

# AUFSÄTZE

Daniela Schweigler

## „... wenn Gewinn aus Sozialkassen winkt“

### Die EuGH-Rechtsprechung zu Leistungsausschlüssen in der Grundsicherung und ihre Rezeption

Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zum Sozialrecht ist oft unspektakulär – „*business as usual*“.<sup>1</sup> Auch Entscheidungen mit Auswirkungen für eine Vielzahl von Menschen<sup>2</sup> werden über den – überschaubaren – Kreis der mit europäischem Sozialrecht Befassten hinaus wenig rezipiert. Manchen Entscheidungen allerdings ergeht es genau gegenteilig: Zu ihnen hat fast jede\*r eine Meinung. So ist es bei den vier hier behandelten Urteilen des Gerichtshofs aus den Jahren 2014 bis 2020, die sowohl für die sozialrechtliche Praxis als auch für die Konzeption der Unionsbürgerschaft enorme Bedeutung entfaltet haben und noch entfalten, wie ihre umfangreiche Rezeption in Rechtswissenschaft und Sozialrechtspraxis, aber auch darüber hinaus, eindrucksvoll belegt.

Dabei gehört es zu den Eigentümlichkeiten der behandelten Materie, dass die Diskursbeiträge nahezu unentrinnbar in einer sozial-, migrations- und europapolitischen Matrix positioniert sind, ob die Verfasser\*innen es wollen oder nicht. So wird es auch diesem Beitrag ergehen. Ebenso gehört es zu den Diskursritualen in der – vor allem deutschen – Rechtswissenschaft, diese Position möglichst nicht explizit zu machen, sondern einen objektiven und formalen Standpunkt zu beanspruchen und vor allem dogmatisch zu argumentieren.<sup>3</sup> Wir werden darauf zurückkommen.

#### I. *Dano* – *Alimanovic* – *García-Nieto*: Worum ging es?

In den Entscheidungen *Dano*, *Alimanovic* und *García-Nieto* hatte der Europäische Gerichtshof in kurzer Zeit drei Vorabentscheidungsersuchen aus der deutschen Sozialgerichtsbarkeit zu beantworten (Entscheidungen vom 11.11.2014, 15.9.2015 und 25.2.2016).

- 1 Vgl. Maximilian Fuchs, NZS-Jahresrevue 2019: Die Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union zum Sozialrecht, NZS 2020, 161 (161).
- 2 Vgl. etwa EuGH, U. v. 5.3.1998 – Rs. C-160/96 (*Molenaar*) zur Exportierbarkeit des Pflegegelds aus der sozialen Pflegeversicherung, dem eine Bedeutung für zigtausende Grenzgänger\*innen und Wanderarbeitnehmer\*innen zugemessen wurde, vgl. näher Barbara Schneider, Die Koordinierung der Leistungen der sozialen Pflegeversicherung in der Europäischen Union, 2003, 34 ff.
- 3 Vgl. dazu auch Daniela Schweigler, Leitbilder im Recht: Grenzen der Ordnung – Chancen der Unordnung, ARSP 104 (2018), 362 (378) m.N.

DOI: 10.5771/0023-4834-2021-3-335

In den Ausgangsverfahren ging es stets um dieselbe Norm: § 7 Abs. 1 Satz 2 SGB II, der den Ausschluss von Unionsbürger\*innen von den Leistungen der Grundsicherung für Arbeitsuchende regelt.

In der Rechtssache *Dano*<sup>4</sup> ging es um eine junge Frau und ihren im Streitzeitraum zweieinhalbjährigen, in Deutschland geborenen Sohn, beide rumänische Staatsangehörige. Beide hielten sich seit mehr als drei Monaten in Deutschland auf und lebten in Leipzig in der Wohnung von Frau Danos Schwester, die sie mit Naturalien versorgte. Für den Sohn wurden von deutschen Behörden Kindergeld und Unterhaltsvorschuss geleistet. Eine Arbeit suchte die Klägerin Frau Dano, die über keine formale Ausbildung verfügte, nicht. Mangels ausreichender Existenzmittel – so jedenfalls die Prämisse der Vorlage<sup>5</sup> – bestand kein materielles Aufenthaltsrecht nach Art. 7 Abs. 1 RL 2004/38.

Die Rechtssache *Alimanovic*<sup>6</sup> handelte von einer Familie mit schwedischer Staatsangehörigkeit. Die Mutter war in Bosnien, ihre drei Kinder waren in Deutschland geboren. Nach der Geburt des dritten Kindes ging die Familie nach Schweden und kehrte nach elf Jahren nach Deutschland zurück. Anders als im Fall *Dano* waren Frau Alimanovic und ihre älteste Tochter nach der Rückkehr nach Deutschland in mehreren kürzeren Beschäftigungen bzw. Arbeitsgelegenheiten tätig gewesen, allerdings für weniger als ein Jahr, sodass ihre Erwerbstätigeneigenschaft im Anschluss lediglich für ein halbes Jahr fortbestanden hatte (Art. 7 Abs. 3 lit. c RL 2004/38; § 2 Abs. 3 Satz 2 FreizügG/EU), weshalb der EuGH von einem sich allein aus der Arbeitsuche ergebenden Aufenthaltsrecht (Art. 14 Abs. 4 Buchst. b RL 2004/38; § 2 Abs. 2 Nr. 1a FreizügG/EU) ausging.<sup>7</sup>

Die Entscheidung *García-Nieto*<sup>8</sup> schließlich bezog sich auf die Konstellation des voraussetzungslosen Aufenthaltsrechts in den ersten drei Monaten des Aufenthalts (Art. 6 Abs. 1 RL 2004/38; § 2 Abs. 5 FreizügG/EU). Hier ging es um eine spanische Familie, bestehend aus den nicht verheirateten Eltern, einer gemeinsamen Tochter und einem weiteren Sohn des Mannes. Nachdem die Frau zunächst zusammen mit der Tochter nach Deutschland eingereist war und sich arbeitsuchend gemeldet und wenig später eine Tätigkeit als Küchenhilfe begonnen hatte, zogen ihr Lebensgefährte und sein Sohn unmittelbar nach. Neben den Einkünften der Frau erhielt die Familie für beide Kinder Kindergeld. Die Kinder besuchten in Deutschland die Schule.

In allen drei Fällen erkannte der Gerichtshof keine Unvereinbarkeit der deutschen Leistungsausschlüsse mit dem Unionsrecht. Dabei stützte er seine Entscheidungen maßgeblich auf das Aufenthaltsrecht, namentlich auf die Unionsbürger-RL 2004/38/EG, vor allem auf deren Art. 24 Abs. 2, der für Sozialhilfeansprüche Ausnahmen vom Gleichbehandlungsgrundsatz für freizügigkeitsberechtigte Unionsbürger\*innen ermöglicht. Anders als in früheren Entscheidungen (insbesondere in den Rechtssachen *Grzelczyk* und *Trojani*) machte der Gerichtshof das Primärrecht – namentlich die Unionsbürgerschaft (Art. 20 AEUV) und das primärrechtliche Diskriminierungsverbot (Art. 18 AEUV) – nicht zum zentralen Maßstab.

4 EuGH, U. v. 11.11.2014 – Rs. C-333/13 (*Dano*).

5 Kritisch dazu: *Astrid Wallrabenstein*, Wie Florin zwischen die Stühle rutschte – Die Unionsbürgerschaft und das menschenwürdige Existenzminimum, JZ 2016, 109 (117).

6 EuGH, U. v. 15.9.2015 – Rs. C-67/14 (*Alimanovic*).

7 Auf das Aufenthaltsrecht nach Art. 10 VO (EU) 492/2011 ging der EuGH nicht ein, vgl. dazu die Schlussanträge des GA *Wathelet*, v. 26.3.2015 – Rs. C-67/14 (*Alimanovic*), Rn. 119 und 126.

8 EuGH, U. v. 25.2.2016 – Rs. C-299/14 (*García-Nieto*).

In der Rechtssache *Grzelczyk*<sup>9</sup> hatte der EuGH 2001 noch entschieden, dass es mit der Unionsbürgerschaft in Verbindung mit dem Diskriminierungsverbot nicht vereinbar sei, die Gewährung einer beitragsunabhängigen Sozialleistung bei sich rechtmäßig aufhaltenden Angehörigen anderer Mitgliedstaaten davon abhängig zu machen, dass diese in den Anwendungsbereich der Arbeitnehmerfreizügigkeitsverordnung<sup>10</sup> fallen, während dies für Inländer\*innen nicht gilt. Im *Trojani*-Urteil<sup>11</sup> hatte der EuGH 2004 ein Aufenthaltsrecht unmittelbar aus der Unionsbürgerschaft für möglich gehalten mit der Folge, dass dann wiederum unter Berufung auf das Diskriminierungsverbot im Aufnahmemitgliedstaat eine Leistung der Sozialhilfe beansprucht werden könne. Zwar könne die Inanspruchnahme von Sozialhilfe nach nationalem Recht zum Verlust des Aufenthaltsrechts – und in der Folge des Sozialhilfeanspruchs – führen, dies dürfe aber nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit kein Automatismus sein.

## II. Die Rezeption in der Rechtswissenschaft

### 1. Auf der Bühne: Methodenkritik...

Dass der EuGH das Primärrecht in der Vergangenheit so stark gemacht hatte, war auf heftige Kritik, gerade auch aus Deutschland, gestoßen. *Kay Hailbronner* attestierte dem Gerichtshof eine „Tendenz zum Verzicht auf herkömmliche juristische Methoden“ und „fehlende Rationalität“. Der Gerichtshof habe unter Außerachtlassung des Sekundärrechts in sehr diffuser Weise Unionsbürgerschaft, Inländergleichbehandlung und allgemeine Grundsätze eingesetzt, um das Sekundärrecht „ganz oder teilweise aus den Angeln zu heben.“ Die Bezugnahme auf die Unionsbürgerschaft sei eine „klassische *petitio principii*“ gewesen.<sup>12</sup>

Entsprechend gefeiert wurde der EuGH von konservativer Seite für seine Kehrtwende in der Rechtssache *Dano* dafür, dass er zum „Rechtstechniker“ geworden sei, der statt vormals „zukunftsgewandte[n] Zielsetzungen“ nunmehr „klassische Argumente wie Wortlaut und Systematik“ anführe.<sup>13</sup> Dass gerade auch die jüngere, auf die Unionsbürger-RL fokussierte Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs ihrerseits vielfache dogmatische Friktionen aufweist, schien nun nicht mehr so wichtig. Die Diskussion auf der sekundärrechtlichen Ebene um das Verhältnis des Koordinierungsrechts – insbesondere Art. 4 der VO 883/2004 – zur Unionsbürger-RL<sup>14</sup> konnte plötzlich mit dem nicht eben rationalen Hinweis verweigert werden, es überzeuge nicht, „die technischen Normen des Internationalen Sozialrechts“ als „von wenigen Spezialisten geprägte Materie“

9 EuGH, U. v. 20.9.2001 – Rs. C-184/99 (*Grzelczyk*).

10 Damals VO (EWG) 1612/68.

11 EuGH, U. v. 7.9.2004 – Rs. C-456/02 (*Trojani*).

12 *Kay Hailbronner*, Die Unionsbürgerschaft und das Ende rationaler Jurisprudenz durch den EuGH?, NJW 2004, 2185 (2188).

13 *Daniel Thym*, EU-Freizügigkeit als rechtliche Konstruktion – nicht als soziale Imagination, Verfassungsblog.de v. 12.11.2014.

14 Vgl. ausführlich *Thorsten Kingreen*, Staatsangehörigkeit als Differenzierungskriterium im Sozialleistungsrecht, SGB 2013, 132 (134 ff.); *Anuscheb Farahat*, Auf Kollisionskurs: Die Unionsbürgerfreizügigkeit und der Kampf gegen den vermeintlichen „Sozialtourismus“ in der Rs. *Dano*, Verfassungsblog.de v. 11.11.2014; *Astrid Walrabenstein*, Wie Florin zwischen die Stühle rutschte – Die Unionsbürgerschaft und das menschenwürdige Existenzminimum, JZ 2016, 109 (113).

ins Zentrum zu rücken. Nunmehr sollte es „der richtige Weg“ sein, die „Lösung in den EU-Verträgen und dem Konzept der Unionsbürgerschaft zu suchen“.<sup>15</sup>

Die dogmatische Kritik blieb nun der anderen Seite der Matrix vorbehalten. Neben der Diskussion, wie sich das Koordinierungs- zum Aufenthaltsrecht verhält,<sup>16</sup> wurde kritisiert, dass der EuGH entgegen den Grundsätzen der *Trojani*-Entscheidung, wo bei formal rechtmäßigem Aufenthalt noch unmittelbar aus dem Primärrecht ein sozialrechtlicher Gleichbehandlungsanspruch gefolgert worden war, bei seiner abweichenden Interpretation des Art. 24 RL 2004/38/EG ohne eine Auseinandersetzung mit dessen Primärrechtskonformität auskam.<sup>17</sup> Dabei hätte zumindest in der Rechtssache *Alimanovic*, in der es um Unionsbürgerinnen auf Arbeitsuche ging, eine intensivere Auseinandersetzung mit Art. 45 Abs. 2 AEUV mehr als nahe gelegen,<sup>18</sup> zumal sowohl das BSG in seinem Vorabentscheidungsersuchen<sup>19</sup> als auch Generalanwalt *Wathelet*<sup>20</sup> sich auf die Arbeitnehmerfreizügigkeit bezogen hatten.

Die primärrechtliche Zurückhaltung des Gerichtshofs wurde auch als Verkehrung des Verhältnisses zwischen Primär- und Sekundärrecht kritisiert.<sup>21</sup> So wies *Astrid Wallrabenstein* darauf hin, dass die scharfe Abgrenzung der Anwendungsbereiche von Art. 45 Abs. 2 AEUV einerseits – für Leistungen, die dem Arbeitsmarktzugang dienen – und Art. 24 Abs. 2 RL 2004/38/EG andererseits – für Leistungen, die primär der Existenzsicherung dienen – nicht überzeuge. Es sei systematisch nicht zu erklären, dass eine Sekundärrechtsnorm eine Primärrechtsnorm inhaltlich beschränke, zumal Art. 45 AEUV anders als Art. 21 AEUV keinen entsprechenden Vorbehalt enthalte. Art. 24 Abs. 2 RL 2004/38/EG werde durch die Aufladung der „Verhinderung von Armutsmigration“ zum neuen Ziel der Union durch den EuGH „faktisch die Wirkung einer Primärrechtsnorm“ zuteil.<sup>22</sup> Dies umso mehr, als im Falle des fehlenden materiellen Aufenthaltsrechts anders als nach der früheren Rechtsprechung der automatische Ausschluss ohne Verhältnismäßigkeitsprüfung im Einzelfall gebilligt wurde.<sup>23</sup>

15 *Daniel Thym*, EU-Freizügigkeit als rechtliche Konstruktion – nicht als soziale Imagination, *Verfassungsblog.de* v. 12.11.2014.

16 Vgl. dazu *Stefan Kadelbach*, in: *Wollenschläger* (Hrsg.), *Enzyklopädie Europarecht* Bd. 10, 2021, § 5 Rn. 106 f. sowie die Nachweise in Fn. 14.

17 Vgl. *Thorsten Kingreen*, In love with the single market? Die EuGH-Entscheidung *Alimanovic* zum Ausschluss von Unionsbürgern von sozialen Grundsicherungsleistungen, *NVwZ* 2015, 1503 (1504 f.).

18 Vgl. ebd., 1505; *Frank Schreiber*, Unionsrechtliche Gleichbehandlung beim Arbeitslosengeld II-Bezug ohne Aufenthaltsrecht?, *info also* 2015, 3 (6).

19 Vgl. BSG, Vorabentscheidungsersuchen v. 12.12.2013 – B 4 AS 9/13 R, Frage I. 3; ebenso das LSG Nordrhein-Westfalen in seinem Vorabentscheidungsersuchen v. 22.5.2014 – L 7 AS 2136/13, Frage I.3. in der Sache *García-Nieto*.

20 Vgl. Schlussanträge des GA *Wathelet* v. 26.3.2015 – Rs. C-67/14 (*Alimanovic*), Rn. 112 ff.

21 Vgl. *Dion Kramer*, *Earning Social Citizenship in the European Union: Free Movement and Access to Social Assistance Benefits Reconstructed*, *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 18 (2016), 270 (289 f.).

22 Vgl. *Astrid Wallrabenstein*, Die Gleichheit der Freiheit, *ZESAR* 2016, 349 (354).

23 Ebd., 354, 356.

## 2. ... Der Kern: Die Unionsbürgerschaft

Im Kern dreht sich die Debatte bei allen Rekursen auf dogmatische und Methodenargumente seit jeher um die Reichweite der Unionsbürgerschaft. Hatten die einen seit der Rechtssache *Martínez Sala*<sup>24</sup> eine Entwicklung hin zu einer Unionsbürgerschaft mit einer sozialen Dimension gesehen,<sup>25</sup> hatte dieser Rechtsprechung von Anfang an ein scharfer Wind entgegengeweht.<sup>26</sup> Spätestens seit der *Dano*-Entscheidung dominiert (wieder) das Konzept der Marktbürgerschaft<sup>27</sup> bzw. der *earned citizenship*.<sup>28</sup>

Dabei gehört es zu den Gepflogenheiten der Diskussion, dass die Kritiker\*innen eines progressiven Konzepts dessen Befürworter\*innen gern Subjektivität und Utopismus attestieren, während die restriktive Interpretation für sich Objektivität, „unvoreingenommen[e] Betrachtung“<sup>29</sup> und Rationalität beansprucht. Man selbst ist „umsichtig und nicht fundamentalistisch“.<sup>30</sup> Eine Agenda haben immer nur die anderen. So wurde die frühere EuGH-Rechtsprechung zur Unionsbürgerschaft unter anderem als „mysteriös“ bzw. „mystisch“ bezeichnet; ein „logische[r] Gehalt [sei] [...] beim besten Willen nicht zu erkennen“.<sup>31</sup> Es würden „etablierte juristische Auslegungsmethoden jedenfalls dann [vernachlässigt], wenn sie dem rechtspolitischen Sendungsbewusstsein entgegenstehen“.<sup>32</sup> Demgegenüber habe der Gerichtshof in der *Dano*-Entscheidung „die Unionsbürgerschaft nicht länger als Projektionsfläche für gesellschaftliche und politische Vorstellungen vom guten Leben“ genutzt.<sup>33</sup> Auf dieser Linie liegt es auch, die Befürworter\*innen einer sozialen Unionsbürgerschaft als Naivlinge zu charakterisieren, denen im Falle der – zwangsläufigen – Absenkung sozialer Standards in den ausgebauten Sozialstaaten ein böses Erwachen ins Haus stünde.<sup>34</sup>

Der Tonfall der Debatte zeigt ihre Sprengkraft. Es geht um nichts weniger als um die Frage, welches Bürgerschaftsverständnis der Europäischen Union zugrunde liegt. Anders als die Stimmen am konservativen Ende der Matrix nahelegen, handelt es sich dabei nicht

24 EuGH, U. v. 12.5.1998 – Rs. C-85/96 (*Martínez Sala*).

25 Kompakter Überblick bei *Thorsten Kingreen*, In love with the single market? Die EuGH-Entscheidung *Alimanovic* zum Ausschluss von Unionsbürgern von sozialen Grundsicherungsleistungen, NVwZ 2015, 1503 (1503).

26 Vgl. *Dion Kramer*, Earning Social Citizenship in the European Union: Free Movement and Access to Social Assistance Benefits Reconstructed, Cambridge Yearbook of European Legal Studies, 18 (2016), 270 (271 f.), dort insb. die Nw. in Fn. 7.

27 Vgl. *Daniel Thym*, Die Rückkehr des „Marktbürgers“ – Zum Ausschluss nichterwerbsfähiger EU-Bürger von Hartz IV-Leistungen, NJW 2015, 130; *Astrid Wallrabenstein*, Die Gleichheit der Freiheit, ZESAR 2016, 349 (352 f.).

28 *Dion Kramer*, Earning Social Citizenship in the European Union: Free Movement and Access to Social Assistance Benefits Reconstructed, Cambridge Yearbook of European Legal Studies, 18 (2016), 270; vgl. bspw. *Robert Rebbahn*, Soll und kann die Arbeitnehmerfreizügigkeit beschränkt werden?, 2017, 69.

29 *Kay Hailbronner*, Unionsbürgerschaft und Zugang zu den Sozialsystemen, JZ 2005, 1138 (1140).

30 Vgl. *Robert Rebbahn*, Soll und kann die Arbeitnehmerfreizügigkeit beschränkt werden?, 2017, 66.

31 *Kay Hailbronner*, Die Unionsbürgerschaft und das Ende rationaler Jurisprudenz durch den EuGH?, NJW 2004, 2185 (2186).

32 Ebd., 2187.

33 *Daniel Thym*, EU-Freizügigkeit als rechtliche Konstruktion – nicht als soziale Imagination, Verfassungsblog.de v. 12.11.2014.

34 Vgl. *Robert Rebbahn*, Soll und kann die Arbeitnehmerfreizügigkeit beschränkt werden?, 2017, 64 f.

„nur“ um eine politische Frage, die bei kühlem Verstand von der juristischen Betrachtung zu trennen wäre. Dürfte eine derart scharfe Trennung der Sphären von „Politik“ und „Recht“ schon generell nicht möglich sein,<sup>35</sup> so ist sie es mit Sicherheit nicht in diesem Kontext, was sich nicht zuletzt daran zeigt, dass die vordergründig dogmatischen und methodischen Argumente die Meinungsverschiedenheiten nicht nur nicht auflösen, sondern eine rein „rationale“ Debatte offenbar gar nicht möglich ist. Es täte der Diskussion gut, wenn es gelänge, das Wirksamwerden rechtspolitischer Leitbilder und Prämissen im juristischen Diskurs als unvermeidbare Gegebenheit und nicht als Schwäche anzusehen. Mit einem solchen Zugang ist es auch leichter, Kontingenzen und die Relevanz politischer und gesellschaftlicher Kontexte von Entscheidungen anzuerkennen.<sup>36</sup>

Aus einer solchen Perspektive ist die Kehrtwende, die der EuGH mit der *Dano*-Entscheidung in Sachen Unionsbürgerschaft vollzog,<sup>37</sup> dann auch gar nicht mehr so überraschend. Das kurze Zeitfenster, in dem die Europäische Union „nicht nur [als] Projekt der kapitalistischen Eliten, sondern auch für arme Schlucker wie Rudy Grzelczyk und Michel Trojani“<sup>38</sup> denkbar schien, begann sich mit ihrer Osterweiterung bereits wieder zu schließen. Mit der Unionsbürger-RL lieferte der europäische Gesetzgeber den Riegel, den der Europäische Gerichtshof dann der Weiterentwicklung des Unionsbürgerstatus vorschob.<sup>39</sup>

### III. Auswirkungen auf die Rechtsprechung in Deutschland

Unterdessen ist die Rechtspraxis gehalten, mit den Antworten des EuGH Lösungen für konkrete Fälle zu finden. Das ist durch die Entscheidungen *Dano*, *Alimanovic* und *García-Nieto* zunächst nicht einfacher geworden. In der deutschen Sozialgerichtsbarkeit ist unterschiedlich interpretiert worden, welche Schlüsse aus dem zu ziehen seien, was der EuGH gesagt hat – und vor allem daraus, was er nicht gesagt hat.

Denn zum einen hatte der Europäische Gerichtshof, obwohl die Rechtssache *Alimanovic* dazu Anlass gegeben hätte,<sup>40</sup> sich nicht zum Aufenthaltsrecht nach Art. 10 der Freizügigkeits-VO (EU) 492/2011 geäußert. Zum anderen konnte er naturgemäß nichts zu anderen möglichen Sozialleistungsansprüchen auf der Grundlage des deutschen Rechts und zu möglichen verfassungsrechtlichen Implikationen bei der Anwendung entsprechender Anspruchsgrundlagen sagen. Beide Aspekte haben in der Folge zu heftigen Kontroversen in der Rechtsprechung geführt, sodass sich der deutsche Gesetzgeber zu

35 Vgl. dazu auch *Daniela Schweigler*, Leitbilder im Recht: Grenzen der Ordnung – Chancen der Unordnung, ARSP 104 (2018), 362 (369 ff.) m.N.

36 Vgl. zum Objektivitätsanspruch besonders des deutschen Rechtsdiskurses sowie zu der insoweit deutlich anderen Diskursform in Rechtsprechung und Wissenschaft in den USA: *Ulrich R. Halterm*, Verfassungsgerichtsbarkeit, Demokratie und Mißtrauen, 1998, 74 ff.

37 Die Haltung zur Unionsbürgerschaft determiniert auch, ob man die *Dano*- oder die *Alimanovic*-Entscheidung als den größeren Bruch mit der vorherigen EuGH-Rechtsprechung ansieht, vgl. *Astrid Wallrabenstein*, Die Gleichheit der Freiheit, ZESAR 2016, 349 (349).

38 *Thorsten Kingreen*, In love with the single market? Die EuGH-Entscheidung *Alimanovic* zum Ausschluss von Unionsbürgern von sozialen Grundsicherungsleistungen, NVwZ 2015, 1503 (1503).

39 Vgl. *Annika Ascher*, Sozialleistungen für Unionsbürger, 2017, 320; *Stefan Kadelbach*, in: Wollenschläger (Hrsg.), Enzyklopädie Europarecht Bd. 10, 2021, § 5 Rn. 102 ff.

40 Vgl. dazu die Schlussanträge des GA *Wathelet* v. 15.9.2015 – Rs. C-67/14 (*Alimanovic*), Rn. 119 ff.

einer zügigen „Klarstellung“ veranlasst sah (dazu unten IV.), wodurch letztlich eine weitere Runde in Luxemburg erforderlich wurde (dazu unten V.).

Aber der Reihe nach: Bereits Anfang Dezember 2015 – also nur zweieinhalb Monate nach der Vorabentscheidung – verwies das BSG die Sache *Alimanovic* zurück an das LSG Berlin-Brandenburg.<sup>41</sup> Das BSG wies darauf hin, dass das LSG ein mögliches Aufenthaltsrecht der Betroffenen nach Art. 10 VO (EU) 492/2011 zu prüfen habe. Dabei handelt es sich um ein eigenständiges, außerhalb der Unionsbürger-RL 2004/38/EG bestehendes Aufenthaltsrecht für Angehörige von Wanderarbeitnehmer\*innen. Aus deren Recht zur Teilnahme am allgemeinen Unterricht sowie der Lehrlings- und Berufsausbildung folgt ein Aufenthaltsrecht zur Fortsetzung der Ausbildung, das auch dann selbstständig fortbesteht, wenn die ursprünglich „stammrechtliche“ Person ihren Arbeitnehmerstatus verloren, den entsprechenden Mitgliedstaat verlassen hat oder verstorben ist, und das sich auch auf den betreuenden Elternteil des Kindes erstreckt.<sup>42</sup> Bestehe ein solches Aufenthaltsrecht, so das BSG, würde es einem Ausschluss aus der Grundsicherung für Arbeitsuchende entgegenstehen.<sup>43</sup> Diese Auffassung blieb in der Sozialgerichtsbarkeit nicht unwidersprochen.<sup>44</sup>

Noch größere Wellen schlug allerdings das Urteil des BSG vom selben Tag, wonach materiell nicht freizügigkeitsberechtigte Unionsbürger\*innen zwar von Leistungen nach dem SGB II (Grundsicherung für Arbeitsuchende) ausgeschlossen seien, zugleich aber einen Ermessensanspruch auf Hilfe zum Lebensunterhalt nach dem SGB XII (Sozialhilfe) haben sollten, wobei das Ermessen des Sozialhilfeträgers im Regelfall nach sechsmonatigem Aufenthalt auf Null reduziert sei.<sup>45</sup> Gegen diese Rechtsauffassung entwickelte sich eine Auflehnung bei vielen Sozial- und Landessozialgerichten, deren Ausmaß und Deutlichkeit ungewöhnlich war.<sup>46</sup> Widerstand regte sich insbesondere gegen die Argumentation des BSG mit dem Grundrecht auf ein menschenwürdiges Existenzminimum (Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 1 GG), namentlich im Zusammenhang mit der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Asylbewerberleistungsgesetz.<sup>47</sup> Das BSG wies darauf hin, dass das Recht auf ein menschenwürdiges Existenzminimum als Menschenrecht bei nicht nur vorübergehendem (Kurz-)Aufenthalt in Deutschland unabhängig von der Staatsangehörigkeit eine Bedarfsdeckung gewährleiste, die durch Anspruchsnormen gesichert sein müsse.<sup>48</sup> Hiergegen wurde eingewandt, die Situation von Asylsu-

41 BSG, U. v. 3.12.2015 – B 4 AS 43/15 R, BSGE 120, 139.

42 Vgl. *Friederike Wapler*, in: Wollenschläger (Hrsg.), *Enzyklopädie Europarecht* Bd. 10, 2021, § 7 Rn. 47 ff.; EuGH, U. v. 17.9.2002 – Rs. C-413/99 (*Baumbast*); EuGH, U. v. 23.2.2010 – Rs. C-310/08 (*Ibrahim, Secretary of State for the Home Department*); EuGH, U. v. 23.2.2010 – Rs. C-480/08 (*Teixeira*).

43 BSG, U. v. 3.12.2015 – B 4 AS 43/15 R, BSGE 120, 139 (Rn. 29 ff.).

44 Vgl. etwa LSG Rheinland-Pfalz, B. v. 11.8.2016 – L 3 AS 376/16 B ER; HessLSG, B. v. 31.10.2016 – L 7 AS 565/16 B ER; sowie die Nw. bei LSG Nordrhein-Westfalen, Vorabentscheidungsersuchen v. 14.2.2019 – L 19 AS 1104/18, Rn. 39.

45 BSG, U. v. 3.12.2015 – B 4 AS 44/15 R, BSGE 120, 149; ebenso BSG, U. v. 16.12.2015 – B 14 AS 15/14 R; BSG, U. v. 20.1.2016 – B 14 AS 35/15 R; BSG, U. v. 12.9.2018 – B 14 AS 18/17 R.

46 Vgl. statt sehr vieler u.a. SG Berlin, B. v. 2.3.2016 – S 205 AS 1365/16 ER; LSG Rheinland-Pfalz, B. v. 11.8.2016 – L 3 AS 376/16 B ER; HessLSG, B. v. 31.10.2016 – L 7 AS 565/16 B ER; LSG Mecklenburg-Vorpommern, U. v. 11.4.2017 – L 10 AS 194/14; LSG Niedersachsen-Bremen, U. v. 12.3.2020 – L 15 AS 180/17.

47 Vgl. BVerfG, U. v. 18.7.2012 – 1 BvL 10/10, BVerfGE 132, 134.

48 BSG, U. v. 3.12.2015 – B 4 AS 44/15 R, BSGE 120, 149 (Rn. 57).

chenden sei „in keiner Weise vergleichbar mit der eines Bürgers der Europäischen Union“. <sup>49</sup> Letztere seien „ohne Weiteres in der Lage, [...] in ihr Herkunftsland zurückzukehren und dort unter menschenwürdigen Bedingungen zu leben.“ <sup>50</sup>

Die Rechtsprechung des BSG hat auch in Presse und Politik heftige Reaktionen hervorgerufen. Das BSG habe „[g]eräuschlos [...] über arbeitslosen Zuwanderern aus ärmeren EU-Ländern ein Füllhorn ausgeschüttet“ <sup>51</sup> und so „ein neues großes Einfallstor für Armutsmigration aus osteuropäischen Ländern“ <sup>52</sup> geöffnet.

#### IV. Die Reaktion des Gesetzgebers: „Klarstellung“ oder Verschärfung?

Noch bevor es zu einer Klärung der streitigen Fragen auf dem „Dienstweg“ – namentlich durch eine Normenkontrollentscheidung des Bundesverfassungsgerichts – kam, wurde der deutsche Gesetzgeber tätig. Er nahm dabei ausdrücklich auf die Urteile des BSG seit Dezember 2015 Bezug. <sup>53</sup>

Die maßgeblichen gesetzlichen Regelungen in SGB II und SGB XII wurden so geändert, dass nunmehr ausdrücklich Personen ohne Aufenthaltsrecht, mit einem Aufenthaltsrecht allein zur Arbeitsuche oder daneben mit einem solchen aus Art. 10 VO (EU) 492/2011 in den ersten fünf Jahren von den Regelleistungen der Grundsicherung für Arbeitsuchende und der Sozialhilfe ausgeschlossen wurden. <sup>54</sup> In der Sozialhilfe wurde zugleich ein Anspruch auf Überbrückungsleistungen für einen Zeitraum von – außer in besonderen Härtefällen – lediglich einem Monat, einmalig innerhalb von zwei Jahren, geschaffen, „um den Zeitraum bis zur Ausreise zu überbrücken“. <sup>55</sup> Die neue Linie des EuGH, wonach arme Unionsbürger\*innen – trotz Art. 14 Abs. 1 und Abs. 3 RL 2004/38/EG – an die „heimatliche Scholle“ gebunden bleiben, <sup>56</sup> wurde hier konsequent ins Gesetz gegossen.

Allerdings ging der deutsche Gesetzgeber über den vom EuGH erteilten Freibrief hinaus, indem er die Ausschlüsse auch auf Personen erstreckte, die als Angehörige (ehemaliger) Wanderarbeitnehmer\*innen ein eigenes Aufenthaltsrecht aus Art. 10 VO (EU) 492/2011 haben. Die Bundesregierung gab sich in ihrem Gesetzentwurf gutgläubig und sprach in diesem Zusammenhang lediglich von einer „Klarstellung“. <sup>57</sup> Dabei hatte der Gerichtshof zu diesem Personenkreis bereits 2010 in den Rechtssachen *Ibrahim and Secretary of State for the Home Department* und *Teixeira* entschieden, dass das Aufent-

49 Vgl. u.a. SG Berlin, U. v. 18.4.2016 – S 135 AS 3966/12, Rn. 80.

50 LSG Mecklenburg-Vorpommern, B. v. 7.7.2016 – L 9 SO 12/16 B ER, Rn. 33; i.E. ebenso *Daniel Thym*, Die Rückkehr des „Marktbürgers“ – Zum Ausschluss nichterwerbsfähiger EU-Bürger von Hartz IV-Leistungen, NJW 2015, 130 (134).

51 *Jochim Jahn*, Noch ein Füllhorn, FAZ.net v. 5.12.2015 (26.7.2021).

52 So die CSU-Landesgruppenvorsitzende im Bundestag, Gerda Hasselfeldt, gegenüber dpa, hier zitiert aus: *Hasselfeldt* befürchtet „neue Welle der Armutsmigration“, www.welt.de v. 23.12.2015 (26.7.2021). Dieses und das vorhergehende Zitat zuerst gesehen bei: *Norbert Bernsdorff*, Sozialhilfe für nichterwerbstätige Unionsbürger – Kassel locuta, causa finita?, NVwZ 2016, 633 (633).

53 Vgl. BT-Drs. 18/10211, 1, 11, 15.

54 Vgl. § 7 Abs. 1 Sätze 2, 4-6 SGB II; § 23 Abs. 3, Abs. 3a SGB XII, jeweils i.d. ab 29.12.2016 gültigen Fassung (Gesetz v. 22.12.2016, BGBl. I, 3155).

55 Vgl. § 23 Abs. 3 Sätze 3-6 SGB XII, jeweils i.d. ab 29.12.2016 gültigen Fassung.

56 Vgl. *Astrid Wallrabenstein*, Die Gleichheit der Freiheit, ZESAR 2016, 349 (352).

57 Vgl. BT-Drs. 18/10211, 2, 11.

haltsrecht nicht von der Voraussetzung abhängt, dass eine Krankenversicherung und ausreichende Existenzmittel vorhanden sind, um keine Sozialhilfeleistungen des Aufenthaltsmitgliedstaats in Anspruch nehmen zu müssen.<sup>58</sup>

Mit dieser Rechtsprechung setzte sich die Bundesregierung allerdings gar nicht auseinander. Sie konstatierte schlicht: „Die Änderung ist mit dem Recht der Europäischen Union und völkerrechtlichen Verträgen vereinbar“<sup>59</sup> und führte lediglich aus, dass die Neuregelung im Einklang mit der RL 2004/38/EG stehe, „wonach nicht erwerbstätige Unionsbürger unter bestimmten Voraussetzungen von Leistungen ausgeschlossen werden dürfen.“ Diese Regelungen, so die Bundesregierung, „liefen ins Leere, wenn sie für Personen, die nicht mehr erwerbstätig sind und nicht mehr von der Nachwirkungsfiktion des § 2 Absatz 3 FreizügG/EU erfasst werden, nicht mehr gelten, wenn und solange diese schulpflichtige Kinder haben.“<sup>60</sup> Dass die gegenüber der Freizügigkeitsrichtlinie selbständige unionsrechtliche Aufenthaltsberechtigung zum Schulbesuch für Kinder von (ehemaligen) Wanderarbeitnehmer\*innen und deren betreuenden Elternteil – zumal mit Blick auf die Rechtsprechung in den Sachen *Ibrahim* und *Teixeira* – ihrerseits ins Leere läuft, wenn die Betroffenen bei Bedürftigkeit mittellos gestellt werden,<sup>61</sup> thematisierte der Gesetzentwurf nicht. Die im Ausschuss<sup>62</sup> und in der Literatur<sup>63</sup> zahlreich geäußerten unionsrechtlichen Bedenken blieben im Ergebnis ungehört.<sup>64</sup>

#### V. Das jüngste Kapitel: Die Rechtssache Jobcenter Krefeld – Widerspruchsstelle gegen JD

Es war daher nur eine Frage der Zeit, bis auch diese Frage nach Luxemburg gelangen würde. Ein passender Fall fand sich 2019 beim LSG Nordrhein-Westfalen.<sup>65</sup> Er betraf eine polnische Familie mit zwei minderjährigen Töchtern. Die Familie hatte zunächst gemeinsam in den Niederlanden gelebt und war dann mit Trennung der beiden Eltern nach Deutschland gezogen. Nachdem dort zwischenzeitlich eine der Töchter bei der Mutter gelebt hatte, lebten nunmehr beide Kinder beim Vater. Die Mutter war zwischenzeitlich nach Polen zurückgekehrt, sodass der Vater in Deutschland die tatsächliche elterliche Sorge für die beiden Töchter allein ausübte. Beide Kinder besuchten in Deutschland die Schule. Der Vater war in wechselnden Phasen zunächst in den Niederlanden und dann in

58 EuGH, U. v. 23.2.2010 – Rs. C-310/08 (*Ibrahim, Secretary of State for the Home Department*); EuGH, U. v. 23.2.2010 – Rs. C-480/08 (*Teixeira*).

59 BT-Drs. 18/10211, 12.

60 BT-Drs. 18/10211, 13.

61 Vgl. *Thomas Oberhäuser/Eva Steffen*, Rechtswidriger Leistungsausschluss für Unionsbürger, ZAR 2017, 149 (150).

62 Vgl. die Stellungnahmen für den Ausschuss des Deutschen Bundestages für Arbeit und Soziales von *Andy Groth*, Ausschussdrucksache 18(11)821, 11 (13 f.) und *Björn Harich*, ebd. 22 (25 f.) sowie die Stellungnahmen des *Deutschen Gewerkschaftsbunds*, ebd. 28 (37 ff.); der *Diakonie Deutschland*, ebd. 42 (45); des *Deutschen Paritätischen Wohlfahrtsverbands*, ebd. 48 (53); von *Uwe Berlit*, ebd. 55 (58 f.) sowie der *Neuen Richtervereinigung*, ebd. 63 (63).

63 Vgl. *Roland Derksen*, Keine Sozialhilfe oder Grundsicherung für Arbeitsuchende für EU-Ausländer mit Aufenthaltsrecht nach Art. 10 VO 492/2011 über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Union?, info also 2016, 257 (260).

64 Ebenso die verfassungsrechtlichen Zweifel – dazu noch unten VI.

65 LSG Nordrhein-Westfalen, Vorabentscheidungsersuchen v. 14.2.2019 – L 19 AS 1104/18.

Deutschland erwerbstätig und arbeitsuchend gewesen, wobei die Dauer der Erwerbstätigkeit in Deutschland für den unbegrenzten Fortbestand der Erwerbstätigeneigenschaft (Art. 7 Abs. 3 lit. d RL 2004/38/EG; § 2 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 FreizügG/EU) nicht ausreichte.

Seine Schlussanträge vom 14.5.2020 leitete Generalanwalt *Pitruzzella* mit einer Vorbemerkung ein, in der er auf die Covid-19-Pandemie und die Solidarität innerhalb der EU in diesem Kontext hinwies.<sup>66</sup> Der Generalanwalt machte in seinen Schlussanträgen zwei parallele Argumentationsstränge auf. Zum einen argumentierte er ausgehend vom Diskriminierungsverbot des Art. 7 Abs. 2 der Freizügigkeits-VO (EU) 492/2011, der Arbeitnehmer\*innen, die Staatsangehörige eines anderen Mitgliedstaats sind, die gleichen sozialen Vergünstigungen garantiert wie inländischen Arbeitnehmer\*innen.<sup>67</sup> Auch wenn der Kläger seinen Arbeitnehmerstatus zwischenzeitlich verloren habe, sei eine weite Auslegung dieser Bestimmung im Lichte des Art. 10 VO (EU) 492/2011 geboten, die auch ehemalige Wanderarbeitnehmer\*innen umfasse, deren Kinder im Aufnahmemitgliedstaat zur Schule gehen, mit der Folge eines Aufenthaltsrechts auf der Grundlage von Art. 10 der Verordnung.

Der zweite Argumentationsstrang geht unmittelbar vom Aufenthaltsrecht gemäß Art. 10 VO (EU) 492/2011 aus und stellt primär auf die praktische Wirksamkeit der Rechte der Kinder ab, die auch vor dem Hintergrund von Art. 7 der Grundrechte-Charta (Achtung des Privat- und Familienlebens) nicht eng ausgelegt werden dürften.<sup>68</sup> Der Generalanwalt fragt, was vom Recht der Kinder auf Zugang zum Unterricht bliebe, wenn im Falle der Bedürftigkeit kein Zugang zu existenzsichernden Leistungen bestehe.<sup>69</sup> Es sei *„eine Illusion, eine rechtliche Fiktion, würde das Recht auf Zugang zum Unterricht schon deshalb als wirksam angesehen, weil dem Elternteil [...] ein Aufenthaltsrecht gewährt wird, ohne dass dieses Recht auch mit Sozialhilfe einhergeht.“*<sup>70</sup>

Der Gerichtshof folgte in seinem Urteil vom 6.10.2020 dem Generalanwalt im Ergebnis, wenn auch nüchterner im Ton. Der Gleichbehandlungsanspruch aus Art. 7 Abs. 2 VO (EU) 492/2011 erstreckte sich ohne Weiteres auch auf Arbeitnehmer\*innen, die im Aufnahmemitgliedstaat arbeitslos geworden sind.<sup>71</sup> Auf diese Eigenschaft als ehemalige\*r Wanderarbeitnehmer\*in gehe das Aufenthaltsrecht der Kinder und des sorgetragenden Elternteils aus Art. 10 VO (EU) 492/2011 zurück, dessen praktische Wirksamkeit abzusichern sei, um dem Ziel der Verordnung – der Förderung der Arbeitnehmerfreizügigkeit – gerecht zu werden.<sup>72</sup> Anders als in den Rechtssachen *Dano*, *Alimanovic* und *García-Nieto* könne der Ausschluss nicht auf Art. 24 Abs. 2 der Unionsbürger-RL 2004/38/EG gestützt werden, da das Aufenthaltsrecht aus Art. 10 VO (EU) 492/2011 gegenüber den

66 Vgl. Schlussanträge des GA *Pitruzzella*, v. 14.5.2020 – Rs. C-181/19 (*Jobcenter Krefeld – Widerspruchsstelle gegen JD*).

67 Ebd., Rn. 60 ff.

68 Ebd., Rn. 69 ff.

69 Ebd., Rn. 71.

70 Ebd. Rn. 73.

71 Vgl. EuGH, U. v. 6.10.2020 – Rs. C-181/19 (*Jobcenter Krefeld – Widerspruchsstelle gegen JD*), Rn. 43; vgl. dazu auch *Cara Röbner*, Begrenzte Inklusion – Das Aufenthaltsrecht als Voraussetzung existenzsichernder Leistungen für Unionsbürger, DÖV 2021, 428 ff.

72 Vgl. EuGH, U. v. 6.10.2020 – Rs. C-181/19 (*Jobcenter Krefeld – Widerspruchsstelle gegen JD*), Rn. 49 ff.

auf der Richtlinie beruhenden Aufenthaltsrechten autonom sei.<sup>73</sup> Schließlich verstoße der Ausschluss aus der Grundsicherung im Falle eines Aufenthaltsrechts aus Art. 10 VO (EU) 492/2011 ebenso gegen das koordinierungsrechtliche Diskriminierungsverbot (Art. 4 VO (EG) 883/2004), wobei auch hier Art. 24 Abs. 2 der RL 2004/38/EG keine Rechtfertigung ermögliche.<sup>74</sup>

## VI. Was bleibt (offen)?

Gerichtsentscheidungen, zumal die des EuGH, haben immer verschiedene Bedeutungsebenen. Sie sollen Antworten geben auf bestimmte Fragen zu einem bestimmten Zeitpunkt in einem bestimmten Kontext. Dabei kann bereits die Art der Formulierung des Vorabentscheidungsersuchens erheblichen Einfluss auf alles Weitere nehmen, indem es Prämissen definiert und den Ton setzt. Für die Vorlage des SG Leipzig im Fall *Dano* ist dies an anderer Stelle gezeigt worden.<sup>75</sup> Bei den Aspekten Zeitpunkt und Kontext kommt man für die drei Entscheidungen aus 2014, 2015 und 2016 schwerlich an den Schatten vorbei, die das Brexit-Referendum damals bereits vorauswarf.<sup>76</sup> Gerade in diesen Jahren steuerte die Debatte um „Armutsmigration“ (nicht nur) im Vereinigten Königreich auf einen neuen Höhe- bzw. Tiefpunkt zu. Insofern dürfte es kaum Zufall sein, dass das Pendel in Sachen (sozialer) Unionsbürgerschaft beim EuGH just in diesen Jahren zum Umschwung kam.<sup>77</sup> Ob bei der Entscheidung *Jobcenter Krefeld – Widerspruchsstelle gegen JD* die vom Generalanwalt selbst erwähnte Koinzidenz mit der Pandemiekrise mehr als Zufall war, wird man vielleicht erst in einigen Jahren beurteilen können.

Zunächst einmal liegt der Ball in Sachen Leistungsausschlüsse wieder in Deutschland. Denn die großen – manchmal übergroßen<sup>78</sup> – Erwartungen an die Klärung heikler Fragen durch den EuGH dürfen den Blick auf andere Maßstäbe nicht verstellen. So bleibt weiterhin zu klären, ob die auch nach der Entscheidung *JD* verbleibenden Leistungsausschlüsse<sup>79</sup> mit dem deutschen Verfassungsrecht und mit völkerrechtlichen Vorgaben vereinbar sind. Vom Grundrecht auf ein menschenwürdiges Existenzminimum (Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 1 GG)<sup>80</sup> über die Europäische Menschenrechtskonvention, das Europäische Fürsorgeabkommen, die Europäische Sozialcharta bis hin zum UN-Sozial-

73 Ebd., Rn. 56 ff. Allerdings war auch in der Rs. *Alimanovic* das Aufenthaltsrecht aus Art. 10 VO (EU) 492/2011 gegeben, s. dazu oben, III. sowie Fn. 7.

74 Vgl. EuGH, U. v. 6.10.2020 – Rs. C-181/19 (*Jobcenter Krefeld – Widerspruchsstelle gegen JD*), Rn. 80 ff.

75 Vgl. *Astrid Wallrabenstein*, Wie Florin zwischen die Stühle rutschte – Die Unionsbürgerschaft und das menschenwürdige Existenzminimum, JZ 2016, 109 (116).

76 Ebenso *Daniel Thym*, EU-Freizügigkeit als rechtliche Konstruktion – nicht als soziale Imagination, Verfassungsblog.de v. 12.11.2014; vgl. in diesem Kontext zum Vertragsverletzungsverfahren Kommission gegen Vereinigtes Königreich, Rs. C-308/14 *Astrid Wallrabenstein*, Die Gleichheit der Freiheit, ZESAR 2016, 349 (349).

77 Vgl. dazu auch *Cara Röhrner*, Begrenzte Inklusion – Das Aufenthaltsrecht als Voraussetzung existenzsichernder Leistungen für Unionsbürger, DÖV 2021, 428 ff.

78 Vgl. *Frank Schreiber*, Unionsrechtliche Gleichbehandlung beim Arbeitslosengeld II-Bezug ohne Aufenthaltsrecht?, info also 2015, 3 (3).

79 Die Entscheidung wurde in § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II zum 1.1.2021 umgesetzt durch Gesetz vom 9.12.2020 (BGBl. I, 2855).

80 Vgl. zu zwei als unzulässig verworfenen Vorlagen BVerfG, B. v. 4.12.2019 – 1 BvL 4/16; B. v. 26.2.2020 – 1 BvL 1/20.

pakt<sup>81</sup> und zur UN-Kinderrechtskonvention<sup>82</sup> gibt es hier eine ganze Reihe von Ansatzpunkten.

Solange die Praxis mit den Leistungsausschlüssen weiterhin arbeiten muss, bleiben viele Detailfragen offen. Darf sich beispielsweise der vom Gerichtshof gebilligte Ausschluss von den existenzsichernden Leistungen mit Blick auf Art. 45 AEUV auch auf die Leistungen zur Eingliederung in Arbeit (§§ 16 ff. SGB II) beziehen?<sup>83</sup> Die Frage ist keineswegs nur theoretisch, sondern kann existenziell sein. Zum einen, weil im Einzelfall durch entsprechende Leistungen die Eingliederung in den Arbeitsmarkt gelingen kann. Zum anderen, was seltener diskutiert wird, weil auch die Leistungen für gewaltbetroffene Frauen in Frauenhäusern als sogenannte kommunale Eingliederungsleistungen (§ 16a Nr. 3 SGB II) darunter fallen.<sup>84</sup>

Weitere Fragen stellen sich hinsichtlich der sogenannten „Aufstocker\*innen“. Unstreitig ist, dass Arbeitnehmer\*innen freizügigkeits- und in der Grundsicherung leistungsbehaftet sind. Unklarheiten und Meinungsverschiedenheiten gibt es aber mit Blick auf die Schwelle, ab der eine nicht existenzsichernde Tätigkeit den Diskriminierungsschutz aus Art. 24 RL 2004/38/EG und Art. 45 AEUV vermittelt.<sup>85</sup> Den Verfechter\*innen einer *earned citizenship* ist es zu großzügig, wenn „man durch einjährige Beschäftigung im Ausmaß von 6 Wochenstunden, deren Entgelt bereits durch Sozialhilfe ‚ergänzt‘ wurde, zuerst für vier Jahre Anspruch auf Sozialhilfe erwerben [kann] und damit durch den fünfjährigen berechtigten Aufenthalt das Daueraufenthaltsrecht – stets auch für Familienangehörige.“<sup>86</sup> Auch bezüglich des Aufenthaltsrechts aus Art. 10 VO (EU) 492/2011 hat der EuGH in der Entscheidung *Jobcenter Krefeld – Widerspruchsstelle gegen JD* mit einem beiläufigen Hinweis auf seine Rechtsprechung zum Rechtsmissbrauch<sup>87</sup> womöglich neue (alte) Diskussionsfelder aufgemacht.

Die Debatte wird also weitergehen. In welche Richtung sich die Entwicklung neigt – ob die Schließungstendenzen weiter zunehmen<sup>88</sup> oder die Unionsbürgerschaft mit einer

81 Vgl. *Thomas Oberhäuser/Eva Steffen*, Rechtswidriger Leistungsausschluss für Unionsbürger, ZAR 2017, 149 (150 ff.).

82 Vgl. *Daniela Schweigler*, Soziale Sicherung, in: Ingo Richter/Lothar Krappmann/Friederike Wapler (Hrsg.), *Kinderrechte. Handbuch des deutschen und internationalen Kinder- und Jugendrechts*, 2020, 273 ff.

83 Verneinend z.B. *Ute Kötter*, Die Entscheidung des EuGH in der Rechtssache *Alimanovic* – das Ende der europäischen Sozialbürgerschaft?, info also 2016, 3 (5f.); *Anders Leopold*, *Luxemburg locuta – causa finita?* – Was kommt nach *Dano*, *Alimanovic* und *Garcia-Nieto*? – Folgerungen aus der Rechtsprechung des EuGH für das deutsche Sozialrecht, AuR 2015, 397 (400), beide unter Verweis auf EuGH, U. v. 4.6.2009 – Rs. C-22/08 und C-23/08 (*Vatsouras* und *Koupatantze*).

84 Vgl. dazu auch *Daniela Schweigler*, Die Finanzierung der Zuflucht im Frauenhaus zwischen Arbeitsförderungsrecht und europa- und völkerrechtlichen Vorgaben, ZESAR 2018, 109.

85 Vgl. dazu *Peggy Atanassov*, Zur Europarechtskonformität der Leistungsausschlüsse in § 7 Abs. 1 Satz 2 SGB II, ZESAR 2020, 19; dazu jüngst LSG Nordrhein-Westfalen U. v. 19.11.2020 – L 19 AS 1204/20 (Revision anhängig beim BSG – B 4 AS 2/21 R).

86 *Robert Rebhahn*, Soll und kann die Arbeitnehmerfreizügigkeit beschränkt werden?, 2017, 68.

87 Vgl. EuGH, U. v. 6.10.2020 – Rs. C-181/19 (*Jobcenter Krefeld – Widerspruchsstelle gegen JD*), Rn. 76.

88 Vgl. *Dion Kramer*, *Earning Social Citizenship in the European Union: Free Movement and Access to Social Assistance Benefits Reconstructed*, Cambridge Yearbook of European Legal Studies, 18 (2016), 270 (301).

echten sozialen Dimension ausgestattet wird,<sup>89</sup> ist nicht abzusehen. Dabei wird es immer auch um Fragen gehen, die nicht zur Kernkompetenz von Jurist\*innen gehören: Ist es Zufall, dass es bei *Rudy Grzelczyk* um einen französischen Studenten, bei *Elisabeta Dano* hingegen um eine rumänische Romni (fast) ohne Schulausbildung ging?<sup>90</sup> Hätte Generalanwalt *Wathelet* auch in der „guten alten Zeit“<sup>91</sup> der EU-15 von „Sozialtourismus“<sup>92</sup> und der Gefahr einer „Massenzuwanderung“<sup>93</sup> gesprochen? Wäre in der Literatur zu lesen gewesen, dass sich „[f]ür eine Scheinbeschäftigung von drei oder fünf Wochenstunden [...] meist ein freundlicher Verwandter oder Bekannter finden [lässt], zumal wenn Gewinn aus Sozialkassen winkt“?<sup>94</sup> Es ist schwer vorstellbar.

Solche Worte sind schnell geschrieben, und sie verfehlen ihre Wirkung nicht. Ebenso der Hinweis, dass „Unionsbürger [...] in einem transnationalen Freiheitsraum jederzeit in den Heimatstaat reisen können und mithin nicht auf Deutschland angewiesen sind.“<sup>95</sup> Sie verstellen aber allzu leicht die Sicht auf die Fragen, *wessen* Freiheit gemeint ist, und *wer* in Europa (auch) auf *wen* angewiesen ist. Die Berichte während der Pandemie über die Arbeits- und Lebensbedingungen von Pflegekräften, Erntehelfer\*innen und Arbeiter\*innen in der Fleischindustrie haben einmal mehr ein Schlaglicht darauf geworfen.

89 Vgl. *Ute Kötter*, Die Entscheidung des EuGH in der Rechtssache Alimanovic – das Ende der europäischen Sozialbürgerschaft?, info also 2016, 3 (7).

90 Vgl. *Astrid Wallrabenstein*, Wie Florin zwischen die Stühle rutschte – Die Unionsbürgerschaft und das menschenwürdige Existenzminimum, JZ 2016, 109 (120).

91 Ebd., 119.

92 Schlussanträge v. 20.5.2014 – Rs. C-333/13 (*Dano*), Rn. 131.

93 Schlussanträge v. 26.3.2015 – Rs. C-67/14 (*Alimanovic*), Rn. 91 und v. 4.6.2015 – Rs. C-299/14 (*García-Nieto*), Rn. 71.

94 *Robert Rebbahn*, Soll und kann die Arbeitnehmerfreizügigkeit beschränkt werden?, 2017, 56.

95 *Daniel Thym*, EU-Freizügigkeit als rechtliche Konstruktion – nicht als soziale Imagination, Verfassungsblog.de v. 12.11.2014.