

Fachbereich Rechtswissenschaft

Arbeitspapier Nr. 13/2015

Zugehörigkeit im Sozialstaat

Astrid Wallrabenstein^{*}

Erschienen in: Fachbereich Rechtswissenschaft der Goethe-Universität Frankfurt/M. (Hrsg.), 100 Jahre Rechtswissenschaft in Frankfurt, S. 229-244

Zitiervorschlag: Wallrabenstein, Zugehörigkeit im Sozialstaat, Arbeitspapier des Fachbereich Rechtswissenschaft der Goethe-Universität Frankfurt/M. Nr. 13/2015, Rn.

Zusammenfassung: Der Beitrag befasst sich mit der aktuell kontrovers diskutierten Frage des Zugangs von Ausländern – insbesondere von Unionsbürgern – zu staatlichen Sozialleistungen. Der Schwerpunkt liegt hierbei auf dem Grundsicherungsrecht, namentlich auf der Regelung des § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II, wonach arbeitssuchende Unionsbürger von Leistungen zur Grundsicherung ausgeschlossen werden. Unter Berücksichtigung der unionsrechtlichen Grundlagen wird der Frage nachgegangen, inwieweit sich der Leistungsausschluss für Unionsbürger und Ausländer in die dem Sozialleistungsrecht zugrundeliegende Konzeption der Territorialität (§ 30 Abs. 1 SGB I) einfügt. Es wird sich zeigen, dass Leistungsausschlüsse für diese Personengruppen im Grundsicherungsrecht als Konkretisierung des Territorialitätsgrundsatzes zu begreifen sind. Von der Annahme ausgehend, dass der „gewöhnliche Aufenthalt“ im Sinne des § 30 SGB I also Dreh- und Angelpunkt für die sozialrechtliche Zugehörigkeit ist, soll die grundsätzliche Frage des Verhältnisses von Sozial- und Aufenthaltsrecht beleuchtet werden. Konkret formuliert geht es zum einen um die Frage, ob es für den Zugang zum Sozialleistungssystem eines rechtmäßigen Aufenthalts bedarf. Dass dies – anders als von einigen Sozialgerichten unter Berufung auf einschlägige Rechtsprechung des EuGH teilweise angenommen – zu verneinen ist, gilt zu zeigen. Zum anderen soll untersucht werden, ob und inwieweit gesetzlich geregelte Anforderungen an den Integrationsgrad von Ausländern für die sozialrechtliche Zugehörigkeit zulässig sind.

^{*} Prof. Dr. iur., Goethe-Universität Frankfurt am Main, Juristische Fakultät, professur-wallrabenstein@jura.uni-frankfurt.de.

I. Grundsicherung für Unionsbürger

1. „Armutsmigration“ in der öffentlichen Diskussion

- 1 Zu Beginn des Jahres 2014 gelangte ein Problem, das schon seit einigen Jahren Sozialgerichte und Fachöffentlichkeit bemerkenswert kontrovers und komplex diskutieren,¹ in die politischen Schlagzeilen. Schlagworte wie „Armutsmigration“ und „Sozialtourismus“² wurden auf eine spezifische Personengruppe bezogen, nämlich auf Unionsbürgerinnen und -bürger aus Rumänien und Bulgarien. Besorgniserregend ist das Zusammenfallen von drei Aspekten.
- 2 Zum einen stehen öffentliche Problemwahrnehmung und absolute Zahlen in einem auffallenden Missverhältnis und werden ergänzt durch grobe Unkenntnis oder Fehlinformation über die Rechtslage. Beispielsweise werden Duisburg und Dortmund medienwirksam als Problemregionen dargestellt.³ Als Maßnahme fordert dann etwa die CSU „Wer betrügt der fliegt“ und fokussiert die Kosten der Grundsicherung.⁴ Bei genauerer Befassung ließe sich leicht feststellen, dass etwa in Dortmund keineswegs die Grundsicherungskosten das Problem darstel-

¹ Intensiv umstritten ist die Völker- und Unionsrechtskonformität des § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II, der Ausländerinnen und Ausländer von der Grundsicherung ausschließt, wenn sich ihr Aufenthaltsrecht allein aus dem Zweck der Arbeitssuche ergibt. Zum einen wurde dies als Verstoß gegen das Europäische Fürsorgeabkommen gewertet. Allerdings erklärte die Bundesregierung in Reaktion auf entsprechende Entscheidungen (insb. BSGE 107, 66) nachträglich einen Vorbehalt hierzu (BGBl. 2012 II 470; hierzu ablehnend *E. Steffen/S. Keßler*, ZAR 2012, 245). Zum anderen werden verschiedene Verstöße gegen das Unionsrecht, einerseits gegen das Diskriminierungsverbot des Sozialkoordinationsrechts in Art. 4 VO (EG) 883/2004, andererseits eine Überschreitung der Möglichkeiten des Art. 24 Abs. 2 Unionsbürgerrichtlinie 2004/38/EG oder Verstöße gegen primärrechtliche Diskriminierungsverbote aus Art. 18 oder Art. 45 AEUV diskutiert (s. dazu noch unten ab Fn. 36). Aktuell sind mehrere Vorlagen deutscher Sozialgerichte beim EuGH anhängig: EuGH, Rs. C-333/13 (*Dano*), zu SG Leipzig, 3.6.2013, S 17 AS 2198/12, juris; EuGH, Rs. C-67/14 (*Alimanovic*), zu BSG, 12.12.2013, B 4 AS 9/13 R, juris; EuGH, Rs. C-19/14 (*Talasca*) zu einem nicht veröffentlichten Vorlagebeschluss des SG Duisburg. Bemerkenswert ist, dass ein Verstoß gegen das Grundgesetz zwar angesprochen wurde (*T. Kingreen*, SGb 2013, 132 [137]), aber weder in der Rechtsprechung noch Literatur bisher erkennbaren Widerhall gefunden hat. Neuere Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, die andere gesetzliche Differenzierungen nach der Staatsangehörigkeit bzw. nach dem Aufenthaltstitel von Ausländern verworfen haben (BVerfGE 130, 240 [Bay. Landeserziehungsgeld]; BVerfGE 132, 72[Bundeserziehungsgeld]), scheinen ebenso wenig aufgegriffen zu werden wie der pointierte Hinweis des BVerfG in der Entscheidung zum Asylbewerberleistungsgesetz, dass die Menschenwürde migrationspolitisch nicht zu relativieren sei und daher das menschenwürdige Existenzminimum garantierende Leistungen nicht aus migrationspolitischen Erwägungen niedrig gehalten werden dürften (BVerfGE 132, 134 [Rn. 95]).

² Hierzu kritisch *M. Fuchs*, ZESAR 2014, 103.

³ S. z.B. <http://www.wdr2.de/aktuell/armutsmigration122.html> (Abruf 17.5.2014); <http://www.faz.net/aktuell/politik/europaeische-union/im-gespraech-guntram-schneider-armutsmigration-wird-zunehmen-12087917.html> (Abruf 17.5.2014); <http://www.zeit.de/gesellschaft/zeitgeschehen/2013-02/roma-grossstaedte-bulgarien-rumaenien-staedtetag-strategie> (Abruf: 17.5.2014)

⁴ Vgl. <http://www.welt.de/politik/deutschland/article123419505/Wer-betruegt-der-fliegt-t-die-CSU-im-Faktencheck.html>.

len. Der aktuelle Zwischenbericht des Staatssekretärsausschusses zum Thema weist etwa für Dortmund im Oktober 2013 genau 345 erwerbsfähige Leistungsberechtigte aus Rumänien und Bulgarien aus;⁵ dies sind knapp 0,6% der insgesamt 58.588 erwerbsfähigen Leistungsberechtigten.⁶ Tatsächlich geht es vielmehr um Wohnraumbeschaffung, Sprachkurse und andere Integrationsmaßnahmen, die sich mit dem Etikett des „Missbrauchs“ des Sozialleistungssystems oder der Freizügigkeit in der EU nicht erfassen lassen.⁷

- 3 Der zweite besorgniserregende Gesichtspunkt ist, dass der Eindruck vermittelt wurde, dass der Wegfall der Freizügigkeitsbeschränkungen⁸ für diese beiden vorletzten⁹ Beitrittsstaaten zur Europäischen Union zum 1.1.2014 Ursache des Problems sei oder es jedenfalls verstärke.¹⁰ Da die Beschränkungen aber die Arbeitsmigration betrafen, während Grundsicherungsleistungen typischerweise¹¹ gerade Nichterwerbstätige in Anspruch nehmen, geht diese Problemzuschreibung an der Sache vorbei.¹² Die Darstellung lässt sich daher als Vorbote des Wahlkampfes zu den EU-Parlamentswahlen im Mai 2014 deuten und offenbart eine unions- oder jedenfalls freizügigkeitsskeptische Haltung gegenüber anderen Unionsbürgern.

⁵ Zwischenbericht des Staatssekretärsausschusses zu „Rechtsfragen und Herausforderungen bei der Inanspruchnahme der sozialen Sicherungssysteme durch Angehörige der EU-Mitgliedstaaten“, S. 28 f.

⁶ Vgl. Statistisches Bundesamt, Zeitreihe Eckwerte der Grundsicherung für Arbeitssuchende.

⁷ S. weitere Daten etwa in der Antwort der Bundesregierung BT-Drs. 18/223 auf eine Reihe von Fragen in der kleinen Anfrage der Fraktion Die Linke im Dezember 2013.

⁸ Anhang VI und VII, jeweils unter 1. der Beitrittsverträge mit Bulgarien und Rumänien, Abl. L 157 vom 25.4.2005.

⁹ Nach Rumänien und Bulgarien ist zum 1.7.2013 Kroatien der Europäischen Union beigetreten, Abl. L 112 vom 24.4.2012.

¹⁰ S. etwa die Mitteilung des Bundesinnenministeriums vom 26.3.2014 (<http://www.bmi.bund.de/SharedDocs/Kurzmeldungen/DE/2014/03/st-ausschuss-zwischenbericht.html>, Abruf 17.5.2014).

¹¹ Auch Erwerbstätige erhalten Grundsicherung als sogenannte Aufstockung, wenn das Einkommen den Existenzbedarf nicht deckt. Dieser Personenkreis soll im Folgenden jedoch nicht weiter in den Blick genommen werden, vgl. hierzu EuGH 2009, I-4585, Rs. C-22/08 und C-23/08 (Vatsouras und Koupatantze).

¹² Bereits 2013 – also vor dem Wegfall der Freizügigkeitsbeschränkungen – beklagte der Deutsche Städtetag einen drastischen Zuzug, vgl. <http://www.staedtetag.de/presse/mitteilungen/064517/index.html>. Der aktuelle Bericht der Bundesregierung belegt jedoch, dass auf Bundesebene die Zuzugsraten nur moderat steigen und sich Probleme auf wenige Kommunen konzentrieren, vgl. Zwischenbericht des Staatssekretärsausschusses zu „Rechtsfragen und Herausforderungen bei der Inanspruchnahme der sozialen Sicherungssysteme durch Angehörige der EU-Mitgliedstaaten“ vom 26.4.2014.

- 4 Zum dritten schließlich sind mit der skizzierten Gruppe nicht irgendwelche Unionsbürger im Fokus, sondern Roma, also ein Personenkreis, der historisch und gegenwärtig in ganz Europa deutlichen Benachteiligungen ausgesetzt ist.¹³
- 5 Grundlegende Fehlvorstellung von Tatsachen- und Rechtslage, EU-Skeptizismus im allgemeinen und gegenüber den europäischen Mitbürgern im Besonderen und das Anklingen alter diskriminierender Ressentiments lassen sich als Hinweise darauf verstehen, dass ein zentrales Thema angesprochen ist, nämlich die Zugehörigkeit von Migrantinnen und Migranten im deutschen Sozialstaat.
- 6 Es harrt nicht nur in der allgemeinen öffentlichen Auseinandersetzung, sondern auch in der Rechtswissenschaft einer informierten und sachbezogenen Diskussion. Denn seit den 1980er Jahren wurde die Zugehörigkeit von Migrantinnen und Migranten nur als demokratisches Problem diskutiert. Dreh- und Angelpunkt dieser Debatte waren die Urteile des Bundesverfassungsgerichts zum Ausländerwahlrecht 1990.¹⁴ Das Bundesverfassungsgericht hatte die einfachgesetzliche Einräumung von Wahlrechten für unvereinbar mit dem Grundgesetz angesehen und die Lösung des demokratischen Inklusionsproblems über die Zuerkennung der Staatsangehörigkeit angeregt.¹⁵ Dadurch blieb die Diskussion bis in die jüngste Zeit den demokratiethoretischen Denk- und Argumentationsmustern verhaftet.¹⁶
- 7 Für die aktuelle Diskussion um sozialrechtliche Zugehörigkeit fehlt hingegen ein konzeptionelles Raster.¹⁷ Gegenstand dieses Beitrags ist es, dieses Defizit in der rechtlichen Debatte aufzuzeigen und Ansätze hierfür anzudenken.

¹³ Vgl. nur die sog. Roma-Strategie der EU: Mitteilung der Kommission vom 5.4.2011, KOM(2011) 173 endg.; Zur Geschichte der Ausgrenzung vgl. etwa *K. M. Bogdal*, Europa erfindet die Zigeuner, 2011.

¹⁴ BVerfGE 83, 37 und 60. S. auch jüngst Bremer Staatsgerichtshof vom 31.1.2014 - St 1/13, juris, mit Sondervotum *U. Sacksofsky*.

¹⁵ BVerfGE 83, 37 (52).

¹⁶ Vgl. *A. Graser*, Gemeinschaften ohne Grenzen?, 2008: Zugehörigkeit wird grundsätzlich breit verstanden, dann aber – da die Arbeit staatsbezogene Zugehörigkeit zum Thema hat – letztlich als Legitimationsproblem der (staatlichen) „Gemeinschaft“ aufgefasst, vgl. ab S. 322, prägnant etwa dort: „Als Modus [der] Legitimation [von Macht] setzt demokratische Rechtsstaatlichkeit eine Gemeinschaft voraus. Büßt diese Voraussetzung ihre Selbstverständlichkeit ein – und genau dies ist eine Folge der Dekonzentration –, so wird dadurch auch die Legitimation in Frage gestellt. Oder noch kürzer: Dekonzentration bewirkt Delegitimation.“; aktuell die Referate von *C. Walter* und *K. F. Gärditz*, Der Bürgerstatuts im Lichte von Migration und europäischer Integration, VVDStRL 72 (2013), 7 ff. und 49 ff.

¹⁷ Einen Anfang macht *C. Janda*, Migranten im Sozialstaat, 2012.

2. Der rechtswissenschaftliche Streit um § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II

8 Im Jahr 2006 wurde als Umsetzung von Art. 24 Abs. 2 i.V.m. Art. 14 Abs. 4 lit. b der Unionsbürgerrichtlinie 2004/38/EG¹⁸ der Zugang von Ausländerinnen und Ausländern zu Leistungen auf Grundsicherung¹⁹ ausgeschlossen, wenn sich ihr Aufenthaltsrecht ausschließlich aus dem Zweck der Arbeitssuche ergibt.²⁰ Zuvor existierte kein gesetzlicher Leistungsausschluss. Es kam – soweit hier relevant²¹ – zunächst nur auf den gewöhnlichen Aufenthalt im Bundesgebiet an.

a. Territorialitätsprinzip des Sozialleistungsrechts

9 Dies Erfordernis korrespondiert mit dem Territorialitätsprinzip, das in § 30 Abs. 1 SGB I als allgemeiner Grundsatz dem Sozialleistungsrecht zugrunde liegt. Unter den Rahmenbedingungen grenzüberschreitender Mobilität ist Territorialität als Anknüpfungspunkt für Sozialleistungen einerseits in- und andererseits exkludierend. „Einwohner“, d.h. Personen mit Wohnsitz oder gewöhnlichem Aufenthalt im Bundesgebiet sind im Grundsatz – d.h. vorbehaltlich der besonderen Leistungsvoraussetzungen der einzelnen Sozialleistungszweige – leistungsberechtigt. Auf der anderen Seite endet die Leistungsberechtigung grundsätzlich bei Wegzug aus dem Bundesgebiet. Ein Export von Sozialleistungen ist – zunächst – nicht angelegt. Dieser „doppelte“ Territorialitätsbezug ist unproblematisch als Ausfluss moderner Staatlichkeit verstehbar. Der moderne Territorialstaat beansprucht – wiederum im Grundsatz – die ausschließliche Herrschaftsgewalt auf seinem Territorium und beschränkt sich mit diesem Herrschaftsanspruch zugleich hierauf. Ist dieser Territorialstaat zudem Sozialstaat, ist die Anknüpfung von Leistungsansprüchen an den Aufenthalt auf dem Territorium unmittelbare Konsequenz. Indem das Sozialgesetzbuch auf den Wohnsitz oder der gewöhnlichen Aufenthalt abstellt, verengt es bereits die Leistungsberechtigung, indem es sich nur vorübergehend aufhaltende Personen ausnimmt.

¹⁸ Zu diesem Regelungsziel BT-Drs. 16/688, 13 und BT-Drs. 16/2711, 10.

¹⁹ § 7 Abs. 1 S. 2 SGB II und § 23 Abs. 3 SGB XII.

²⁰ Ihre heutige Fassung erhielt die Norm im August 2007, als zusätzlich Unionsbürger in den ersten drei Monaten ihres Aufenthalts ebenfalls vom Leistungsbezug ausgenommen wurden, wodurch ebenfalls die Unionsbürgerrichtlinie umgesetzt werden sollte, vgl. BT-Drs. 16/5065, 234.

²¹ Weitere Voraussetzungen des Grundsicherungsanspruchs gemäß § 7 Abs. 1 SGB II sind Alter, Erwerbsfähigkeit und Hilfebedürftigkeit, die für Ausländerinnen und Ausländer keine Besonderheiten bieten. Zu § 8 Abs. 2 SGB II sogleich.

10 Für Ausländerinnen und Ausländer kennt das SGB II noch eine zweite Anforderung. Da das SGB II nur für Erwerbsfähige gilt – Nichterwerbsfähige sind auf das SGB XII verwiesen – müssen Ausländerinnen und Ausländer auch die *rechtlichen* Voraussetzungen für eine Erwerbstätigkeit mitbringen (§ 8 Abs. 2 SGB II). Diese ergibt sich nach den Grundsätzen des deutschen Aufenthaltsrechts konstitutiv aus dem konkreten Aufenthaltstitel.²² Dadurch müssen Ausländerinnen und Ausländer also in der Regel²³ nicht nur ihren Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt im Bundesgebiet haben, sondern zudem noch einen Aufenthaltstitel besitzen.²⁴ § 7 Abs. 1 S. 2 SGB II bestimmte bis 2006, dass nur unter diesen Voraussetzungen Ausländerinnen und Ausländer ihren gewöhnlichen Aufenthalt im Bundesgebiet haben. Als sozialstaatliche Territorialitätskonzeption erscheint die akzessorische Anknüpfung des leistungsbegründenden gewöhnlichen Aufenthalts an das ausländerrechtliche Aufenthalts*recht* sinnvoll.

b. „Einfärbungslehre“ und Aufenthaltsrecht als Leistungsvoraussetzung

11 In der Rechtswirklichkeit gestaltet sich das Auffinden einer solchen Akzessorieität allerdings komplizierter. Das SGB I kennt in seinen allgemeinen Grundsätzen besondere Erfordernisse für Ausländerinnen und Ausländer gerade nicht. Es findet sich nur der allgemeine Territorialitätsgrundsatz.

12 Die sozialrechtliche Rechtsprechung siedelte seit Ende der 1980er Jahre mit der sogenannten „Einfärbungslehre“²⁵ aber Spezifika für Ausländerinnen und Ausländer auf der Ebene des jeweiligen Sozialleistungszweiges an. Dies ermöglichte den verschiedenen Senaten des BSG, ihre unterschiedlichen Auffassungen insbesondere zu der Frage, ob Asylbewerberinnen und Asylbewerbern Leistungen zu gewähren sind, nebeneinander aufrecht zu erhalten.

13 Illustrativ ist die Entwicklung beim Kindergeld und beim Erziehungsgeld. In den 1980er Jahren wurden Asylbewerberinnen und Asylbewerbern zunächst beide

²² § 4 Abs. 2 AufenthG.

²³ Bestimmte Personengruppen sind privilegiert, und haben auch ohne Aufenthaltstitel nach dem Aufenthaltsgesetz ein Aufenthaltsrecht, insb. Unionsbürger nach dem FreizügG/EU.

²⁴ Personen ohne Aufenthaltstitel, etwa mit einer Duldung nach § 60a AufenthG oder auch mit einer Aufenthaltsgestattung gemäß § 55 AsylVfG, sind aufgrund des § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 SGB II (zuvor § 7 Abs. 1 S. 2, 2. HS) von der Leistungsberechtigung ausgenommen und dem Sonderregime des AsylbLG zugewiesen, zu dessen Verfassungswidrigkeit vgl. BVerfGE 132, 134; zu den Bedenken wegen des weiten Personenkreises s. A. *Wallrabenstein*, KritV 2012, 433; C. *Janda*, ZAR 2013, 175.

²⁵ Vgl. insbesondere BSGE 67, 243 (juris-Rn. 20 ff. m.w.Nw.).

Leistungen vorenthalten. Nachdem das BSG im Mai 1989 einer abgelehnten, anschließend aber geduldeten Asylbewerberin Kindergeld zugesprochen hatte,²⁶ reagierte der Gesetzgeber sofort. Noch im Juni griff er auf, dass Ausländerinnen und Ausländer ohne rechtmäßigen Aufenthalt zwar Kindergeld beanspruchen könnten, dies allerdings nur, wenn ihre Abschiebung auf unbestimmte Zeit unzulässig ist und sie ein Jahr Voraufenthalt nachweisen können.²⁷ Für das Erziehungsgeld lag zu diesem Zeitpunkt noch kein Urteil des BSG vor, wurde jedoch erwartet – es folgte im September.²⁸ Der Gesetzgeber bestimmte ebenfalls schon im Juni, dass nur Aufenthaltstitel zur Leistung berechtigen, denen kein vorübergehender Zweck zugrunde liegt.²⁹ Auf diese restriktive Linie schwenkte dann 1990 auch der zuständige Senat des BSG ein.³⁰

- 14 Aktuell, im Januar 2013, hat der für Grundsicherung zuständige Senat des BSG diese bereichsspezifische Differenzierungen ermöglichende „Einfärbungslehre“ jedoch zurückgewiesen.³¹ Angesichts des Gesetzesvorbehalts (§ 31 SGB I) vollkommen überzeugend hat er darauf abgestellt, dass Beschränkungen für Ausländerinnen und Ausländer gesetzlich normiert sein müssten.³² Tatsächlich sind für das Kinder- und Erziehungsgeld bzw. beim heutigen Elterngeld die geschilderten gesetzlichen Beschränkungen fortgeschrieben worden.³³ Allerdings waren und sind diese Regelungen auf dem gleichheitsrechtlichen Prüfstand des Bundesverfassungsgerichts regelmäßig gescheitert.³⁴

²⁶ BSGE 65, 84.

²⁷ BT-Drs. 11/4765, 5.

²⁸ BSGE 65, 261; vorausgegangen waren zum BErzGG unterschiedliche Entscheidungen, s. BSGE 62, 67 und BSG, SozR 7833 § 1 Nr. 4.

²⁹ BT-Drs. 11/4767, 4; BT-Drs. 11/4776, 2.

³⁰ BSGE 67, 243.

³¹ Formal nur für den Bereich der Grundsicherung, allerdings wird dies auch allgemein als Abschied von der Einfärbungslehre verstanden, vgl. C. Wendtland, ZESAR 2013, 435 (436).

³² BSGE 113, 60 (juris-Rn. 19); vgl. auch H. Timme, in: U. Kraemer (Hrsg.), SGB I, § 30 Rn. 12; weitere Nachweise vgl. C. Wendtland, ZESAR 2013, 435 (436).

³³ Für das Kindergeld § 62 Abs. 1 Nr. 2 EStG und § 1 Abs. 3 BKGG; für das Elterngeld § 1 Abs. 1 BEEG.

³⁴ BVerfGE 111, 176, sowie nachfolgende stattgebende Kammerbeschlüsse vom 17.3.2005, juris, zum Ausschluss von Ausländern mit nur einer Aufenthaltsbefugnis, und BVerfGE 132, 72: in dieser aktuellsten Entscheidung hat das BVerfG das Erfordernis aktueller Erwerbstätigkeit bzw. Arbeitslosengeld I-Bezugs als Voraussetzung für Elterngeld und Erziehungsgeld bei Ausländern mit bestimmten „schlechten“ Aufenthaltstiteln verworfen. Über die Parallelbestimmungen zum Kindergeld hat das BVerfG (noch) nicht entschieden. Vgl. auch G. Britz, in FS Bryde, 2013, 331; dies., ZAR 2014, 56.

c. Unionsbürgerfreizügigkeit als neuer Ansatz?

- 15 Einen anderen Ausgangspunkt hat der 2006 in § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II eingeführte Leistungsausschluss für Ausländerinnen und Ausländer, deren Aufenthaltsrecht sich allein aus dem Zweck der Arbeitssuche ergibt. Zielgruppe dieser Bestimmung sind nicht diejenigen mit unsicheren oder „schlechten“ Aufenthaltstiteln. Die Adressaten sind vielmehr Unionsbürgerinnen und Unionsbürger, also die privilegierteste Gruppe von Migrantinnen und Migranten. Zudem sind auch von den Unionsbürgerinnen und Unionsbürgern nur diejenigen angesprochen, die den besonderen Status des bzw. der Arbeitssuchenden aufweisen. Erwerbstätige Unionsbürger sind vom Wortlaut her ebenso wenig erfasst³⁵ wie wirtschaftlich inaktive Unionsbürger.
- 16 Die Ratio dieses Leistungsausschlusses liegt in der besonderen aufenthaltsrechtlichen Privilegierung der Arbeitssuchenden gegenüber den „schlichten“ Unionsbürgern einerseits und ihrem im Verhältnis zu Arbeitnehmern geringer ausgeprägten Gleichbehandlungsanspruch andererseits.³⁶ Arbeitssuchende können sich anders als inaktive Unionsbürger für ihr Freizügigkeits- und Aufenthaltsrecht auf Art. 45 AEUV berufen.³⁷ Allerdings gelten für sie nicht das sekundärrechtliche Gleichstellungsgebot des Art. 7 Abs. 2 VO (EU) 492/2011, sondern „nur“ die allgemeinen primärrechtlichen Diskriminierungsverbote der Art. 18 und Art. 45 Abs. 2 AEUV, die den Mitgliedstaaten gerechtfertigte Beschränkungen erlauben.³⁸ Die Unionsbürgerfreizügigkeitsrichtlinie 2004/38/EG wollte diese primärrechtlichen Beschränkungs-möglichkeiten der Mitgliedstaaten nicht ausschließen und sah deshalb in Art. 24 Abs. 2 vor, dass die Mitgliedstaaten als Ausnahme vom Diskriminierungsverbot arbeitssuchenden Unionsbürgern Sozialhilfe vorenthalten dürften. Hintergrund hierfür ist die grundsätzliche Konzeption der Unionsbürgerfreizügigkeit, die einerseits nicht hinter die im

³⁵ Dies stellte der EuGH 2009, I-4585, Rs. C-22/08 und C-23/08 (Vatsouras und Koupatantze), klar. Zuvor EuGH 1982, 1035, Rs. 53/81 (Levin).

³⁶ Ob der Koordinationsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz, Art. 4 VO (EG) 883/2004, eine Differenzierung zwischen Unionsbürgern überhaupt zulässt, wird überwiegend verneint: vgl. LSG Darmstadt vom 30.9.2013 - L 6 AS 433/13 B ER, juris; aus der Literatur: F. Schreiber, NZS 2012, 647 (650); ders., ZESAR 2014, 44 (47); ders., in: Schreiber/Wunder/Dern, VO (EG) 883/2004, Art. 70 Rn. 35; E. Eichenhofer, ZESAR 2012, 357 (361); D. Frings, ZAR 2012, 317; E. Hofmann/M.-T. Kummer, ZESAR 2013, 199 (205 f.); T. Kingreen, SGB 2013, 132 (134 f.); a.A. D. Thym, NZS 2014, 81 (84, 87 f.)

³⁷ EuGH 1991, I-745, Rs. C-292/89 (Antonissen).

³⁸ EuGH 1987, 2832, Rs. C-316/85 (Lebon); EuGH 2004, I-2703, Rs. C-138/02 (Collins) (Rn. 58 ff.).

wesentlichen voraussetzungslosen Freizügigkeitsrechte für Arbeitnehmer, Arbeitssuchende und für Kurzaufenthalte nach dem sog. Schengenrecht zurückfallen sollte, andererseits aber hierüber hinausgehende Freizügigkeitsgewährungen der Ausgestaltungskompetenz der Vertragspartner und der Unionsgesetzgeber überantwortete.³⁹ Kurz lässt sich zusammenfassen, dass die Vorenthaltung von Sozialhilfe gemäß Art. 24 Abs. 2 Richtlinie 2004/38/EG der Ermöglichung von Freizügigkeit dient, da sie auch ohne wirtschaftliche Absicherung erlaubt ist, deshalb aber auch ohne wirtschaftliche Belastung des Aufenthaltsstaates erfolgen soll.

- 17 Für ein Konzept sozialstaatlicher Zugehörigkeit auf der mitgliedstaatlichen Ebene führt dies auf die Einschränkung des Territorialitätsgrundsatzes zurück, die die Leistungsberechtigung von einem gewöhnlichen, nicht nur vorübergehenden Aufenthalt abhängig macht. Der Aufenthalt zur Arbeitssuche lässt sich als vorübergehend verstehen, wenn bzw. weil unterstellt wird, dass einerseits der aufenthaltsgewährende Staat den Aufenthalt bei Scheitern der Arbeitssuche beenden würde und andererseits der Arbeitssuchende in diesem Fall sein Ziel Arbeit zu finden andernorts weiterverfolgen würde. Tatsächlich geht Art. 14 Abs. 4 lit. b) der Richtlinie 2034/38/EG davon aus, dass Mitgliedstaaten Unionsbürger ausweisen können, wenn die Arbeitssuche eingestellt wird oder keinen Erfolg verspricht.
- 18 Insoweit erscheint der Leistungsausschluss des Art. 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II nicht als neuer Ansatz, sondern fügt sich durchaus in die Konzeption des gewöhnlichen Aufenthalts ein.

II. Sozialrechtliche Zugehörigkeitskonzeption

- 19 Die Konzeption sozialrechtlicher Zugehörigkeit kann daher zum einen auf den traditionellen territorialstaatlichen Ansatz zurückgreifen und zum anderen gerade damit auch den aktuellen unionsrechtlichen Anforderungen gerecht werden.

³⁹ Art. 20 Abs. 2 S. 3 AEUV: „Diese Rechte werden unter den Bedingungen und innerhalb der Grenzen ausgeübt, die in den Verträgen und durch die in Anwendung der Verträge erlassenen Maßnahmen festgelegt sind.“

1. Territorialitätsgrundsatz: gewöhnlicher, nicht nur vorübergehender Aufenthalt

- 20 Ihr Dreh- und Angelpunkt ist und bleibt der Territorialitätsgrundsatz. Er wird nur dadurch eingeschränkt, dass er Personen mit bloß vorübergehendem Aufenthalt ausschließt, indem er auf den gewöhnlichen Aufenthalt abstellt.
- 21 Bei dieser Lesart ist der Ausschlussstatbestand des § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II eine spezialgesetzliche Konkretisierung des allgemeinen Erfordernisses eines nicht nur vorübergehenden Aufenthalts. Insoweit lässt er sich als eine konzeptuelle Weiterentwicklung gegenüber der sog. Einfärbungslehre verstehen. Denn die sozialrechtliche Leistungsberechtigung knüpft nicht an typisierte Aufenthaltstitel an, wie beispielsweise die Leistungsausschlüsse beim Kinder- und Elterngeld. Stattdessen folgt der sozialrechtliche Leistungsausschluss erst und nur daraus, dass sich das Aufenthaltsrecht aus keinem anderen als dem vorübergehenden Zweck der Arbeitssuche ergibt. Sobald andere Zwecke ebenfalls ein Aufenthaltsrecht begründen können, ist die dem Leistungsausschluss zugrunde liegende gesetzliche Annahme, der Aufenthalt sei nur vorübergehend, nicht mehr zulässig.⁴⁰
- 22 Will man diesen Gedanken verallgemeinern, dann folgt hieraus:
- (1) Leistungsausschlüsse für Ausländerinnen und Ausländer müssen gesetzlich normiert sein. Dies folgt aus dem Rechtsstaatsprinzip und ist daher auch verfassungsrechtlich geboten.
 - (2) Solche (spezial-)gesetzlichen Leistungsausschlüsse sind Konkretisierungen des § 30 Abs. 1 SGB I, der die Territorialität der Leistungsberechtigung grundsätzlich an den gewöhnlichen Aufenthalt knüpft und damit Personen, die sich nur vorübergehend in der Bundesrepublik aufhalten, ausschließt. Diese Sichtweise führt dazu, die Ausschlussstatbestände entsprechend eng und auf das Merkmal des nur vorübergehenden Aufenthalts zurückbezogen auszulegen. Inwieweit Sozialbehörden wegen dieser Engführung verpflichtet sind, alternative Aufenthaltsrechte „fiktiv“ zu prüfen,⁴¹ ist eine Verfahrensfrage.
 - (3) Leistungsausschlüsse, die sich nicht als Konkretisierung des Merkmals „nur vorübergehender Aufenthalt“ verstehen lassen, scheren aus dieser Konzeption

⁴⁰ So BSGE 113, 60 (Rn. 23 ff.), auch wenn das BSG § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II nicht anstelle, sondern neben § 30 SGB I erörtert.

⁴¹ In diese Richtung BSGE 113, 60 (Rn. 24 ff.).

aus. Sie bedürfen entweder eines eigenen sachlich tragfähigen Grundes, oder sie verstoßen gegen das Gleichbehandlungsgebot des Art. 3 Abs. 1 GG, da sie ohne gerechtfertigten Grund bestimmte Personengruppen ungleich behandeln.⁴²

2. Also: Keine Aufenthaltsrechtsakzessorietät!

- 23 Versteht man die Orientierung des Sozialrechts an Aufenthaltsrechten als Konkretisierung des gewöhnlichen Aufenthalts i.S.d. § 30 SGB I, so bedeutet dies keine Akzessorietät des Sozialrechts zum Aufenthaltsrecht. Insbesondere der These, ohne Aufenthaltsrecht könne ein Aufenthalt kein gewöhnlicher i.S.d. § 30 SGB I sein, da die Rechtsordnung sich damit selbst widerspreche,⁴³ ist damit die Grundlage entzogen. Denn auch ohne Recht zum Aufenthalt kann dieser Aufenthalt auf länger Zeit und nicht nur vorübergehend angelegt sein. Dies gilt insbesondere immer dann, wenn Personen nicht abgeschoben werden dürfen. Die Existenz der Duldung gemäß § 60a AufenthG bestätigt bereits, dass auch Personen ohne Aufenthaltsrecht im Bundesgebiet leben können. Für Unionsbürger gilt dies in noch verstärktem Maß. Denn Art. 14 Abs. 3 und 4 sowie Art. 27 ff. der Richtlinie 2004/38/ EG sind Unionsbürger vor Ausweisung und Aufenthaltsbeendigung besonders geschützt.⁴⁴
- 24 Gleichwohl ist in der deutschen sozialgerichtlichen Rechtsprechung die Vorstellung präsent, Ausländer – namentlich Unionsbürger – ohne materielles Aufenthaltsrecht seien von der Grundsicherung ausgeschlossen.⁴⁵ Dogmatisch wird an den gewöhnlichen Aufenthalt angeknüpft und – wie oben bereits abgelehnt – von der Ausreisepflicht auf den vorübergehenden Charakter des Aufenthalts geschlossen. Wesentliches Argument ist ein Erst-Recht-Schluss: Wenn bereits Personen, die ein Aufenthaltsrecht besitzen, nach § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II vom Leistungsbezug ausgeschlossen werden können, müsse dies erst recht für Personen ohne Aufenthaltsrecht gelten.⁴⁶

⁴² BVerfGE 132, 72.

⁴³ BSG vom 30.9.1993 - 4 RA 49/92 (juris-Rn. 19).

⁴⁴ So auch BSGE 113, 60 (juris-Rn. 28 ff.).

⁴⁵ Vgl. die Auseinandersetzung hiermit bei C. Wendtland, ZESAR 2013, 435 (436 f.).

⁴⁶ SG Darmstadt, 12.3.2013, S 16 AS 1095/12 ER (juris-Rn. 56 f.); SG Darmstadt, 25.3.2013, S 16 AS 1089/12 ER (Rn. 35 f.); unmittelbar aus § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II einen Erst-Recht-Schluss ableitend: SG Leipzig, 3.6.2013, S 17 AS 2198/12 (juris-Rn. 58).

- 25 Vertreter dieser Auffassung könnten sich insbesondere durch das Urteil des EuGH in der Rs. Brey⁴⁷ bestätigt sehen. Dort hatte der EuGH eine österreichische Regelung, die den rechtmäßigen Aufenthalt ausdrücklich als Leistungsvoraussetzung normierte, dem Grunde nach passieren lassen, allerdings gefordert, dass sie nicht zu einem Automatismus führen dürfe, sondern eine Einzelfallprüfung verlange. Das deutsche Recht sieht den rechtmäßigen Aufenthalt zwar nicht ausdrücklich als Leistungsvoraussetzung vor. Ziel der hier angesprochenen Auffassung ist es aber, gerade auch ohne ausdrückliche Normierung dieses Erfordernis argumentativ zu begründen.
- 26 Dieses Anliegen verstärkt Generalanwalt *M. Wathelet* in den Schlussanträgen zur Rs. Dano, indem er annimmt, eine Regelung, die Unionsbürgern Anspruch auf existenzsichernde Leistungen gewähre, bereite durch die Leistungsgewährung automatisch die tatsächliche Grundlage für einen rechtmäßigen Aufenthalt.⁴⁸ Die politische Agenda dieser Deutung lässt sich kaum verhehlen. Denn tatsächlich ist die Konzeption der Unionsbürgerfreizügigkeitsrichtlinie gerade umgekehrt. Art. 7 Abs. 1 lit. b) Richtlinie 2004/38/EG konkretisiert die Unionsbürgerfreizügigkeit gemäß Art. 21 AEUV dahingehend, dass „das Recht auf Aufenthalt im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats für einen Zeitraum von über drei Monaten“ dann besteht, wenn der Unionsbürger „für sich und seine Familienangehörigen über ausreichende Existenzmittel verfügt, so dass sie während ihres Aufenthalts keine Sozialhilfeleistungen des Aufnahmemitgliedstaats in Anspruch nehmen müssen“. Die Bestimmung lässt sich sinnvoll nur so verstehen, dass Sozialhilfeleistungen des Aufnahmemitgliedstaates selbst nicht die wirtschaftliche Basis sein dürfen, die die ausreichenden Existenzmittel zur Begründung des Aufenthaltsrechts darstellen. Denn dann wäre die Bestimmung selbst – nicht wie *M. Wathelet* meint das Diskriminierungsverbot des Art. 24 Richtlinie 2004/38/EG – widersprüchlich. Deshalb müssen bei Sozialhilfebezug diese Mittel nicht zur Begründung der Voraussetzungen für einen rechtmäßigen Aufenthalt herangezogen werden. Ein Mitgliedstaat darf in diesem Fall das Erlöschen des Aufenthaltsrechts feststellen. In diesem Fall entfaltet Art. 14 Abs. 3 Richtlinie 2004/38/EG seine Schutzwirkung, denn er verlangt, dass dies nicht

⁴⁷ EuGH 2013, ZESAR 2014, 36, Rs. C-140/12 (Brey); s. zu den unionsrechtlichen Fragen *F. Schreiber*, ZESAR 2014, 44 ff.

⁴⁸ Schlussanträge *M. Wathelet* vom 20.5.2014, Rs. C-333/13 (Dano) (Rn. 104 ff.); in diesem Sinne bereits *D. Thym*, NZS 2014, 81 (87).

automatisch erfolgen darf, so dass die Umstände des Einzelfalles berücksichtigt werden müssen. Daraus folgt aber gerade nicht, dass bereits der Sozialhilfebezug versagt werden müsste, um die Begründung eines rechtmäßigen Aufenthalts zu verhindern.

- 27 Versagt also die argumentative Begründung, dass de lege lata ein rechtmäßiger Aufenthalt als Voraussetzung der Grundsicherung geprüft werden muss, um widersprüchliche Ergebnisse zu vermeiden, bleibt von der Rs. Brey nur die Schlussfolgerung übrig, dass eine *Gesetzesänderung*, die für Unionsbürger die Rechtmäßigkeit des Aufenthalts zur Leistungsvoraussetzung erhebt, zumindest im Grundsatz keinen unionsrechtlichen Bedenken begegnet.

3. Hinreichender Integrationsgrad als Voraussetzung?

- 28 Die territoriale Anknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt nach § 30 SGB I ist auch nicht gleichzusetzen mit dem qualitativen Erfordernis eines hinreichenden Integrationsgrades. *D. Thym* hat jüngst nachzuweisen versucht, dass unionsrechtlich nichts gegen solche integrationsbezogenen Sozialleistungserfordernisse spreche.⁴⁹ Denn das primärrechtliche Differenzierungsverbot des Art. 18 AEUV und das Freizügigkeitsrecht des Art. 21 AEUV erlaube Ungleichbehandlungen, die die Mitgliedstaaten vor unangemessener Belastung ihrer Sozialsysteme schützten. Auch die sekundärrechtlichen Diskriminierungsverbote des Art. 4 VO (EG) 883/2004 und Art. 24 Abs. 1 RL 2004/38/EG seien daher nicht streng auszulegen. Denn andernfalls würden sie eine „sozialrechtliche Rückkoppelungsschleife“ auslösen, da nichterwerbstätige Unionsbürger das Diskriminierungsverbot des Art. 24 Abs. 1 RL 2004/38/EG „frei nach Münchhausen, als [den] Zopf“ nutzen könnten, mittels dessen sie sich „vor einem Verlust des Freizügigkeitsrechts infolge von Mittellosigkeit schützen“ könnten.⁵⁰
- 29 Die Argumentation von der allgemeinen zur spezielleren Norm scheint sowohl für die Unionsbürgerrichtlinie 2004/38/EG als auch erst recht für das Koordina-

⁴⁹ NZS 2014, 81; übrigens in bemerkenswertem Einklang mit GA *M. Wathelet*, Rs. C-333/13 (Dano) (Rn. 126 ff.), wobei das vorlegende Gericht angesichts der insoweit indifferenten deutschen Rechtslage nicht danach gefragt hatte, welche Anforderungen das Unionsrecht an eine mitgliedstaatliche Regelung stellen würde. Auch hier offenbart sich der auf das mitgliedstaatliche Recht zielende politisch-gestaltende Charakter der Schlussanträge.

⁵⁰ *D. Thym*, NZS 2014, 81, 87; insoweit also das gleiche – sachlich unzutreffende – Argument, wie in den Schlussanträgen GA *M. Wathelet*, Rs. C-333/13 (Dano) (Rn. 104 ff.), s. zuvor.

tionsrechtsregime der VO (EG) 883/2004 fragwürdig.⁵¹ Aber dies sei hier dahingestellt.

- 30 Jedenfalls für die Frage der Zugehörigkeit auf der Ebene des deutschen Sozialrechts ist nicht erkennbar, wie sich Zugangshürden in Form von bestimmten Integrationsgraden systematisch einfügen könnten. Dass die Leistungsaus-schlüsse für Ausländer im Recht der Grundsicherung als Konkretisierung des gewöhnlichen Aufenthalts zu verstehen sind, wurde dargelegt. Die Zweige der Sozialversicherung knüpfen in der Regel an den Arbeitnehmerstatus an. Die Leistungsberechtigung korrespondiert daher typischerweise mit der Beitrags-pflicht. Daher sind diese Systeme qualitativen Integrationserfordernissen nicht zugänglich.⁵² Die Kindergeldberechtigung folgt – alternativ zum gewöhnlichen Aufenthalt – der Einkommensteuernpflicht in der Bundesrepublik, hat also eben-falls eine rein formale Anknüpfung. Ergänzend sei darauf hingewiesen, dass die Annahme, soziale Rechte seien eine Folge der Staatsangehörigkeit,⁵³ sowohl traditionell auch gegenwärtig praktisch keine⁵⁴ positivrechtlichen Grundlage hat.
- 31 Integrationsbezogen lässt sich allein das Erfordernis vorangehender Erwerbstä-tigkeit deuten, das das BKG und BEEG für Ausländerinnen und Ausländer mit bestimmten Aufenthaltstiteln verlangt. Eben dies ist jedoch vom Bundesverfas-sungsgericht wegen Verstoßes gegen das grundgesetzliche Gleichbehand-lungsgebot für nichtig erklärt worden.⁵⁵

III. Fazit

- 32 Es ist nicht auszuschließen, dass solche Vorstöße eine Debatte darüber in Gang setzen, ob und wie Integrationsgrade als Voraussetzungen für Sozialleis-tungen eingeführt werden könnten. Bisher wurden aber weder vom Gesetzge-ber noch in der Diskussion tragfähige Vorschläge entwickelt. Dies ist womöglich

⁵¹ Zu Art. 4 VO (EG) 883/2004 s.o. Fn. 36.

⁵² Ein Aspekt, der sich im Übrigen auch beim koordinationsrechtlichen Diskriminierungsverbot des Art. 4 VO (EG) 883/2004 auswirkt.

⁵³ In diese Richtung s. etwa nur C. Walter, VVDStRL 72 (2013), 7 (25f.).

⁵⁴ Für das bayerische Landeserziehungsgeld, auf das C. Walter, VVDStRL 72 (2013), 7 (26) abstellt, ist in Rechnung zu stellen, dass die – verfassungswidrige – Anknüpfung an die deut-sche Staatsangehörigkeit gerade nicht „national“ – also auf Bayern – beschränkt ist. Generell akzeptiert das BVerfG sog. Landeskinderklauseln nur, wenn der Wohnsitz (sic!) tauglicher Anknüpfungspunkt für einen der Sachmaterie entsprechenden legitimen Grund darstellt (vgl. etwa BVerfGK 5, 205 [BNotarO] oder BVerfG, NJW 2013, 2498 [Bremer Studiengebühren]). Nur in § 8 BAFöG findet sich eine Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit, die freilich durch zahlreiche Ergänzungen praktisch überholt ist.

⁵⁵ BVerfGE 132, 72; s.o. Fn. 1.

kein Zufall, wenn sie von exkludierenden Ressentiments geleitet sind. Zielführend ist letztlich nur, bei den etablierten Strukturen des deutschen Sozialrechts anzusetzen und von ihnen aus weiterzudenken. Das bedeutet: Territorialität und die Beschränkung auf Personen mit gewöhnlichem Aufenthalt sind die Grundlage sozialer Zugehörigkeit. Weitere Anforderungen für Migrantinnen und Migranten sollten dies spezifizieren – nicht mehr und nicht weniger.