

Die Leistungsausschlüsse von Unionsbürger*innen im Spannungsfeld von finanzieller Solidarität und Selbsthilfe durch (freiwillige) Ausreise

*Jana Bub, LL.M**

I. Einleitung

Die Ansprüche nichterwerbstätiger Unionsbürger*innen auf existenzsichernde Leistungen im Aufnahmemitgliedsstaat¹ sind seit Einführung der Unionsbürgerschaft und dem allgemeinen Freizügigkeitsrecht immer wieder Thema in der Migrations- und Sozialpolitik sowie vor den Gerichten.² Zwar muss Unionsbürger*innen von der Aufnahmegerichtschaft durchaus eine gewisse „finanzielle Solidarität“³ entgegengebracht werden, allerdings wird das Freizügigkeitsrecht für Nichterwerbstätige – anders als etwa im Anwendungsbereich der Arbeitnehmerfreizügigkeit – nicht bedingungslos gewährt, sondern steht nur Unionsbürger*innen zu, die über ausreichende finanzielle Mittel verfügen, um während ihres Aufenthalts dem Sozialsystem nicht unangemessen zur Last zu fallen.⁴ Mit seiner jüngeren Rechtsprechungslinie ermöglichte der EuGH es den Mitgliedsstaaten immer mehr Gruppen nichterwerbstätiger Unionsbürger*innen von den sogenannten beitragsunabhängigen Sozialleistungen auszuschließen. In Deutschland können vor diesem Hintergrund nur noch Erwerbstätige in den ersten fünf Jahren ihres Aufenthalts (aufstockende) existenzsichernde Leistungen

* Die Verfasserin ist Doktorandin und wissenschaftliche Mitarbeiterin am Fachbereich Sozial- und Kulturwissenschaften der Hochschule Fulda. Sie bedankt sich für die Anmerkungen und Diskussionen auf der Zweiten Jungen Tagung Sozialrecht, die teilweise in der Verschriftlichung dieses Beitrags übernommen wurden.

1 Hiermit ist der Mitgliedsstaat gemeint, in dem sich Unionsbürger*innen aufzuhalten, dessen Staatsbürgerschaft sie jedoch nicht besitzen.

2 U.a. EuGH, Urt. v. 11.11.2014 – C-333/13, ECLI:EU:C:2014:2358 – Dano; EuGH, Urt. v. 15.09.2015 – C-67/14, ECLI:EU:C:2015:597 – Alimanovic; EuGH, Urt. v. 25.02.2016 – C-299/14, ECLI:EU:C:2016:114 – García-Nieto; EuGH, Urt. v. 14.06.2016 – C-308/14, ECLI:EU:C:2016:436 – KOM/UK; BSG, Urt. v. 29.03.2022 – B 4 AS 2/21 R, BSGE 134, 45; BSG, Urt. v. 13.07.2023 – B 8 SO II/22 R, NZS 2024, 377.

3 EuGH, Urt. v. 20.09.2001 – C-184/99, ECLI:EU:C:2001:458 Rn. 44 – Grzelczyk.

4 EuGH, Urt. v. 20.09.2001 – C-184/99, ECLI:EU:C:2001:458 Rn. 44 – Grzelczyk.

erhalten, erst darüber hinaus haben auch nichterwerbstätige Unionsbürger*innen einen Leistungsanspruch (§ 7 Abs. 1 S. 4, 1. Hs. SGB II). Diese nahezu vollständigen Leistungsausschlüsse wurden vom Bundessozialgericht aufgrund der Rückkehrobligieheit und dem dadurch begründeten Nachranggrundsatz des deutschen Sozialsystems für verfassungskonform erklärt.⁵ Denn anders als etwa Asylbewerber*innen, ist es Unionsbürger*innen zumutbar, im Falle einer Notlage in ihren Herkunftsstaat zurückzukehren und die dortigen existenzsichernden Leistungen in Anspruch zu nehmen.⁶

Insbesondere in der rechtswissenschaftlichen Literatur wurden die Diskussionen um die Unions- und Verfassungskonformität durch die höchstrichterlichen Entscheidungen nicht vollständig beendet. Neben Kritik am Konstrukt des Nachranggrundsatzes und der Rückkehrobligieheit als eine Art Selbsthilfe zur Beseitigung der Hilfebedürftigkeit, zeigt sich darüber hinaus bei der Anwendung der Leistungsausschlüsse in der Verwaltungspraxis eine starke Fokussierung auf die Rückkehrobligieheit, die nicht nur zu verfassungsrechtlich fragwürdigen Leistungsverweigerungen führt, sondern auch auf andere Rechtsgebiete ausstrahlt, die nicht zwangsläufig von den Leistungsausschlüssen und der Rückkehrobligieheit betroffen sind.⁷

In diesem Beitrag soll am Beispiel obdachloser Unionsbürger*innen aufgezeigt werden, dass die Debatte um die Leistungsausschlüsse im Existenzsicherungsrecht nicht beendet wurde und insbesondere die verfassungskonforme Anwendung nicht überall in Deutschland gegeben ist. Es scheint jedoch nicht mehr die Frage nach dem Umfang der finanziellen Solidarität mit Unionsbürger*innen die wissenschaftliche Diskussion zu beherrschen, sondern ob das menschenwürdige Existenzminimum durch die Rückkehrobligieheit als Eigenverantwortung hilfebedürftiger Unionsbürger*innen begrenzt werden kann.

5 BSG, Urt. v. 29.03.2022 – B 4 AS 2/21 R, BSGE I34, 45 Rn. 34.

6 BT-Drs. 18/10211, S. 14; BSG, Urt. v. 29.03.2022 – B 4 AS 2/21 R, BSGE I34, 45 Rn. 35.

7 Engelmann, ARCHIV für Wissenschaft und Praxis der Sozialen Arbeit 2023, 48, 49.

II. Die sozialen Rechte mobiler Unionsbürger*innen: Von der finanziellen Solidarität zum Nachrang des deutschen Sozialleistungssystems

1. Die Verlagerung der Debatte von der Unions- auf die Verfassungsebene

Mit der unionsrechtlichen Freizügigkeit, die mittlerweile unabhängig vom wirtschaftlichen Status von allen Staatsangehörigen eines Mitgliedsstaates der Europäischen Union (EU) in Anspruch genommen werden kann, sind ebenfalls bis zu einem gewissen Maß soziale Rechte verbunden. Während ab einem „gefestigten Aufenthalt“, der grundsätzlich nach fünf Jahren angenommen werden kann, allen Unionsbürger*innen ein voller Zugang zu existenzsichernden Leistungen gewährt werden muss, sind die Mitgliedsstaaten stattdessen nicht verpflichtet, diese Leistungen vor Erreichen des fünfjährigen Aufenthalts nichterwerbstätigen Unionsbürger*innen zu gewähren.⁸

Zu Beginn seiner Rechtsprechungslinie zu den sozialen Rechten mobiler – nicht länger nur erwerbstätiger – Unionsbürger*innen verfolgte der Europäische Gerichtshof einen sozial-integrativen Ansatz. Grundlage bildete dabei die Unionsbürgerschaft nach dem heutigen Art. 20 AEUV⁹, die als „grundlegender Status“¹⁰ in Verbindung mit dem Freizügigkeitsrecht (Art. 21 AEUV) und dem Diskriminierungsverbot (Art. 18 AEUV) Unionsbürger*innen ein gewisses Maß an „finanzieller Solidarität“¹¹ gewährt. Insbesondere dann, wenn die sozialen Schwierigkeiten nur vorübergehender Natur sind. Durch die Begründung dieser Rechtsprechungslinie auf Grundlage des EU-Primärrechts umging oder ignorierte der EuGH dabei die „Signale“ des EU-Gesetzgebers und damit der Mitgliedsstaaten, die keine weitreichende sozialrechtliche Flankierung der allgemeinen Freizügigkeit wollten.¹²

Auch wenn der EuGH in der Rechtssache *Brey*¹³ noch ein gewisses Maß an „finanzieller Solidarität“ betonte, zeichnete sich bereits eine ers-

8 Erwägungsgrund 17 der RL 2004/38/EG über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten, ABl. L 158 vom 30. April 2004, S. 35.

9 ABl. C 326, S. 47.

10 EuGH, Urt. v. 20.09.2001 – C-184/99, ECLI:EU:C:2001:458 Rn. 44 – Grzelczyk.

11 EuGH, Urt. v. 20.09.2001 – C-184/99, ECLI:EU:C:2001:458 Rn. 44 – Grzelczyk.

12 Schmidt/Blauberger, Public Administration 2017, 437, 441; Schreiber, ARCHIV für Wissenschaft und Praxis der Sozialen Arbeit 2023, 60, 62 f.

13 EuGH, Urt. v. 19.09.2013 – C-140/12, ECLI:EU:C:2013:565 Rn. 72 – Brey.

te Tendenz zu einem Richtungswandel der Rechtsprechungslinie an, der spätestens mit den Entscheidungen *Dano*¹⁴ und *Alimanovic*¹⁵ deutlicher wurde. So verknüpfte der EuGH ab 2014 den Anspruch auf Sozialleistungen für nichterwerbstätige Unionsbürger*innen mit einem unionsrechtlichen rechtmäßigen Aufenthalt.¹⁶ Dies bedeutet, dass Unionsbürger*innen sich nur noch dann auf das unionsrechtliche Solidaritätsversprechen berufen können, wenn sie die Voraussetzungen der FreizügigkeitsRL¹⁷ erfüllen. Sie müssen demnach über ausreichende Finanzmittel und einen Krankenversicherungsschutz verfügen, um dem Sozialsystem des Aufnahmestaats nicht unangemessen zur Last zu fallen (Art. 7 Abs. 1 lit. b FreizügigkeitsRL). Während diese „Kehrtwende“ in der wissenschaftlichen Literatur einerseits als Reaktion des EuGH auf sein politisches Umfeld und zur Sicherung der Legitimation seiner Rechtsprechung verstanden wird, sehen andere ergänzend eine Veränderung der Fallkonstellationen oder sprechen von einem veränderten Solidaritätsverständnis.¹⁸ Unabhängig von den Gründen für den Wandel der Rechtsprechung vom Solidaritätsgedanken hin zu einer Verbindung von Aufenthaltsrecht und Sozialleistungsansprüchen, zeichnet sich durch die jüngeren Entscheidungen eine Rückkehr zum „Marktbürger“ und damit vorerst ein Ende der sozialen Integration ab.¹⁹

Die wissenschaftliche Debatte um die Unionsrechtskonformität der Leistungsausschlüsse nichterwerbstätiger Unionsbürger*innen hat die jüngere EuGH-Rechtsprechung allerdings nicht beendet.²⁰ Trotzdem hat sich die Debatte zumindest in der deutschen Rechtswissenschaft überwiegend von der Unions- auf die Verfassungsebene verlagert. Denn auch, wenn der Solidaritätsgedanke des EuGH „verblasst“²¹ ist, ergeben sich zumindest nach

14 EuGH, Urt. v. 11.11.2014 – C-333/13, ECLI:EU:C:2014:2358 – *Dano*.

15 EuGH, Urt. v. 15.09.2015 – C-67/14, ECLI:EU:C:2015:597 – *Alimanovic*.

16 *Devetzi*, EuR 2014, 638, 647; *Schreiber*, ARCHIV für Wissenschaft und Praxis der Sozialen Arbeit 2023, S. 60, 63 f.

17 Richtlinie (EG) 2004/38 v. 29.04.2004 über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten, ABl. L 158 vom 30. April 2004, S. 35.

18 *Blauberger et al.*, JEEP 2018, 1422, 1438; *Davies*, JEEP 2018, 1442, 1457 f.; *Mantu/Minderhoud*, MJ 2017, 703, 719; *Schreiber*, ARCHIV für Wissenschaft und Praxis der Sozialen Arbeit 2023, 60, 65.

19 *Farahat*, DÖV 2016, 45, 54; *Schreiber*, ARCHIV für Wissenschaft und Praxis der Sozialen Arbeit 2023, 60, 64.

20 Siehe u.a. *Greiser/Kador*, ASR 2013, 4–12; *Röhner*, info also 2024, 62–65; *Seidl*, NZS 2024, 626–630.

21 *Kingreen*, NVwZ 2015, 1503, 1505, zit. nach *Devetzi/Schreiber*, ZESAR 2016, 15.

dem deutschen Grundgesetz weitere Fragen über die Konformität vollständiger Leistungsausschlüsse von Unionsbürger*innen. Den Grundstein legte das BSG dabei unmittelbar nach dem Richtungswechsel des EuGH mit einer in Politik, Rechtsprechung und Rechtswissenschaft äußerst umstrittenen Grundsatzentscheidung.²² Denn während es einerseits ergänzend zu den vom EuGH bestätigten Leistungsausschlüssen analog auch Unionsbürger*innen ohne materielles Freizügigkeitsrecht von den Leistungen der Grundsicherung für Arbeitssuchende (SGB II) ausschloss, öffnete es gleichzeitig auf Grundlage des menschenwürdigen Existenzminimums nach Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 1 GG und unter Berücksichtigung einer Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Verfassungskonformität der (reduzierten) Asylbewerber*innenleistungen den Zugang für die nunmehr von SGB II-Leistungen ausgeschlossene Gruppe der nichterwerbstätigen Unionsbürger*innen zu den sozialhilferechtlichen Ermessensleistungen nach dem SGB XII. Denn das menschenwürdige Existenzminimum steht unabhängig von der Staatsangehörigkeit jeder Person zu, die sich in Deutschland aufhält, ohne dass sie erarbeitet werden muss.²³ Damit löst sich die Debatte auf der Verfassungsebene vom Solidaritätsgedanken und legt den Fokus stattdessen auf die Menschenwürde und das vom Gesetzgeber zu gewährleistende Existenzminimum. Dies ist insoweit schlüssig, da die Menschenwürde aus sich heraus besteht, während Solidarität in der Regel dem Verständnis von Zugehörigkeit und Gegenseitigkeit entspringt und damit den Schutz der Menschenwürde schwächen könnte.²⁴

Durch die Berufung auf das menschenwürdige Existenzminimum ist der Handlungsspielraum des Gesetzgebers bei der Versagung von existenzsichernden Sozialleistungen für Unionsbürger*innen eng gefasst und darf vor allem nicht zum Zwecke anderer Ziele, etwa zur Migrationssteuerung, relativiert werden.²⁵ Auch Unionsbürger*innen, die von den Leistungen des SGB II ausgeschlossen sind, kann daher nach § 23 Abs. 1 S. 3 SGB XII im begründeten Einzelfall „im Übrigen“ Sozialhilfe gewährt werden. Das Ermessen der Sozialbehörden reduziert sich dabei auf Null, wenn der

22 Farahat, in: *Eigmüller/Tietze*, Ungleichheitskonflikte in Europa, 2019, S. 257.

23 BVerfG, Urt. v. 05.11.2019 – 1 BvL 7/18, BVerfGE 152, 68 Rn. 120; BSG, Urt. v. 03.12.2015 – B 4 AS 44/15 R, BSGE 119, 17 Rn. 57.

24 Schreiber, ARCHIV für Wissenschaft und Praxis der Sozialen Arbeit 2023, 60, 72. Zum variierenden Verständnis von Solidarität s. bspw. Ratzmann et al., Social Policy 2024, 636–650.

25 BVerfG, Urt. v. 18.07.2012 – 1 BvL 10/10, 1 BvL 2/11, BVerfGE 132, 134 Rn. 84; Janda, info also 2020, 103, 104.

Aufenthalt in Deutschland als gefestigt angesehen werden kann, was nach einem sechsmonatigen Aufenthalt anzunehmen ist. Das BSG weicht hier von der Auffassung des EuGH ab, der auf das „abstrakt“ vorliegende Aufenthaltsrecht abstellt, und stützt sich stattdessen auf die Ansicht des BVerfG, das das Aufenthaltsrecht der Unionsbürger*innen bzw. dessen Rechtswidrigkeit formell festgestellt haben möchte. Bleibt die Ausländerbehörde in diesem Zusammenhang untätig, kommt es zur „sozialrechtlichen Einstandspflicht“²⁶ Deutschlands.

2. Die Leistungsausschlüsse von Unionsbürger*innen in der Grundsicherung für Arbeitssuchende/Bürgergeld und der Sozialhilfe

Mit dieser stark kritisierten Entscheidung forderte das BSG den*die Gesetzgeber*in heraus, der*die umgehend mit dem *Gesetz zur Regelung der Ansprüche von Ausländern in der Grundsicherung für Arbeitssuchende und der Sozialhilfe*²⁷ die Leistungsansprüche von Unionsbürger*innen neu regelte und die unliebsame Rechtsprechung „korrigierte“.²⁸

So sind Unionsbürger*innen, die nicht Arbeitnehmer*innen oder Selbstständige sind, nach § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 und 2 SGB II sowohl für die ersten drei Monate des unionsrechtlich zugestandenen bedingungslosen Aufenthalts, als auch darüber hinaus, wenn sie sich ohne Aufenthaltsrecht (a) oder allein zur Arbeitssuche in Deutschland aufhalten (b) von den Leistungen der Grundsicherung für Arbeitssuchende/Bürgergeld ausgeschlossen.²⁹ Einen Anspruch haben nichterwerbstätige Unionsbürger*innen erst, wenn sie sich fünf Jahre gewöhnlich in Deutschland aufhalten, sofern die Ausländerbehörde nicht vorher den Verlust des Freizügigkeitsrechts formal festgestellt hat (§ 7 Abs. 1 S. 4 SGB II). In Anlehnung an die Leistungsausschlüsse des SGB II wurden auch die Leistungen der Sozialhilfe nach dem SGB XII neu geregelt und nahezu identisch in § 23 Abs. 3 SGB XII umgesetzt.

Hilfebedürftige nichterwerbstätige Unionsbürger*innen können vor diesem Hintergrund erst nach fünf Jahren Aufenthalt die regulären existenzsichernden Leistungen erhalten. Davor können lediglich sogenannte Über-

26 Devetzi/Janda, ZESAR 2017, 197, 199.

27 Gesetz zur Regelung der Ansprüche von Ausländern in der Grundsicherung für Arbeitssuchende und der Sozialhilfe v. 22.12.2016, BGBl. I S. 3155.

28 Farahat, in: Eigmüller/Tietze, Ungleichheitskonflikte in Europa, 2019, S. 233, 257.

29 § 7 Abs. 2 Nr. 1 und Nr. 2 lit. a und b SGB II.

brückungsleistungen bis zur Ausreise, längstens jedoch für einen Monat, bezogen werden, selbst wenn kein Ausreisewille seitens der Unionsbürger*innen besteht.³⁰ Die Überbrückungsleistungen umfassen nach § 23 Abs. 3 S. 4 SGB XII Leistungen zur Deckung grundlegender Bedarfe für Ernährung, der Körper- und Gesundheitspflege, der Bedarfe für Unterkunft und Heizung sowie zur Behandlung akuter Erkrankungen und Schmerzzustände, der Versorgung mit Arznei- und Verbandmitteln oder Hilfen bei Schwanger- und Mutterschaft nach § 50 SGB XII. Im Einzelfall können jedoch auch die regulären Leistungen der Hilfe zum Lebensunterhalt und der Krankenhilfe geleistet werden oder Überbrückungsleistungen über den Monat hinaus gezahlt werden, wenn es die Umstände erfordern, etwa bei einer besonderen Härte und zur Deckung der befristeten Bedarfslage (§ 23 Abs. 3 S. 5 SGB XII).

Neben den Überbrückungsleistungen können darüber hinaus auch angemessene Kosten für die Rückreise übernommen werden (§ 23 Abs. 3a SGB XII).

3. Nachrang des deutschen Sozialsystems und die Rückkehrobliegenheit als Eigenverantwortung mittelloser Unionsbürger*innen

Nach der Gesetzesänderung und den Ausführungen des*der Gesetzgebers*in in der Gesetzesbegründung, änderte auch das BSG seine Argumentation in Bezug auf die Verfassungskonformität dieser Leistungsausschlüsse und legte den Fokus nunmehr auf die Selbsthilfe der Unionsbürger*innen durch ihre Rückkehrobliegenheit.³¹

So ergibt sich aus der Verfassung kein voraussetzungsloser Anspruch auf Sozialleistungen, sondern nur dann, wenn es den Betroffenen nicht möglich ist, den eigenen Lebensunterhalt auf andere zumutbare Weise sicherzustellen, etwa durch den Einsatz von Einkommen oder Vermögen.³² Im Bereich des Existenzsicherungsrechts bedeutet dies auch die vorrangige Inanspruchnahme anderer Sozialleistungen, auf die ein Anspruch besteht.

30 BSG, Urt. v. 13.07.2023 – B 8 SO 11/22 R, NZS 2024, 377 Rn. 27.

31 BSG, Urt. v. 29.03.2022 – B 4 AS 2/21 R, BSGE 134, 45; BSG, Urt. v. 13.07.2023 – B 8 SO 11/22 R, NZS 2024, 377 Rn. 27.

32 BVerfG, Urt. v. 07.07.2010 – 1 BvR 2556/09, NJW 2010, 2866 Rn. 17 f.; BVerfG, Urt. v. 05.11.2019 – 1 BvL 7/16, BVerfGE 152, 68 Rn. 17; BSG, Urt. v. 29.04.2015 – B 14 AS 19/14 R, BSGE 119, 17 Rn. 51; BSG, Urt. v. 12.05.2017 – B AY 1/16 R, BSGE 123, 157 Rn. 29.

Dies ergibt sich aus dem Nachrang der SGB II- und der SGB XII-Leistungen (§ 5 SGB II, § 2 SGB XII). Auf diesen Nachranggrundsatz sowie das Prinzip der Eigenverantwortung stützte sich das BSG und folgte dem Leitbild, das dem Gesetzgeber bei der Neuregelung der Leistungsausschlüsse zugrunde lag.³³ So sind Fürsorgeleistungen, zu denen die Leistungen des SGB II und SGB XII gehören, nicht zu leisten, wenn es Betroffenen auf andere zumutbare Weise möglich ist, ihren Lebensunterhalt sicherzustellen.³⁴ Dies umfasst auch die Überwindung der Notlage durch die Rückkehr in den Herkunftsstaat und die dortige Inanspruchnahme von existenzsicheren Leistungen.³⁵ Die Rückkehrerliegenheit mittelloser und hilfebedürftiger Unionsbürger*innen stelle eine „Ausprägung der eigenverantwortlichen Selbsthilfe“³⁶ im Sinne des Existenzsicherungsrechts dar.³⁷ Denn durch die für die EU-Mitgliedsstaaten geltenden menschenrechtlichen und sozialen Mindeststandards ist sichergestellt, dass Unionsbürger*innen im Herkunftsstaat ein ausreichendes Existenzsicherungsminimum zur Verfügung steht und bei Rückkehr keine Grund- oder Menschenrechtsverletzung droht.³⁸ Damit unterscheidet sich die Situation der Unionsbürger*innen etwa von denen der Asylbewerber*innen, denen eine Rückkehr nicht zumutbar ist.³⁹

Durch die in § 23 Abs. 3 S. 5 SGB XII normierte Härtefallregelung stellt der Gesetzgeber nach Ansicht des BSG zudem die Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums für Fälle, in denen eine Rückkehr in den Herkunftsstaat nicht möglich ist, ausreichend sicher.⁴⁰ So können zur Überwindung einer besonderen Härte andere Leistungen erbracht oder

33 BSG, Urt. v. 29.03.2022 – B 4 AS 2/21 R, BSGE 134, 45 Rn. 38; *Masarié*, SRa 2024, 12.

34 BVerfG, Urt. v. 05.11.2019 – I BvL 7/16, BVerfGE 152, 68 Rn. 17; BSG, Urt. v. 12.05.2017 – B AY 1/16 R, BSGE 123, 157 Rn. 29.

35 BSG, Urt. v. 29.03.2022 – B 4 AS 2/21 R, BSGE 134, 45 Rn. 35. AA der für die Sozialhilfe zuständige 4. Senat des LSG Hessen, Beschl. v. 31.10.2022 – L 4 SO 133/22 B ER, BeckRS 2022, 30174 Rn. 17; *Birk*, in: *Bieritz-Harder/Conradis/Palsheim*, SGB XII, 13. Aufl. 2024, § 23 Rn. 47; *Greiser/Kador*, ASR 2013, 4, 10 und *Röhner*, info also 2024, 62, 64.

36 BSG, Urt. v. 29.03.2022 – B 4 AS 2/21 R, BSGE 134, 45 Rn. 38.

37 BT-Drs. 18/10211, S. 14; BSG, Urt. v. 29.03.2022 – B 4 AS 2/21 R, BSGE 134, 45 Rn. 38.

38 Art. 1 GrCh der EU sowie Art. 13 ESC.

39 Durch diese unterschiedliche Ausgangssituation hält das BSG die ursprünglich noch herangezogene Entscheidung des BVerfG v. 09.02.2010 (Az. I BvL 1/09, I BvL 3/09, I BvL 4/09, BVerfGE 125, 175) im Fall von Unionsbürger*innen für nicht (mehr) anwendbar, s. BSG, Urt. v. 29.03.2022 – B 4 AS 2/21 R, BSGE 134, 45 Rn. 49.

40 BSG, Urt. v. 29.03.2022 – B 4 AS 2/21 R, BSGE 134, 45 Rn. 42.

die Überbrückungsleistungen über einen Monat hinaus geleistet werden, soweit dies im Einzelfall und aufgrund besonderer Umstände erforderlich ist. Bei der „besonderen Härte“ handelt es sich dabei um einen unbestimmten Rechtsbegriff, der verfassungskonform und weit auszulegen ist.⁴¹ Ein solcher Härtefall ist grundsätzlich dann anzunehmen, wenn das Existenzminimum ohne die beanspruchte Leistung nicht gedeckt ist. Das ist insbesondere dann gegeben, wenn die Ausreise der Unionsbürger*innen nicht mangels Ausreisewillen unterbleibt, sondern beispielsweise wegen einer gesundheitsbedingten Unmöglichkeit der Rückkehr in den Herkunftsstaat.⁴² Es ist demnach sichergestellt, dass es zu keinem vollständigen Leistungsausschluss kommt, der nicht mit dem Recht auf ein menschenwürdiges Existenzminimum vereinbar wäre.⁴³

Mit seiner Entscheidung hat das BSG die Ansichten vieler Landessozialgerichte übernommen, die nach der Gesetzesänderung die Leistungsausschlüsse ebenfalls als verfassungskonform ansahen.⁴⁴ Gleichwohl gibt es weiterhin Zweifel an der Verfassungskonformität der Leistungsausschlüsse in der Rechtswissenschaft sowie vereinzelt in der Rechtsprechung, insbesondere mit Blick auf die verfassungskonforme Anwendung der Leistungsausschlüsse in der Verwaltungspraxis.⁴⁵

41 BVerfG, Urt. v. 18.07.2012 – I BvL 10/10, 2/11, BVerfGE 132, 134 Rn. 47.

42 LSG NRW, Beschl. v. 30.11.2022 – L 12 SO 327/22 B ER, NZS 2023, 548 Rn. 71; *Masarié*, SRa 2024, 12, 14; *Krauß*, in: *Knickrehm/Roßbach/Waltermann*, Kommentar zum Sozialrecht, 8. Aufl. 2023, SGB XII § 23 Rn. 18.

43 LSG NRW, Beschl. v. 30.11.2022 – L 12 SO 327/22 B ER, NZS 2023, 548 Rn. 12.

44 U.a. LSG Bayern, Urt. v. 24.04.2017 – L 8 SO 77/17 B ER, juris Rn. 39; LSG Hessen, Urt. v. 27.03.2019 – L 7 AS 7/19, juris Rn. 5 ff.; LSG Sachsen-Anhalt v. 04.07.2019 B ER, juris Rn. 43.

45 Bereits vor der Grundsatzentscheidung des BSG wurde die Verfassungskonformität der (vollständigen) Leistungsausschlüsse angezweifelt, s. u.a. LSG Nordrhein-Westfalen, Urt. v. 28.01.2018 – L 7 AS 2299/17 B, juris Rn. 14 f.; LSG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 28.01.2019 – L 18 AS 141/19 B ER, juris Rn. 5; *Devetzi/Janda*, ZESAR 2017, 197, 199 ff.; *Schreiber*, SR 2018, 181 ff. Die Kritik wurde vom BSG zwar zur Kenntnis genommen, jedoch nicht bestätigt, s. BSG, Urt. v. 29.03.2022 – B 4 AS 2/21 R, BSGE 134, 45 Rn. 35. Gleichwohl bleiben die bereits dort genannten Punkte auch in der aktuellen Kritik bestehen, so etwa LSG Hessen, Beschl. v. 31.10.2022 – L 4 SO 133/22 B ER, BeckRS 2022, 30174; *Greiser/Kador*, ASR 2013, 4, 10; *Röhner*, info also 2024, 62, 64; *Seidl*, NZS 2024, 626, 630.

*III. Die Anwendung der Leistungsausschlüsse in der Verwaltungspraxis und ihre Auswirkungen am Beispiel obdachloser Unionsbürger*innen*

Grundsätzlich kann der Ansicht des BSG gefolgt werden, dass es Unionsbürger*innen möglich ist, in den Herkunftsstaat zurückzukehren und sich mithilfe der dortigen sozialen Unterstützungssysteme aus ihrer Notlage zu befreien. Trotzdem muss im Einzelfall geprüft werden, ob eine Rückkehr möglich ist und tatsächlich den bestehenden Hilfebedarf decken kann. In der Praxis zeichnet sich jedoch seit der Neuregelung der Leistungsausschlüsse eine „Zunahme absoluter Verarmung oder Verehelichung bei einer wachsenden Zahl von Unionsbürgern ab, die keinen (...) Zugang zu Hilfen in Wohnungsnotfällen haben (...)\“^{46,47} Denn auch wenn Obdachlosigkeit eine „besondere Härte“ darstellen und damit unter die Härtefallregelung des § 23 Abs. 3 S. 5 SGB XII fallen kann, führen variierende Verwaltungspraktiken, die die Rückkehrschancen bei Obdachlosigkeit als vorrangig zu nutzende Selbsthilfe qualifizieren, zu einer weiteren Verschlechterung der Lebenssituation hilfebedürftiger Unionsbürger*innen sowie einer Ausstrahlung der Leistungsausschlüsse auf weitere Rechtsgebiete, wie die Ordnungs- und Polizeigesetze der Bundesländer.⁴⁸

1. Obdachlosigkeit und kommunale Unterbringung

a) Die „Unfreiwilligkeit“ der Obdachlosigkeit

Die Gründe für Obdachlosigkeit sind vielfältig und betreffen nicht allein Unionsbürger*innen, sondern unabhängig von der Nationalität viele Personen, die aufgrund vielfältiger Probleme in diese vulnerable Situation ge-

46 BAG Wohnungslosenhilfe, Hilfen für BürgerInnen aus anderen EU-Mitgliedsstaaten in Wohnungsnot und sozialen Schwierigkeiten. Grundsatzpositionen, 2019, S. 1f.

47 Cyrus/Kovacheva, in: Ataç et al., Lokale Antworten auf aufenthaltsrechtliche Prekarität: Zugänge zu Gesundheitsversorgung, Unterbringung und Bildung, 2023, S. 147, 151; Schreiber, ARCHIV für Wissenschaft und Praxis der Sozialen Arbeit 2023, 60, 62 f.

48 Engelmann, ARCHIV für Wissenschaft und Praxis der Sozialen Arbeit 2023, 48, 49; Haj Ahmad, ARCHIV für Wissenschaft und Praxis der Sozialen Arbeit 2023, 40, 41 f.

langt sind.⁴⁹ Ein pauschaler Verweis auf fehlende Sozialleistungsansprüche von Unionsbürger*innen als Ursache für Obdachlosigkeit würde demnach zu kurz greifen. Gleichwohl kann die Verweigerung von Sozialleistungen, ob rechtlich begründet oder fehlerhaft entschieden, unter anderem auch zu einer Verschlechterung der Situation von Unionsbürger*innen bis hin zu Obdachlosigkeit führen.⁵⁰ Ist diese Obdachlosigkeit unfreiwillig, bestehen verschiedene Ansprüche zur Überwindung dieser Lage, beispielsweise durch eine kommunale Unterbringung.

Eine „Unfreiwilligkeit“ bei Obdachlosigkeit liegt nach bisheriger Rechtsprechung dann vor, wenn die betroffene Person „nicht Tag und Nacht über eine Unterkunft verfügt, die Schutz vor den Unbilden des Wetters bietet, Raum für die notwendigsten Lebensbedürfnisse lässt und insgesamt den Anforderungen an eine menschenwürdige Unterkunft entspricht“⁵¹ sowie nicht mit eigener Kraft oder Mitteln etwas an dieser Situation geändert werden kann.⁵² Wie *Ruder* ausführt ist in subjektiver Hinsicht eine unfreiwillige Obdachlosigkeit gegeben, wenn der objektiv betrachtete Zustand der Person nicht mehr auf Freiwilligkeit oder einen selbstbestimmten Willensentschluss schließen lässt.⁵³

In Bezug auf obdachlose Unionsbürger*innen stellt sich hier regelmäßig die Frage, ob die Obdachlosigkeit tatsächlich unfreiwillig ist, wenn theoretisch eine Rückkehrholiegenheit als vorrangige Selbsthilfe besteht. So gilt auch im Bereich der Unterbringungsansprüche, sowohl im Sozialrecht, als auch ordnungsrechtlicher Natur, das Prinzip der Selbsthilfe, die vorrangig zur Beschaffung einer Unterkunft zu nutzen ist. Maßgeblich ist dabei, dass es den Betroffenen zumutbar ist durch den Einsatz eigener Mittel die Not-

49 Knörle et al., Bundesgesundheitsblatt 6/2022, S. 677, 679; Sartorius/Weth/Kirsch, Teilhabe statt Ausgrenzung: Wie kommen Menschen in prekären Wohn- und Lebenslagen zu Recht?, 2025, S. 9.

50 Engelmann, ARCHIV für Wissenschaft und Praxis der Sozialen Arbeit 2023, 48, 49; Schirmer, in: Borstel et al., Handbuch Wohnungs- und Obdachlosigkeit, 2025, S. 6; Tiefbier-Marenda, ARCHIV für Wissenschaft und Praxis der Sozialen Arbeit 2023, 16, 22.

51 VGH BW, Beschl. v. 27.11.2019 – 1 S 2192/19, juris Rn. 9.

52 VG Freiburg, Beschl. v. 16.02.2017 – 6 K 58/17, Orientierungssatz; Ruder, KommJur 2020, 401, 403; Schirmer, in: Borstel et al., Handbuch Wohnungs- und Obdachlosigkeit, 2025, S. 6.

53 Ruder, KommJur 2020, 401, 403.

lage zu beenden.⁵⁴ Existiert beispielsweise Wohnraum im Herkunftsstaat, der genutzt werden könnte, wäre dieser vorrangig vor der Unterbringung in einer Notunterkunft in Deutschland, sofern die Unionsbürger*innen reisefähig sind. Ein pauschaler Ausschluss von der kommunalen Unterbringung mit alleinigem Verweis auf eine Rückkehrobliegenheit ist jedoch auch im Bereich der (ordnungsrechtlichen) kommunalen Unterbringung nicht zulässig.⁵⁵ Auch darf nicht allein wegen mangelnder Ausreise von einer Unfreiwilligkeit der Obdachlosigkeit bei Unionsbürger*innen ausgegangen werden, da es auf die Ursachen der Obdachlosigkeit oder das Verschulden der obdachlosen Person nicht ankommt.⁵⁶

b) Sozial- und ordnungsrechtliche Unterbringungsansprüche

Obdachlosigkeit kann grundsätzlich in zwei Bereichen der kommunalen Unterbringung relevant sein. Einerseits als „besondere Lebenslage aufgrund sozialer Schwierigkeiten“ im Sinne des § 67 SGB XII sowie andererseits als „Gefährdung der öffentlichen Sicherheit“ bzw. „Gefahr für Leib und Leben“ nach den Ordnungs- und Polizeirechten der Bundesländer.⁵⁷

Sozialrechtliche Ansprüche ergeben sich dabei aus § 68 SGB XII, wonach Personen, bei denen aufgrund sozialer Schwierigkeiten eine besondere Lebenslage vorliegt, Leistungen erbracht werden können, „die notwendig sind, um die Schwierigkeiten abzuwenden, zu beseitigen, zu mildern oder ihre Verschlimmerung zu verhüten“⁵⁸. Dazu zählen unter anderem Maßnahmen zum Erhalt einer Wohnung, wie die Übernahme rückständiger oder aktueller Mietkosten, um eine drohende Obdachlosigkeit zu vermeiden. Ist diese bereits eingetreten, sind Betroffene dagegen bei der Beschaffung einer Wohnung zu unterstützen oder ggf. communal unterzubringen. Diese Leistungen der Sozialhilfe sind nicht an die Staatsangehörigkeit gebunden, sondern knüpfen an den tatsächlichen Aufenthalt an.⁵⁹ Allerdings sind Unionsbürger*innen nach § 23 SGB XII grundsätzlich von Leistungen

54 BSG, Urt. v. 29.03.2022 – B 4 AS 2/21 R, BSGE 134, 45 Rn. 37 f.; BSG, Urt. v. 13.07.2023 – B 8 SO 11/22 R, NZS 2024 Rn. 27; OVG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 11.12.2019 – OVG 1 S 101/19, NJW 2020, 1087 Rn. 6.

55 OVG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 11.12.2019 – OVG 1 S 101/19, NJW 2020, 1087 Rn. 6.

56 VHG Baden-Württemberg, Beschl. v. 05.03.1996 – 1 S 470/96, NVwZ-RR 1996, 439, Rn. 3; *Ruder*, KommJur 2020, 401, 403.

57 Exemplarisch §§ 1, 71 ff. HSOG, GVBl. 2005 I S. 14.

58 *Kanalan*, ZESAR 2024, 61, 64.

59 *Kanalan*, ZESAR 2024, 61, 64.

der Sozialhilfe ausgeschlossen, sofern sie sich nicht als Erwerbstätige in Deutschland aufhalten. Dieser Ausschluss bezieht sich unter Berücksichtigung von Härtefällen auf die Hilfen zum Lebensunterhalt, die Krankenhilfe sowie auf „übige Leistungen“, die nach dem SGB XII zu leisten sind. Sofern kein Härtefall vorliegt, betrifft der Leistungsausschluss demnach ebenfalls die Leistungen zur Überwindung besonderer Schwierigkeiten.⁶⁰ Allerdings könnte im Falle von Obdachlosigkeit durchaus von einem Härtefall ausgegangen werden, der wiederum im Anwendungsbereich des SGB XII einen Anspruch auf die verlängerte Gewährung von Überbrückungsleistungen und damit verbunden auf „die übrigen“ Leistungen zur Überwindung der Notlage nach § 67 SGB XII begründen kann.

Genügen entsprechende Leistungen nicht oder werden von Obdachlosen wegen fehlender Kenntnisse über ihre sozialen Rechte nicht in Anspruch genommen, sind die Ordnungsbehörden verpflichtet, bei einer akuten Notlage, die eine Gefahr für Leib und Leben der Obdachlosen darstellt, diese umgehend zu beseitigen, beispielsweise durch die Unterbringung in einer Notunterkunft.⁶¹ Im Anschluss können entsprechende weitergehende Unterstützungsleistungen im Rahmen des SGB XII geprüft werden. Es ist demnach im Lichte der Sicherstellung eines menschenwürdigen Existenzminimums von einer sich ergänzenden Verbindung der beiden Unterbringungsansprüche auszugehen.⁶² Es dürfen jedenfalls keine ordnungsrechtlichen Unterbringungsansprüche mit Verweis auf einen Sozialhilfeanspruch verweigert werden.⁶³ Die staatliche Schutzwicht dieser akuten Gefährdung elementarer Grundrechte führt dazu, dass Behörden hier keinerlei Ermessen haben, sondern zumindest eine notdürftige Unterbringung zu erfolgen hat.⁶⁴

60 AA Kanalan, ZEAR 2024, 61, 65.

61 Engelmann, ARCHIV für Wissenschaft und Praxis der Sozialen Arbeit 2023, 48, 49.

62 Kaiser, in: Rolfs/Giesen/Meffling/Udsching, BeckOK-SozR, 76. Ed. 2025, SGB XII § 67 Rn. 7 unter Berufung auf Luthe, in: Hauck/Noftz, SGB XII, 4. EL 2025, § 67 Rn. 28.

63 Von einem parallel bestehenden Anspruch nach dem SGB XII und den Polizei- und Ordnungsgesetzen gehen dagegen u.a. der VGH Baden-Württemberg, Beschl. v. 27.11.2019 – 1 S 2192/19, NJW 2020, 1088 Rn. 25; Kanalan, ZESAR 2024, 61, 65 aus.

64 Nach Ruder stellt dies die herrschende Meinung dar, siehe Ruder, NVwZ 2012, 1283.

2. Variierende Verwaltungspraktiken beim Umgang mit obdachlosen Unionsbürger*innen

Aufgrund der zuvor genannten Unterbringungsansprüche, einerseits innerhalb des Sozialrechts, andererseits nach dem Ordnungsrecht, verwundert nicht, dass sich keine einheitliche Verwaltungspraxis beim Umgang mit obdachlosen Unionsbürger*innen zeigt. Insbesondere die intransparente Zuständigkeit von Sozial- und Ordnungsbehörden bei der kommunalen Unterbringung sorgt mangels niedrigschwelligen Zugangs für Hürden bei der Inanspruchnahme von Unterstützungsangeboten durch die hilfebedürftigen und obdachlosen Unionsbürger*innen.⁶⁵

Statt über Leistungsansprüche werden Unionsbürger*innen in einigen Kommunen primär über ihre Rückkehrmöglichkeiten in den Herkunftsstaat und die finanzielle Unterstützung bei der Rückreise beraten. Unterbleibt die (finanziell unterstützte) Ausreise, wird durch die pauschale Verweigerung von Unterbringungsansprüchen quasi die Unfreiwilligkeit der Obdachlosigkeit von Seiten der zuständigen Behörde aberkannt, wodurch auch der Unterbringungsanspruch erlischt.⁶⁶ Andere Kommunen verknüpfen dagegen die Unterbringung an bestehende Sozialleistungsansprüche, so dass eine Unterbringung von obdachlosen Unionsbürger*innen bei bereits festgestelltem Leistungsausschluss unterbleibt oder vorerst eine befristete Unterbringung erfolgt, bis etwaige Sozialleistungsansprüche geklärt sind. Fallen die vorläufig untergebrachten Unionsbürger*innen dann unter den Leistungsausschluss wird die Unterbringung mangels Unterbringungsanspruch beendet.⁶⁷ Die Rückkehrobligieheit dient somit als Hilfsmittel der Behörden, sich aus der Verantwortung zu ziehen, obwohl sich auch aus der Grundsatzentscheidung des BSG kein Vorrang der Rückkehrobligieheit vor der Härtefallregelung erkennen lässt. Eine entsprechende Praxis ohne Prüfung von Härtefällen oder Hindernissen für eine Rückkehr in den Herkunftsstaat ist damit auch nach der aktuellen Rechtslage und höchstrichterlichen Rechtsprechung nicht verfassungskonform.⁶⁸

⁶⁵ Haj Ahmad, Von Ein- und Ausschlüssen in Europa: Eine ethnographische Studie zu EU-Migration und Wohnungslosigkeit in Deutschland, 2022, S. 64; Schirmer, in: Borstel et al., Handbuch Wohnungs- und Obdachlosigkeit, 2025, S. 6.

⁶⁶ Diese Aberkennung der Obdachlosigkeit ist aber nicht zulässig, s. VHG Baden-Württemberg, Beschl. v. 05.03.1996 – I S 470/96, NVW-Z-RR 1996, 439 Rn. 3.

⁶⁷ Schirmer, in: Borstel et al., Handbuch Wohnungs- und Obdachlosigkeit, 2025, S. 6.

⁶⁸ SG Berlin, Beschl. v. 29.12.2021 – S 4 AS 7290/21 ER, juris.

Auch in Bezug auf die ordnungsrechtliche Unterbringung zeigen sich Tendenzen, obdachlose Unionsbürger*innen mit Verweis auf die bestehende Möglichkeit einer Rückkehr in den Herkunftsstaat als vorrangige Selbsthilfe von der Unterbringung in Notunterkünften auszuschließen. Insbesondere dann, wenn ein sozialrechtlicher Leistungsausschluss besteht.⁶⁹ Zwar gilt auch im Ordnungsrecht vorrangig das Selbsthilfeprinzip, wonach eine obdachlose Personen nicht unterzubringen ist, wenn sie sich selbst aus ihrer Notlage befreien kann, maßgebliches Kriterium ist aber auch hier die „Zumutbarkeit“ der Selbsthilfe. Eine pauschale Verweigerung der Unterbringung in eine Notunterkunft mit Verweis auf die Rückkehrobliegenheit ist somit unzulässig.⁷⁰

Während grundsätzlich davon ausgegangen werden kann, dass Sozialleistungen in Form von Geldleistungen im Herkunftsstaat zur Verfügung stehen, gilt dies darüber hinaus nur sehr eingeschränkt für Wohnraum oder Notunterkünfte. Die zuständigen Behörden, sowohl diejenigen für die sozialrechtliche, als auch die für die ordnungsrechtliche Unterbringung, müssten bei einem Verweis auf die Rückkehrobliegenheit demnach zunächst prüfen, ob die bestehende Notlage – nämlich die fehlende Unterkunft – überhaupt durch eine Rückkehr in den Herkunftsstaat beseitigt werden kann und die Obdachlosigkeit nicht lediglich auf das Territorium eines anderen Staates verschoben wird.⁷¹ Vor dem Hintergrund einer nicht in allen EU-Mitgliedsstaaten vorhandenen flächendeckenden Obdachlosenhilfe dürfte in einigen Fällen der Nachrang der deutschen Unterstützungsleistungen bei Obdachlosigkeit nicht gegeben sein.⁷²

3. Das Spannungsverhältnis von Rückkehrobliegenheit und Gegenwärtigkeitsprinzip

Vor dem Hintergrund der sich in der Praxis zeigenden Ausschlüsse obdachloser Unionsbürger*innen, sowohl vom sozial- als auch vom ordnungsrechtlichen Unterbringungsanspruch bei gleichzeitigem Verbleib in Deutschland, stellt sich die Frage, ob die Verweigerung jeglicher Hilfe

⁶⁹ Engelmann, ARCHIV für Wissenschaft und Praxis der Sozialen Arbeit 2023, 48, 49.

⁷⁰ OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 11.12.2019 – OVG 1 S 101/19, NJW 2020, 1087 Rn. 6.

⁷¹ Analoge abgeleitet von Geiger, SGb 2023, 56, 64.

⁷² European Observatory on Homelessness, Homelessness Services in Europe, 2018, S. 18, 25, 27, 30.

aufgrund einer potenziellen Rückkehrobliegenheit tatsächlich verfassungskonform ist; insbesondere mit Blick auf das vom BVerfG im Existenzsicherungsrecht entwickelte Gegenwärtigkeitsprinzip.

Grundsätzlich verpflichtet das verfassungsrechtliche Gebot der Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums aus Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 1 GG den Gesetzgeber, unabhängig von der Staatsangehörigkeit einer Person, sowohl deren physische (Unterkunft, Nahrung, Kleidung etc.) als auch sozio-kulturelle Existenz, das heißt die Teilhabe am gesellschaftlichen Leben, sicherzustellen.⁷³ Es besteht jedoch ein Gestaltungsspielraum in Bezug auf Art und Höhe der jeweiligen Leistungen, so dass diese an den tatsächlichen Bedarf angepasst werden können. Eingeschränkte Leistungen zur Existenzsicherung für eine bestimmte Personengruppe, wie in diesem Fall für Unionsbürger*innen, ist jedoch nur dann möglich, wenn für diese ein anderer Bedarf besteht als für Personen in derselben Situation.⁷⁴ Die unterschiedlichen Bedarfe müssen dabei mit validen Daten begründet werden. Migrationspolitische Ziele rechtfertigen eine unterschiedliche Behandlung dagegen nicht.⁷⁵

Sowohl der Gesetzgeber als auch das BSG gehen von einer solchen ungleichen Bedarfslage zwischen Unionsbürger*innen und anderen Hilfebedürftigen aus, welche die Einschränkungen der Leistungen zur Existenzsicherung rechtfertige.⁷⁶ Grundsätzlich ist diese Annahme vorstellbar, da es Unionsbürger*innen, anders als etwa Asylbewerber*innen, durchaus zumutbar ist, bei einer Hilfebedürftigkeit in den Herkunftsstaat zurückzukehren und dort Sozialleistungsansprüche geltend zu machen. Dies ändert jedoch nichts an dem, in diesem Moment bestehenden, Bedarf während des Aufenthalts in Deutschland, da die Gewährung der Sozialleistungen des Herkunftsstaats in der Regel an dessen Hoheitsgebiet gebunden sein dürfen und demnach nicht von den Unionsbürger*innen zur Bedarfsdeckung in Deutschland herangezogen werden können. Somit besteht bei Unionsbürger*innen während des tatsächlichen Aufenthalts kein anderer

⁷³ BVerfG, Urt. v. 09.02.2010 – 1 BvL 1/09, 1 BvL 3/09, 1 BvL 4/09, BVerfGE 125, 175 Rn. 34; BVerfG, Urt. v. 18.07.2012 – 1 BvL 10/10, BVerfGE 132, 134 Rn. 47; *Devetzi/Janda*, ZESAR 2017, 197, 200.

⁷⁴ Dies ergibt sich aus dem Gleichheitsgrundsatz des Art. 3 GG, der den Gestaltungsspielraum des GG bei der Gewährleistung des menschenwürdigen Existenzminimums einschränkt.

⁷⁵ BVerfG, Urt. v. 18.07.2012 – 1 BvL 10/10, BVerfGE 132, 134 Rn. 90, 95.

⁷⁶ BT-Drs. 18/102II, S. 14; BSG, Urt. v. 29.03.2022 – B 4 AS 2/21 R, BSGE 134, 45 Rn. 38.

Bedarf als bei anderen, sich in einer Notlage befindlichen Personen.⁷⁷ Die existenzsichernden Leistungen sind demnach an dem Ort und in dem Moment zu erbringen, an dem der Bedarf entsteht.⁷⁸

Ein vollständiger Leistungsausschluss mit Verweis auf die Rückkehrobligiegenheit würde vor diesem Hintergrund dem Gegenwärtigkeitsgrundsatz widersprechen, wonach das Existenzminimum „in jedem Fall und zu jeder Zeit sichergestellt werden muss“^{79, 80} Die hypothetische Möglichkeit der Inanspruchnahme von Sozialleistungen oder Unterbringungsansprüchen bei Obdachlosigkeit im Ausland überlagert nicht die gegenwärtige Bedürftigkeit der Unionsbürger*innen, insbesondere dann nicht, wenn von Seiten der zuständigen Behörden keine Überprüfung erfolgt, ob die Notlage im Herkunftsstaat überhaupt beseitigt werden kann.⁸¹ Es reicht somit allein der tatsächliche Aufenthalt in Deutschland aus, um im Falle einer Notlage einen Leistungsanspruch auf Grundlage des verfassungsrechtlichen Gebots eines menschenwürdigen Existenzminimums zu begründen.⁸² Dies ergibt sich nicht nur aus der verfassungsrechtlichen Menschenwürde, sondern auch aus dem – vom BSG herangezogenen – sozialen Recht nach Art. 13 ESC, der nicht nur den Herkunftsstaat der Unionsbürger*innen zur Sicherstellung eines Existenzminimums verpflichtet, sondern auch Deutschland als Aufnahmestaat.⁸³

Gleichwohl ergibt sich aus dem Gegenwärtigkeitsprinzip kein dauerhafter Leistungsanspruch.⁸⁴ Es können demnach immer nur Leistungen für eine befristete Notlage gewährt werden, die zu deren Überwindung dienen. Im Falle von Obdachlosigkeit etwa zur Beschaffung einer (dauerhaften) Unterkunft. Behörden können darüber hinaus durchaus die Möglichkeit einer Rückkehr der Unionsbürger*innen prüfen. Ist eine solche nicht mög-

77 LSG Hessen, Beschl. v. 31.10.2022 – L 4 SO 133/22 B ER, BeckRS 2022, 30174 Rn. 17; Geiger, SGb 2023, 56, 64.

78 Devetzi/Janda, ZESAR 2017, 197, 201.

79 BVerfG, Beschl. v. 18.07.2012 – BvL 10/10, BVerfGE 132, 134 Rn. 94.

80 Geiger, SGb 2023, 56, 64.

81 LSG Hessen, Beschl. v. 31.10.2022 – L 4 SO 133/22 B ER, BeckRS 2022, 30174 Rn. 18; Geiger, SGb 2023, 56, 64.

82 BSG, Urt. v. 20.01.2016 – B 14 AS 35/15 R, NZS 2016, 552 Rn. 42.

83 BSG, Urt. v. 20.01.2016 – B 14 AS 35/15 R, NZS 2016, 552 Rn. 42; LSG Hessen, Urt. v. 01.07.2022 – L 4 SO 120/18, BeckRS 2020, 18519 Rn. 22 (unter Berufung auf die GRCh statt der ESC); Devetzi/Janda, ZESAR 2017, 197 (Fn. 37).

84 BSG, Urt. v. 29.09.2009 – B 8 SO 16/08 R, BSGE 104, 213 Rn. 14; Dauber, in: Merger/Zink, Handbuch der Grundsicherung und der Sozialhilfe. Teil II: SGB XII, 2024, Rn. 45.

lich, sind die notwendigen Leistungen zur Sicherstellung des Existenzminimums zu gewähren, bis das Ausreisehindernis wegfällt.⁸⁵ Ist den Unionsbürger*innen eine Rückkehr in den Herkunftsstaat grundsätzlich zumutbar, können existenzsichernde Leistungen jedoch nicht ohne formale Ausreisepflicht verweigert werden. Denn entgegen der Annahme des BSG kann keine „sozialrechtliche Ausreiseobliegenheit ohne gegenüberstehende aufenthaltsrechtliche Pflicht“⁸⁶ bestehen. Möchte der Gesetzgeber sich aus der sozialen Verantwortung ziehen, muss er Vollzugsdefizite der Ausländerbehörden mit Blick auf die Prüfung der Freizügigkeitsrechte von Unionsbürger*innen zunächst beseitigen.⁸⁷

IV. Fazit

Auch wenn die Debatte um die Leistungsausschlüsse von Unionsbürger*innen im Existenzsicherungsrecht zumindest in der rechtswissenschaftlichen Literatur noch nicht beendet wurde, konzentriert sich der überwiegende Teil der Kritik mittlerweile auf die Verfassungsebene und den vom BSG konstruierten Nachranggrundsatz des deutschen Sozialsystems. Prinzipiell erscheint es schlüssig, dass Unionsbürger*innen, die nicht mehr über ausreichende finanzielle Mittel zur Lebensunterhaltssicherung verfügen, wieder in ihren Herkunftsstaat zurückkehren. Denn anders als erwerbstätige Angehörige eines EU-Mitgliedsstaates haben nichterwerbstätige Unionsbürger*innen nur ein bedingtes Freizügigkeitsrecht, so dass ihnen bei Mitellosigkeit eine Rückkehr durchaus zumutbar ist, sofern sie noch oder überhaupt Verbindungen in diesen Staat haben. Während des tatsächlichen Aufenthalts in Deutschland besteht wiederum kein Anspruch auf die vorrangig in Anspruch zu nehmenden ausländischen Leistungen, so dass bestehende Bedarfe der Unionsbürger*innen in diesem Moment ungedeckt bleiben und Leistungsverweigerungen zu einer Verletzung des Grundrechts auf Gewährleistung des menschenwürdigen Existenzminimums führen können.⁸⁸

Die aktuelle Ausgestaltung der Leistungsausschlüsse mit der Zentrierung auf die Rückkehrobliegenheit als Eigenverantwortung hilfebedürftiger Uni-

85 Masarié, SRa 2024, 12.

86 Wallrabenstein, JZ 2016, 108, 115.

87 Devetzi/Janda, ZESAR 2017, 197, 202.

88 LSG Hessen, Beschl. v. 31.10.2022 – L 4 SO 133/22 B ER, BeckRS 2022, 30174 Rn. 24; Devetzi/Janda, ZESAR 2017, 197, 203.

onsbürger*innen ist nicht nur aus juristischer Sicht kritisch zu sehen, sondern führt auch zu verfassungsrechtlich fragwürdigen Verwaltungspraktiken in einigen Teilen Deutschlands.⁸⁹ Leidtragende sind hier in der Regel Personen, die sich bereits aufgrund multipler Probleme, wie etwa Krankheit oder Obdachlosigkeit, in äußerst prekären Lebensverhältnissen befinden. Erfolgt keine Ausreise dieser Personengruppe, zu der nicht nur Unionsbürger*innen, sondern beispielsweise auch abgelehnte Asylbewerber*innen gehören können, wird in einigen Kommunen von einer Freiwilligkeit der Obdachlosigkeit ausgegangen. In der Konsequenz werden entsprechende Unterstützungsangebote bei der Beschaffung von Wohnraum oder anderer notwendiger Hilfen versagt. Dies geschieht sogar dann, wenn die Unterstützungsangebote ordnungsrechtlicher Natur sind und eigentlich nicht unter die Leistungsausschlüsse des Existenzsicherungsrechts fallen.⁹⁰ Eine solche „Politik des Aushungerns“⁹¹ sollte nicht Leitbild der deutschen Migrationspolitik werden. Denn auch wenn grundsätzlich für die meisten Unionsbürger*innen eine Rückkehr in den Herkunftsstaat zumutbar wäre, verlangt das Grundgesetz die Deckung bestehender Bedarf während eines tatsächlichen Aufenthalts – selbst bei zumutbarer Rückkehrmöglichkeit.

89 Haj Ahmad, Von Ein- und Ausschlüssen in Europa: Eine ethnographische Studie zu EU-Migration und Wohnungslosigkeit in Deutschland, 2022, S. 64; Engelmann, ARCHIV für Wissenschaft und Praxis der Sozialen Arbeit 2023, 48, 49.

90 Engelmann, ARCHIV für Wissenschaft und Praxis der Sozialen Arbeit 2023, 48, 49.

91 Aus dem Englischen übersetztes Zitat, Gines-Martin, RDCE 2021, 653, 668.

