

## Freizügigkeit und Sozialstaat

Magdalena Pöschl\*

- I. Teilen unter Gleichen
  - A. Teilen mit fundamental Gleichen
  - B. Teilen mit funktional Gleichgestellten
  - C. Mechaniken des funktionalen Teilens
- II. Teilen, unionsrechtlich
  - A. Von der Marktbürgerin ...
  - B. ... zum Sozialbürger ...
    - 1. Erster Schritt: eine gewisse Solidarität für eine gewisse Integration
    - 2. Zweiter Schritt: eine gewisse Solidarität für eine ungewisse Integration
    - 3. Dritter Schritt: eine gewisse Solidarität für eine Integration, die letztlich leerläuft
  - C. ... und zurück zur Marktbürgerin?
- III. Teilen, verfassungsrechtlich
  - A. Abstrakt sind Unionsbürger gleich
  - B. Beim Teilen sind Staatsbürgerinnen fundamental gleich ...
  - C. ... und Heimatlose sind gleichzustellen
- IV. Teilen, gleichheitsdogmatisch
  - A. Fundamental Gleiche und funktional Gleichgestellte
  - B. Integration macht schrittweise und *prima facie* gleich
  - C. Die Rückseite beginnender Integration

Verwendete Literatur

**Zusammenfassung** Unter welchen Voraussetzungen eine Gemeinschaft Menschen in Not unterstützt, ist eine gleichheitsrechtliche Schlüsselfrage, schon weil Teilen unter Gleichen nach aller Erfahrung leichter fällt. Dass eigene Staatsangehörige in der Not zu versorgen sind, steht in den meisten Staaten außer Frage, ebenso, dass Fremde nicht ohne weiteres anspruchsberechtigt sind. Zäh gerungen wird hingegen darum, wieviel Solidarität Unionsbürgern gebührt. Der vorliegende Beitrag zeichnet die wechselvolle Entwicklung der einschlägigen Judikatur des EuGH nach, konfrontiert sie mit einem verfassungsrechtlichen Gegenbild und versucht die Vielfalt der dabei festgestellten Argumente gleichheitsdogmatisch zu rekonstruieren.

---

\* Univ.-Prof. Dr. *Magdalena Pöschl*, Institut für Staats- und Verwaltungsrecht, Juridicum, Universität Wien, Schottenbastei 10–16, 1010 Wien, Österreich, <magdalena.poeschl@univie.ac.at>.  
Für Recherchen und kritische Lektüre dieses Beitrags danke ich *Lorenz Dopplinger*, *Elke Haslinger*, *Lilo Martini*, *Herwig Mitter* sowie *Philipp Selim*.

**Abstract** Under which conditions a community supports people in need is a key question of equality. Sharing among equals is usually easy. In most countries citizens are taken care of when in need. Foreigners, in contrast, are not automatically entitled to benefits. With EU citizens, solidarity becomes controversial. This article deals with the dynamic development of the European Court of Justice case-law and contrasts it with a constitutional counter-image.

**Stichwörter** Ausländer; Diskriminierung; Einbürgerung; Freizügigkeit; Gleichheit; Indexierung; Integration; Marktbürger; Solidarität; Sozialbürger; Sozialhilfe; Staatsbürger; Unionsbürgerschaft.

**Normenverzeichnis** Art 8, Art 8a EGV; Art 18, Art 20, Art 21 AEUV; Art 6, Art 7, Art 14, Art 16, Art 17, Art 24 Unionsbürger-RL 2004/38/EG; Art 67 VO 883/2004/EG; Art 7 Abs 2 VO 492/2011/EG; Art 7 B-VG; Art I BVG Rassendiskriminierung; Art 4, Art 6 StGG.

## I. Teilen unter Gleichen

### A. Teilen mit fundamental Gleichen

Das Thema „Freizügigkeit und Sozialstaat“ führt gewissermaßen ins Herz einer Gemeinschaft, nämlich zur Frage, unter welchen Voraussetzungen Menschen bereit sind miteinander zu teilen. Nach allem, was wir wissen, fällt Teilen unter Gleichen leichter,<sup>1</sup> aus nachvollziehbaren Gründen. Es setzt zum einen das Vertrauen voraus, dass derjenige, dem man hilft, sich ebenso hilfsbereit erweisen würde, wenn man selbst in Not gerät. Zum anderen erfordert Teilen die Großzügigkeit, jemanden zu unterstützen, selbst wenn er keine Vorleistung erbracht hat und auch nicht zu erwarten ist, dass er je etwas Gleichartiges zurückgeben wird. Dieses Vertrauen und diese Großzügigkeit aufzubringen, fällt bei Menschen leichter, die uns ähnlich oder zumindest vertraut sind. Das wird etwa in der Familie greifbar: Ist diese kleine Gemeinschaft intakt, gelingt das Teilen relativ problemlos – ihre Gaben „bleiben in der Familie“, gerade so, als hätte man sie gar nicht aus der Hand gegeben.

Was die Familie im Kleinen, ist auf Staatsebene der Verband der Staatsangehörigen, und es ist vielleicht kein Zufall, dass viele Staaten eine allgemeine Gleichheitsgarantie nur den Staatsbürgern gewähren. Auch die österreichische Verfassung verspricht in Art 7 B-VG bloß: „Alle Staatsbürger sind vor dem Gesetz gleich.“<sup>2</sup> Dabei korrelieren die Voraussetzungen, unter denen man zum österreichischen Staatsbürger wird, erstaunlich mit den Bedingungen, die das Teilen allgemein erleichtern. Die Staatsbürgerschaft wird zunächst ohne weitere Voraussetzungen durch Abstammung

<sup>1</sup> MwN *Wiederin Ewald*, Sozialstaatlichkeit im Spannungsfeld von Eigenverantwortung und Fürsorge, VVDStRL 64 (2005) 53 (81 f); *Thym Daniel*, Migrationsfolgenrecht, VVDStRL 76 (2017) 169 (196).

<sup>2</sup> Daneben kennt die Verfassung zwar einen Gleichheitssatz für Ausländer, doch dieser ist außerhalb des B-VG placiert, nämlich im BVG zur Durchführung des Internationalen Übereinkommens über die Beseitigung aller Formen rassistischer Diskriminierung, BGBl 390/1973, und sein Art I ist so formuliert, dass man darin nur mit Mühe einen allgemeinen Gleichheitssatz erkennen kann, der zudem nur für Ausländer untereinander gilt, näher *Pöschl Magdalena*, Gleichheit vor dem Gesetz (2008) 423 ff, sowie unten III.A.

erworben, das sogenannte *ius sanguinis*.<sup>3</sup> An Nichtverwandte stellt das StbG hingegen sehr spezifische Anforderungen. Mittellose werden keinesfalls eingebürgert,<sup>4</sup> Vermögende problemlos<sup>5</sup> und von allen anderen wird erwartet, dass sie sich uns in einem ausgedehnten Akkulturationsprozess annähern. Sie müssen jahrelang im Inland niedergelassen sein,<sup>6</sup> also mit uns leben. Sie müssen unsere Sprache lernen,<sup>7</sup> unsere Werte teilen,<sup>8</sup> unsere politische Kultur und Geschichte kennen<sup>9</sup> und sich zu uns im wörtlichen Sinn „bekennen“<sup>10</sup> – nur wer sich der Gemeinschaft auf diese Weise angeglichen hat, ist so fundamental gleich, dass er in den Verband der Staatsbürger aufgenommen werden kann.

Diese fundamental Gleichen teilen nicht nur in Österreich miteinander drei zentrale Güter: Erstens genießen Staatsangehörige ein unbedingtes Recht auf Aufenthalt in ihrem Heimatstaat,<sup>11</sup> zweitens sind sie dort auf allen politischen Ebenen wahlberechtigt<sup>12</sup> und drittens haben sie ein Recht auf Solidarität.<sup>13</sup> Sie teilen miteinander also den Raum, die politische Macht und in der Not selbst ihre Habe.

## B. Teilen mit funktional Gleichgestellten

Über diese fundamental Gleichen hinaus mit anderen zu teilen, fällt Gemeinschaften auch nicht schwer, sofern es ihnen etwas bringt. So garantieren föderale Gebilde traditionell den Angehörigen aller Gliedstaaten Freizügigkeit und ein Recht, in jedem Gliedstaat wie Inländer behandelt zu werden.<sup>14</sup> Diese Gleichbehandlung geschieht

<sup>3</sup> § 7 Staatsbürgerschaftsgesetz 1985 (StbG), BGBl 311/1985 idF BGBl I 61/2018.

<sup>4</sup> § 10 Abs 1 Z 7 iVm § 10 Abs 5 StbG.

<sup>5</sup> Nach § 10 Abs 6 StbG kann die Staatsbürgerschaft „im besonderen Interesse der Republik“ unter erleichterten Voraussetzungen verliehen werden. Einem Kriterienkatalog des BMI zufolge ist dieses „besondere Interesse“ unter anderem gegeben bei Personen, die eine „hohe wirtschaftliche Leistungsfähigkeit“ oder „maßgebliche, insbesondere bereits getätigte Investitionen“ vorzuweisen haben (<bmi.gv.at/406/verleihung.aspx> [22.08.2019]).

<sup>6</sup> Bei sehr engem, meist durch Ehe mit einem Staatsbürger gestiftetem Bezug zu Österreich ist eine Einbürgerung bereits nach einem sechsjährigen Aufenthalt möglich (§ 11a Abs 1, 2, 6 StbG), sonst sind 10 Jahre erforderlich (§ 10 Abs 1 Z 1, § 11a Abs 7, § 14 Abs 1 Z 2 StbG). Ein Anspruch auf Einbürgerung entsteht erst nach 15 Jahren, und selbst das setzt den Nachweis nachhaltiger persönlicher und beruflicher Integration voraus (§ 12 Abs 1 Z 1 lit b StbG); ohne einen solchen Nachweis beträgt die Frist 30 Jahre (§ 12 Abs 1 Z 1 lit a StbG).

<sup>7</sup> § 10a Abs 1 Z 1 StbG.

<sup>8</sup> § 11 StbG.

<sup>9</sup> § 10a Abs 1 Z 2 und § 11 StbG.

<sup>10</sup> § 21 Abs 2 StbG.

<sup>11</sup> MwN *Schönberger Christoph*, Unionsbürger. Europas föderales Bürgerrecht in vergleichender Sicht (2005) 301 ff sowie Art 12 Abs 4 IPbpR und Art 3 4. ZPEMRK.

<sup>12</sup> Art 25 IPbpR, Art 3 1. ZPEMRK und speziell für Österreich Art 26 Abs 1, Art 60 Abs 1, Art 95 Abs 1, Art 117 Abs 2 B-VG.

<sup>13</sup> Siehe *Schönberger* (Fn 11) 364 f und speziell für Österreich § 4 Abs 1 Sozialhilfe-Grundsatzgesetz, BGBl I 41/2019, der einen Staatsbürgervorbehalt normiert und auch den Spielraum der Bundesländer einschränkt.

<sup>14</sup> Prototypisch Art 4 der nordamerikanischen Konföderationsartikel von 1777 und 1781 sowie das Schweizer Bürgerrecht von 1848, wobei Bedürftige zunächst noch ausgeschlossen waren, dazu *Schönberger* (Fn 11) 62 ff bzw 83 ff (insb 91 ff), zusammenfassend 122 f sowie 305 ff und 381 ff.

aber nicht, um der fundamentalen Gleichheit der betroffenen Personen Rechnung zu tragen, sie dient also keinem internen Zweck.<sup>15</sup> Die Gleichstellung der Nichtstaatsbürger soll vielmehr ein von der Gleichheit verschiedenes, also externes Ziel realisieren: Sie macht die Staatsgrenzen durchlässig und schafft damit einen größeren Raum, in dem nicht fundamental Gleiche, sondern funktional Gleichgestellte ökonomisch interagieren, dh ihre Habe tauschen, und gegebenenfalls auch politisch kooperieren, also ihre Macht ausbauen.

### C. Mechaniken des funktionalen Teilens

Wie das Teilen in solchen Zweckgemeinschaften funktioniert und wo es an seine Grenzen stößt, zeigt die österreichisch-ungarische Monarchie anschaulich. Das Staatsgrundgesetz über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger 1867 (StGG) erklärte die Angehörigen aller „im Reichsrathe vertretenen Königreiche und Länder“ zu österreichischen Staatsbürgern<sup>16</sup> und sicherte ihnen in der gesamten Monarchie Freizügigkeit zu. Sie hatten das Recht, sich an jedem Ort der Monarchie niederzulassen<sup>17</sup> und überall jeden Erwerbszweig auszuüben<sup>18</sup> – letzteres zwar nur „unter den gesetzlichen Bedingungen“, diese galten aber für die Angehörigen des Aufenthaltsstaates gleich wie für die Angehörigen aller anderen Gliedstaaten.<sup>19</sup> Wesentlich schwerer als beim Raum fiel das Teilen hingegen bei der politischen Macht: Art 4 Abs 2 StGG sah zwar vor, dass ein Staatsbürger, der sich in einer anderen Gemeinde niederlässt und dort Steuern entrichtet, ein Wahlrecht zur Gemeindevertretung „unter denselben Bedingungen“ hat wie die Gemeindeangehörigen. Dieses gleiche Kommunalwahlrecht stieß aber schon bei der Beratung des StGG auf beträchtlichen Widerstand und war auch in der Folge nur mit Mühen durchzusetzen.<sup>20</sup> Keinerlei Bereitschaft gab es schließlich in der Monarchie, mit Binnenmigranten in der Not zu teilen: Wer mittellos war, hatte Solidarität ausschließlich in seiner Heimatgemeinde, also von Seinesgleichen, zu erwarten, an keinem Ort der Monarchie sonst.<sup>21</sup> Dieses sogenannte Heimatprinzip rechnete mit sesshaften Gesellschaften und wurde daher zum Problem, als mit der Industrialisierung immer mehr Menschen aus ärmeren Regionen der Monarchie in die verheißungsvollen Industriestädte wanderten. Als Arbeitskräfte waren sie dort sehr willkommen, doch sobald sie arbeitslos, krank oder alt wurden und sich nicht mehr selbst versorgen konnten, schickte man sie zurück in ihre Heimat-

<sup>15</sup> Zur Unterscheidung zwischen internen und externen Zwecken in der Gleichheitsdogmatik grundlegend *Huster Stefan*, Rechte und Ziele. Zur Dogmatik des allgemeinen Gleichheitssatzes (1993) 165 ff.

<sup>16</sup> Art 1 StGG.

<sup>17</sup> Art 4 Abs 1, Art 6 1. Tatbestand StGG.

<sup>18</sup> Art 6 3. Tatbestand StGG.

<sup>19</sup> *Bezemek Christoph*, Die Erwerbsfreiheit im StGG – Schutzgegenstand und Stellung, JBl 2014, 477 (484 f).

<sup>20</sup> Näher *Pöschl Magdalena*, Die Dogmatik des Staatsgrundgesetzes, in Merli Franz/Pöschl Magdalena/Wiederin Ewald (Hg), 150 Jahre Staatsgrundgesetz (2018) 33 (49 ff).

<sup>21</sup> *Reiter Ilse*, Ausgewiesen, abgeschoben. Eine Geschichte des Ausweisungsrechts in Österreich vom ausgehenden 18. bis ins 20. Jahrhundert (2000) 27 ff.

gemeinde – selbst nach jahrzehntelangem Aufenthalt.<sup>22</sup> Das war nicht nur bitter für die Betroffenen, die ihrer Herkunftsgemeinde oft schon völlig entfremdet waren; es führte auch dazu, dass arme Regionen von den reichen Städten ausgebeutet wurden und das soziale Gefälle innerhalb der Monarchie weiter stieg.<sup>23</sup>

Das Gegenmodell zum Heimatprinzip ist das Wohnsitzprinzip, zu dem etwa Deutschland schon im 19. Jahrhundert übergegangen ist:<sup>24</sup> Danach obliegt die Versorgung Bedürftiger nicht der Heimatgemeinde, sondern jener Gemeinde (bzw. höheren föderalen Ebene), in der die bedürftige Person eben lebt. Frei von Problemen ist freilich auch dieses Modell nicht. Während das Heimatprinzip die Freizügigkeit mit dem Verlust sozialer Sicherheit bestraft und daher hemmt, kann das Wohnsitzprinzip Wanderungen fördern. Vor allem bei einem starken Wohlfahrtsgefälle zwischen den Gliedstaaten wird eine Migration mittelloser Menschen in wohlhabende Gliedstaaten befürchtet, die diese Staaten überfordern kann, solange die Kosten weder von der Zentralebene getragen noch durch einen zwischenstaatlichen Ausgleich geteilt werden.<sup>25</sup> Fehlen solche Ausgleichsinstrumente, verbindet sich das Wohnsitzprinzip daher idR mit einer strikten Gebietskontrolle: Zugang zum Hoheitsgebiet und ein Recht sich dort aufzuhalten, erhält nur, wer sich selbst versorgen kann und der Gemeinschaft nicht zur Last fällt.<sup>26</sup> Das Wohnsitzprinzip ist dann um nichts gnädiger als das Herkunftsprinzip; es schützt die Solidargemeinschaft vor Überlastungen nur nicht direkt, indem es Migrantinnen von sozialrechtlichen Ansprüchen ausschließt, sondern indirekt, indem es mittellose Migranten des Landes verweist. Wie man es dreht und wendet: In der Not zu teilen, fällt nicht nur schwer, wenn Menschen zu verschieden sind, sondern offensichtlich auch, wenn sich Gliedstaaten ökonomisch zu stark unterscheiden.

Ein besonders reizvolles Beispiel für das Teilen in Gemeinschaften ist die EU, weil sie sich von einer Wirtschaftsgemeinschaft zu einer politischen Union entwickelt, mit der Osterweiterung aber auch beträchtlich an Diversität gewonnen hat. Man teilt miteinander den Raum dank der Freizügigkeit und die politische Macht immerhin auf kommunaler Ebene. Doch seit geraumer Zeit ringt die Union mit der Frage, wieviel Solidarität sie ihren Mitgliedstaaten abverlangen, ob sie dem Heimat- oder Wohnsitzprinzip folgen, vor allem aber, wie sie die Unionsbürger bewerten soll: Sind sie nur funktional oder womöglich doch fundamental gleich? Die komplizierte Entwicklung dieses Ringens soll im Folgenden skizziert (II.), sodann mit einem verblüffend einfachen verfassungsrechtlichen Gegenbild konfrontiert (III.) und schließlich gleichheitsdogmatisch rekonstruiert werden (IV.).

<sup>22</sup> So bereits die zeitgenössische Kritik: *Reiter* (Fn 21) 44 ff, 766 ff.

<sup>23</sup> Vgl. *Reiter* (Fn 21) 770.

<sup>24</sup> *Schönberger* (Fn 11) 104 ff, 351; *Kingreen Thorsten*, Sozialrechtliche Heimat – Soziale Rechte auf und im Aufenthalt, in Rolf Christian (Red), *Migration und Sozialstaat*. Sozialrechtslehrtagung 2018 (2018) 39 (41 ff).

<sup>25</sup> Zu den möglichen Modellen *Schönberger* (Fn 11) 355 ff.

<sup>26</sup> *Kingreen* (Fn 24) 45.

## II. Teilen, unionsrechtlich

### A. Von der Marktbürgerin ...

Keine besonderen Probleme bereiten der Union seit jeher Erwerbstätige und ihre Familien. Schon die Europäische Gemeinschaft (EG) gewährte ihnen neben Freizügigkeit im Gemeinschaftsraum alle sozialen Begleitrechte,<sup>27</sup> aus gutem Grund: Die Freizügigkeit dieser Personen war ökonomisch erwünscht, wäre aber spürbar gehemmt, wenn ein Wohnsitzwechsel den Verlust sozialer Rechte zur Folge hätte. Da Erwerbstätige durch ihr Einkommen zu den Systemen der sozialen Sicherheit beitragen, liegt zudem auf der Hand, dass sie im Gegenzug aus diesen Systemen entsprechende Leistungen erhalten müssen. Als Steuerzahler und Konsumenten heben sie ferner den Wohlstand der Aufnahmegesellschaft, sodass es ohne weiteres gerechtfertigt ist, sie auch durch beitragsfreie Sozialleistungen in Notlagen zu unterstützen.

In scharfem Gegensatz zu dieser sozialrechtlichen Vollintegration schloss die EG Nichterwerbstätige und deren Familien von sozialen Rechten völlig aus.<sup>28</sup> Beitragsgebundene Sozialleistungen kamen für diese Personen voraussetzungsgemäß nicht in Frage. Aber auch beitragsfreie Sozialleistungen wurden ihnen verwehrt, in der Annahme, sie würden zum ökonomischen Wohl der Aufnahmegesellschaft zu wenig beitragen. Freizügigkeit gestand die EG diesen Personen daher nur zu, wenn sie über ausreichende Unterhaltsmittel und eine Krankenversicherung verfügten, sodass sie nicht auf die Unterstützung des Aufenthaltsstaates angewiesen waren. Ging ihre Existenzsicherung verloren, endete auch ihr Aufenthaltsrecht, und sie mussten – nicht anders als die Binnenmigranten der Monarchie – in ihren Heimatstaat zurückkehren und gegebenenfalls dort um Unterstützung ersuchen.

Dieser Dualismus von Erwerbstätigen und Nichterwerbstätigen lag in einer Wirtschaftsgemeinschaft nahe: Er fördert mit dem Wohnsitzprinzip die erwünschte Freizügigkeit der Erwerbstätigen, die sich umstandslos als Quasi-Gleiche interpretieren lassen<sup>29</sup> – immerhin sind sie über den Arbeitsmarkt in die Aufnahmegesellschaft integriert, also zwar keine Staats-, aber doch Marktbürger. Zugleich wird mit dem Heimatprinzip die unerwünschte Freizügigkeit der Mittellosen gebremst, die die Auf-

---

<sup>27</sup> Siehe die in Art 48 EWGV garantierte Arbeitnehmerfreizügigkeit sowie Art 7 Abs 2 VO 1612/68/EWG des Rates vom 15.10.1968 über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Gemeinschaft, ABI 1968 L 257/2; VO 1408/71/EWG des Rates vom 14.06.1971 über die Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer und Selbständige sowie deren Familienangehörige, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern, ABI 1971 L 149/2; VO 1390/81/EWG des Rates vom 12.05.1981 zur Ausdehnung der Verordnung (EWG) 1408/71 zur Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer und deren Familien, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern, auf die Selbständigen und ihre Familienangehörigen, ABI 1981 L 143/1.

<sup>28</sup> Siehe die drei Nichterwerbstätigen-RL: Art 1 Abs 1 RL 90/364/EWG des Rates vom 28.06.1990 über das Aufenthaltsrecht, ABI 1990 L 180/26; Art 1 Abs 1 RL 90/365/EWG des Rates vom 28.06.1990 über das Aufenthaltsrecht der aus dem Erwerbsleben ausgeschiedenen Arbeitnehmer und selbständig Erwerbstätigen, ABI 1990 L 180/28; Art 1 RL 90/366/EWG des Rates vom 28.06.1990 über das Aufenthaltsrecht der Studenten, ABI 1990 L 180/30 bzw Art 1 RL 93/96/EWG des Rates vom 29.10.1993, ABI 1993 L 317/59. Dazu *Schönberger* (Fn 11) 335 ff.

<sup>29</sup> Siehe auch *Haltern Ulrich*, Europarecht. Dogmatik im Kontext. II: Rule of Law – Verbunddogmatik – Grundrechte<sup>3</sup> (2017) Rz 2044.

nahmegesellschaft von vornherein als Fremde empfinden wird, getreu dem Diktum *Hans Magnus Enzensbergers*: Fremde erscheinen uns umso fremder, je ärmer sie sind.<sup>30</sup>

In diese Trennung zwischen Marktbürgern und Nichterwerbstätigen brachte der Vertrag von Maastricht 1993 eine gewisse Unruhe: Er führte in Art 8 EG-Vertrag (EGV) eine Unionsbürgerschaft ein, die die Angehörigen der Mitgliedstaaten unabhängig von ihrer ökonomischen Potenz verband. Folgerichtig garantierte Art 8a EGV *allen* Unionsbürgern Freizügigkeit – dies zwar nur „vorbehaltlich der in diesem Vertrag und in den Durchführungsvorschriften vorgesehenen Beschränkungen und Bedingungen“, sodass *prima vista* alles beim Alten blieb, insbesondere die sekundärrechtliche Freizügigkeitsbremse für Nichterwerbstätige. Symbolisch versprach das bedeutungsschwere Konzept der Unionsbürgerschaft jedoch mehr, und Art 8a EGV nährte diese Verheißung auch rechtlich, indem er die primärrechtliche Freizügigkeit mit dem Sekundärrecht verklammerte: Mochte das Sekundärrecht diese Freizügigkeit auch weiterhin ausgestalten, so wurde nun doch denkbar, dass die Freizügigkeit als Kern der Unionsbürgerschaft ihrerseits die sekundärrechtlichen Beschränkungen begrenzt.<sup>31</sup>

Diese Beschränkungen zu hinterfragen, lag auch nahe, weil die tradierte Grenze zwischen Erwerbstätigen und Nichterwerbstätigen zwar theoretisch scharf verläuft, aber umso brüchiger wird, je näher man die Lebenswelt der Betroffenen in den Blick nimmt. Zunächst ist schon wenig plausibel, dass Nichterwerbstätige, die jahrzehntelang in einem anderen Mitgliedstaat leben, ihr Aufenthaltsrecht bereits verlieren, wenn sie, womöglich bloß vorübergehend, in Not geraten.<sup>32</sup> Diese Härte wurde schon in der österreichisch-ungarischen Monarchie als stoßend empfunden. Aus gutem Grund bewahrte der EGMR denn auch integrierte Fremde zunehmend vor Ausweisungen<sup>33</sup> – wie konnte ein solcher Schutz dann für integrierte Unionsbürger innerhalb der Union fehlen? Gegen den harschen Umgang des Sekundärrechts mit Nichterwerbstätigen sprach zudem, dass er auf einem unterkomplexen Dualismus basiert. Die Welt besteht nicht nur aus Erwerbstätigen und Nichterwerbstätigen, sondern auch aus Menschen, die am Weg von der einen in die andere Gruppe sind, zum einen Arbeitssuchende und

---

<sup>30</sup> *Enzensberger Hans Magnus*, Die große Wanderung. Dreiunddreißig Markierungen. Mit einer Fußnote ›Über einige Besonderheiten bei der Menschenjagd‹ (1992) 37.

<sup>31</sup> Zu dieser Sichtweise und zu möglichen Gegenargumenten *Schönberger* (Fn 11) 323 f, 339 ff; zur nachfolgenden Rechtsprechung des EuGH und den Problemen, die dieses Zusammenspiel von Primär- und Sekundärrecht verursacht, zB *Haltern* (Fn 29) Rz 1996, 2016 f; für eine primärrechtskonforme Auslegung des Sekundärrechts zB *Steiger Dominik*, Freizügigkeit in der EU und Einschränkungen von Sozialleistungen für EU-Ausländer – Vom Verlust der richtigen Balance zwischen den Interessen der Mitgliedstaaten und den Rechten des Einzelnen sowie der Notwendigkeit einer primärrechtskonformen Auslegung der Freizügigkeitsrichtlinie, EuR 2018, 304 (332 ff).

<sup>32</sup> *Schönberger* (Fn 11) 343, 350.

<sup>33</sup> Siehe zu dieser Judikatur, die mit dem Urteil EGMR 21.06.1988, 10730/84 (Berrehab/NL) Rz 22 ff einsetzt, zB *Thym Daniel*, Menschenrecht auf Legalisierung des Aufenthalts? Rechtsprechung des EGMR zum Schutz des Privat- und Familienlebens nach Art. 8 EMRK und deren Verhältnis zum nationalen Ausländerrecht, EuGRZ 2006, 541, und aus der neueren Judikatur exemplarisch EGMR (GK) 18.10.2006, 46410/99 (Üner/NL) Rz 57 ff; 23.06.2008, 1638/03 (Maslov/AT) Rz 71 ff; 16.04.2013, 12020/09 (Udeh/CH) Rz 44 ff.

Studierende: Sie sind zwar *noch nicht*, aber doch potentiell erwerbstätig.<sup>34</sup> Zum anderen dehnt das Unionsrecht die Erwerbstätigeneigenschaft auch in die Gegenrichtung aus: Wer wegen Krankheit, Arbeitslosigkeit oder Alter *nicht mehr* erwerbstätig ist, wird rechtlich weiterhin behandelt als wäre er erwerbstätig,<sup>35</sup> zumindest für eine gewisse Zeit,<sup>36</sup> oft aber auch auf Dauer.<sup>37</sup> Selbst wenn man diese Zwischenformen als Randphänomene beiseiteschiebt, kommt man schwer darüber hinweg, dass auch die „echte“ Erwerbstätigkeit skalierbar ist: Man kann vollzeitbeschäftigt sein, aber ebenso nur eine Stunde pro Woche arbeiten, letztlich also erwerbstätig und nicht erwerbstätig zugleich sein. Nur der rechtlich vorgegebene Dualismus – erwerbstätig/nicht erwerbstätig – zwingt zu einer eindeutigen Zuordnung, die der EuGH ebenfalls weitherzig vornimmt. Er lässt als Erwerbstätigkeit schon Beschäftigungen gelten, die nicht ganz untergeordnet sind;<sup>38</sup> dafür genügen wenige Stunden pro Woche.<sup>39</sup> Auch dass eine Arbeit nur mit Naturalleistung entlohnt wird, schadet dem Erwerbstätigenstatus nicht.<sup>40</sup> Bei Selbständigen genügt schon eine Tätigkeit mit Gegenleistung; folglich gelten sie sogar als erwerbstätig, wenn ihre Tätigkeit keinerlei Gewinn erzielt.<sup>41</sup> Eine Erwerbstätigkeit muss nach all dem die Kosten für den Lebensunterhalt keineswegs decken, sodass ein Anspruch auf Sozialhilfe entstehen kann. Wer diese Leistung bezieht, ist in keiner grundsätzlich anderen Lage als ein Studierender, der Gelegenheitsarbeiten verrichtet, aber als Nichterwerbstätiger gilt und daher keine Sozialhilfe erhält.<sup>42</sup> Je genauer man hinsieht, desto fließender werden also die Grenzen

<sup>34</sup> Siehe auch *Haltern* (Fn 29) Rz 2042. Dementsprechend leitete der EuGH schon früh aus der Arbeitnehmerfreizügigkeit ab, dass Arbeitssuchenden für zumindest sechs Monate ein Aufenthaltsrecht in den Mitgliedstaaten zukommt und sie auch danach nicht ausgewiesen werden dürfen, wenn sie weiterhin mit begründeter Erfolgsaussicht Arbeit suchen: EuGH 26.02.1991 Rs C-292/89 (Antonissen) EU:C:1991:80 Rz 22; 26.05.1993 Rs C-171/91 (Tsiotras) EU:C:1993:215 Rz 13; siehe nun auch Art 45 Abs 3 lit c AEUV sowie Art 14 Abs 4 lit b RL 2004/38/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29.04.2004 über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten, zur Änderung der Verordnung (EWG) Nr. 1612/68 und zur Aufhebung der Richtlinien 64/221/EWG, 68/360/EWG, 72/194/EWG, 73/148/EWG, 75/34/EWG, 75/35/EWG, 90/364/EWG, 90/365/EWG und 93/96/EWG, ABl 2004 L 158/77 (Unionsbürger-RL).

<sup>35</sup> Siehe schon EuGH 21.06.1988 Rs C-39/86 (Lair) EU:C:1988:322 Rz 31 ff; 12.05.1998 Rs C-85/96 (Martinez Sala) EU:C:1998:217 Rz 32.

<sup>36</sup> Nach Art 7 Abs 3 Unionsbürger-RL bleibt die Erwerbstätigeneigenschaft bei vorübergehender Arbeitsunfähigkeit aufrecht (lit a); außerdem für mindestens sechs Monate, wenn jemand nach weniger als einjähriger Beschäftigung unfreiwillig seine Arbeit verloren hat und dem Arbeitsamt zur Verfügung steht (lit c).

<sup>37</sup> So dürfen Arbeitnehmer unter bestimmten Voraussetzungen nach Beendigung einer Beschäftigung im Mitgliedstaat bleiben (Art 45 Abs 3 lit d AEUV und Art 17 Abs 1 Unionsbürger-RL), nach Art 7 Abs 3 Unionsbürger-RL bleibt außerdem die Erwerbstätigeneigenschaft aufrecht, wenn jemand nach mehr als einjähriger Beschäftigung unfreiwillig arbeitslos wird und dem Arbeitsamt zur Verfügung steht (lit b) oder wenn er eine Beschäftigung freiwillig beendet und eine Berufsausbildung beginnt, die mit der früheren beruflichen Tätigkeit zusammenhängt (lit d).

<sup>38</sup> ZB EuGH 04.06.2009 verb Rs C-22/08 und C-23/08 (Vatsouras und Koupatantze) EU:C:2009:344 Rz 26.

<sup>39</sup> ZB EuGH 14.12.1995 Rs C-444/93 (Megner und Scheffel) EU:C:1995:442 Rz 18; 04.02.2010 Rs C-14/09 (Genc) EU:C:2010:57 Rz 19 ff.

<sup>40</sup> ZB EuGH (GK) 07.09.2004 Rs C-456/02 (Trojani) EU:C:2004:488 Rz 20 ff.

<sup>41</sup> ZB EuGH (GK) 23.02.2016 Rs C-179/14 (Kommission/HU) EU:C:2016:108 Rz 154.

<sup>42</sup> Siehe schon *Schönberger* (Fn 11) 341 f.



zwischen Erwerbstätigkeit und Nichterwerbstätigkeit im Tatsächlichen; der schroffe rechtliche Gegensatz zwischen sozialrechtlicher Vollintegration und Totalausschluss will dazu nicht recht passen.

## B. ... zum Sozialbürger

### 1. Erster Schritt: eine gewisse Solidarität für eine gewisse Integration

Die beschriebene Kluft zwischen fließenden faktischen Phänomenen und weit auseinander liegenden Rechtsfolgen kann grundsätzlich in zwei Richtungen entschärft werden: Entweder man fasst die Erwerbstätigeneigenschaft schärfer<sup>43</sup> oder man weicht den sozialrechtlichen Totalausschluss Nichterwerbstätiger auf. Im Angesicht der neu geschaffenen Unionsbürgerschaft entschied sich der EuGH für den zweiten Weg und stellte der etablierten Marktbürgerin als jüngeres Geschwisterkind den Sozialbürger zur Seite. Als Fallmaterial bot sich dafür das Weichbild der Erwerbstätigen an, also Unionsbürger, deren Erwerbsstatus entweder unklar war oder die als Studierende oder Arbeitssuchende auf dem Weg zur Erwerbstätigkeit waren. Der rechtliche Hebel für ihre Sozialintegration war die Unionsbürgerschaft: Aus diesem „grundlegenden Status“ leitete der EuGH teils iVm der allgemeinen Freizügigkeit ab, dass ein Unionsbürger, der sich rechtmäßig in einem anderen Mitgliedstaat aufhält, im Anwendungsbereich der Verträge grundsätzlich gleich zu behandeln ist wie Inländer und daher wie diese Anspruch auf Sozialleistungen hat.<sup>44</sup> Das verschaffte der Spanierin *María Martínez Sala* in Deutschland einen Anspruch auf Erziehungsgeld und brachte den Franzosen *Rudy Grzelczyk* und *Michel Trojani* in Belgien Sozialhilfe. Alle drei Personen verband zunächst ihr unklarer Erwerbsstatus: *Martínez Sala* war zwar lange erwerbstätig, doch dies lag viele Jahre zurück, der Student *Grzelczyk* hatte sich bis zum vorletzten Semester seines Studiums mit Gelegenheitsarbeiten durchgebracht, und *Trojani* wurde zu seiner beruflichen und gesellschaftlichen Eingliederung in ein Heim der Heilsarmee aufgenommen, in dem er verschiedene Leistungen gegen Unterkunft und Taschengeld erbrachte.<sup>45</sup> Alle drei waren in Not geraten und ersuchten um Sozialhilfe, allerdings vergeblich: *Martínez Sala* bat um Erziehungsgeld für ihr neugeborenes Kind, *Grzelczyk* um Unterstützung für sein lernintensives letztes Studienjahr und *Trojani* benötigte einen Zuschuss, um dem Heim der Heilsarmee einen Wohnbeitrag zu leisten. Der EuGH überließ es den nationalen Gerichten zu beurteilen, ob die drei Personen als Erwerbstätige anzusehen seien; falls ja, hätte ihnen das Sekundärrecht einen Anspruch auf die begehrte Sozialleistung verschafft. Falls nein, spannte der EuGH für sie ein primärrechtliches Netz: Zwar hätten *Martínez Sala* und *Trojani* mangels ausreichender Existenzmittel kein gemeinschaftsrechtliches Aufenthaltsrecht; ihr Aufenthalt sei aber nach nationalem Recht erlaubt. Als Unionsbürger dürften sie

<sup>43</sup> Dafür plädieren zB *Schönberger* (Fn 11) 425; *Rebhahn Robert*, Soll und kann die Arbeitnehmerfreizügigkeit beschränkt werden? (2017) 54 ff.

<sup>44</sup> EuGH 12.05.1998 Rs C-85/96 (*Martínez Sala*) Rz 62 ff; 20.09.2001 Rs C-184/99 (*Grzelczyk*) EU:C:2001:458 Rz 27 ff; 07.09.2004 Rs C-456/02 (*Trojani*) Rz 31 ff.

<sup>45</sup> EuGH 12.05.1998 Rs C-85/96 (*Martínez Sala*) Rz 13 ff; 20.09.2001 Rs C-184/99 (*Grzelczyk*) Rz 10 ff; 07.09.2004 Rs C-456/02 (*Trojani*) Rz 9 ff.

daher im sachlichen Anwendungsbereich des Vertrages nicht aufgrund ihrer Staatsangehörigkeit diskriminiert werden; dies gelte auch für den Bezug von Sozialhilfe.<sup>46</sup> Im Anwendungsbereich des Vertrages lag auch die Ausübung der im EGV garantierten Freizügigkeit, die *Grzelczyk* ebenfalls ein Recht auf Gleichbehandlung verschaffte.<sup>47</sup> In der Sache erstreckte der EuGH damit das Wohnsitzprinzip auf nichterwerbstätige Unionsbürger – leben sie rechtmäßig in einem Mitgliedstaat, muss dieser sie auch versorgen. Im Fall *Grzelczyk* verengte der EuGH aber zugleich das aufenthaltsrechtliche Ventil des Wohnsitzprinzips: Es sei zwar nicht ausgeschlossen, dass ein Mitgliedstaat nichterwerbstätige Sozialhilfeempfänger ausweist; die Ausweisung dürfe aber nicht die automatische Folge eines Sozialhilfebezuges sein.<sup>48</sup> Nach der 6. Begründungserwägung der Studenten-Richtlinie dürfe ein Aufenthaltsberechtigter die öffentlichen Finanzen des Aufnahmemitgliedstaates nämlich nur nicht „über Gebühr“ belasten, woraus umgekehrt folge: Eine gewisse finanzielle Solidarität mit den Angehörigen anderer Mitgliedstaaten werde erwartet, insbesondere, wenn deren Schwierigkeiten nur vorübergehend seien.<sup>49</sup> Im Gegenzug formulierte der EuGH im Fall *Trojani* eine wichtige Bedingung für den Gleichheitsanspruch: Er entstehe bei einem wirtschaftlich inaktiven Unionsbürger erst, wenn dieser sich im Aufenthaltsstaat „für eine bestimmte Dauer“ rechtmäßig aufgehalten hat,<sup>50</sup> dh wenn er ein Stück weit in die Aufnahmegesellschaft integriert ist.

Diese Judikatur des EuGH ist methodisch kühn, und sie greift mit der primärrechtlich garantierten Unionsbürgerschaft zu einem recht groben Instrument, um die fein ziselierten Unterscheidungen des Sekundärrechts aufzubrechen. Die Bereitschaft des EuGH, hier mithilfe des Primärrechts über das Sekundärrecht hinauszugehen, mag freilich auch an den spezifischen Fallkonstellationen gelegen sein:<sup>51</sup> *Martínez Sala* lebte schon seit ihrem 12. Lebensjahr in Deutschland, war also fest integriert und benötigte die finanzielle Unterstützung für ihr Kind. Der Student *Grzelczyk* hatte den Großteil seines Studiums durch eigene Arbeit finanziert und war nur in den letzten Monaten auf staatliche Hilfe angewiesen. *Trojani* schließlich schien ein wenig mit dem Leben zu kämpfen, war nun aber auf einem guten Weg und benötigte dafür etwas Unterstützung: Dass der EuGH ihnen Sozialhilfe verschaffte, war vom Ergebnis her nicht stoßend. Rechtspolitisch kann man der Judikatur zudem zugutehalten, dass sie die offenen Flanken des strikten Codes erwerbstätig/nicht erwerbstätig milderte: Erstens bremste der EuGH die Aufenthaltsbeendigung mittelloser Nichterwerbstätiger, die nach langem Aufenthalt tatsächlich unvertretbar ist. Zweitens generierte er für Migranten im Weichbild der Erwerbstätigkeit einen Sozialschutz zwischen Vollintegration und Totalausschluss: Ihnen gebühre eine „gewisse Solidarität“, für die

<sup>46</sup> EuGH 12.05.1998 Rs C-85/96 (*Martínez Sala*) Rz 60 ff; 07.09.2004 Rs C-456/02 (*Trojani*) Rz 36 ff.

<sup>47</sup> EuGH 20.09.2001 Rs C-184/99 (*Grzelczyk*) Rz 33 ff.

<sup>48</sup> EuGH 20.09.2001 Rs C-184/99 (*Grzelczyk*) Rz 43.

<sup>49</sup> EuGH 20.09.2001 Rs C-184/99 (*Grzelczyk*) Rz 44.

<sup>50</sup> EuGH 07.09.2004 Rs C-456/02 (*Trojani*) Rz 43.

<sup>51</sup> In diesem Sinn schon *Davies Gareth*, Has the Court changed, or have the cases? The deservingness of litigants as an element in Court of Justice citizenship adjudication, *Journal of European Public Policy* 25 (2018) 1442 (1447): „the Court will stretch the law when the claimant has a meritorious case.“

einerseits eine Aufenthaltserlaubnis<sup>52</sup> und eine bestimmte Aufenthaltsdauer<sup>53</sup> genügt, die aber andererseits bloß begrenzte Leistungen bringt.<sup>54</sup> Auf eine einfache Formel gebracht, lautete die Judikatur also: Eine gewisse gesellschaftliche Integration macht Unionsbürger zwar nicht zu Gleichen, aber doch zu Ähnlichen, denen eine gewisse Solidarität gebührt.

## 2. Zweiter Schritt: eine gewisse Solidarität für eine ungewisse Integration

Die beschriebene Judikatur wurde zwar rechtsdogmatisch oft kritisiert,<sup>55</sup> gemessen daran aber in der Unionsbürger-Richtlinie 2004<sup>56</sup> verblüffend weitreichend rezipiert. Diese Richtlinie behält die Trennung zwischen Erwerbstätigen und Nichterwerbstätigen bei, erkennt letzteren aber abhängig von Aufenthaltsdauer und -grund dreifach gestufte Rechte zu:

Zunächst bricht die Richtlinie der vormaligen Rechtslage die Spitzen ab: Nichterwerbstätige erhalten nach einem ununterbrochenen fünfjährigen rechtmäßigen Aufenthalt ein bedingungsloses Daueraufenthaltsrecht (Art 16), sind ab dann also vor Ausweisungen wegen Mittellosigkeit geschützt. Zugleich müssen diese Unionsbürger im Anwendungsbereich des Vertrages wie Inländer behandelt werden (Art 24 Abs 1) und erhalten so auch Zugang zu Sozialhilfe und zu Studienbeihilfe (Art 24 Abs 2). In der Sache greift die Richtlinie damit das Motto der Vorjudikatur – eine gewisse Integration bringt eine gewisse Solidarität – auf und bringt es zu Ende: Sie kreierte einen echten Sozialbürger, freilich erst nach einer fest bestimmten Aufenthaltsdauer, die eine echte gesellschaftliche Integration verspricht. Diese Integration suppliert jene ökonomische Nützlichkeit, die Erwerbstätigen eine Solidarität vom ersten Aufenthaltstag an verschafft.

Genau umgekehrt regelt die Richtlinie die ersten drei Aufenthaltsmonate. Für diese Zeit genießen Unionsbürger zwar auch ein bedingungsloses Aufenthaltsrecht (Art 6), im Gegenzug sind sie aber vom Recht auf Gleichbehandlung und folglich auch von Sozialhilfe gänzlich ausgeschlossen (Art 24 Abs 2), was konsequent ist: Da das kurz-

<sup>52</sup> Sei es mitgliedstaatlich wie bei *Martínez Sala und Trojani*, sei es gemeinschaftsrechtlich wie bei *Grzelczyk*.

<sup>53</sup> EuGH 07.09.2004 Rs C-456/02 (*Trojani*) Rz 43.

<sup>54</sup> EuGH 20.09.2001 Rs C-184/99 (*Grzelczyk*) Rz 44: „insbesondere, wenn die Schwierigkeiten, auf die der Aufenthaltsberechtigte stößt, nur vorübergehender Natur sind“.

<sup>55</sup> Dabei hielt die Kritik weit über den Zeitpunkt der Erlassung der Unionsbürger-RL hinaus an, siehe zB *Hailbronner Kay*, Die Unionsbürgerschaft und das Ende rationaler Jurisprudenz durch den EuGH?, NJW 2004, 2184; *ders.*, Unionsbürgerschaft und Zugang zu den Sozialsystemen, JZ 2005, 1138 (1139 ff); *Schönberger* (Fn 11) 345 ff; *Calliess Christian*, Der Unionsbürger: Status, Dogmatik und Dynamik, in Hatje Armin/Huber Peter M. (Hg), Unionsbürgerschaft und soziale Rechte, EuR-Beiheft 1 (2007) 7 (30 ff); *Cremer Wolfram*, Negative und positive Integration: Die Europäische Gemeinschaft als Sozial- und Bildungsunion, in Hatje Armin/Huber Peter M. (Hg), Unionsbürgerschaft und soziale Rechte, EuR-Beiheft 1 (2007) 75 (89 ff); *Hilpold Peter*, Unionsbürgerschaft und Bildungsrechte oder: Der EuGH-Richter als „Künstler“, in Roth Günter H./Hilpold Peter (Hg), Der EuGH und die Souveränität der Mitgliedstaaten. Eine kritische Analyse richterlicher Rechtsschöpfung auf ausgewählten Rechtsgebieten (2008) 11 (22 ff); *Griller Stefan*, Unionsbürgerschaft als grundlegender Status, in Schroeder Werner/Obwexer Walter (Hg), 20 Jahre Unionsbürgerschaft: Konzept, Inhalt und Weiterentwicklung des grundlegenden Status der Unionsbürger, EuR-Beiheft 1 (2005) 7 (17 ff); *Haltern* (Fn 29) Rz 1961 ff.

<sup>56</sup> Fn 34.

fristige Aufenthaltsrecht nicht an Bedingungen gebunden ist, darf jede Unionsbürgerin das Hoheitsgebiet jedes Mitgliedstaates für drei Monate betreten – das allein kann für den Aufenthaltsstaat noch keine kostspieligen Versorgungspflichten auslösen, zumal eine Integration in so kurzer Zeit nicht gelingen wird. Bei Arbeitssuchenden kann dieser bedingungs- und folgenlose Eingangsaufenthalt auch drei Monate überschreiten: Solange sie Aussicht auf eine Anstellung haben, dürfen sie nicht ausgewiesen werden (Art 14 Abs 4), bleiben dafür aber auch von Sozialhilfe ausgeschlossen (Art 24 Abs 2).

Als Versuchslabor angelegt ist der Aufenthalt vom vierten Monat (bzw dem Ende aussichtsreicher Arbeitssuche) bis zum fünften Jahr – ihn regelt die Richtlinie tastend und nicht restlos konsistent: Einerseits besteht das Aufenthaltsrecht nichterwerbstätiger Unionsbürger in dieser Zeitspanne weiterhin nur, wenn sie über hinreichende Existenzmittel und eine Krankenversicherung verfügen (Art 7). Die solcherart Aufenthaltsberechtigten erhalten nun aber andererseits ein Recht auf Gleichbehandlung und damit auch Zugang zu Sozialhilfe (Art 24 Abs 1). Die gleichzeitige Gewährung beider Garantien wirkt wie ein Vexierbild, das irritiert, egal, von welcher Seite man es betrachtet: Entweder die Richtlinie verlangt von der Aufnahmegesellschaft Solidarität nur mit jenen Unionsbürgern, die aufgrund eigener Existenzmittel ohnedies keine Hilfe benötigen – dann läuft der Gleichbehandlungsanspruch bei Sozialhilfeleistungen leer. Oder die Richtlinie ermächtigt den Staat, Unionsbürgern den Nachweis von Existenzmitteln abzuverlangen, die er selbst zu gewähren hat – dann wird die zentrale Bedingung des Aufenthaltsrechts bedeutungslos. Aus diesem Dilemma versucht sich die Richtlinie zu befreien, indem sie die Solidaritätspflicht bestätigt und zugleich relativiert: Mitgliedstaaten dürfen wegen der Inanspruchnahme von Sozialhilfe nicht automatisch eine Ausweisung anordnen (Art 14 Abs 3), was umgekehrt bedeutet: Nach einer Einzelfallprüfung kann der Sozialhilfebezug durchaus zu einer Ausweisung führen, und zwar, wie man aus dem 16. Erwägungsgrund erfährt, wenn jemand Sozialhilfe „unangemessen“ in Anspruch nimmt. Ob das der Fall ist, richtet sich nach der Dauer der Schwierigkeiten und des Aufenthalts, den persönlichen Umständen und dem gewährten Sozialhilfebetrag. Insoweit schreibt das Sekundärrecht also fest, was die Judikatur zuvor aus dem Primärrecht konstruiert hat: Nichterwerbstätige sind sozialrechtlich weder absolut ausgeschlossen noch voll integriert – ihnen gebührt eine „gewisse“ Solidarität. Sie setzt allerdings schon mit dem vierten Aufenthaltsmonat ein und geht damit weiter als der EuGH gegangen ist: Im Urteil *Trojani* hatte er eine Gleichbehandlung nämlich erst nach einem Aufenthalt „von bestimmter Dauer“ gefordert,<sup>57</sup> also nicht schon – wie die Richtlinie – unmittelbar nach dem bedingungslosen Kurzaufenthalt. Insoweit überzeugt die Richtlinie aus zwei Gründen nicht. Erstens verstrickt sie sich in einen Wertungswiderspruch: Sie erlaubt Personen, die eine Erwerbstätigkeit weder ausüben noch suchen, einen (angemessenen) Sozialhilfebezug, während sie aussichtsreich Arbeitssuchende von sozialen Rechten absolut ausschließt (Art 24 Abs 2). Zweitens fordert die Richtlinie eine gewisse Solidarität von der Aufnahmegesellschaft, lässt aber ungewiss, ob sie im Gegenzug von den Unionsbürgern irgendeine Integration verlangt.

---

<sup>57</sup> Fn 50.

### 3. Dritter Schritt: eine gewisse Solidarität für eine Integration, die letztlich leerläuft

In der folgenden Judikatur etablierte der EuGH Gründe für einen Leistungsausschluss, die er für Studierende, Arbeitssuchende und wirtschaftlich eindeutig Inaktive unterschiedlich gewichtete.

Mit Studierenden war der EuGH in den Fällen *Bidar* und *Förster* befasst, auf die die bereits in Kraft getretene Unionsbürger-RL noch nicht anzuwenden war, sodass sich Gleichheitsansprüche weiterhin nur direkt auf das Primärrecht stützen ließen.<sup>58</sup> Dabei war der EuGH aber sichtlich bemüht, keinen Konflikt mit der Unionsbürger-RL zu erzeugen. Für den Gleichbehandlungsanspruch Studierender verlangt der EuGH nun einerseits (im Einklang mit der Richtlinie) ein unionales Aufenthaltsrecht<sup>59</sup> und damit auch ausreichende Existenzmittel, die einen Unterstützungsbedarf unwahrscheinlich machen. Wird dennoch Unterstützung beansprucht, akzeptiert der EuGH, dass der Mitgliedstaat dafür eine gesellschaftliche Integration verlangt, die auch an einer fünfjährigen Aufenthaltsdauer festgemacht werden kann.<sup>60</sup> Diese Integration ist aber – anders als im Fall *Trojani* – keine Bedingung mehr dafür, dass ein Gleichheitsanspruch entsteht. Das Integrationserfordernis rechtfertigt vielmehr einen Eingriff in den als bestehend vorausgesetzten Gleichbehandlungsanspruch, weil es den Staat vor einer Überlastung schützt.<sup>61</sup> Diese neue Lokalisierung des Integrationserfordernisses enthält eine bemerkenswerte Prämisse: Alle selbsterhaltungsfähigen Unionsbürger sind *prima facie* gleich und daher gleich zu behandeln. Nicht sie müssen daher dartun, dass sie hinreichend integriert sind; es liegt vielmehr am Staat nachzuweisen, dass ein von ihm aufgestelltes Integrationserfordernis verhältnismäßig ist. Im Fall der Studierenden stellte der EuGH für diesen Nachweis niedrige Anforderungen, weil er sogar das Erfordernis eines fünfjährigen Aufenthalts akzeptierte; daher blieb die neue Konstruktion des Gleichheitsanspruches vorerst ohne spürbare Folgen.

Bei aussichtsreich Arbeitssuchenden entschärfte der EuGH zunächst den in der Richtlinie vorgesehenen Totalausschluss von Sozialhilfe, indem er diese eng fasste: Finanzielle Leistungen, die den Zugang zum Arbeitsmarkt erleichtern, gehörten nicht dazu, gebührten arbeitssuchenden Unionsbürgern also wie Inländern.<sup>62</sup> Zugleich betonte der EuGH, dass solche Leistungen von einer tatsächlichen Verbindung zwischen Arbeitssuchendem und betroffenem Arbeitsmarkt abhängig gemacht werden

<sup>58</sup> EuGH (GK) 15.03.2005 Rs C-209/03 (*Bidar*) EU:C:2005:169; 18.11.2008 Rs C-158/07 (*Förster*) EU:C:2008:630.

<sup>59</sup> EuGH (GK) 15.03.2005 Rs C-209/03 (*Bidar*) Rz 46; 18.11.2008 Rs C-158/07 (*Förster*) Rz 43.

<sup>60</sup> EuGH (GK) 18.11.2008 Rs C-158/07 (*Förster*) Rz 51 ff. Für die Integration nicht relevant ist hingegen die Verbindung mit dem Arbeitsmarkt (EuGH [GK] 15.03.2005 Rs C-209/03 [*Bidar*] Rz 58), und es ist überschießend, die Integration an einem Daueraufenthaltsrecht festzumachen, wenn Studierende von einem solchen Recht zugleich ausgeschlossen werden (EuGH [GK] 15.03.2005 Rs C-209/03 [*Bidar*] Rz 61).

<sup>61</sup> Daran ändert auch nichts, dass der EuGH im Fall *Förster* bei der Beantwortung der Vorlagefrage wieder auf die alte Linie einschwenkt: Ein Unionsbürger, der in einem anderen Mitgliedstaat studiert, könne sich für ein Unterhaltsspendium auf das Gleichbehandlungsgebot berufen, „sofern er sich für eine gewisse Dauer im Aufnahmemitgliedstaat aufgehalten hat.“ (EuGH [GK] 18.11.2008 Rs C-158/07 [*Förster*] Rz 60).

<sup>62</sup> EuGH 04.06.2009 verb Rs C-22/08 und C-23/08 (*Vatsouras und Koupatantze*) Rz 45.

dürfen.<sup>63</sup> Sie zeige sich etwa daran, dass der Betroffene während eines angemessenen Zeitraums im fraglichen Mitgliedstaat tatsächlich eine Beschäftigung gesucht hat.<sup>64</sup> Dafür könne der Staat auch einen Mindestaufenthalt fordern, sofern dieser nicht „über das hinausgeh[t], was erforderlich ist, damit die nationalen Behörden sich vergewissern können, dass die betreffende Person tatsächlich auf der Suche nach einer Beschäftigung auf dem Arbeitsmarkt des Aufnahmemitgliedstaates ist.“<sup>65</sup> In der Sache erkennt der EuGH damit neuerlich an, dass die Mitgliedstaaten Leistungen von einer – typisiert feststellbaren – Verbindung zur Solidargemeinschaft abhängig machen, die bei Arbeitssuchenden allerdings nicht sonderlich intensiv sein darf. Wie bei den Studierenden erzeugt nicht die Integration den Gleichheitsanspruch, vielmehr rechtfertigt es die fehlende Integration, den bereits vorausgesetzten Gleichheitsanspruch zu beschränken. Die Prämisse dieses Anspruchs ist nun allerdings denkbar weit: Alle Unionsbürger sind *prima facie* gleich, auch aussichtsreich Arbeitssuchende, die aufgrund ihres bedingungslosen Aufenthaltsrechts nicht einmal über eigene Existenzmittel verfügen müssen.

Im Fall *Brey*<sup>66</sup> hatte diese Prämisse schließlich greifbare Folgen. Er betraf ein deutsches Ehepaar, das weder Arbeit suchte noch studierte, sondern in der Pension nach Österreich zog und sofort nach der Einreise eine Aufbesserung der mitgebrachten Rente um die österreichische Ausgleichszulage begehrte. Auch ihnen gestand der EuGH ansatzlos ein *Prima-facie*-Recht zu, Sozialhilfeleistungen wie Inländer zu beziehen. Zum Schutz vor finanziellen Belastungen, die sich auf das gesamte Niveau der Beihilfe auswirken,<sup>67</sup> gestatte die Unionsbürger-RL den Mitgliedstaaten zwar, einen unangemessenen Sozialhilfebezug durch Ausweisung zu verhindern.<sup>68</sup> Diese Ermächtigung sei jedoch – und dies war neu – im Lichte der Freizügigkeit eng, verhältnismäßig und orientiert am Ziel auszulegen, die Freizügigkeit zu erleichtern und zu verstärken.<sup>69</sup> Aus einem Sozialhilfebezug folge daher keinesfalls automatisch, dass die für das Aufenthaltsrecht erforderlichen Existenzmittel fehlen; vielmehr müsse die Behörde unter Berücksichtigung aller Faktoren prüfen, wie sehr die Leistung an den *konkret* Betroffenen das *gesamte* Sozialhilfesystem belaste.<sup>70</sup> Nimmt man diesen Prüfungsauftrag ernst, liegt das Ergebnis auf der Hand.<sup>71</sup> Für sich genommen, zwingt

<sup>63</sup> Insoweit knüpfte der EuGH an seine Judikatur vor der Unionsbürger-RL an: EuGH 11.07.2002 Rs C-224/98 (D’Hoop) EU:C:2002:432 Rz 38; 23.03.2004 Rs C-138/02 (Collins) EU:C:2004:172 Rz 67; 15.09.2005 Rs C-258/04 (Ioannidis) EU:C:2005:559 Rz 30; 04.06.2009 verb Rs C-22/08 und C-23/08 (Vatsouras und Koupatantze) Rz 38.

<sup>64</sup> EuGH 23.03.2004 Rs C-138/02 (Collins) Rz 70; 04.06.2009 verb Rs C-22/08 und C-23/08 (Vatsouras und Koupatantze) Rz 39. Nicht repräsentativ für diese Verbindung sei hingegen ein Schulabschluss im Aufenthaltsstaat: EuGH 11.07.2002 Rs C-224/98 (D’Hoop) Rz 39; 15.09.2005 Rs C-258/04 (Ioannidis) Rz 31.

<sup>65</sup> EuGH 23.03.2004 Rs C-138/02 (Collins) Rz 72.

<sup>66</sup> EuGH 19.09.2013 Rs C-140/12 (Brey) EU:C:2013:565.

<sup>67</sup> EuGH 19.09.2013 Rs C-140/12 (Brey) Rz 55, 61.

<sup>68</sup> EuGH 19.09.2013 Rs C-140/12 (Brey) Rz 54, 57, 63.

<sup>69</sup> EuGH 19.09.2013 Rs C-140/12 (Brey) Rz 70 f.

<sup>70</sup> EuGH 19.09.2013 Rs C-140/12 (Brey) Rz 72, 77.

<sup>71</sup> *Rebhahn Robert*, Der Einfluss der Unionsbürgerschaft auf den Zugang zu Sozialleistungen – insb zur Ausgleichszulage (EuGH-Urteil Brey), wbl 2013, 605 (610); *Thym Daniel*, Sozialleistungen für und Aufenthalt von nichterwerbstätigen Unionsbürgern, NZS 2014, 81 (86).

eine Einzelleistung nie dazu, das gesamte Leistungsniveau zu senken – wie könnte eine Sozialleistung dann je unangemessen sein? Dass eine Sozialleistung zumindest eine gewisse Integration voraussetzt, wird im Urteil gar nicht mehr gesagt, was nicht überrascht: Daran wäre das Ehepaar *Brey*, das sofort nach der Einreise Unterstützungsleistungen begehrte, nämlich gewiss gescheitert.

Dogmatisch hat der Anspruch auf gleiche Sozialleistungen damit eine beachtliche Entwicklung genommen: Vor der Unionsbürger-RL setzte er noch eine durch längeren Aufenthalt erzeugte Verbindung mit der Solidargemeinschaft voraus, nach dieser Richtlinie postulierte der EuGH ein *Prima-facie*-Recht auf Gleichbehandlung, das allein auf der Unionsbürgerschaft bzw Freizügigkeit zu gründen schien. Es durfte bei Studierenden und Arbeitssuchenden beschränkt werden, wenn ihnen eine hinreichende Integration fehlt, die bei Studierenden anspruchsvoll sein konnte, bei Arbeitssuchenden hingegen bescheiden. Ausgerechnet bei wirtschaftlich eindeutig Inaktiven verzichtete der EuGH auf eine Integration und legte zugleich die Latte für eine Ungleichbehandlung so hoch, dass ein Leistungsausschluss praktisch nicht mehr zu rechtfertigen war.

Der EuGH wurde für diese Judikatur dogmatisch zu Recht kritisiert.<sup>72</sup> Doch sollte man nicht übersehen, dass die Unionsbürger-RL diese Rechtsprechung ein Stück weit mitermöglicht hat. Indem sie Nichterwerbstätigen eigene Existenzmittel abverlangt *und* gleichen Zugang zu Sozialhilfe verspricht, kreiert sie ein normatives Vexierbild, das eben aus zwei Perspektiven betrachtet werden kann. Der EuGH hat immer stärker jenen Blickwinkel eingenommen, der das Erfordernis eigener Existenzmittel leerlaufen lässt und Unionsbürgern nahezu ansatzlos gleichen Zugang zu Sozialhilfe verschafft. Leise, aber doch hat er damit neben der Marktbürgerin einen Sozialbürger etabliert. In den meisten Fallkonstellationen war dies im Ergebnis auch nicht stoßend, weil es um atypische Notlagen ging; doch der Fall *Brey* hatte das Potential, ein Präjudiz mit weitreichenden Folgen zu werden, dann nämlich, wenn Niedrig-Pensionisten aus der ganzen Union im Ruhestand nach Österreich ziehen.<sup>73</sup>

### C. ... und zurück zur Marktbürgerin?

Die Judikatur des EuGH war rechtspolitisch tragbar in einer Union von Staaten, deren Wohlstandsniveau relativ homogen ist und deren Sprachenvielfalt die Mobilität bremst. Die Osterweiterung hat das Wohlstandsgefälle in der Union allerdings sehr verschärft, und es ist wohl kein Zufall,<sup>74</sup> dass nun auch der EuGH das Vexierbild der Unionsbürger-RL aus einem anderen Blickwinkel betrachtete. Den Anlass zu dieser Judikaturwende gab bezeichnenderweise weder ein Franzose in Belgien noch ein deutsches Ehepaar in Österreich, weder eine gut integrierte Mutter, die Hilfe für ihr Kind braucht, noch ein Student, der kurz vor Studienabschluss um eine vorüber-

<sup>72</sup> ZB *Rebhahn* (Fn 71) 609 ff; *Thym* (Fn 71) 88 f.

<sup>73</sup> Siehe schon *Davies* (Fn 51) 1454.

<sup>74</sup> Siehe schon *Kingreen* (Fn 24) 48; ferner *Blauberger Michael/Heindlmaier Anita/Kramer Dion/Martinsen Dorte Sindbjerg/Sampson Thierry Jessica/Schenk Angelika/Werner Benjamin*, ECJ Judges read the morning papers. Explaining the turnaround of European citizenship jurisprudence, *Journal of European Public Policy* 25 (2018) 1422, die die Judikatur auch mit der öffentlichen Stimmung erklären.

gehende Unterstützung bittet,<sup>75</sup> sondern *Elisabeta Dano*,<sup>76</sup> eine rumänische Staatsangehörige, die sich mit ihrem Sohn in Deutschland niedergelassen hatte. Dort bezog sie von Beginn an Erziehungsgeld und – da der Kindesvater unbekannt war – einen Unterhaltsvorschuss. Sie übte keine Erwerbstätigkeit aus und suchte auch nicht nach einer Beschäftigung, obwohl sie – wie der EuGH betont – arbeitsfähig war.<sup>77</sup> Ausführlich schildert das Urteil auch, wie spärlich Frau *Danos* Deutschkenntnisse waren, insbesondere beim Lesen und Schreiben.<sup>78</sup> So erscheint vor den Augen der Leserin keine Unionsbürgerin, sondern eine Fremde, und man fühlt sich an das Diktum *Enzensbergers* erinnert, wonach wir Fremde als umso fremder empfinden, je ärmer sie sind.<sup>79</sup> Als Frau *Dano* in Deutschland schließlich Grundsicherung beanspruchte, wurde ihr beschieden, dass ihr mangels eigener Existenzmittel kein unionales Aufenthaltsrecht und daher auch keine sozialrechtliche Gleichbehandlung zustehen. Der EuGH hatte dagegen keinen Einwand. Er betonte nicht mehr, dass die Richtlinie Solidarität mit allen Unionsbürgern fordere, die über eine mitgliedstaatliche Aufenthaltserlaubnis verfügen. Vielmehr hob der Gerichtshof nun hervor, dass die Unionsbürger-RL Gleichbehandlung nur Unionsbürgern mit unionalem Aufenthaltsrecht zusichere, das eigene Existenzmittel voraussetze.<sup>80</sup> Insofern sei die Ungleichbehandlung eigener Staatsangehöriger und anderer Unionsbürger die „unvermeidliche Folge“ der Richtlinie, die zwischen Erwerbstätigen und Nichterwerbstätigen differenziere und bei letzteren danach strebe, „keine [nicht wie bisher: keine übermäßige] Belastung für die Sozialhilfesysteme der Mitgliedstaaten herbeizuführen“. <sup>81</sup> Daher dürfe ein Mitgliedstaat die Sozialhilfe verweigern, wenn eine Unionsbürgerin ohne ausreichende Existenzmittel von ihrer Freizügigkeit „allein mit dem Ziel Gebrauch mach[t], in den Genuss der Sozialhilfe eines anderen Mitgliedstaats zu kommen“. <sup>82</sup> Diesfalls sei es nicht erforderlich, die Umstände des Einzelfalls oder gar die Auswirkungen der konkreten Leistung auf das gesamte Sozialsystem zu prüfen. Gleichheitsdogmatisch kann das nur bedeuten: Eine Eingriffsprüfung ist entbehrlich, weil gar kein Eingriff vorliegt. Unionsbürger sind also doch nicht ansatzlos, dh ohne jegliche Integration gleich.

Im Fall *Nazifa Alimanovic*<sup>83</sup> bekräftigte und präziserte der EuGH diese Linie für zwei schwedische Unionsbürgerinnen, von denen eine, wie der Gerichtshof ohne erkennbaren Grund vermerkte,<sup>84</sup> in Bosnien geboren ist. Sie hatten in Deutschland kurz gearbeitet, suchten dann eine Beschäftigung und begehrten erfolglos Sozialhilfe. Auch diesen Fall löste der EuGH allein mit der Unionsbürger-RL und ohne Rekurs auf das Primärrecht: Nach Art 24 Abs 1 der Richtlinie setze der Anspruch auf Gleich-

<sup>75</sup> Zur Bedeutung der konkreten Fallkonstellation abermals instruktiv *Davies* (Fn 51) 1457.

<sup>76</sup> EuGH (GK) 11.11.2014 Rs C-333/13 (*Dano*) EU:C:2014:2358.

<sup>77</sup> EuGH (GK) 11.11.2014 Rs C-333/13 (*Dano*) Rz 39.

<sup>78</sup> EuGH (GK) 11.11.2014 Rs C-333/13 (*Dano*) Rz 39.

<sup>79</sup> Fn 30.

<sup>80</sup> EuGH (GK) 11.11.2014 Rs C-333/13 (*Dano*) Rz 69, 76.

<sup>81</sup> EuGH (GK) 11.11.2014 Rs C-333/13 (*Dano*) Rz 77 (Hervorhebung nicht im Original).

<sup>82</sup> EuGH (GK) 11.11.2014 Rs C-333/13 (*Dano*) Rz 78 (Hervorhebungen nicht im Original).

<sup>83</sup> EuGH (GK) 15.09.2015 Rs C-67/14 (*Alimanovic*) EU:C:2015:597.

<sup>84</sup> EuGH (GK) 15.09.2015 Rs C-67/14 (*Alimanovic*) Rz 25.



behandlung ein sekundärrechtliches Aufenthaltsrecht voraus.<sup>85</sup> Personen, die ihre Arbeit verloren haben, gewähre die Richtlinie für mindestens sechs Monate weiter Zugang zur Sozialhilfe. Wer hingegen wie die Klägerinnen nicht mehr als erwerbstätig gelte und Arbeit suche, dürfe nach Art 24 Abs 2 (ungeachtet eines allfälligen Aufenthaltsrechts) von Sozialleistungen ausgeschlossen werden,<sup>86</sup> und zwar ohne individuelle Prüfung – den allein maßgeblichen persönlichen Faktor der Erwerbsdauer berücksichtige nämlich bereits die Richtlinie.<sup>87</sup> Dem folgte ein Zugeständnis an die Kritik zum Fall *Dano*: Auch die Belastung des Gesamtsystems müsse, wie der EuGH nun meint, nicht individuell geprüft werden, weil eine Einzelleistung schwerlich als „unangemessene“ Inanspruchnahme des Gesamtsystems eingestuft werden könne.<sup>88</sup> Erst recht entbehrlich sei eine individuelle Prüfung, wie der EuGH im Fall *García-Nieto* wenig später festhielt, wenn ein Arbeitssuchender Sozialhilfe begehrt, der am betreffenden Arbeitsmarkt noch nie erwerbstätig war.<sup>89</sup>

Neu ist an dieser Judikatur erstens, dass sie für die sozialrechtliche Gleichstellung Nichterwerbstätiger explizit ein unionales Aufenthaltsrecht und damit auch hinreichende eigene Existenzmittel verlangt. Neu ist zweitens, dass der EuGH Konstellationen absichert, in denen Sozialhilfe (und gegebenenfalls das vorgelagerte Aufenthaltsrecht) ohne Einzelfallprüfung verweigert werden darf: Das ist gestattet, wenn jemand nur einreist, um Sozialhilfe zu beziehen, oder wenn jemand Arbeit sucht, der nicht oder nicht mehr als erwerbstätig gilt. Dahinter steht eine bemerkenswerte Aussage: Vor dem Daueraufenthalt sind Unionsbürger sozialrechtlich nicht schon gleich, weil sie Unionsbürger sind. Sie sind nur gleich, wenn sie selbsterhaltungsfähig sind und ein gewisses Maß an Integration aufweisen, das sekundärrechtlich näher zu bestimmen ist.

In der Literatur wurde die geschilderte Judikatur teils als sozialer Rückschritt kritisiert,<sup>90</sup> teils als „Rückkehr des Marktbürgers“<sup>91</sup> begrüßt. Tatsächlich hebt der EuGH, der die rechtliche Kluft zwischen Erwerbstätigen und Nichterwerbstätigen jahrelang zu überbrücken versucht hat, nun just diesen Gegensatz wieder hervor und

<sup>85</sup> EuGH (GK) 15.09.2015 Rs C-67/14 (Alimanovic) Rz 49.

<sup>86</sup> EuGH (GK) 15.09.2015 Rs C-67/14 (Alimanovic) Rz 54, 58.

<sup>87</sup> EuGH (GK) 15.09.2015 Rs C-67/14 (Alimanovic) Rz 60 f.

<sup>88</sup> EuGH (GK) 15.09.2015 Rs C-67/14 (Alimanovic) Rz 62.

<sup>89</sup> EuGH 25.02.2016 Rs C-299/14 (García-Nieto) EU:C:2016:114 Rz 48.

<sup>90</sup> *Kingreen Thorsten*, In love with the single market? Die EuGH-Entscheidung Alimanovic zum Ausschluss von Unionsbürgern von sozialen Grundsicherungsleistungen, NVwZ 2015, 1503; *Mangold Anna Katharina*, § 4 Sozial- und arbeitsrechtliche Relevanz der Unionsbürgerschaft, in Schlachter Monika/Heinig Hans Michael (Hg), Enzyklopädie des Europarechts. VII: Europäisches Arbeits- und Sozialrecht (2015) Rz 115 f; *Nic Shuibhne Niamh*, Limits Rising, Duties Ascending: The Changing Legal Shape of Union Citizenship, Common Market Law Review 52 (2015) 889 (907 ff); *Farahat Anuscheh*, Solidarität und Inklusion. Umstrittene Dimensionen der Unionsbürgerschaft, DÖV 2016, 45; *Mantu Sandra/Minderhoud Paul*, Exploring the limits of social solidarity: welfare tourism and EU citizenship, EU Law Journal 2 (2016) 4; *O'Brien Charlotte*, Civis Capitalist Sum: Class as the New Guiding Principle of EU Free Movement Rights, Common Market Law Review 53 (2016) 937 (946 ff); nicht primär das Ergebnis als vielmehr die Begründung kritisiert zB *Weber Teresa*, Unionsbürgerschaft, (fehlendes) Aufenthaltsrecht und Sozialleistungen – Überlegungen zu *Dano*, EuGH 11.11.2014 Rs C-333/13, ZÖR 70 (2015) 187.

<sup>91</sup> *Thym Daniel*, Die Rückkehr des „Marktbürgers“ – Zum Ausschluss nichterwerbsfähiger EU-Bürger von Hartz IV-Leistungen, NJW 2015, 130, der freilich auch gewisse Begründungsmängel konstatiert.

beharrt auf ihm selbst im Weichbild der Erwerbstätigkeit, also bei der Arbeitssuche. Zugleich scheint er – zumindest in den jüngeren Fallkonstellationen – die Unionsbürgerschaft in den Hintergrund treten zu lassen und in der Unionsbürger-RL weniger die Rechte der Unionsbürger zu sehen, als vielmehr die Beschränkungen dieser Rechte zum Schutz staatlicher Wohlfahrtssysteme.<sup>92</sup> Dass mit dem Revival der Marktbürgerin der Sozialbürger ganz abtritt, folgt aus der Judikatur aber mE nicht.<sup>93</sup> Setzt der EuGH seine neue Linie fort, wird gewiss die Pflicht der Mitgliedstaaten, in den ersten fünf Aufenthaltsjahren Sozialleistungen an Nichterwerbstätige zu gewähren, tendenziell abnehmen. Ab dem Daueraufenthaltsrecht ist eine solche Leistungspflicht aber schon nach der Richtlinie geboten. Und auch für die Zeit davor muss es weiterhin Konstellationen geben, in denen die Behörde über sozialrechtliche Ansprüche erst aufgrund einer Abwägung im Einzelfall entscheiden darf. Der EuGH wird diese Einzelfallprüfungen nun allerdings wohl durch jene Parameter vereinfachen und vorhersehbar machen, mit denen die Richtlinie selbst operiert: Dafür bietet sich zunächst der Aufenthaltswert an, weil die Unionsbürger-RL unterschiedliche Regelungen für Erwerbstätige, Arbeitssuchende nach einer Beschäftigung, erstmals Arbeitssuchende, Studierende und wirtschaftlich völlig inaktive Unionsbürger trifft. Die Richtlinie differenziert ferner nach der Beschäftigungs-<sup>94</sup> und Aufenthaltsdauer<sup>95</sup> sowie der Art<sup>96</sup> und Dauer<sup>97</sup> der beanspruchten Leistung. Die Marken, die die Richtlinie insoweit setzt, wird der EuGH vermutlich nicht mehr mithilfe der Unionsbürgerschaft relativieren, sondern grundsätzlich als Fixpunkte seiner Abwägung nehmen, sofern er auf sie nicht überhaupt verzichtet.

Je stärker der EuGH bei alledem die Grenze zwischen Erwerbstätigen und Nichterwerbstätigen reanimiert, desto mehr kommt freilich auch sein weiter Begriff der Erwerbstätigkeit unter Druck. In einer rezenten Entscheidung behält er seine großzügige Linie zwar noch in einer Zweifelsfrage bei, die die Aufrechterhaltung der Erwerbstätigeneigenschaft von Arbeitssuchenden betrifft.<sup>98</sup> Allerdings vergewissert sich der EuGH dabei bereits, dass sein Auslegungsergebnis nicht das Ziel der Richtlinie beeinträchtigt, einen Ausgleich zwischen der Freizügigkeit und dem Schutz der

<sup>92</sup> ZB *Nic Shuibhne* (Fn 90) 909 f, 934; *O'Brien* (Fn 90) 950, 974.

<sup>93</sup> So auch die Einschätzung von *Wollenschläger Ferdinand*, Keine Sozialleistung für nichterwerbstätige Unionsbürger?, NVwZ 2014, 1628 (1632).

<sup>94</sup> Sie bestimmt das Aufenthaltsrecht bei Arbeitslosigkeit (Art 7 Abs 3 lit b und c: mehr als einjährige oder kürzere Beschäftigung) und den Beginn des Daueraufenthaltsrechts (Art 17 Abs 1 lit a: Vorruhestand, lit b: dauernde Arbeitsunfähigkeit, lit c: Verlegung der Erwerbstätigkeit in einen anderen Mitgliedstaat).

<sup>95</sup> Bedingungsloses Aufenthaltsrecht für drei Monate (Art 6), bei erfolgsversprechender Arbeitssuche für deren Dauer (Art 14 Abs 4); bedingtes Aufenthaltsrecht bis zum fünften Jahr (Art 7); bedingungsloses Daueraufenthaltsrecht nach fünfjährigem rechtmäßigem Aufenthalt (Art 16), bei Erwerbstätigen zT deutlich früher (Art 17).

<sup>96</sup> Siehe die Sonderregelung für Studienbeihilfen in Art 24 Abs 2.

<sup>97</sup> So gewährt die Richtlinie Sozialleistungen nach Beschäftigungsende nur, solange die Erwerbstätigeneigenschaft nach Art 7 Abs 3 aufrecht bleibt; zudem ist nach dem 16. Erwägungsgrund für die Frage der Angemessenheit des Sozialhilfebezugs unter anderem der gewährte Betrag zu berücksichtigen und auch ob die Schwierigkeiten nur vorübergehend sind, was wiederum die Höhe der beanspruchten Gesamtleistungen bestimmt.

<sup>98</sup> EuGH 11.04.2019 Rs C-483/17 (Tarola) EU:C:2019:309.

Sozialsysteme vor einer unangemessenen Belastung herzustellen.<sup>99</sup> Dieses Ziel wird der EuGH auch künftig im Auge behalten, wenn er beurteilt, inwieweit die Erwerbstätigeneigenschaft nach dem Ende einer Erwerbstätigkeit aufrechtbleibt. Dass er soziale Rechte wirtschaftlich eindeutig aktiver Unionsbürger beschneiden wird, legen die Urteile *Dano*, *Alimanovic* und *García-Nieto* hingegen in keiner Weise nahe. Deshalb wäre es auch überraschend, würde der EuGH die von Österreich kürzlich beschlossene Indexierung der Familienbeihilfe<sup>100</sup> akzeptieren, zumal er dafür seine langjährige Judikatur<sup>101</sup> revidieren und den klaren Wortlaut der einschlägigen Verordnung<sup>102</sup> ignorieren müsste.<sup>103</sup>

### III. Teilen, verfassungsrechtlich

Je mehr der EuGH die Solidaritätspflichten der Mitgliedstaaten zurücknimmt, desto stärker treten die nationalen Verfassungen in den Vordergrund.<sup>104</sup> Unionsbürger mögen unionsrechtlich keine Gleichen sein, doch sind sie es womöglich von Verfassung wegen?

#### A. Abstrakt sind Unionsbürger gleich

In Österreich ist diese Frage besonders interessant, weil die Garantie der Gleichheit vor dem Gesetz gewissermaßen schizophren gespalten ist: Sie wird zum einen in Art 7 B-VG den Staatsbürgern gewährt und zum anderen in Art I BVG Rassen-

<sup>99</sup> EuGH 11.04.2019 Rs C-483/17 (Tarola) Rz 50.

<sup>100</sup> § 8a FamilienlastenausgleichsG 1967, BGBl 376/1967 idF BGBl I 83/2018.

<sup>101</sup> EuGH 15.01.1986 Rs 41/84 (Pinna) EU:C:1986:1 Rz 24; 10.10.1996 verb Rs C-245/94 und C-312/94 (Hoever und Zachow) EU:C:1996:379 Rz 34.

<sup>102</sup> Nach Art 67 VO 883/2004/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29.04.2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit, ABl 2004 L 166/1, hat eine Person auch für Familienangehörige, die in einem anderen Mitgliedstaat wohnen, „Anspruch auf Familienleistungen nach den Rechtsvorschriften des zuständigen Mitgliedstaats, als ob die Familienangehörigen in diesem Mitgliedstaat wohnen würden“; ähnlich schon zuvor Art 73 VO 1408/71/EWG; durch die Höhe der Leistungen des Herkunftsstaates noch begrenzt Art 40 Abs 1 VO 3/58/EWG des Rates über die Soziale Sicherheit der Wanderarbeitnehmer, ABl 1958 P 30/561. Mit derselben Stoßrichtung wie Art 67 VO 883/2004/EG verfügt Art 7 Abs 2 VO 492/2011/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 05.04.2011 über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Union, ABl 2011 L 141/1, dass ein Arbeitnehmer im Hoheitsgebiet der anderen Mitgliedstaaten „die gleichen sozialen und steuerlichen Vergünstigungen wie die inländischen Arbeitnehmer“ genießt; ebenso zuvor Art 7 Abs 2 VO 1612/68/EWG.

<sup>103</sup> Entsprechend skeptisch äußerte sich die Lehre auch zur Unionsrechtskonformität der Indexierung, siehe nur *Bräumann Peter*, Der Ministerialentwurf zum „Familienbonus Plus“. Systematische und unionsrechtliche Gesichtspunkte, SWK 2018, 470 (476 ff); *Felten Elias*, Export von Sozialleistungen, SozSi 2018, 130 (137 ff); *Kühbacher Thomas*, Die geplante Indexierung der Familienbeihilfe aus unionsrechtlicher Sicht. Die Wohnsitzfiktion des Art 67 der Verordnung (EG) Nr 883/2004 zwingt zur absoluten Gleichbehandlung, ASoK 2018, 82; *Laudacher Marco*, Unionsrechtswidrige Indexierung der Familienleistungen. Anpassung an ausländisches Preisniveau mit VO (EG) 883/2004 unvereinbar, SWK 2018, 480; *Marhold Franz/Ludvik Paul*, Dürfen die Behörden die Indexierung der Familienleistungen anwenden? Unionsrechtlicher Anwendungsvorrang und Vorlagerecht bzw -pflicht, ASoK 2018, 202; *Mayr Stefan*, *Quod licet Iovi, non licet bovi?* Die Indexierung der Familienbeihilfe aus unionsrechtlicher Sicht, ZÖR 73 (2018) 317.

<sup>104</sup> *Kingreen* (Fn 24) 48.

diskriminierung 1973 den Fremden. Diese merkwürdige Trennung kann nur den Sinn haben, den Unterschied zwischen Staatsbürgern und Fremden zugunsten ersterer aufrecht zu erhalten: Staatsbürger schlechter zu behandeln als Fremde, bedarf nach Art 7 B-VG einer Rechtfertigung, nicht aber umgekehrt. Eine Benachteiligung Fremder gegenüber Staatsbürgern kann daher nach dem BVG Rassendiskriminierung nicht angegriffen werden. In diesem Sinn betonen auch die Materialien, dass das BVG Rassendiskriminierung nur eine Gleichheit von „Ausländern untereinander“ gewährt.<sup>105</sup> Letztlich sind Gleiche also nur die Staatsbürger, Fremde sind es gerade nicht.

Wo aber stehen hier die Unionsbürger? Art 7 B-VG schließt sie durch seinen Wortlaut aus; ihn zu durchbrechen, ist meist nicht angezeigt, denn Art I BVG Rassendiskriminierung und Art 4 des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum<sup>105a</sup> gewähren Unionsbürgern fast durchwegs einen mit Art 7 B-VG gleichwertigen Schutz. Dennoch hat der VfGH in VfSlg 19.077/2010 umstandslos angenommen, dass Unionsbürger sich wie Staatsbürger auf Art 7 B-VG berufen können. Rechtlich ist damit wenig gewonnen, doch symbolisch viel gesagt: Unionsbürger und Staatsbürger sind Gleiche, zumindest abstrakt.

#### B. Beim Teilen sind Staatsbürgerinnen fundamental gleich ...

Sobald es konkret ans Teilen geht, sieht die Sache allerdings anders aus, wie das Erkenntnis VfSlg 20.244/2018 zeigt. Darin hatte der VfGH die Verfassungskonformität des Niederösterreichischen Mindestsicherungsgesetzes zu beurteilen. Es gewährte Mindestsicherung in voller Höhe nur Personen, die sich während der letzten sechs Jahre für mindestens fünf Jahre in Österreich aufgehalten haben. Vor dieser Wartefrist wurde Mindestsicherung nur in herabgesetzter Höhe bewilligt und mit der Pflicht verbunden, sich näher bezeichneten Integrationsmaßnahmen zu unterziehen. Dieses Regime kannte zwar gewisse Ausnahmen, galt aber im Grunde für Staatsbürger ebenso wie für Fremde. Der Landesgesetzgeber wollte sich so einer Nahebeziehung der Leistungsempfänger zur Solidargemeinschaft versichern und die Empfänger herabgesetzter Leistungen motivieren, sich zu integrieren.

Der VfGH verwarf die fünfjährige Wartefrist bei Staatsbürgern als unsachlich, weil eine Nahebeziehung zur Solidaritätsgemeinschaft „bei allen Staatsbürgern kraft dieses Status [besteht], sie sind – unabhängig von der Dauer ihres Aufenthaltes – jedenfalls Teil der Gesellschaft, die für die Leistungen aus der Bedarfsorientierten Mindestsicherung aufkommt.“ Auch einen Anreiz sich zu integrieren benötigten Staatsbürger nicht, weil „die Verleihung der österreichischen Staatsbürgerschaft eine vorhandene Integration voraussetzt“.

#### C. ... und Heimatlose sind gleichzustellen

Nicht akzeptiert hat der VfGH die fünfjährige Wartefrist außerdem bei Asylberechtigten, weil diese Personen nicht in ihren Herkunftsstaat zurückkehren können,

<sup>105</sup> RV 732 BlgNR XIII. GP 2; AB 801 BlgNR XIII. GP 1.

<sup>105a</sup> BGBl 909/1993, näher Pöschl (Fn 2) 453 ff.

um nach den dort geltenden Vorgaben Sozialleistungen in Anspruch zu nehmen. Genau das unterscheidet sie wiederum von allen anderen Nichtstaatsangehörigen, seien sie Drittstaatsangehörige oder Unionsbürger – deren Mindestsicherung durfte daher gleichheitskonform durch eine Wartefrist beschränkt werden.

Auf eine einfache Formel gebracht, lautet die Haltung des VfGH also: Gleich ist, wer nirgendwo anders als in Österreich Solidarität erwarten kann. Erkennbar ist dieses Solidaritätsverständnis bei den Staatsbürgern vom Heimatprinzip geprägt, das zugunsten der heimatlosen Asylberechtigten humanitär erweitert wird: Sie sind nicht fundamental gleich, den Staatsbürgern aber gleichzustellen, damit sie nicht in eine ausweglose Lage kommen – vor solchen Lagen zu schützen, ist nach der Judikatur auch sonst ein (nichtkomparativer) Teilgehalt des allgemeinen Gleichheitssatzes.<sup>106</sup> Für alle anderen Nichtstaatsbürger mag die Rückkehr in den Herkunftsstaat beschwerlich sein; unmöglich oder auch nur unzumutbar ist sie aber nach einem Auslandsaufenthalt unter fünf Jahren nicht.

#### **IV. Teilen, gleichheitsdogmatisch**

##### **A. Fundamental Gleiche und funktional Gleichgestellte**

Die lange Reise durch die verschlungenen Wege des Unionsrechts und die kurze Bestandsaufnahme der verfassungsgerichtlichen Judikatur zeigen, wie verschieden man an die Frage herangehen kann, mit wem eine Gemeinschaft teilen muss. Sowohl das Unionsrecht als auch die Judikatur des VfGH bestätigen zunächst den Eingangsbefund: Teilen fällt unter Gleichen leichter, und Gleiche sind jedenfalls die Staatsbürger.

Das Unionsrecht und der VfGH haben zudem zwei Personengruppen sichtbar gemacht, die den Staatsbürgern umstandslos funktional gleichgestellt werden können: Zum einen aus pragmatischen Erwägungen Personen, die für die Aufnahmegesellschaft ökonomisch nützlich sind, zum anderen aus humanitären Gründen Menschen, die nirgendwo sonst Hilfe zu erwarten haben. So kann es kommen, dass eine Solidargemeinschaft nicht nur mit Staatsbürgern, sondern auch mit Marktbürgern und Asylberechtigten teilt.

Deutlich mehr Probleme bereitet sichtlich die Frage, ob und inwieweit auch nicht-erwerbstätigen Unionsbürgern Solidarität gebührt. Der EuGH und die Unionsbürger-RL haben dazu alle relevanten Parameter exponiert; nur ihre Prämissen und Folgerungen sind teils korrekturbedürftig. In das bisher exponierte Inklusionsschema passen nicht-erwerbstätige Unionsbürger jedenfalls nicht: Sie sind nicht fundamental gleich, weil die primärrechtliche Garantie der Unionsbürgerschaft ausdrücklich auf die sekundärrechtlich tradierte Sonderbehandlung dieser Personengruppe verweist, was angesichts der sprachlichen, kulturellen und wirtschaftlichen Inhomogenität der Unionsstaaten auch nicht überrascht. Für eine funktionale Gleichstellung ist wiederum kein Grund zu sehen, weil nicht-erwerbstätige Unionsbürger keinen ökonomischen Nutzen stiften, zugleich aber in ihrem Heimatstaat eine sozialrechtliche Rückfallposition haben, sodass eine Gleichstellung auch nicht humanitär geboten ist. Von allen Gleichheits-

<sup>106</sup> Näher *Pöschl* (Fn 2) 371, 522 f, 527, 536, 541, 545, 653, 851, 868.

modellen, die das Unionsrecht erprobt hat, ist daher das unplausibelste die Annahme, nichterwerbstätige Unionsbürger seien von Beginn ihres Aufenthaltes an *prima facie* gleich. Ein solcher Gleichheitsanspruch muss schon aus rein quantitativen Gründen scheitern. Nimmt man ihn ernst, erlegt er – sei es auch nur theoretisch – jedem einzelnen Mitgliedstaat die Pflicht auf, grundsätzlich alle mittellosen Unionsbürger zu versorgen und sich zu rechtfertigen, wenn er das einmal nicht tut. Einen Grundsatz aufzustellen, der erst handhabbar wird, wenn man ihn grundsätzlich durchbricht, ergibt argumentationsökonomisch keinen Sinn. Es ist daher zu begrüßen, dass der EuGH diese Linie im Fall *Dano* aufgegeben hat.<sup>107</sup> Die Gleichheitsformel, die der EuGH für die Unionsbürgerschaft geprägt hat, legt eine Gleichheit der Unionsbürger allein aufgrund ihres Status auch nicht nahe: Denn die Unionsbürgerschaft ist nach dieser Formel „der grundlegende Status der Angehörigen der Mitgliedstaaten [...], der es denjenigen unter ihnen, *die sich in der gleichen Situation befinden*, erlaubt, unabhängig von ihrer Staatsangehörigkeit [...] die gleiche rechtliche Behandlung zu genießen.“<sup>108</sup>

## B. Integration macht schrittweise und *prima facie* gleich

Die Schlüsselfrage ist also, wann sich nichterwerbstätige Unionsbürger in der gleichen Situation wie Staatsbürger befinden und daher gleich wie diese zu versorgen sind. Von den drei solidaritätsstiftenden Parametern – fundamentale Gleichheit, ökonomische Nützlichkeit und Humanität – liefert der erste den einfachsten Ansatzpunkt für eine Inklusion: Nichterwerbstätige Unionsbürger können Staatsbürgern dann sozialrechtlich gleichgestellt werden, wenn sie ihnen ein Stück weit angeglichen, in die Aufnahmegesellschaft also hinreichend integriert sind. Auch dieses Gleichheitsmodell findet sich im unionsrechtlichen Versuchslabor: Es wird zunächst in der Unionsbürger-RL sichtbar, die nichterwerbstätigen Unionsbürgern einerseits nach einem fünfjährigen Aufenthalt ein Daueraufenthaltsrecht mit sozialrechtlicher Vollinklusion gewährt und sie andererseits in den ersten drei Aufenthaltsmonaten von einer sozialrechtlichen Gleichstellung absolut ausschließt.<sup>109</sup> Im Fall *Dano* bestätigt diese Linie schließlich auch der EuGH: Unionsbürger, die allein zum Zweck des Sozialhilfebezuges einreisen, sind – ohne dass es dazu einer näheren Prüfung der Umstände des Einzelfalls bedürfte – sozialrechtlich keine Gleichen.<sup>110</sup> In der Sache hat der EuGH auch zuvor bei Studierenden und Arbeitssuchenden anerkannt, dass Solidarität eine hinreichende Integration voraussetzt.<sup>111</sup> Schief war nur, dass er die Integration nicht als Bedingung des Gleichheitsanspruchs auswies, sondern als legitimen Grund, um ein vorausgesetztes Gleichheitsrecht zu beschränken.<sup>112</sup> Abgesehen von der unplausiblen Gleichheitsprämisse überzeugte das auch deshalb nicht, weil eine Benachteiligung von

<sup>107</sup> Oben im Text nach Fn 82.

<sup>108</sup> EuGH 20.09.2001 Rs C-184/99 (Grzelczyk) Rz 31 (Hervorhebungen nicht im Original); siehe ferner EuGH 11.07.2002 Rs C-224/98 (D’Hoop) Rz 28; EuGH (GK) 15.03.2005 Rs C-209/03 (Bidar) Rz 31; 11.11.2014 Rs C-333/13 (Dano) Rz 58.

<sup>109</sup> II.B.2.

<sup>110</sup> Oben im Text nach Fn 82.

<sup>111</sup> Oben bei Fn 60 und 63.

<sup>112</sup> Oben bei Fn 61 und nach Fn 65.

Nichtstaatsbürgern nach der Judikatur sonst nur durch Gründe gerechtfertigt werden kann, die auf „objektiven, von der Staatsangehörigkeit der Betroffenen unabhängigen Erwägungen“ beruhen.<sup>113</sup> Die fehlende Integration ist aber eine Eigenschaft, die Nichtstaatsangehörige gerade von Staatsangehörigen unterscheidet.<sup>114</sup> Wenn der EuGH sie dennoch als Differenzierungsgrund akzeptiert, kann das nur bedeuten, dass fehlende Integration im Sozialrecht einen wesentlichen Unterschied im Tatsächlichen begründet, der einen Gleichheitsanspruch erst gar nicht entstehen lässt.

Nur eine Variation dieses Gleichheitsmodells liegt vor, wenn die Judikatur im Fall *Trojani* ab einer „gewissen Integration“ eine „gewisse Solidarität“ fordert<sup>115</sup> und damit fließende Übergänge zwischen Totalausschluss und Vollintegration schafft. Rechtspolitisch ist das durchaus plausibel, weil Integration ebenso abstufbar ist wie Solidarität: Die Verbindung einer Migrantin zur Aufnahmegesellschaft verdichtet sich im zeitlichen Verlauf, und Sozialleistungen können problemlos gestaffelt, dh zB nur bis zu einer bestimmten Höhe, zeitlich befristet oder nur für ausgewählte Notlagen gewährt werden. Auf das allmähliche Hineinwachsen in die Aufnahmegesellschaft mit allmählich ansteigenden Leistungen zu reagieren, würde auch in das System der Unionsbürger-RL passen, die das Gegenstück bereits kennt: Sie gewährt Marktbürgern, die durch den Verlust einer kurzen Beschäftigung aus dem Arbeitsmarkt „herauswachsen“, auch nur zeitlich befristete Sozialleistungen.<sup>116</sup> Praktikabel sind diese Teilleistungen für Quasi-Erwerbstätige freilich nur, weil die Richtlinie klar regelt, wem welche Teilleistungen gebühren. Judikativ lassen sich derart gestufte Leistungen schwer und nur um den Preis entwickeln, dass das Gericht eine *Prima-facie*-Gleichheit von Beginn an postuliert und sie dann von Fall zu Fall schmälert – gerade diese Gleichheitspräsumtion geht aber, wie gezeigt,<sup>117</sup> von falschen Annahmen aus. Zu konkretisieren, welchen Integrationsgrad welche Leistungen erfordern, ist daher dem Gesetzgeber aufgegeben; im Fall *Dano* scheint dies nun auch der EuGH anzuerkennen.<sup>118</sup> Das schließt aber nicht aus, dass der EuGH wieder auf das Primärrecht zurückgreift, sollte das Sekundärrecht den Integrationspfad inkonsistent oder unausgewogen vorzeichnen.

Gleichheitsdogmatisch ist die Frage, ob ein Unionsbürger in die Solidargemeinschaft hinreichend integriert ist, eine Entsprechungsprüfung:<sup>119</sup> Entweder jemand entspricht dem Maßstab der geforderten Integration – dann ist er ein Gleicher und daher wie ein Staatsbürger zu versorgen; oder er entspricht dem Maßstab nicht – dann ist er ein Ungleicher, dem die Unterstützung verweigert werden darf. Die Frage nach Eingriff und Verhältnismäßigkeit hat hier keinen Sinn. Zwar kann man sagen, die Sozialleistung müsse in einem angemessenen Verhältnis zur Integration stehen, doch mit einer Verhältnismäßigkeitsprüfung hat das bei Licht besehen nichts zu tun: Integration und Solidarität sind keine gegenläufigen Interessen, die miteinander abgewogen

<sup>113</sup> Siehe nur jüngst EuGH 18.06.2019 Rs C-591/17 (AT/DE) EU:C:2019:504 Rz 73.

<sup>114</sup> Siehe auch *Schönberger* (Fn 11) 418.

<sup>115</sup> Fn 50.

<sup>116</sup> Art 7 Abs 3 lit c iVm Art 24 Abs 1.

<sup>117</sup> IV.A.

<sup>118</sup> Oben im Text ab Fn 80.

<sup>119</sup> *Huster* (Fn 15) 170 f.

werden könnten, schon gar nicht ist hier ein Interesse dem anderen *prima facie* vorgeordnet.

Ein „Eingriff“ in den Gleichheitssatz liegt erst vor, wenn ein nichterwerbstätiger Unionsbürger von Leistungen ausgeschlossen wird, obwohl er in die Solidargemeinschaft zumindest zu einem gewissen Grad integriert und daher Staatsbürgern zumindest teilweise gleichzustellen ist. Folgt man aus dieser Integration ein *Prima-facie*-Recht auf Gleichbehandlung, ist jede Ungleichbehandlung grundrechtsdogmatisch ein Eingriff, der einer Verhältnismäßigkeitsprüfung unterzogen werden kann. Ein Ziel, das einen solchen Eingriff rechtfertigen kann, hat der EuGH in seiner Judikatur mehrfach benannt: Kein Mitgliedstaat soll durch eine Überlastung seiner Sozialsysteme gezwungen sein, sein Leistungsniveau insgesamt zu senken,<sup>120</sup> schärfer gesagt: Der soziale Zusammenhalt findet dort eine Grenze, wo er den Sozialstaat destabilisiert. Nichterwerbstätige Unionsbürger ohne Daueraufenthaltsrecht von Leistungen auszuschließen, ist zweifellos ein geeignetes Mittel, um das Leistungsniveau zu halten. Doch muss geprüft werden, ob dafür wirklich ein Totalausschluss erforderlich ist oder zB eine Beschränkung auf Kernleistungen oder auf Hilfe in vorübergehenden Notlagen genügt. Bei der Prüfung der Verhältnismäßigkeit iES ist das Versorgungsinteresse des Einzelnen gegen das Interesse des Mitgliedstaates abzuwägen, seinen tradierten Sozialstandard beizubehalten, der für die Solidargemeinschaft durchaus identitätsstiftend sein kann. Welche Bereitschaft ein Staat zB von Arbeitslosen verlangen kann, sich umschulen zu lassen oder in ein niedrigeres Beschäftigungssegment zu wechseln, wird rechtskulturell ganz unterschiedlich beantwortet. Das Interesse der Mitgliedstaaten, bei ihren diesbezüglichen Wertentscheidungen zu bleiben, hat jedenfalls Gewicht. Umgekehrt wird das Versorgungsinteresse des Einzelnen umso schwerer wiegen, je stärker er integriert ist, dh je weniger ihm eine Rückkehr in seinen Herkunftsstaat zugemutet werden kann. Eine solche Abwägung kann freilich – anders als im Urteil *Brey* praktiziert<sup>121</sup> und wie im Urteil *Alimanovic* zugestanden<sup>122</sup> – nicht zwischen einer konkreten Leistung und dem Gesamtsystem durchgeführt werden; sie hat nur bei generell-abstrakt formulierten Eingriffen Sinn.

### C. Die Rückseite beginnender Integration

Hat man einmal internalisiert, dass Integration ein fließender Prozess ist, dem eine abgestufte Solidarität am besten entspricht, muss konsequenterweise auch die Rückseite der Integration beleuchtet werden: So allmählich Migranten in den Aufnahmestaat hineinwachsen, so wachsen sie auch aus dem Herkunftsstaat heraus – dessen Verantwortung ist der blinde Fleck der Unionsbürger-RL und des EuGH, die stets nur die Leistungspflicht des Aufnahmestaates im Auge haben. Der VfGH wiederum fokussiert allein die Gegenseite, wenn er mittellose Unionsbürger in den ersten fünf Aufenthaltsjahren auf eine Rückkehr in ihre Heimatstaaten verweist.<sup>123</sup> Führt man beide Perspektiven zusammen, wird ein dritter Weg sichtbar: Solange Unionsbürger

<sup>120</sup> Siehe die Nachweise in Fn 60, 63 und 67.

<sup>121</sup> Oben im Text nach Fn 71.

<sup>122</sup> Fn 88.

<sup>123</sup> VfSlg 20.244/2018 sowie III.C.



in den Aufnahmestaat nicht voll integriert sind, müssen sie in Notlagen nicht zwingend in ihren Heimatstaat zurückkehren; zumindest ebenso gut begründbar wäre, dass sie von dort beitragsfreie Leistungen exportieren.<sup>124</sup> Ein solcher Leistungsexport würde eine zeitliche Lastenteilung zwischen Herkunfts- und Aufenthaltsstaat ermöglichen, die erstens den fließenden Übergang der Zugehörigkeit vom einen zum anderen Staat normativ abbildet. Zweitens ließen sich so Schutzlücken vermeiden, weil für Unionsbürger unabhängig von ihrem Aufenthaltsort immer eine Solidargemeinschaft zuständig wäre: Zuerst der Herkunfts- und später der Aufenthaltsstaat. Diese Lösung verlangt freilich – abermals und noch mehr als alle anderen Modelle – generell-abstrakte Regeln, diesmal der Koordination, die der EuGH auch mit kühnsten Interpretationen nicht ersetzen kann.

## Verwendete Literatur

- Bezemek Christoph*, Die Erwerbsfreiheit im StGG – Schutzgegenstand und Stellung, JBl 2014, 477.
- Blauberger Michael/Heindlmaier Anita/Kramer Dion/Martinsen Dorte Sindbjerg/Sampson Thierry Jessica/Schenk Angelika/Werner Benjamin*, ECJ Judges read the morning papers. Explaining the turn-around of European citizenship jurisprudence, *Journal of European Public Policy* 25 (2018) 1422.
- Bräumann Peter*, Der Ministerialentwurf zum „Familienbonus Plus“. Systematische und unionsrechtliche Gesichtspunkte, SWK 2018, 470.
- Calliess Christian*, Der Unionsbürger: Status, Dogmatik und Dynamik, in Hatje Armin/Huber Peter M. (Hg), Unionsbürgerschaft und soziale Rechte, EuR-Beiheft 1 (2007) 7.
- Cremer Wolfram*, Negative und positive Integration: Die Europäische Gemeinschaft als Sozial- und Bildungsunion, in Hatje Armin/Huber Peter M. (Hg), Unionsbürgerschaft und soziale Rechte, EuR-Beiheft 1 (2007) 75.
- Davies Gareth*, Has the Court changed, or have the cases? The deservingness of litigants as an element in Court of Justice citizenship adjudication, *Journal of European Public Policy* 25 (2018) 1442.
- Enzensberger Hans Magnus*, Die große Wanderung. Dreiunddreißig Markierungen. Mit einer Fußnote ›Über einige Besonderheiten bei der Menschenjagd‹ (1992).
- Farahat Anuscheh*, Solidarität und Inklusion. Umstrittene Dimensionen der Unionsbürgerschaft, DÖV 2016, 45.
- Felten Elias*, Export von Sozialleistungen, SozSi 2018, 130.
- Griller Stefan*, Unionsbürgerschaft als grundlegender Status, in Schroeder Werner/Obwexer Walter (Hg), 20 Jahre Unionsbürgerschaft: Konzept, Inhalt und Weiterentwicklung des grundlegenden Status der Unionsbürger, EuR-Beiheft 1 (2005) 7.
- Hailbronner Kay*, Die Unionsbürgerschaft und das Ende rationaler Jurisprudenz durch den EuGH?, NJW 2004, 2184.
- Hailbronner Kay*, Unionsbürgerschaft und Zugang zu den Sozialsystemen, JZ 2005, 1138.
- Haltern Ulrich*, Europarecht. Dogmatik im Kontext. II: Rule of Law – Verbunddogmatik – Grundrechte<sup>3</sup> (2017).
- Hilpold Peter*, Unionsbürgerschaft und Bildungsrechte oder: Der EuGH-Richter als „Künstler“, in Roth Günter H./Hilpold Peter (Hg), Der EuGH und die Souveränität der Mitgliedstaaten. Eine kritische Analyse richterlicher Rechtsschöpfung auf ausgewählten Rechtsgebieten (2008) 11.
- Huster Stefan*, Rechte und Ziele. Zur Dogmatik des allgemeinen Gleichheitssatzes (1993).
- Kapuy Klaus*, Zugehörigkeit in der sozialen Sicherheit: Ändern sich die Zugehörigkeitskonzepte in Europa?, DRdA 2016, 396.
- Kingreen Thorsten*, In love with the single market? Die EuGH-Entscheidung Alimanovic zum Ausschluss von Unionsbürgern von sozialen Grundsicherungsleistungen, NVwZ 2015, 1503.
- Kingreen Thorsten*, Sozialrechtliche Heimat – Soziale Rechte auf und im Aufenthalt, in Rolfs Christian (Red), Migration und Sozialstaat. Sozialrechtslehrertagung 2018 (2018) 39.

<sup>124</sup> Für diese Lösung plädieren zB bereits *Schönberger* (Fn 11) 361 ff; *Kapuy Klaus*, Zugehörigkeit in der sozialen Sicherheit: Ändern sich die Zugehörigkeitskonzepte in Europa?, DRdA 2016, 396 (403); *Walrabenstein Astrid*, Primärrechtliche Freizügigkeit und sekundärrechtliches Sozialrecht in der EU, in Rolfs Christian (Red), Migration und Sozialstaat. Sozialrechtslehrertagung 2018 (2018) 149 (171 ff).

- Kühbacher Thomas*, Die geplante Indexierung der Familienbeihilfe aus unionsrechtlicher Sicht. Die Wohnsitzfiktion des Art 67 der Verordnung (EG) Nr 883/2004 zwingt zur absoluten Gleichbehandlung, ASoK 2018, 82.
- Laudacher Marco*, Unionsrechtswidrige Indexierung der Familienleistungen. Anpassung an ausländisches Preisniveau mit VO (EG) 883/2004 unvereinbar, SWK 2018, 480.
- Mangold Anna Katharina*, § 4 Sozial- und arbeitsrechtliche Relevanz der Unionsbürgerschaft, in Schlachter Monika/Heinig Hans Michael (Hg), Enzyklopädie des Europarechts. VII: Europäisches Arbeits- und Sozialrecht (2015) 167.
- Mantu Sandra/Minderhoud Paul*, Exploring the limits of social solidarity: welfare tourism and EU citizenship, EU Law Journal 2 (2016) 4.
- Marhold Franz/Ludvik Paul*, Dürfen die Behörden die Indexierung der Familienleistungen anwenden? Unionsrechtlicher Anwendungsvorrang und Vorlagerecht bzw -pflicht, ASoK 2018, 202.
- Mayr Stefan*, *Quod licet Iovi, non licet bovi?* Die Indexierung der Familienbeihilfe aus unionsrechtlicher Sicht, ZÖR 73 (2018) 317.
- Nic Shuibhne Niamh*, Limits Rising, Duties Ascending: The Changing Legal Shape of Union Citizenship, Common Market Law Review 52 (2015) 889.
- O'Brien Charlotte*, Civis Capitalist Sum: Class as the New Guiding Principle of EU Free Movement Rights, Common Market Law Review 53 (2016) 937.
- Pöschl Magdalena*, Gleichheit vor dem Gesetz (2008).
- Pöschl Magdalena*, Die Dogmatik des Staatsgrundgesetzes, in Merli Franz/Pöschl Magdalena/Wiederin Ewald (Hg), 150 Jahre Staatsgrundgesetz (2018) 33.
- Rebhahn Robert*, Der Einfluss der Unionsbürgerschaft auf den Zugang zu Sozialleistungen – insb zur Ausgleichszulage (EuGH-Urteil Brey), wbl 2013, 605.
- Rebhahn Robert*, Soll und kann die Arbeitnehmerfreizügigkeit beschränkt werden? (2017).
- Reiter Ilse*, Ausgewiesen, abgeschoben. Eine Geschichte des Ausweisungsrechts in Österreich vom ausgehenden 18. bis ins 20. Jahrhundert (2000).
- Schönberger Christoph*, Unionsbürger. Europas föderales Bürgerrecht in vergleichender Sicht (2005).
- Steiger Dominik*, Freizügigkeit in der EU und Einschränkungen von Sozialleistungen für EU-Ausländer – Vom Verlust der richtigen Balance zwischen den Interessen der Mitgliedstaaten und den Rechten des Einzelnen sowie der Notwendigkeit einer primärrechtskonformen Auslegung der Freizügigkeitsrichtlinie, EuR 2018, 304.
- Thym Daniel*, Menschenrecht auf Legalisierung des Aufenthalts? Rechtsprechung des EGMR zum Schutz des Privat- und Familienlebens nach Art. 8 EMRK und deren Verhältnis zum nationalen Ausländerrecht, EuGRZ 2006, 541.
- Thym Daniel*, Sozialleistungen für und Aufenthalt von nichterwerbstätigen Unionsbürgern, NZS 2014, 81.
- Thym Daniel*, Die Rückkehr des „Marktbürgers“ – Zum Ausschluss nichterwerbsfähiger EU-Bürger von Hartz IV-Leistungen, NJW 2015, 130.
- Thym Daniel*, Migrationsfolgenrecht, VVDStRL 76 (2017) 169.
- Wallrabenstein Astrid*, Primärrechtliche Freizügigkeit und sekundärrechtliches Sozialrecht in der EU, in Rolf's Christian (Red), Migration und Sozialstaat. Sozialrechtslehrertagung 2018 (2018) 149.
- Weber Teresa*, Unionsbürgerschaft, (fehlendes) Aufenthaltsrecht und Sozialleistungen – Überlegungen zu *Dano*, EuGH 11.11.2014 Rs C-333/13, ZÖR 70 (2015) 187.
- Wiederin Ewald*, Sozialstaatlichkeit im Spannungsfeld von Eigenverantwortung und Fürsorge, VVDStRL 64 (2005) 53.
- Wollenschläger Ferdinand*, Keine Sozialleistung für nichterwerbstätige Unionsbürger?, NVwZ 2014, 1628.