerfreizügigkeit eingeführt und Menschen aus Osteuropa nicht in gleicher Weise der Status als gleiche europäische Rechtssubjekte eröffnet. Insbesondere die Zuwanderung von Roma und Sinti wurde im deutschen Diskurs kritisch beäugt und in diesem Zuge vor einer »Überflutung der Sozialsysteme« gewarnt.³⁷² Die deutsche Gesetzgebung erklärte die Balkanstaaten, die noch nicht Mitglied der Europäischen Union sind, daraufhin zu »sicheren Herkunftsstaaten«, um auf diese Weise den Zuzug aufenthaltsrechtlich zu unterbinden.³⁷³

Die politische Grenzziehung zwischen Unionsbürger*innen aus reichen und ärmeren Mitgliedstaaten geht einher mit einer Dethematisierung ökonomischer Ungleichheit auf europäischer Ebene. Europarechtlich wurden Instrumente für die Bekämpfung multipler Diskriminierungen geschaffen, sodass sich über die Kategorien des Antidiskriminierungsrechts identitätsbezogene Erfahrungen der Benachteiligung relativ gut thematisieren lassen. Die Thematisierung ökonomischer Ungleichheitserfahrungen fällt dahinter jedoch weit zurück. Birgit Sauer stellt daher fest: »Die diskursive Verleugnung von Klasse als eine die Gesellschaft strukturierende Kategorie in den EU-Antidiskriminierungsrichtlinien rückt soziale Gerechtigkeit und Umverteilung gegenüber Anerkennung von Unterschiedlichem in den Hintergrund.«³⁷⁴

Die unzureichende Berücksichtigung der ökonomischen Voraussetzungen für die Ausübung europäischer Freizügigkeit zeigt sich in den Fällen zur deutschen Grundsicherung nach dem Zweiten Buch Sozialgesetzbuch (SGB II). Vor dem Europäischen Gerichtshof kämpften zwei alleinerziehende Mütter und eine im Niedriglohnssektor arbeitende Familie erfolglos um eine sozialstaatlich abgesicherte Mobilität.³⁷⁵ Unter dem Eindruck der europäischen Krisen und einer heftigen Kritik von Seiten der Mitgliedstaaten und teilweise auch der Wissenschaft relativierte der Europäische Gerichtshof anhand dieser deutschen Fälle seine Rechtsprechung.³⁷⁶

371 So *Buckel*, *Welcome to Europe*, S. 167.

372 *End*, *Antiziganismus in der deutschen Öffentlichkeit*.

373 BGBl. I 2014, S. 1649 (Bosnien-Herzegowina, Serbien, Mazedonien), BGBl. I 2015, S. 1725 (Albanien, Kosovo, Montenegro).

374 *Sauer*, *Intersektionalität und Staat*, S. 2.

375 EuGH, Urteil v. 11.11.2014, C-333/13, *Dano*; Urteil v. 15.9.2015, C-67/14, *Alimanovic*; Urteil v. 25.2.2016, C-299/14, *Peña-García*.

376 Eine ausführliche Darstellung der Kritiken bei *Buckel*, *Welcome to Europe*, S. 99 ff.

Die Rechtsfälle entzündeten sich an der in der Freizügigkeitsrichtlinie existierenden Möglichkeit der Mitgliedstaaten, Unionsbürger*innen für die ersten drei Monate oder für die Zeit der Arbeitssuche aus der Sozialhilfe auszuschließen und das Aufenthaltsrecht nach drei Monaten an die eigene finanzielle Existenzsicherung zu knüpfen. Im deutschen Recht sind die Ausschlüsse in § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II normiert. Danach erhalten Unionsbürger*innen für die ersten drei Monate und für die Arbeitssuche keine Grundsicherung. Dieser automatische Leistungsausschluss steht einerseits mit der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs in Konflikt, nach der eine ausreichende Verbindung zum Mitgliedstaat einen gleichheitsrechtlichen Anspruch auf arbeitsmarktbezogene Leistungen begründen kann und Beschränkungskriterien eine gerechte Einzelfallentscheidung ermöglichen müssen.³⁷⁷ Der Ausschluss steht andererseits quer zum Menschenrecht auf ein menschenwürdiges Existenzminimum, das nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nicht von migrationspolitischen Erwägungen abhängig gemacht werden darf.³⁷⁸

4.1 Förster, Vatsouras/Koupatantze und Brey

Schon in der Rechtssache Förster zeichnete sich der Rechtsprechungswechsel im Jahr 2008 ab. Konkret ging es darum, ob der holländische Staat von einer deutschen Studentin Studienbeihilfe zurückfordern darf, weil diese nicht fünf Jahre ununterbrochen in den Niederlanden gelebt hat. Dies entspricht Art. 24 Abs. 2, Art. 16 Abs. 1 der damals gerade frisch in Kraft getretenen Freizügigkeitsrichtlinie 2004/38, nach der ein Versagen von Studienbeihilfen vor Erwerb des Daueraufenthaltsrechts, also für fünf Jahre, erlaubt ist. In der Rechtssache führte der Europäische Gerichtshof einen Argumentationswechsel durch. Anstatt wie zuvor die Bedeutung des primärrechtlichen Diskriminierungsverbots aufgrund der Staatsangehörigkeit zu betonen und Beschränkungskriterien auf ihre Angemessenheit für die Bestimmung der Integration in die Wohnsitzgesellschaft detailliert zu prüfen, stellte der Europäische Gerichtshof fest, dass das fünfjährige Wohnsitzerfordernis dazu geeignet sei, »sicherzustellen, dass derjenige, der das fragliche Unterhaltsstipendium beantragt, im Aufnahmemitgliedstaat integriert ist.«³⁷⁹

Gut ein halbes Jahr später entschied der Europäische Gerichtshof in der Rechtssache Vatsouras und Koupatantze zum ersten Mal über die Beschränkung der Sozialhilfe in der Freizügigkeitsrichtlinie. In dem Fall

³⁷⁷ Farabat, DÖV 2016, 45.

³⁷⁸ BVerfGE 132, 134 (173), AsylBLG (2012).

³⁷⁹ EuGH, Urteil v. 18.11.2008, C-158/07, Förster, Rn. 50.

ging es um zwei griechische Staatsbürger, die 2006 nach Deutschland einreisten, kurzzeitig erwerbstätig waren, nach Beendigung der Arbeitsverhältnisse Grundsicherung für wenige Monate erhielten, diese dann aber mit dem Verweis auf den Ausschluss von arbeitssuchenden Unionsbürger*innen in § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II versagt bekamen.

In dieser Entscheidung stellt der Europäische Gerichtshof erneut nicht die Primärrechtskonformität der Ausschlussklausel in der Freizügigkeitsrichtlinie infrage. Stattdessen bezieht er sich wie in früheren Entscheidungen auf das Primärrecht und interpretiert die Ausschlussmöglichkeit aufgrund der Arbeitnehmerfreizügigkeit wie schon in der Rechtssache *Collins* eng: »Finanzielle Leistungen, die unabhängig von ihrer Einstufung nach nationalem Recht den Zugang zum Arbeitsmarkt erleichtern sollen, können nicht als ›Sozialhilfeleistungen‹ im Sinne von Art. 24 Abs. 2 der Richtlinie 2004/38 angesehen werden.«³⁸⁰ Was dies für die deutsche Regelung heißt, deutet das Gericht nur an. So könne die Erwerbsfähigkeit als Anspruchsvoraussetzung im SGB II »ein Hinweis darauf sein, dass die Leistung den Zugang zur Beschäftigung erleichtern soll.«³⁸¹ Im Ergebnis lässt das Gericht die Frage offen, ob es sich bei der deutschen Regelung um eine zulässige Ungleichbehandlung von Unionsbürger*innen handelt. Es stellt lediglich fest, dass die Ausschlussregelung in der Freizügigkeitsrichtlinie mit der Arbeitnehmerfreizügigkeit vereinbar ist.

Nachdem in der Rechtssache *Förster* die Einzelfallprüfung durch den Europäischen Gerichtshof aufgegeben wurde, findet in der Rechtssache *Brey* ein zweiter wichtiger Argumentationswechsel statt. Anstatt einer gleichheitsrechtlichen und primärrechtsorientierten, verfolgt der Europäische Gerichtshof nun eine aufenthaltsrechtliche und sekundärrechtsorientierte Argumentation. In der Rechtssache ging es um den deutschen Rentner Peter Brey, der in Österreich lebt und eine Ausgleichszulage beantragte, um finanziell auf das österreichische Existenzminimum zu kommen. Die Ausgleichszulage wurde Peter Brey versagt, da das Aufenthaltsrecht der Freizügigkeitsrichtlinie über drei Monate hinaus daran geknüpft ist, die eigene Existenz sichern zu können. Daher verfüge Brey über kein Aufenthaltsrecht. Nach dem zehnten Erwägungsgrund der Freizügigkeitsrichtlinie diene dies dem Schutz der Mitgliedstaaten vor einer »unangemessenen Inanspruchnahme«. Der Europäische Gerichtshof legt die »unangemessene Inanspruchnahme« nun eng aus und fordert eine Folgenabschätzung, »welche Belastungen dem nationalen Sozialhilfesystem in seiner Gesamtheit aus der Gewährung dieser Leistung nach Maßgabe der individuellen Umstände, die für die Lage des

380 EuGH, Urteil v. 4.6.2009, C-22/08, C-23/08, *Vatsouras und Koupatantze*, Rn. 45.

381 Ebenda, Rn. 43.

Betroffenen kennzeichnend sind, konkret entstünde.«³⁸² Die nationale Behörde müsse daher umfassend und unter der Berücksichtigung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes prüfen, »ob die Gewährung einer Sozialleistung eine Belastung für das gesamte Sozialhilfesystem dieses Mitgliedstaats darstellt.« Dafür könne der Anteil der Unionsbürger*innen ermittelt werden, der die konkrete Leistung erhalten würde. Denn die Freizügigkeitsrichtlinie erkennen »eine bestimmte finanzielle Solidarität der Staatsangehörigen des Aufnahmemitgliedstaats mit denen der anderen Mitgliedstaaten an«. Dies gelte insbesondere, wenn die Schwierigkeit der eigenen Existenzsicherung nur vorübergehend bestünde.³⁸³

4.2 *Dano*

Nicht an die gleichheitsrechtliche und primärrechtsorientierte Argumentationsstrategie der Rechtssache *Vatsouras* und *Koupatantze*, sondern an die der Rechtssachen *Förster* und *Brey* knüpft der Europäische Gerichtshof in den jüngsten Entscheidungen zum Ausschluss von Unionsbürger*innen aus der deutschen Grundsicherung an. Methodisch wechselt der Europäische Gerichtshof in diesen Entscheidungen von einer Betroffenenperspektive zu einer Perspektive der Rechtfertigung.

Am 11. November 2014 entschied der Europäische Gerichtshof über die Rechtssache *Dano*.³⁸⁴ Elisabeta Dano, die 1989 in Rumänien geboren wurde und über die rumänische Staatsbürgerschaft verfügt, beantragte für sich und ihren in Deutschland geborenen Sohn Florin Grundsicherung beim Jobcenter Leipzig. Der Antrag wurde mit Verweis auf § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II abgelehnt. Elisabeth Dano hatte in Rumänien nur drei Jahre lang eine Schule besucht und verfügte weder über einen Schulabschluss noch eine berufliche Ausbildung. Sie war weder in Rumänien noch in Deutschland erwerbstätig. Es war auch nicht erkennbar, dass sie sich in Deutschland um eine Erwerbstätigkeit bemühte. Mit ihrem Sohn lebte sie bei ihrer Schwester, die sie mit Lebensmitteln versorgte. Das Sozialgericht Leipzig legte dem Europäischen Gerichtshof die Frage vor, ob der automatische Leistungsausschluss nach dem SGB II mit dem europäischen Recht vereinbar ist.

Ein Konflikt entsteht hier, weil die Grundsicherung nach dem SGB II eine Mischleistung ist.³⁸⁵ Sie dient nicht nur der Existenzsicherung, sondern auch der Wiedereingliederung in den Arbeitsmarkt. Auf sekundärrechtlicher Ebene besteht daher ein Normkonflikt zwischen der

382 EuGH, Urteil v. 19.9.2013, C-140/12, *Brey*, Rn. 64.

383 Ebenda, Rn. 72.

384 EuGH, Urteil v. 11.11.2014, C-333/13, *Dano*.

385 *Devetzi*, EuR 2014, 638 (656); *Farahat*, DÖV 2016, 45.

aufenthaltsrechtlichen Freizügigkeitsrichtlinie, die den Ausschluss von reinen Fürsorgeleistungen ermöglicht, und der Verordnung zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit, die eine strikte Gleichbehandlung von Unionsbürger*innen für besondere beitragsunabhängige Leistungen vorsieht, Art. 4 VO 883/2004.³⁸⁶ Letztere nimmt von dem Gleichbehandlungsgebot nur *reine* Fürsorgeleistungen aus, Art. 3 Abs. 5 VO 883/2004. Demgegenüber müssen *besondere* beitragsunabhängige Leistungen, sofern sie nicht exportierbar sind, nach Art. 70 VO 883/2004 unterschiedslos gewährt werden. Die Differenzierung zwischen beitragsabhängigen und beitragsunabhängigen besonderen Leistungen einerseits und reinen Fürsorgeleistungen andererseits existiert im europäischen Sekundärrecht, um die beitragsfinanzierten (Bismarck'sche Modell) und steuerfinanzierten (Beveridge Modell) Sozialsysteme der europäischen Mitgliedsstaaten koordinieren zu können.³⁸⁷

Entgegen früherer Rechtsprechung löst der Europäische Gerichtshof den Konflikt in der Rechtssache Dano nicht durch eine gleichheitsrechtliche, sondern wie schon in Brey durch eine aufenthaltsrechtliche Argumentation.³⁸⁸ So verbiete Art. 18 Abs. 1 AEUV zwar die Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit, doch würden Art. 20 Abs. 2 Uabs. 2 und Art. 21 Abs. 1 AEUV die Freizügigkeit von Unionsbürger*innen nur innerhalb der durch die Verträge vorgesehenen Grenzen vorsehen.³⁸⁹ Ohne eine nähere Prüfung, ob die sekundärrechtlichen Regelungen gegen das Primärrecht verstoßen, qualifiziert der Europäische Gerichtshof diese als Konkretisierung des Primärrechts. Das Aufenthaltsrecht aus der Freizügigkeitsrichtlinie dürfe nach drei Monaten von der Möglichkeit der eigenen Existenzsicherung abhängig gemacht werden, da der zehnte Erwägungsgrund der Richtlinie das Ziel habe, eine unangemessene Inanspruchnahme von Sozialleistungen zu verhindern.³⁹⁰ Konträr zu Brey fordert das Gericht diesmal keine konkrete Folgenabschätzung.³⁹¹

Um die Mitgliedstaaten vor Armutsmigration zu schützen, bestätigt der Europäische Gerichtshof die Versagung des Aufenthaltsrechts nach drei Monaten bei fehlenden finanziellen Mitteln: »Ein Mitgliedstaat muss daher gemäß Art. 7 der Richtlinie 2004/38 die Möglichkeit haben, nicht erwerbstätigen Unionsbürgern, die von ihrer Freizügigkeit allein mit dem Ziel Gebrauch machen, in den Genuss der Sozialhilfe eines anderen Mitgliedstaats zu kommen, obwohl sie nicht über ausreichende Existenzmittel für die Beanspruchung eines Aufenthaltsrechts verfügen,

³⁸⁶ Zu dem Konflikt auch *Janda*, ZRP 2016, 152.

³⁸⁷ *Mangold*, in: Schlachter/Heinig, § 4 Sozial- und arbeitsrechtliche Relevanz der Unionsbürgerschaft, S. 186.

³⁸⁸ *Farahat*, DÖV 2016, 45; *Nazik/Ulber*, NZS 2015, 369.

³⁸⁹ EuGH, Urteil v. 11.11.2014, C-333/13, *Dano*, Rn. 60.

³⁹⁰ Ebenda, Rn. 71.

³⁹¹ EuGH, Urteil v. 19.9.2013, C-140/12, *Brey*, Rn. 64, 69, 78.

Sozialleistungen zu versagen.«³⁹² Darin sei zwar eine Ungleichbehandlung von Unionsbürger*innen gegenüber Inländer*innen zu sehen, jedoch entspreche dies dem Gesetzgebungswillen »keine Belastung für die Sozialhilfesysteme der Mitgliedstaaten herbeizuführen.«³⁹³

Während der Europäische Gerichtshof in früheren Entscheidungen regelmäßig ein Aufenthaltsrecht aus dem Primärrecht abgeleitet hatte, diskutiert er diese Möglichkeit hier nicht, vielmehr stellt er allein auf das Aufenthaltsrecht aus der Richtlinie ab. Da Elisabeth Dano nach der Richtlinie kein Aufenthaltsrecht zukomme, könne sie auch von besonderen beitragsunabhängigen Leistungen im Sinne Art. 4 VO 883/2004 ausgeschlossen werden;³⁹⁴ auch eine Einzelfallprüfung nimmt der Europäische Gerichtshof entgegen früheren Entscheidungen nicht vor und gibt daher methodisch seine Betroffenenperspektive zugunsten von Rechtfertigungsgründen auf. In der Konsequenz kann nun ein fehlendes Aufenthaltsrecht den sozialrechtlichen Gleichbehandlungsanspruch aus der VO 883/2004 aushebeln.³⁹⁵ Damit unterbindet der Europäische Gerichtshof die Möglichkeit, von der Freizügigkeit Gebrauch zu machen, um in einem anderen Mitgliedstaat existenzsichernde Transferleistungen zu beantragen.

4.3 *Alimanovic und Peña-García*

Im Urteil des Europäischen Gerichtshofs vom 15. September 2015 ging es um die arbeitssuchende und alleinerziehende Nazifa Alimanovic. Sie wurde 1966 in Bosnien geboren und bekam in den 1990er Jahren vier Kinder in Deutschland. Zwischen 1999 und 2010 lebten sie in Schweden und erhielten die schwedische Staatsangehörigkeit. 2010 kehrten sie nach Berlin zurück. Nazifa Alimanovic und eine ihrer Töchter waren für wenige Monate erwerbstätig. Während ihrer Arbeitslosigkeit beantragte sie Arbeitslosengeld II. Das Jobcenter bewilligte zunächst für sechs Monate die Grundsicherung, hob dann aber die Leistungsbewilligung mit Verweis auf § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II auf. Da sich dieser Fall zur Rechtssache Dano dahingehend unterschied, dass Nazifa Alimanovic bereits erwerbstätig gewesen war und sich um eine neue Arbeitsstelle bemühte, hätte der Europäische Gerichtshof hier wieder an seine alte Rechtsprechung anknüpfen können. Dann hätte Nazifa Alimanovic aufgrund ihrer Arbeitnehmerfreizügigkeit über ein Aufenthaltsrecht verfügen und Grundsicherung als eine Mischleistung nach Art. 4 VO 883/2004 erhalten können, denn der Europäische Gerichtshof hatte in der Rechtssache Vatsouras

392 EuGH, Urteil v. 11.11.2014, C-333/13, *Dano*, Rn. 78.

393 Ebenda, Rn. 77.

394 Ebenda, Rn. 82 ff.

395 *Farahat*, NZS 2014, 490; *Farahat*, DÖV 2016, 45.

und Koupatantze, ähnlich wie schon in der Rechtssache Collins, festgestellt, dass sich »die Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten, die auf Arbeitsuche in einem anderen Mitgliedstaat sind und tatsächliche Verbindungen mit dem Arbeitsmarkt dieses Staates hergestellt haben, auf Art. 39 Abs. 2 EG berufen (können), um eine finanzielle Leistung in Anspruch zu nehmen, die den Zugang zum Arbeitsmarkt erleichtern soll.«³⁹⁶

Von dieser Spruchpraxis abweichend erklärt der Europäische Gerichtshof in der Rechtssache Alimanovic den Ausschluss von arbeitssuchenden Unionsbürger*innen aus der Grundsicherung für unionsrechtskonform. Das Gericht argumentiert konträr zu Vatsouras und Koupatantze, dass die überwiegende Funktion des Arbeitslosengelds II in der Existenzsicherung liege und daher als Sozialhilfe im Sinne des Art. 24 Abs. 2 RL 2004/38 einzustufen sei.³⁹⁷ Zwar bestehe ein Aufenthaltsrecht zur Arbeitsuche nach Art. 14 Abs. 4 lit. b RL 2004/38, dies besage aber nur, dass arbeitssuchende Unionsbürger*innen nicht ausgewiesen werden dürfen. Ein Anspruch auf Sozialhilfe bestehe während dieser Zeit nicht. Der Europäische Gerichtshof überprüft die Ausschlussregelung erneut nicht anhand des Primärrechts und erörterte dementsprechend nicht, ob diese Interpretation des Art. 24 Abs. 2 RL 2004/38 gegen die Arbeitnehmerfreizügigkeit aus Art. 45 Abs. 2 AEUV verstoßen könnte. Ebenso wenig nimmt er eine Einzelfallprüfung vor. Aufgrund der sekundärrechtlichen Abstufung sieht er die Prüfung der konkreten Umstände des Einzelfalls als nicht mehr geboten an.³⁹⁸ Im Ergebnis bestätigte der Europäische Gerichtshof folglich den Ausschluss von Nazifa Alimanovic aus der deutschen Solidargemeinschaft trotz ihrer Verbindung zum deutschen Arbeitsmarkt und trotz der Integration ihrer Kinder in das Schulsystem.

Auch die Rechtssache Peña-García entschied der Europäische Gerichtshof am 25. Februar 2016 entlang der Linie Dano und Alimanovic.³⁹⁹ Die spanische Staatsangehörige Jovanna Nieto-García zog mit ihrer Tochter Jovanlis Peña García im April 2012 nach Deutschland, um eine Arbeit zu suchen. Ab Juli 2012 arbeitete sie als Küchenhilfe mit einer Netto-Vergütung von 600 Euro. Im Juni 2012 zogen der Vater und der noch minderjährige Sohn nach. Die Familie beantragte im Juli 2012 Hilfe zum Lebensunterhalt. Für den Vater und den Sohn wurde dies für die ersten drei Monate abgelehnt. Der Europäische Gerichtshof segnet erneut den Ausschluss aus

396 EuGH, Urteil v. 4.6.2009, C-22/08, C-23/08, *Vatsouras und Koupatantze*, Rn. 40, und weiter: »Finanzielle Leistungen, die unabhängig von ihrer Einstufung nach nationalem Recht den Zugang zum Arbeitsmarkt erleichtern sollen, können nicht als ›Sozialhilfeleistungen‹ im Sinne von Art. 24 Abs. 2 der Richtlinie 2004/38 angesehen werden.«, Rn. 45; auch EuGH, Urteil v. 23.3.2004, C-138/02, *Collins*, Rn. 57 ff.

397 EuGH, Urteil v. 15.9.2015, C-67/14, *Alimanovic*, Rn. 46.

398 Ebenda, Rn. 59.

399 EuGH, Urteil v. 25.2.2016, C-299/14, *Peña-García*.

der Grundsicherung ab, führt keine Einzelfallprüfung durch und erörtert dementsprechend nicht, ob eine tatsächliche Verbindung zum Wohnsitzstaat besteht. Stattdessen schlussfolgert er schon wie in *Alimanovic*, dass die abgestufte Regelung in Art. 24 Abs. 2 RL 2004/38 die Integration in die Wohnsitzgesellschaft bestimmen könne und verhältnismäßig sei. Daher sei eine individuelle Prüfung nicht mehr erforderlich.⁴⁰⁰

In der Konsequenz bedeuten die Rechtssachen *Alimanovic* und *Peña-García*, dass Arbeitssuchende trotz ihrer Verbindung zum Wohnsitzarbeitsmarkt Leistungen zur Existenzsicherung nur noch in ihrem Herkunftsstaat erhalten können. Das kann dazu führen, dass die Arbeitssuche nicht fortgesetzt werden kann und nur die Rückkehr in den Herkunftsstaat bleibt.⁴⁰¹ Damit verschärft sich die Lage von Menschen, die in prekären Beschäftigungsverhältnissen, z. B. im Niedriglohnsektor, arbeiten und dann ihre Arbeit verlieren. Auch dürfte es kein Zufall sein, dass vor dem Europäischen Gerichtshof immer wieder Alleinerziehende um soziale Rechte kämpften, also eine soziale Gruppe, die in besonderer Weise von ökonomischer Not bedroht ist.

Methodisch dominiert in der neueren Rechtspraxis des Europäischen Gerichtshofs eine Rechtfertigungs- anstatt wie zuvor eine Betroffenenperspektive. Die ungleichen negativen Effekte der ökonomischen Voraussetzung des Aufenthaltsrechts bleiben dabei dethematisiert.

5. Umkämpfte Zugehörigkeit

Die Unionsbürgerschaft oszilliert zwischen den Polen der Fremdheit und Zugehörigkeit. Sie hat in der Vergangenheit gängige Grenzziehungen infrage gestellt, rechtliche Ausschlüsse rechtfertigungsbedürftig gemacht und die Zugehörigkeit zu einer Solidargemeinschaft jenseits der eigenen Staatsangehörigkeit eröffnet. Rechtfertigungen können aber, das hat die neue Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs gezeigt, mit Verweis auf die Fremdheit durchaus wieder gelingen. Die drei skizzierten Urteile haben durch eine rechtfertigungsorientierte Argumentation den Zugang zu transnationalen sozialen Rechten aufenthaltsrechtlich »eingehegt« und damit die inklusive Wirkung der gleichheitsvermittelnden Unionsbürgerschaft beschränkt.

Es zeigt sich, dass die soziale Dimension der Unionsbürgerschaft noch schwach ausgebildet ist und in Krisenzeiten wieder restriktiv interpretiert wird. Sozialbürgerschaft und universale Gleichheit sind daher noch

400 »(...) eine solche individuelle Prüfung aber bei einer Fallgestaltung wie der des Ausgangsverfahrens nicht geboten ist.«, ebenda, Rn. 46.

401 Daher viel Kritik an *Dano* und *Alimanovic* bei *Kingreen*, NVwZ 2015, 1503.

keine Selbstverständlichkeiten im europäischen Recht. Dies verweist darauf, dass die Rechtspraxis auf eine kulturelle Verankerung angewiesen ist und Solidarität weiterhin nicht europäisch, sondern nationalstaatlich imaginiert wird. Da die Unionsbürgerschaft derzeit nur eine abgestufte Zugehörigkeit begründet, ist sie als Übergangsfigur zwischen Fremdheit und Zugehörigkeit zu begreifen, bei der bisher unklar ist, in welche Richtung sie sich zukünftig konsolidieren wird.

Das Bundessozialgericht hat, als es den Fall Alimanovic erneut verhandeln musste, auf den Ausschluss von arbeitssuchenden Unionsbürger*innen aus der Grundsicherung reagiert und bei einem tatsächlich verfestigten Aufenthalt, der regelmäßig nach sechs Monaten vorliegen soll, den Zugang zu Ermessensleistungen der Sozialhilfe nach dem Zwölften Buch Sozialgesetzbuch eröffnet, § 23 Abs. 1 S. 3 SGB XII.⁴⁰² Dabei knüpft das Gericht an die Hartz IV- und Asylbewerberleistungsgesetz-Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts an und leitet aus dem Menschenrecht auf ein menschenwürdiges Existenzminimum sozialhilferechtliche Leistungen für Arbeitssuchende ohne Aufenthaltsrecht ab. Der Bundestag hat im Dezember 2016 daraufhin einen Gesetzesentwurf beschlossen, um die vom Bundessozialgericht geschaffenen Rechtsfolgen für die Zukunft zu unterbinden.⁴⁰³ Der Entwurf sieht vor, dass erst nach fünf Jahren, also ab Eintritt des europarechtlichen Daueraufenthaltsrechts, eine sozialrechtliche Gleichbehandlung eintritt. Vorher sollen allein Überbrückungsleistungen für vier Wochen oder ein Darlehen für die Rückreise in den Herkunftsstaat beantragt werden können, um mit der Ausreise die Hilfsbedürftigkeit »zu beenden«.⁴⁰⁴ Entgegen der Maßgabe des Bundesverfassungsgerichts, dass das Existenzminimum nicht von migrationspolitischen Erwägungen abhängig gemacht werden darf, knüpft die Gesetzgebung existenzsichernde Leistungen an den Aufenthaltsstatus und verweigert die Zugehörigkeit zur Solidargemeinschaft mit der Begründung der faktischen Ausreisemöglichkeit.⁴⁰⁵

Es wird sich daher zeigen, ab wann in Zukunft Unionsbürger*innen zur deutschen Solidargemeinschaft gehören und im Sinne T.H. Marshall's als Sozialbürger*innen den gleichen Zugang zu sozialen Rechten

402 BSG, Urteil v. 3.12.2015, B 4 AS 44/15 R; ausführlich dazu *Bernsdorff*, NVwZ 2016, 633; *Thym*, NZS 2016, 441.

403 Zum Referentenentwurf *Janda*, ZRP 2016, 152.

404 BT-Drcks. 18/10211, S. 7 ff.

405 Zur Neuregelung BSG, Urteil vom 30.8.2017 – B 14 AS 31/16 R, Rn. 48: »Das Grundrecht auf eine menschenwürdige Existenz aus Art. 1 Abs. 1 GG iVm Art. 20 Abs. 1 GG verbietet einen vollständigen Ausschluss vom Zugang zu jeglichen existenzsichernden Leistungen. Einen solchen Ausschluss sieht auch das auf die Rechtsprechung des BSG reagierende Gesetz vom 22.12.2016 nicht vor.«

erhalten. Im Zuge der europäischen Krisen scheint sich aus Angst vor Armutsmigration eine Renaissance der Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit und damit eine Rückkehr zur Marktbürgerschaft abzuzeichnen. Dies weist darauf hin, dass in dieser konkreten Konstellation die Staatsangehörigkeit zum Code für Klasse geworden ist.