

# „Aushungern“ als Instrument der Migrationskontrolle?

## Der Ausschluss von EU-Bürgerinnen und EU-Bürgern von existenzsichernden Leistungen

- I. Einführung
- II. Zum Hintergrund
- III. Die Regelungen im Einzelnen
  - a. Ausschlüsse von den regulären Leistungen des SGB II und XII
  - b. Reguläre Leistungen nach gewöhnlichem Aufenthalt von fünf Jahren
  - c. Die „Überbrückungsleistungen“
  - d. „Härtefallregelung“ im Rahmen der „Überbrückungsleistungen“
  - e. Meldepflichten
- IV. Zur Vereinbarkeit der Regelungen mit höherrangigem Recht
  - a. Unvereinbarkeit mit dem Grundgesetz
  - b. Unvereinbarkeit mit Unionsrecht
  - c. Verhältnis der Regelungen zum EFA
- V. Fazit

### I. Einführung

Am 29. Dezember 2016 sind wesentliche Teile des „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“<sup>1</sup> in Kraft getreten. Das Artikelgesetz ändert Regelungen im SGB II und XII sowie im Aufenthaltsgesetz. Weitere Änderungen werden zum 1. Januar 2018 im Gesetz über das Ausländerzentralregister (AZRG) sowie der dazugehörigen AZRG-Durchführungsverordnung in Kraft treten.

Zentrales Ziel der Gesetzesänderung ist es, bestimmte – in der Regel nicht erwerbstätige und damit nach offizieller Auffassung unerwünschte - Gruppen von Unionsbürgerinnen und Unionsbürgern weitgehend von regulären existenzsichernden Leistungen nach dem SGB II und XII auszuschließen. Zugleich sollen verschärfte Meldepflichten der Sozialleistungsträger an die Ausländerbehörden sowie der Ausländerbehörden an die Familienkasse zu vermehrten Feststellungen über den Verlust oder das Nichtbestehen des Freizügigkeitsrechts sowie zur Verweigerung von Kindergeld führen.

Drittstaatsangehörige, also Personen, die nicht Unionsbürgerinnen und -bürger sind, unterliegen in aller Regel nicht den Leistungsausschlüssen, denen Unionsbürgerinnen und -bürger unterliegen können. Die einzigen

---

1 Bundesgesetzblatt vom 28. Dezember 2016; Jahrgang 2016, Teil I, Nr. 65. Aktualisierte Fassungen der geänderten Gesetze finden sich im Internet unter [www.buzer.de](http://www.buzer.de).

Drittstaatsangehörigen, die dem Ausschluss „zur Arbeitsuche“ nach § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 Bst. b SGB II oder § 23 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 SGB XII unterliegen könnten, sind Personen mit Aufenthaltstiteln zur Arbeitssuche nach Abschluss des Studiums nach § 16 Abs. 4 oder als qualifizierte Fachkräfte nach § 18c AufenthG und einige wenige andere. Da deren Aufenthaltstitel aber ohnehin von einem gesicherten Lebensunterhalt abhängt, spielen die Leistungsausschlüsse für sie in der Praxis kaum eine Rolle.

Statt der regulären Leistungen zur Existenzsicherung nach dem SGB II oder XII wird ein Zugang zu sogenannten „Überbrückungsleistungen“ nach dem SGB XII eingeführt, die in Dauer und Höhe drastisch eingeschränkt sind: Sie liegen normalerweise deutlich unterhalb des physischen Existenzminimums und sind regelmäßig auf maximal einen Monat innerhalb von zwei Jahren begrenzt. Zusätzlich besteht ein Anspruch auf Übernahme der notwendigen Rückreisekosten auf Darlehensbasis. Für alle Betroffenen wird nach fünfjährigem gewöhnlichen Aufenthalt ein Anspruch auf die regulären Leistungen nach SGB II oder XII eingeführt.

## II. Zum Hintergrund

Kaum eine sozialrechtliche Frage war in den vergangenen Jahren derart umstritten wie die Ansprüche nicht erwerbstätiger oder arbeitssuchender Unionsbürgerinnen und -bürger in Deutschland auf existenzsichernde nationale Sozialhilfeleistungen. Die Entscheidungen der Sozialgerichte waren in der Vergangenheit zwar widersprüchlich, aber als Tendenz war durchaus erkennbar, dass die Mehrzahl einen Leistungsausschluss insbesondere von den Leistungen des SGB II als europarechtswidrig einschätzte.

Der Europäische Gerichtshof hatte jedoch jüngst in drei Vorabentscheidungen die Leistungsausschlüsse und damit die Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes sowohl von nicht erwerbstätigen, als auch von arbeitssuchenden Unionsbürgerinnen und -bürgern für europarechtskonform erklärt.<sup>2</sup> Diese Entscheidungen kamen in ihrer Deutlichkeit und Undifferenziertheit überraschend, bedeuteten sie doch teils eine Abkehr von früheren Auffassungen des EuGH. Zugleich waren sie wohl auch Folge einer EU-weit um sich greifenden Re-Nationalisierung des politischen Diskurses: Kampagnen wie diejenige der CSU („Wer betrügt, der fliegt“) und die beginnende Brexit-Debatte in Großbritannien hatten offensichtlich auch die höchsten EU-Richterinnen und Richter nicht unbeeindruckt gelassen.<sup>3</sup> Somit erfüllte der EuGH die

---

2 EuGH: Urteil vom 11. November 2014 - C-333/13 - Dano gg. Deutschland, asyl.net: M22437, Asylmagazin 12/2014, S. 439 ff.; Urteil vom 15. September 2015 – C-67/14 – Alimanovic gg. Deutschland, asyl.net: M23179, Asylmagazin 10/2015, S. 355 ff.; Urteil vom 25. Februar 2016 - C-299/14 – García-Nieto gg. Deutschland, asyl.net: M23625, Asylmagazin 3/2016, S. 94 ff.

3 Vgl.: Bernd Eckhardt, „Sozialrecht Justament“, 5/2015, S. 9 ([www.sozialrecht-justament.de](http://www.sozialrecht-justament.de)).

Hoffnung vieler Sozialrechtlerinnen und -rechtler sowie Beratungsstellen nicht, über den Umweg des Europarechts dem Grundrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums in Deutschland für jeden hier lebenden Menschen zum Durchbruch zu verhelfen.

Diesen Durchbruch brachte daraufhin das Bundessozialgericht (BSG): In acht Entscheidungen und unter erheblichen juristischen Verrenkungen sprachen mehrere Senate nicht -erwerbstätigen bzw. arbeitssuchenden Unionsbürgerinnen und -bürgern zwar keine Leistungen nach dem SGB II, so aber doch nach dem SGB XII zu.<sup>4</sup> Das höchste Sozialgericht Deutschlands stellte in seinen Entscheidungen mehrere wichtige Grundsätze auf:

- Arbeitsuchende und „erst recht“ nicht erwerbstätige Unionsbürgerinnen und -bürger sind von den Leistungen des SGB II ausgeschlossen. Dieser Ausschluss ist auch europarechtskonform.
- Auch *erwerbsfähige* Personen, die aus ausländerrechtlichen Gründen „dem Grunde nach“ von den Leistungen des SGB II ausgeschlossen sind, können dennoch nach Ermessen Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach dem SGB XII erhalten. § 21 SGB XII sperrt diesen Zugang nicht.
- Das Ermessen des SGB XII-Trägers ist regelmäßig auf null reduziert, wenn bereits ein „verfestigter Aufenthalt“ vorliegt. Das BSG sieht den Aufenthalt regelmäßig nach sechs Monaten als „verfestigt“ an. Ab dann besteht ein (faktischer) Anspruch auf Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach dem SGB XII „in gesetzlicher Höhe“.
- Die Ermessensreduzierung auf null begründet das BSG ausdrücklich auch mit verfassungsrechtlichen Erwägungen hinsichtlich der Pflicht zur Sicherstellung eines menschenwürdigen Existenzminimums.
- Für Personen, die aufgrund Art. 10 der Verordnung über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Union (Freizügigkeitsverordnung 492/2011/EU) ein eigenständiges Aufenthaltsrecht als Kinder von ehemaligen Arbeitnehmenden bis zum Abschluss einer Schul- oder Berufsausbildung besitzen, gilt der Leistungsausschluss im SGB II nicht. Das Aufenthaltsrecht besteht nämlich unabhängig von der Arbeitssuche und umfasst auch die Elternteile, die die elterliche Sorge tatsächlich ausüben.
- Unionsbürgerinnen und -bürger, die sich „rechtmäßig“ in Deutschland aufhalten und für die das Europäische Fürsorgeabkommen (EFA)<sup>5</sup> gilt, haben

---

4 BSG: Urteile vom 17. März.2016 (B 4 AS 32/15 R, asyl.net: XXX); 20. Januar 2016 (B 14 AS 35/15 R), 16. Dezember 2015 (B 14 AS 15/14 R, asyl.net: XXX; B 14 AS 18/14 R; B 14 AS 33/14 R), 3. Dezember 2015 (B 4 AS 59/13 R; B 4 AS 43/15 R; B 4 AS 44/15 R, asyl.net: M23659, Asylmagazin 6/2016, S. 190 ff.).

5 Das Europäische Fürsorgeabkommen (EFA) gilt für Staatsangehörige folgender Staaten: Belgien, Dänemark, Deutschland, Estland, Frankreich, Griechenland, Irland, Island, Italien, Luxemburg, Malta, Niederlande, Norwegen, Portugal, Schweden, Spanien, Türkei, Großbritannien.

in jedem Fall einen Anspruch auf Leistungen nach dem SGB XII (ausgenommen sind nur die Leistungen nach § 67ff SGB XII). Der am 19. Dezember 2011 erklärte Vorbehalt der Bundesregierung zur Anwendbarkeit des EFA bezieht sich allein auf Leistungen des SGB II, nicht aber nach SGB XII. Das BSG sieht diesen Vorbehalt zum EFA (lediglich bezogen auf das SGB II) somit implizit als gültig an.

Die im Dezember 2016 in Kraft getretenen Gesetzesänderungen sind nur als direkte Reaktion der Bundesregierung und des Gesetzgebers auf die Rechtsprechung des Bundessozialgerichts zu verstehen. Die bislang nach dem Gesetzeswortlaut geltenden, aber vom BSG teils nivellierten Leistungsausschlüsse im SGB II und XII sollten reaktiviert werden. Zudem sollten die Ausschlüsse auf Kinder ehemaliger Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer mit einem Aufenthaltsrecht nach Art. 10 Freizügigkeitsverordnung (VO 492/2011) sowie ausdrücklich auf nicht erwerbstätige Unionsbürgerinnen und -bürger ausgeweitet werden. Die Rechtsprechung des Bundessozialgerichts wird vor allem dadurch ausgehebelt, dass die Ermessensregelung des § 23 Abs. 1 Satz 3 SGB XII (im Ausnahmefall „kann Sozialhilfe geleistet werden“) durch Abs. 3 („erhalten keine Leistungen“) für die genannten Gruppen eingeschränkt ausgeschlossen wird. Das Ergebnis ist gleichsam ein gesetzliches Verbot der Erbringung von Sozialhilfeleistungen, wenn die ausländerrechtlichen Voraussetzungen nicht erfüllt sind.

### **III. Die Regelungen im Einzelnen**

#### *a. Ausschlüsse von den regulären Leistungen des SGB II und XII*

Die Gesetzesänderung betrifft keineswegs sämtliche, sondern nur bestimmte nicht erwerbstätige Unionsbürgerinnen und -bürger, die nun gesetzlich sowohl von Leistungen des SGB II als auch des SGB XII für die Dauer von fünf Jahren ausgeschlossen sind. (§ 7 Abs. 1 S. 2 SGB II; § 23 Abs. 3 S. 1 SGB XII n. F.) Dieser Leistungsausschluss betrifft Unionsbürgerinnen und -bürger

- in den ersten drei Monaten ihres Aufenthalts, soweit sie nicht bereits Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, Selbstständige oder deren Familienangehörige sind,
  - die über ein Aufenthaltsrecht nur zum Zweck der Arbeitsuche verfügen (dieses besteht in der Regel für sechs Monate),
  - die nur über ein Aufenthaltsrecht als Kinder ehemaliger Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer bis zum Abschluss einer Ausbildung verfügen. Dies bezieht sich auch auf die Elternteile, die die elterliche Sorge tatsächlich ausüben (Aufenthaltsrecht aus Art. 10 Freizügigkeitsverordnung (VO 492/2011)),
  - die über kein (unionsrechtliches) Aufenthaltsrecht verfügen (das heißt: Nicht Erwerbstätige ohne eigene Existenzmittel, die nicht mehr als Arbeitsuchende gelten).
-

Weiterhin einen uneingeschränkten Zugang zu den Leistungen des SGB II bzw. XII haben somit unter anderem:

- Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer (auch in geringfügiger Beschäftigung und betrieblicher Berufsausbildung),
- Selbstständige (auch mit geringfügigem Einkommen),
- frühere Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer sowie Selbstständige, die ihre Arbeit unfreiwillig verloren haben (für die Dauer von sechs Monaten oder, nach mindestens einjähriger Erwerbstätigkeit, dauerhaft),
- Personen mit Daueraufenthaltsrecht (in der Regel fünfjähriger Aufenthalt, in dem ein materielles Aufenthaltsrecht nach dem FreizügG vorgelegen hat, z.B. Zeiten der Erwerbstätigkeit, Arbeitsuche, als Familienangehörige),
- Familienangehörige dieser Gruppen (der Begriff der Familienangehörigen ist deutlich weiter auszulegen als im Aufenthaltsgesetz).

Falls die Ausländerbehörde bereits eine formale Feststellung über den Verlust des Freizügigkeitsrechts getroffen haben sollte, besteht Anspruch auf Leistungen nach dem Asylbewerberleistungsgesetz – entweder nach § 1 Abs. 1 Nr. 4 AsylbLG (wenn die Ausländerbehörde eine Duldung ausstellt), oder nach § 1 Abs. 1 Nr. 5 AsylbLG (wenn die Ausländerbehörde keine Duldung ausstellt).<sup>6</sup> Eine wesentlich schlechtere ausländerrechtliche Stellung kann also unter Umständen einen besseren sozialrechtlichen Status nach sich ziehen.<sup>7</sup>

#### b. *Reguläre Leistungen nach gewöhnlichem Aufenthalt von fünf Jahren*

Nach dem Zeitraum eines fünfjährigen „gewöhnlichen Aufenthalts“ besteht nun ein Anspruch auf die regulären Leistungen des SGB II bzw. SGB XII auch dann, wenn nicht während der gesamten fünf Jahre ein materieller Freizügigkeitsgrund erfüllt worden ist und daher die Voraussetzungen für ein Daueraufenthaltsrecht (noch) nicht erfüllt sind. (§ 7 Abs. 1 Satz 4ff SGB II; § 23 Abs. 3 S. 7ff SGB XII n. F.) Dies gilt nur dann, wenn bislang keine Feststellung über den Verlust oder das Nichtbestehen des Freizügigkeitsrechts getroffen wurde. Zeiten eines ausreisepflichtigen Aufenthalts werden nicht mitgezählt. Der Gesetzgeber hat somit den vom Bundessozialgericht nach Ablauf von sechs Monaten angenommenen „verfestigten Aufenthalt“ ohne Angabe von Sachgründen auf fünf Jahre erhöht.

Nach dem Gesetzeswortlaut ist für den Nachweis des Fünfjahreszeitraums das Vorliegen einer behördlichen Anmeldung erforderlich. Dies ist wohl nicht haltbar, da die Leistungen der Sozialgesetzbücher gem. § 30 SGB I nicht zwingend an einen

---

6 Vgl.: LSG Hessen, Beschluss vom 7. April 2015; L 6 AS 62/15 B ER.

7 Vgl.: Uwe Berlitz: Information für den Ausschuss, Bundestagsdrucksache 18(11)851, S. 61.

Wohnsitz gebunden sind, sondern bei „gewöhnlichem Aufenthalt“ auch ohne „Wohnsitz“ gelten. Zudem ist das Versäumnis einer Anmeldung lediglich eine Ordnungswidrigkeit und der Zugang zu grundlegenden sozialen Rechten kann wohl kaum davon abhängig gemacht werden. Falls also Leistungen wegen der fehlenden Anmeldung abgelehnt werden sollten, der gewöhnliche Aufenthalt aber anders glaubhaft gemacht werden kann, sollten dagegen Rechtsmittel eingelegt werden.

Allerdings ist das Jobcenter bzw. Sozialamt verpflichtet, bei einem Leistungsantrag von einer Person aus dieser Gruppe eine Meldung an die Ausländerbehörde vorzunehmen. Es kann also auch nach mehr als fünfjährigem Aufenthalt bei solchen Personen eine formale Verlustfeststellung des Freizügigkeitsrechts drohen, wenn kein anderer Freizügigkeitsgrund vorliegt. Durch diese Regelung wird der Leistungsanspruch nach fünfjährigem gewöhnlichen Aufenthalt weitgehend ins Leere laufen.

### *c. Die „Überbrückungsleistungen“*

Durch die Gesetzesänderungen ist für Ausländerinnen und Ausländer, die einem Leistungsausschluss nach § 23 Abs. 3 S. 1 SGB XII n. F. unterliegen, ein Anspruch auf einmalige „Überbrückungsleistungen“ innerhalb von zwei Jahren im System des SGB XII eingeführt worden, die zeitlich regelmäßig auf maximal einen Monat beschränkt sind und sogar das rein physische Existenzminimum deutlich unterschreiten. (§ 23 Abs. 3 S. 3ff SGB XII n. F.) Diese Überbrückungsleistungen umfassen bezogen auf den Regelbedarf lediglich die Leistungen zur Deckung der Bedarfe für

- *Ernährung* (Abteilungen 1 und 2 der Einkommens- und Verbrauchsstichprobe EVS; in Regelbedarfsstufe 1 betragen diese aktuell 142 Euro)
- *Körperpflege* (einzelne Positionen aus Abteilung 12 EVS: 25 Euro)
- *Gesundheitspflege* (Abteilung 6 EVS: 16 Euro).<sup>8</sup>

Dies ergibt einen Anspruch von 183 Euro in Regelbedarfsstufe 1 und damit weit weniger als die Hälfte des normalen Regelbedarfs. Das reguläre physische Existenzminimum in Regelbedarfsstufe 1 beläuft sich dagegen bereits auf rund 255 Euro.

Teil der „Überbrückungsleistungen“ sind zudem Kosten für Unterkunft und Heizung sowie die Gesundheitsversorgung bei akuten oder schmerzhaften Erkrankungen und Hilfe bei Schwangerschaft und Mutterschaft. Zusätzlich besteht Anspruch auf darlehensweise Gewährung der angemessenen Rückreisekosten. (§ 23 Abs. 3a SGB XII n. F.)



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.).

#### *d. „Härtefallregelung“ im Rahmen der Überbrückungsleistungen*

Nur soweit *„dies im Einzelfall besondere Umstände erfordern“* besteht *„zur Überwindung einer besonderen Härte“* Anspruch auf andere Leistungen im Sinne von § 23 Absatz 1 SGB XII – also die gesamten Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts sowie sämtliche übrigen Leistungen des SGB XII. Die Gesetzesbegründung nennt beispielhaft lediglich Leistungen für Kleidung.

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.“* Die Gesetzesbegründung nennt hierzu beispielhaft eine amtsärztlich festgestellte Reiseunfähigkeit.

Die Gesetzesbegründung stellt klar, dass es sich hierbei nicht um eine Regelung handle, *„mit der ein dauerhafter Leistungsbezug ermöglicht wird.“* Auch bei einer beispielsweise bestehenden Reiseunfähigkeit dürfen demnach 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.

Bei den weitergehenden Leistungen im Rahmen der Härtefallregelung handelt es sich nicht um eine Ermessens-, sondern um eine Anspruchsnorm. Damit will der Gesetzgeber offenbar lediglich formal die Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts erfüllen, dass die verfassungsrechtlich gebotene Sicherstellung des Existenzminimums in Form eines gesetzlichen Anspruchs erfolgen muss.<sup>9</sup> Zugleich

---

9 BVerfG, Urteile vom 18. Juli 2012 - 1 BvL 10/10 und 1 BvL 2/11 – asyl.net: M19839 , Rn. 65.

dürften jedoch die äußerst restriktiven gesetzlichen Vorgaben dazu führen, dass die Härtefallregelung in der Praxis kaum anwendbar sein wird.

Allerdings wird die Auslegung der Härtefallregelung sicherlich die Sozialgerichte intensiv beschäftigen: Sie werden sich mit der Frage auseinandersetzen müssen, in welcher Höhe und für welche Dauer die Überbrückungsleistungen zu erbringen sind. So dürfte sich insbesondere in Eilverfahren die Frage stellen, ob eine ansonsten stattfindende Unterschreitung des menschenwürdigen Existenzminimums nicht in jedem Fall „besondere Umstände“ und eine „besondere Härte“ darstellt, aufgrund derer zumindest die Hilfe zum Lebensunterhalt in gesetzlicher Höhe und über einen Monat hinaus zu erbringen ist. Ebenso stellt sich die Frage, ob der vollständige Sozialleistungsentzug bei Vorliegen eines Aufenthaltsrechts nach Art. 10 Freizügigkeitsverordnung (VO 492/2011) für Kinder ehemaliger Arbeitnehmerinnen oder Arbeitnehmer und deren Eltern (das unabhängig von der Sicherstellung des eigenen Lebensunterhalts besteht!) nicht in jedem Fall eine „besondere Härte“ und „besondere Umstände“ in diesem Sinne begründet – zumal dieser Leistungsausschluss wohl kaum europarechtskonform sein dürfte (s. u.).

#### *e. Meldepflichten*

Flankiert werden die Leistungsausschlüsse durch eine erweiterte obligatorische Meldepflicht aller öffentlichen Stellen (außer Schulen und anderen Bildungs- und Erziehungseinrichtungen), wenn sie Kenntnis von der Beantragung von Sozialleistungen durch eine Ausländerin oder einen Ausländer erhalten (§ 87 Abs. 2 S. 1 Nr. 2a AufenthG n. F.)

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

- über kein (unionsrechtliches) Aufenthaltsrecht verfügen,
- über ein Aufenthaltsrecht nur zum Zweck der Arbeitsuche verfügen,
- nur über ein Aufenthaltsrecht nach Art. 10 Freizügigkeitsverordnung (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 Unionsbürgerinnen und -bürger mit einem Aufenthaltsrecht zur Arbeitsuche und diejenigen mit einem Aufenthaltsrecht nach Art. 10 Freizügigkeitsverordnung (VO 492/2011) ist 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. Es ist zu befürchten, dass die Meldepflicht in erster Linie ein Instrument zur Verunsicherung der



Betroffenen darstellt. In der Folge dürften vermehrt rechtswidrige Verlustfeststellungen getroffen werden.

Am 1. Januar 2018 wird darüber hinaus eine neue Meldepflicht der Ausländerbehörden an die Familienkasse in Kraft treten, nach der im Falle von Feststellungen zum Verlust oder Nichtbestehen des Freizügigkeitsrechts eine Datenübermittlung stattzufinden hat (§ 18f AZR-Gesetz n. F.). Diese Neuregelung dürfte ihren Grund in einer Entscheidung des Bundesfinanzhofs haben, nach der Kindergeld auch dann zu erbringen ist, wenn nach Ansicht der Familienkasse die materiellen Freizügigkeitsvoraussetzungen nicht mehr erfüllt sind. Erst eine Entscheidung der Ausländerbehörde führt zum Verlust des Freizügigkeitsrechts und damit auch zum Verlust des Kindergeldanspruchs.<sup>10</sup> Der Verlust des Kindergeldanspruchs soll durch die Meldepflicht in der Praxis gesichert werden.

#### **IV. Zur Vereinbarkeit der Regelungen mit höherrangigem Recht**

##### **a. Unvereinbarkeit mit dem Grundgesetz**

Das Bundesverfassungsgericht hatte im Jahr 2012<sup>11</sup> 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.“*<sup>12</sup>

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.“*<sup>13</sup> Die Gesetzesbegründung geht hingegen mit keinem Wort auf eine möglicherweise geringere (nämlich auf null reduzierte!) Bedarfslage der vom vollständigen Leistungsausschluss erfassten Gruppen ein.

---

10 Bundesfinanzhof, Beschluss vom 27.4.2015 - III B 127/14 – asyl.net: M24418.

11 BVerfG, Urteile vom 18. Juli 2012, a.a.O. (Fn. 9).

12 Ebd., Amtliche Leitsätze, Nr. 2.

13 Ebd., Amtliche Leitsätze, Nr. 3.

Laut Gesetzesbegründung seien die oben zitierten Grundsätze aus dem BVerfG-Urteil nicht einschlägig für die Gruppe der nicht-erwerbstätigen oder arbeitsuchenden Unionsbürgerinnen und -bürger, denn: *„Die Neuregelung berücksichtigt, dass die Situation von Unionsbürgerinnen und Unionsbürgern, einerseits sowie Asylbewerberinnen und Asylbewerbern andererseits nicht vergleichbar ist. Unionsbürgerinnen und Unionsbürgern stehen andere Möglichkeiten der Selbsthilfe offen, als dies für Asylbewerberinnen und Asylbewerber der Fall ist. Während Leistungsberechtigte nach dem Asylbewerberleistungsgesetz oftmals nicht ohne möglicherweise drohende Gefahren (etwa durch Verfolgung) in ihr Heimatland zurückkehren können, ist dies Unionsbürgerinnen und Unionsbürgern gefahrlos möglich und zumutbar.“*<sup>14</sup>

Der Gesetzgeber übersieht hierbei, dass es sich im Falle einer Person, die vor dem Bundesverfassungsgericht klagte, keineswegs um eine asylsuchende Person handelte, sondern um eine vollziehbar ausreisepflichtige Person mit Duldung. Vollziehbar ausreisepflichtige Personen mit Duldung sind (anders als Unionsbürgerinnen und -bürger, bei denen noch keine formale Verlustfeststellung getroffen wurde!) rechtssystematisch jedoch zur Ausreise verpflichtet. Selbst ausreisepflichtigen Drittstaatsangehörigen, die aus Sicht der Ausländerbehörde ihre eigene Abschiebung schuldhaft verhindern oder für die ein Ausreisetermin und eine Ausreisemöglichkeit feststehen, sind zumindest Leistungen zur Sicherstellung des physischen Existenzminimums gem. § 1a AsylbLG zu erbringen – während bestimmte nicht ausreisepflichtige Unionsbürgerinnen und -bürger in der Regel nach einem Monat keinerlei Leistungen erhalten sollen.

Die *Möglichkeit* einer Ausreise ist für die Frage der Sicherstellung eines menschenwürdigen Existenzminimums nicht von Belang. Das Bundessozialgericht hatte hierzu entschieden: *„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.“*<sup>15</sup>

Auch eine kurzfristige Aufenthaltsdauer oder geringe Aufenthaltsperspektive rechtfertigt es nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts 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 (...). Die einheitlich zu verstehende menschenwürdige*

---

14 BT-Drucksache 18/10211 vom 7.11.2016, S. 14.

15 BSG, Urteil vom 20. Januar 2016 - B 14 AS 35/15 R, a.a.O. (Fn. 4).

*Existenz muss daher ab Beginn des Aufenthalts in der Bundesrepublik Deutschland realisiert werden.*<sup>16</sup>

Der zentrale Satz in dem zitierten Urteil lautet: *„Die Menschenwürde ist migrationspolitisch nicht zu relativieren.“*<sup>17</sup> Die Gesetzesbegründung argumentiert demgegenüber sogar ausdrücklich und in erster Linie migrationspolitisch: *„Es ist davon auszugehen, dass die Regelung des Leistungsausschlusses im SGB XII eine Lenkungswirkung entfalten wird.“*<sup>18</sup> Die Sozialleistungsausschlüsse, die in erster Linie und ausdrücklich aus migrationspolitischen Erwägungen erfolgt sind, sind insofern mit der Rechtsprechung des BVerfG nicht zu vereinbaren.

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass die neu geregelten Leistungsausschlüsse vor dem Hintergrund der Rechtsprechung des BVerfG in mehrfacher Hinsicht mit dem Grundgesetz unvereinbar sind.<sup>19</sup>

#### b. Unvereinbarkeit mit Unionsrecht

In den Rechtssachen Dano, Alimanovic und Garcia-Nieto hatte der Europäische Gerichtshof zwar den Ausschluss von Leistungen des SGB II für Unionsbürgerinnen und -bürger für europarechtlich zulässig erklärt, wenn diese ausschließlich über ein Aufenthaltsrecht zur Arbeitsuche oder über kein materielles Aufenthaltsrecht verfügen. In diesen Verfahren hat sich der EuGH jedoch nicht zum Leistungsausschluss für Kinder von Unionsbürgerinnen und Unionsbürgern geäußert, denen nach Art. 10 Freizügigkeitsverordnung ein Aufenthaltsrecht zusteht (siehe hierzu die Hintergrundinformationen im Kasten).

*[Kasten]* Hintergrund:

Aufenthaltsrecht nach Art. 10 Freizügigkeitsverordnung (VO 492/2011)

Minderjährige Kinder von Unionsbürgerinnen und Unionsbürgern sowie abgeleitet auch ihre Eltern, die die elterliche Sorge tatsächlich ausüben, haben ein eigenständiges europarechtliches Aufenthaltsrecht, wenn sie sich in einer Ausbildung befinden (Grundschule

---

16 BVerfG, Urteile vom 18. Juli 2012, a.a.O. (Fn. 9), Rn. 120.

17 Ebd., Rn. 121.

18 BT-Drucksache 18/10211 vom 7.11.2016, S. 2.

19 Auch das Sozialgericht Mainz stuft die Leistungsausschlüsse als verfassungswidrig ein und hat die Frage daher dem Bundesverfassungsgericht vorgelegt, SG Mainz Beschluss vom 18.04.2016 - S 3 AS 149/16 – asyl.net: M24233, siehe Eintrag in diesem Heft auf S. XXX.

bis Berufsausbildung bzw. Studium), und wenn eines ihrer unionsangehörigen Elternteile früher als Arbeitnehmerin oder Arbeitnehmer in Deutschland gearbeitet hat oder aktuell arbeitet. (Art. 10 [der EU-Verordnung 492/2011](#)). Hierbei spielt keine Rolle, ob die Arbeit selbstverschuldet verloren ging, wie lange die Beschäftigung ausgeübt worden war und wie lange dies bereits her ist.

Art. 10 der VO 492/2011 besagt, dass den Kindern eines früheren „Wanderarbeiters“ das Recht zusteht, „unter den gleichen Bedingungen wie die Staatsangehörigen dieses Mitgliedstaats am allgemeinen Unterricht sowie an der Lehrlings- und Berufsausbildung teil(zu)nehmen“.

Daraus ergibt sich somit sowohl ein Aufenthaltsrecht als auch ein Recht auf Gleichbehandlung bezogen auf Sozialleistungen. Der Ausschluss von den Leistungen des SGB II dürfte aus diesem Grund auch europarechtswidrig sein. Das Aufenthaltsrecht der Kinder und ihrer Eltern besteht ausdrücklich unabhängig von der Sicherung des Lebensunterhalts.<sup>20</sup> Es ist ein eigenständiges Recht, das unabhängig von den Regelungen der Unionsbürgerrichtlinie greift.

Es spricht vieles dafür, dass der Ausschluss jedenfalls von Leistungen des SGB II für den von Art. 10 Freizügigkeitsverordnung (VO 492/2011) erfassten Personenkreis gegen das Diskriminierungsverbot aus Art. 4 der Verordnung zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit (883/2004/EG) 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 der Rechtsprechung des EuGH diese Ermächtigungsgrundlage in Art. 24 Abs. 2 der UnionsRL. Damit begründete der EuGH auch die Zulässigkeit der Verweigerung von SGB II-Leistungen für nur Arbeitsuchende bzw. Personen ohne materielles Aufenthaltsrecht in den Fällen Alimanovic, Dano und García-Nieto.

Aber: Diese Ermächtigung zur Ungleichbehandlung erstreckt sich ausdrücklich nur auf eine Person mit Unionsbürgerschaft, die „sich **aufgrund dieser Richtlinie** im Hoheitsgebiet des Aufnahmemitgliedstaats aufhält“. Das Aufenthaltsrecht nach Art. 10 Freizügigkeitsverordnung (VO 492/2011) ist jedoch ein eigenständiges Aufenthaltsrecht, das unabhängig von bzw. neben der Unionsbürgerrichtlinie existiert – und ausdrücklich auch ohne eigene Existenzsicherung besteht.<sup>21</sup> Aus diesem Grund ist die Ermächtigung zur Ungleichbehandlung aus Art. 24 Abs. 2 UnionsRL für

---

20 [EuGH, Urteil vom 23. Februar 2010, C-310/08](#), Ibrahim gg. Großbritannien, asyl.net: M16701.

21 Vgl.: EuGH, Urteil vom 23. Februar 2010, C-310/08, Ibrahim gg. Großbritannien, a.a.O. (Fn. 19).

diesen Personenkreis nicht anwendbar. Vielmehr muss das Gleichbehandlungsgebot aus Art. 4 Verordnung zur sozialen Sicherheit (VO 883/2004) jedenfalls für den Anwendungsbereich des SGB II eingehalten werden.<sup>22</sup> Der Leistungsausschluss ist europarechtswidrig. Die Neuregelung ist somit – bezogen auf Kinder ehemaliger Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer – mit Unionsrecht unvereinbar.

### **c. Verhältnis der Regelungen zum EFA**

Staatsangehörigen der EFA-Staaten ist, wenn sie sich in Deutschland *„erlaubt aufhalten und nicht über ausreichende Mittel verfügen, in gleicher Weise wie seinen eigenen Staatsangehörigen und unter den gleichen Bedingungen die Leistungen der sozialen und Gesundheitsfürsorge (...) zu gewähren.“* (Art. 1 EFA)

Die Bundesregierung hat zwar einen Vorbehalt für die Gültigkeit des EFA für das System des SGB II verkündet, jedoch nicht für das System der Sozialhilfe nach dem SGB XII. Daher hat das Bundessozialgericht entschieden, dass Sozialhilfe nach dem SGB XII den EFA-Staatsangehörigen erbracht werden muss, auch wenn sie erwerbsfähig sind.<sup>23</sup> Dieser Anspruch ist auch durch die jüngste Gesetzesänderung nicht eingeschränkt worden! Allerdings ist nach der jüngeren BSG-Rechtsprechung Voraussetzung, dass sie über einen materiell „erlaubten Aufenthalt“ verfügen, so dass entweder ein Aufenthaltsrecht zur Arbeitsuche oder ein Aufenthaltsrecht nach Art. 10 Freizügigkeitsverordnung (VO 492/2011) vorliegen muss.

Die Ausschlüsse jedenfalls von den Leistungen des SGB XII greifen daher nicht für Angehörige der Staaten des Europäischen Fürsorgeabkommens, sofern diese über ein Aufenthaltsrecht verfügen.

## **IV. Fazit**

Die Neuregelung wird das Ziel verfehlen, Rechtssicherheit für Betroffene, Behörden und Gerichte zu bewirken. Die Neuregelung ist in weiten Teilen verfassungswidrig und widerspricht völkerrechtlichen Vorgaben. Sie ist, jedenfalls bezogen auf die Leistungsausschlüsse für Personen, die über ein Aufenthaltsrecht aus Art. 10 Freizügigkeitsverordnung (VO 492/2011) verfügen, europarechtswidrig. Vor allem

---

22 Vgl.: Wissenschaftlicher Dienst des Deutschen Bundestags, Fachbereich Europa (PE 6-3000-76/16); sowie 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.

23 BSG, Urteil vom 3. Dezember 2015 - B 4 AS 59/13 R, a.a.O. (Fn. 4).

aber ist sie ein sozialpolitischer Tabubruch: Ganze Personengruppen, die sich (teils materiell, teils formal) rechtmäßig in Deutschland aufhalten, aber „unerwünscht“ sind, werden von Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts ausgeschlossen. Allenfalls „Überbrückungsleistungen“ unterhalb des physischen Existenzminimums und für regelmäßig maximal einen Monat sollen erbracht werden. Danach entzieht sich der Sozialstaat vollständig seiner verfassungsmäßigen Verantwortung.

Große Teile der Betroffenen verfügen über ein materielles Freizügigkeitsrecht nach § 2 Abs. 2 Nr. 1a FreizügG oder ein europarechtliches Aufenthaltsrecht nach Art. 10 Freizügigkeitsverordnung (VO 492/2011), für die das Vorhandensein eigenständiger Existenzmittel ausdrücklich nicht als Voraussetzung gilt. Das bedeutet: Die Ausländerbehörde darf bei ihnen zwar keine Feststellung über den Verlust oder das Nichtbestehen des Aufenthaltsrechts treffen. Dies soll nach dem Willen des Gesetzgebers stattdessen aber in Form eines physischen und sozialen „Aushungerns“ erfolgen: Die Migrationssteuerung wird ins Sozialrecht outgesourct, die vollständige soziale Exklusion wird zum ausländerrechtlichen Instrument in Form einer „kalten Ausweisung“. Oder, wie es Daniel Thym in etwas anderem Zusammenhang formuliert: Die Grenze wird „gleichsam ins Inland“ verlagert.<sup>24</sup>

Zugleich werden die Gesetzesänderungen dazu beitragen, die soziale Verelendung ganzer Bevölkerungsteile zu fördern und sie massiver Ausbeutung und Schutzlosigkeit auszusetzen. Die Neue Richtervereinigung formulierte dies in einer Stellungnahme an den Sozialausschuss des Bundestags mit einiger Berechtigung und in scharfen Worten so:

*„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.“<sup>25</sup>*

Rechtssicherheit wird erst eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts<sup>26</sup> zu den Leistungsausschlüssen für Unionsbürgerinnen und -bürger mit sich bringen.<sup>27</sup>

---

24 Daniel Thym: Sozialhilfe für erwerbsfähige Unionsbürger: Das Bundessozialgericht auf Umwegen. Neue Zeitschrift für Sozialrecht : NZS, 25 (2016), 12. - S. 441-444. - ISSN 0941-7915.

25 Neue Richtervereinigung, Information für den Ausschuss, 24. November 2016 (BT-Drucksache 18(11)851; S. 63).

26 Vgl. Vorlagebeschluss des SG Mainz an das BVerfG vom 18.04.2016, a.a.O. (Fn. 19).

27 Vgl.: Pattar, Andreas Kurt: Der Umweg als Ziel? Die BSG-Entscheidungen zu Leistungsausschlüssen für Ausländer im SGB II, Die Sozialgerichtsbarkeit, 12/2016, S. 717ff.



Bis dahin werden sich die Sozialgerichte vor allem in Eilverfahren weiterhin mit den strittigen Fragen zu den „Überbrückungsleistungen“ und zur Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht auseinandersetzen müssen. Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der Migrationsberatungsstellen, der Jugendmigrationsdienste, der Wohnungslosenhilfe, der Frauenhäuser und anderer sozialer Beratungsstellen werden bis dahin weiterhin einen Großteil ihrer Arbeit darauf verwenden müssen, mit Hilfe engagierter Anwältinnen und Anwälte und mit Hilfe der Gerichte das Menschenrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums für ihre Klientinnen und Klienten durchzusetzen.

Eine ausführliche Handreichung zu den Ansprüchen auf Leistungen des SGB II und XII für Unionsbürgerinnen und Unionsbürger wird in Kürze erscheinen unter:  
<http://www.migration.paritaet.org/themen/schwerpunktthemen/eu-zuwanderung>

***Claudius Voigt (Dipl. Sozialarbeiter) ist Mitarbeiter der GGUA Flüchtlingshilfe in Münster und dort als Referent für das Projekt Q – Qualifizierung der Flüchtlingsberatung tätig. Kontakt: voigt@ggua.de]***