

**Gutachten  
zum Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur  
Änderung des Asylbewerberleistungsgesetzes**

**Regelungsgehalt,  
praktische Auswirkungen und  
verfassungsrechtliche Grenzen**

Bonn, April 1998

Herausgeber:

Bundesarbeitsgemeinschaft der Freien Wohlfahrtspflege e. V.

Franz-Lohe-Str. 17

53129 Bonn

Telefon: 0228/226-1

Autoren: Sybille Röseler, Dr. Bernd Schulte<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Die Autorin kommentiert u.a. das AsylbLG im Handbuch des Ausländer- und Asylrechts, Hrsg. B. Huber. Der Autor ist wissenschaftlicher Referent am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Sozialrecht in München.

## **Gliederung**

### **I. Vorgeschichte und politische Hintergrund**

### **II. Regelungsgehalt des Änderungsgesetzes**

1. Betroffener Personenkreis
  - 1.1 Leistungsberechtigte nach § 1 Abs. 1 Nr. 4 AsylbLG
    - 1.1.1 § 55 Abs. 2 AuslG
    - 1.1.2 § 55 Abs. 3 AuslG
  - 1.2 Leistungsberechtigte nach § 1 Abs. 1 Nr. 5 AsylbLG
  - 1.3 Bosnische Flüchtlinge
  - 1.4 Familienangehörige
  - 1.5 Zusammenfassung
2. Verhalten
  - 2.1 Um-zu-Regelung
  - 2.2 Verhinderung der Abschiebung
  - 2.3 Freiwillige Ausreise möglich
  - 2.4 Verhältnis der einzelnen Verhaltenstatbestände zueinander
  - 2.5 Zusammenfassung
3. Rechtsfolge
  - 3.1 Wegfall des Leistungsanspruchs
  - 3.2 Das im Einzelfall Unabweisbare
  - 3.3 Zusammenfassung

### **III. Praktische Auswirkungen**

1. Entscheidungskompetenz der Sozialämter
2. Belastung der Verwaltungsgerichtsbarkeit
3. Kriminalität und Prostitution
4. Einheitlichkeit der Rechtsordnung
5. Auslegungsprobleme

### **IV. Verfassungsrechtliche Grenzen**

- 1.1 Art. 1 Abs. 1 GG i.V.m. Sozialstaatsprinzip nach Art. 20 Abs. 2 GG: Sozialhilfe als geronnenes Verfassungsrecht
- 1.2 Verhältnismäßigkeit der Regelung
2. Bestimmtheit der Regelung und Wesentlichkeitstheorie
3. Art. 3 GG
4. Zusammenfassung

### **V. Fazit**

## **I. Vorgeschichte und politischer Hintergrund**

Am 06.02.98 hat der Bundesrat beschlossen, dem Bundestag ein Zweites Änderungsgesetz zum Asylbewerberleistungsgesetz (AsylbLG) zuzuleiten. Der Gesetzentwurf beruht auf einer Initiative des Landes Berlin, die von der Ausländerbeauftragten John und Innensenator Schönbohm im Sommer 1997 angestoßen worden war. Hintergrund war der Zustrom von ca. 800 Flüchtlingen aus Restjugoslawien - überwiegend wohl Kosovo-Albaner - innerhalb weniger Monate, die nach erfolgter unerlaubter Einreise Duldungen nach § 55 Ausländergesetz (AuslG) und Leistungen nach dem AsylbLG beantragten. Aufgrund der schleppenden Umsetzung des Rückübernahmeabkommens mit der Bundesrepublik Jugoslawien war und ist es faktisch kaum möglich, diese Personen abzuschieben. Dies gilt auch für vietnamesische Staatsangehörige. Nachdem das Bundesverwaltungsgericht (BVerwG) im September 1997 eine - außerhalb des Landes Berlin verbreitete und anerkannte - Selbstverständlichkeit entschieden hatte, nämlich daß bei Vorliegen von länger anhaltenden Abschiebungshindernissen (hier: Rückübernahmeabkommen mit Vietnam) eine Duldung zu erteilen ist,

BVerwG, Urteil vom 25.9.1997, 1 C 3.97

wurde der Ruf von Ausländerbeauftragter und Innensenator nach Änderung des AuslG und des AsylbLG unüberhörbar. Der vom Land Berlin dem Bundesrat zugeleitete Gesetzentwurf sah die Einführung einer "Um-zu-Regelung" in das AsylbLG vor: Danach sollten Personen, die in die Bundesrepublik einreisen, um Leistungen zu erhalten, von Leistungsansprüchen nach diesem Gesetz ausgeschlossen werden. Unter Federführung der Länder Bayern und Baden-Württemberg wurde dieser Gesetzentwurf überarbeitet, um drei weitere Tatbestandsmerkmale für den Leistungsausschluß sowie einige andere Regelungen erweitert und vom Bundesrat mit den Stimmen auch der SPD-(mit)regierten Länder Berlin, Brandenburg, Niedersachsen, Rheinland-Pfalz und Saarland beschlossen.

In den Tagen vor der Beschlußfassung entstand der Eindruck, daß einzelne Ländervertreter unterschiedlicher Auffassung über den durch die Novelle betroffenen Personenkreis waren. So versicherte Senatorin Hübner (Berlin), daß bosnische Flüchtlinge von der Neuregelung nicht erfaßt würden.

vgl. Protokoll der 721. Sitzung des Bundesrates vom 6.2.1998, S. 24 ff

Das Land Brandenburg z. B. stimmte der Gesetzesänderung allein aufgrund dieser Annahme zu. In der ebenfalls am 06.02.98 auf Antrag von Bündnis 90/DIE GRÜNEN anberaumten Aktuellen Stunde im Bundestag äußerten sich Vertreter von CDU und SPD in gleichlautender Weise. Bestritten wurde auch, daß die Änderung Flüchtlinge treffen könnte, die aus völkerrechtlichen oder humanitären Gründen geduldet werden.

vgl. Protokoll der 217. Sitzung des Bundestages der 13. Wahlperiode vom 6.2.1998, Protokoll S. 19874 ff

Innensenator Schönbohm (Berlin), Innenminister Glogowski (Niedersachsen) und Bundesgesundheitsminister Seehofer dagegen gingen - wie auch Bündnis 90/DIE GRÜNEN und die PDS - von Anfang an davon aus, daß grundsätzlich alle geduldeten und ausreisepflichtigen Ausländer von der Novelle betroffen sind.

Immerhin räumte der CDU-Abgeordnete Lohmann (Lüdenscheid) in der Bundestagsdebatte am 26.03.98 ein, daß bosnische Flüchtlinge von der Novelle erfaßt werden und daß dies auch beabsichtigt sei:

*"Ich zum Beispiel kann Personen aus Bosnien verstehen, die nicht in ihre Heimat zurück wollen. Ihre derzeitige Versorgung hier ist staatlich gesichert. Zu Hause müßten sie eigenverantwortlich ein neues Leben beginnen...Ist es deshalb unmenschlich, wenn wir den Bosniern jetzt klarmachen, daß es Zeit ist, daß auch sie in ihre Heimat zurückkehren und wir ein längeres Bleiberecht in Deutschland nicht befürworten, sie aber nicht durch staatliche Gewalt gegen ihren Willen zur Ausreise zwingen? Ich denke: Nein. Niemand wird gerade der erwähnten Gruppe von Menschen die Unterkunft verweigern oder die notwendige Ernährung einschränken... Aber müssen diese Menschen weiterhin Taschengeld, Geld für Kleidung... erhalten? Ich meine, wie Bundesrat und auch Bundesregierung: Nein."*

Das Bundesministerium für Gesundheit (BMG) hatte bereits im Februar einen eigenen Entwurf erarbeitet, der dann aber nicht als Regierungsentwurf in den Bundestag eingebracht wurde. Die wesentlichen Inhalte dieses Entwurfes finden sich in der Stellungnahme der Bundesregierung, mit der der Bundesrat aufgefordert wird, den Geltungsbereich des § 1a AsylbLG auf unerlaubt eingereiste Personen auszudehnen sowie den Leistungsumfang zu präzisieren. Der Entwurf des BMG sah lediglich die Gewährung von Grundleistungen nach § 3 Abs. 1 S. 1 AsylbLG sowie von medizinischer Akutversorgung nach § 4 AsylbLG vor. Barleistung sowie sonstige Leistungen nach § 6 AsylbLG, wozu z. B. die Behandlung chronischer Krankheiten, die Deckung eines erhöhten Bedarfs von Schwangeren oder die Gewährung von besonderen Leistungen für Kinder (Schulbedarf) gehören, sollten ausgeschlossen sein. Für Leistungsberechtigte, die freiwillig ausreisen können, sollte lediglich "das Unabweisbare" gewährt werden, das ausweislich der Begründung i.d.R. aus Fahrkarte und Reiseproviand besteht und sich nur im Einzelfall auf die Unterbringung und Versorgung in einer Gemeinschaftsunterkunft erstrecken sollte.

Der Eindruck drängt sich auf, daß seitens des Bundesrates möglicherweise ein Gesetz verabschiedet wurde, das in seinen Rechtswirkungen von einigen Ländern in seiner Tragweite nicht erkannt wurde und nicht gewollt war. Daher werden zunächst Tatbestand und Rechtsfolge der geplanten Novelle dargestellt<sup>2</sup>. Anschließend werden die praktischen Auswirkungen der Novelle untersucht. Schließlich werden die verfassungsrechtlichen Grenzen einer weiteren Absenkung des Sozialleistungsniveaus für bestimmte Flüchtlingsgruppen bzw.

---

<sup>2</sup> Es wird im folgenden allein um den neu einzufügenden § 1a AsylbLG gehen, da dieser den Kern und Grund der Novelle darstellt.

Auf die Untersuchung der ebenfalls ausgesprochen problematischen neu einzufügenden §§ 7a und 11 Abs. 3 AsylbLG wird hier verzichtet. Es sei nur angemerkt, daß die Bedeutung des § 7a AsylbLG völlig unklar ist: Wer Vermögen hat, erhält ohnehin nach § 7 Abs. 1 S. 1 AsylbLG keine Leistungen. Daß bei vorhandenem Vermögen für zu gewährenden Leistungen nach dem AsylbLG Sicherheit verlangt werden können soll, ist daher unsinnig. § 7a S. 2 AsylbLG besagt, daß die Anordnung der Sicherheitsleistung durch unmittelbaren Zwang erfolgen kann. Das bedeutet übersetzt, daß der Sachbearbeiter des Sozialamtes durch unmittelbaren Zwang (Fesselung, Drohung mit der Dienstwaffe) zu einer solchen Anordnung gezwungen werden können soll. Dieses Ergebnis ist ja wohl nicht gemeint. Wenn gemeint ist, daß bei Leistungsbeziehern, bei denen das Vorhandensein von Vermögen vermutet wird, ohne vorherige Androhung eine Durchsuchung der Person oder der Wohnung durchgeführt werden darf, sollte das auch entsprechend formuliert werden.

§ 11 Abs. 3 AsylbLG verstößt wohl in zwei Punkten gegen das Recht auf informationelle Selbstbestimmung: Die Übermittlung der Daten von Personen, die eine Verpflichtungserklärung nach § 84 AuslG abgegeben haben, an die Ausländerbehörde ist für diese im Zusammenhang mit der Amtshilfe für die Sozialbehörden bei der Durchführung des AsylbLG offensichtlich irrelevant und stellt damit einen unverhältnismäßigen, weil nicht erforderlichen Eingriff in das Grundrecht dar. (Diese Maßnahme dient aber wohl der vom Bundesinnenminister geplanten „Einladerdatei“.) Gleiches gilt für die regelmäßige Übermittlung der Daten von allen Leistungsberechtigten von Ausländer- an Sozialbehörde, ggf. noch im Wege des automatisierten Datenabgleichs. Hiervon können Personen betroffen sein, die nicht mehr leistungsberechtigt sind, weil sie z.B. Arbeit gefunden oder einen unterhaltsfähigen Partner geheiratet haben. Deren Daten sind für die Sozialämter irrelevant.

des Leistungsentzuges als Mittel zum Erzwingen einer "freiwilligen" Ausreise in den Fällen, in denen eine Abschiebung nicht möglich oder aufgrund verfassungs- oder völkerrechtlich begründeter Rechtspositionen verboten ist, geprüft.

## **II. Regelungsgehalt des Änderungsgesetzes**

Der neu einzufügende § 1a AsylbLG lautet:

*"Leistungsberechtigte nach § 1 Abs. 1 Nr. 4 und 5 und ihre Familienangehörigen nach § 1 Abs. 1 Nr. 6,*

- 1. die sich in den Geltungsbereich dieses Gesetzes begeben haben, um Leistungen nach diesem Gesetz zu erlangen, oder*
- 2. bei denen aus von ihnen zu vertretenden Gründen aufenthaltsbeendende Maßnahmen nicht vollzogen werden können, oder*
- 3. die nicht freiwillig ausreisen, obwohl ihrer Ausreise in den Herkunftsstaat oder einen anderen aufnahmebereiten Staat keine rechtlichen oder tatsächlichen Hindernisse entgegenstehen,*

*erhalten Leistungen nach diesem Gesetz nur, soweit dies im Einzelfall unabweisbar geboten ist."*

### **1. Betroffener Personenkreis**

Nach dem Eingangssatz des § 1a AsylbLG trifft der Wegfall des Leistungsanspruchs Leistungsberechtigte nach § 1 Abs. 1 Nrn. 4 und 5 AsylbLG sowie deren Familienangehörige.

#### **1.1 Leistungsberechtigte nach § 1 Abs. 1 Nr. 4 AsylbLG**

Leistungsberechtigt nach § 1 Abs. 1 Nr. 4 AsylbLG sind Personen, die *"eine Duldung nach § 55 des Ausländergesetzes besitzen."*

Rechtsgrundlage für jede Duldung ist § 55 AuslG. Mit der Duldung wird die Abschiebung eines ausreisepflichtigen Ausländers zeitweise ausgesetzt. Die Duldung darf nur in den in § 55 Abs. 2 bis 4 AuslG aufgezählten Fällen erteilt werden (§ 55 Abs. 1 AuslG). Die Ausreisepflicht bleibt unberührt (§ 56 Abs. 1 AuslG). Die Duldung ist also kein Aufenthaltstitel. Sie setzt vielmehr eine vollziehbare Ausreisepflicht voraus und beinhaltet lediglich, daß die Zwangsvollstreckung dieser Ausreisepflicht, nämlich die Abschiebung, vorübergehend unterbleibt.

##### **1.1.1 § 55 Abs. 2 AuslG**

Nach § 55 Abs. 2 AuslG wird eine Duldung erteilt, wenn eine Abschiebung aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen unmöglich ist, oder wenn die Abschiebung nach § 53 Abs. 6 AuslG oder nach § 54 AuslG ausgesetzt werden soll. In diesen Fällen besteht kein Ermessen für die Ausländerbehörde.

vgl. dazu neben BVerwG a.a.O. auch den Entwurf der Allgemeinen Verwaltungsvorschriften zum AuslG des BMI

Die wichtigsten rechtlichen Abschiebungshindernisse ergeben sich aus §§ 51 und 53 AuslG. Über ihr Vorliegen entscheidet das Bundesamt für die Anerkennung ausländischer Flüchtlinge (BAFl), da es sich um "zielstaatsbezogene" Vollstreckungshindernisse handelt.

Nach § 51 Abs. 1 AuslG ist die Abschiebung eines Ausländers in einen Staat verboten, in dem der Ausländer der Gefahr politischer Verfolgung ausgesetzt ist. Der Tatbestand deckt sich mit dem Asylrecht; in den Genuß des "kleinen Asyls" nach § 51 Abs. 1 AuslG kommen z. B. Personen, die zwar politisch verfolgt, aber auf dem Landweg eingereist sind und daher wegen der Drittstaatenregelung nicht als Asylberechtigte anerkannt werden dürfen.

vgl. zuletzt BVerwG, Urteile vom 2.9.1997, 9 C 5.97 und 6.97 - Kein Asyl bei Durchqueren eines sicheren Drittstaates in verplombtem LKW

Ihnen steht ab Bestandskraft der Anerkennung gem. § 70 Asylverfahrensgesetz (AsylVfG) eine Aufenthaltsbefugnis zu, wenn eine Abschiebung nicht nur vorübergehend unmöglich ist. Zwischen der Anerkennung durch das BAFl oder durch ein Gericht und der Erteilung der Aufenthaltsbefugnis durch die Ausländerbehörde vergehen oft mehrere Monate, in denen eine Duldung zu erteilen ist.

Nach § 53 Abs. 1 AuslG dürfen Ausländer nicht in Staaten abgeschoben werden, in denen sie der konkreten Gefahr der Folter ausgesetzt sind. § 53 Abs. 2 AuslG verbietet die Abschiebung von ausländischen Straftätern in Staaten, in denen ihnen die Todesstrafe droht. Nach § 53 Abs. 4 AuslG ist die Abschiebung verboten, soweit sie nach der Menschenrechtskonvention unzulässig ist. Diese verbietet z. B. in Art. 3 Folter oder andere menschenunwürdige Behandlung.

Flüchtlinge aus Afghanistan, insbesondere Frauen aus den von Taliban beherrschten Gebieten oder Funktionäre bzw. Soldaten des früheren kommunistischen Regimes, erhalten häufig eine Duldung wegen des Vorliegens von Abschiebungshindernissen i. S. des § 53 Abs. 4 oder Abs. 6 AuslG. Das Gleiche gilt für algerische Intellektuelle, die wie Flüchtlinge aus Afghanistan oder aus Kriegs- und Bürgerkriegsgebieten Afrikas (Somalia, Liberia) kein Asyl erhalten, weil es nicht der Staat ist, der sie verfolgt. Ihre Verfolger, die Islamisten, die mittlerweile nach inoffiziellen Schätzungen bis zu 75.000 Menschen umgebracht haben, erhalten dagegen Asyl: Sie handeln aus religiösen Motiven und werden vom algerischen Staat verfolgt.

vgl. für Afghanistan BVerwG, Urteile vom 4.11.1997, 9 C 34.96 und 11.97: Kein Asyl, weil es bei den Taliban an der für staatsähnliche Organisationen geforderten Stabilität und Dauerhaftigkeit der Ausübung von Gebietsgewalt fehle

Andere rechtliche Abschiebungshindernisse können sich aus dem Grundrechtskatalog des Grundgesetzes ergeben. So verbietet z. B. Art. 6 GG die Abschiebung, wenn eine Eheschließung mit einem/einer Deutschen bevorsteht - spätestens ab dem Zeitpunkt, in dem das Aufgebot bestellt ist. Auch die Abschiebung von Ausländern, die in familiärer Lebensgemeinschaft mit ihren deutschen Kindern leben, ist nach neuerer Rechtsprechung nicht mehr zulässig. Hierüber entscheidet die Ausländerbehörde, da es sich um ein "inlandsbezogenes" Abschiebungshindernis handelt.

Schließlich verbietet das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 GG) die Abschiebung von Kranken, die in ihrem Herkunftsstaat nicht medizinisch versorgt werden können (z. B. keine Dialyseapparate bei darauf angewiesenen Nierenkranken). Diese Fälle können auch unter § 53 Abs. 4 AuslG subsumiert werden.

vgl. zuletzt BVerwG, Urteil vom 25.11.1997, 9 C 58/96

Um ein tatsächliches Abschiebungshindernis handelt es sich, wenn keine Reisemöglichkeiten bestehen, weil die Grenzen und die Flughäfen geschlossen sind. Dies ist zur Zeit z. B. in Afghanistan der Fall: Die Taliban, die nach Auffassung des BVerwG keine Staatsmacht darstellen, weil sie noch nicht lange genug an der Macht sind, üben immerhin Staatsgewalt genug aus, um den Zugang zu ihrem Land deutlich zu erschweren, wenn nicht gar zu verhindern.

Tatsächliche Abschiebungshindernisse liegen auch vor in den Fällen von Paßlosigkeit und der derzeit schlecht funktionierenden Rückübernahmeabkommen mit Jugoslawien und Vietnam. Darüber hinaus dürfte es sich auch um rechtliche Abschiebungshindernisse handeln; diese Unterscheidung ist hier aber nicht von Bedeutung.

Als weitere Konstellationen, in denen eine Duldung zu erteilen ist, nennt § 55 Abs. 2 AuslG die Ermessensentscheidungen nach §§ 53 Abs. 6 und 54 AuslG.

Nach § 53 Abs. 6 S. 1 AuslG *kann* von einer Abschiebung abgesehen werden, wenn dem Ausländer im Herkunftsstaat Gefahr für Leib oder Leben droht. Die Anforderung für diesen Ermessensabschiebungsschutz sind niedriger als bei den Tatbeständen nach den Absätzen 2 und 4. Anders als dort muß hier keine konkret-individuelle Gefährdung oder Verfolgungsgefahr vorliegen. Es reicht vielmehr aus, wenn sich die Gefahren eines Bürgerkrieges so weit verdichten, daß bei einer Abschiebung die Beeinträchtigung des Rechts auf körperliche Unversehrtheit wahrscheinlich wäre. Dies sind die Konstellationen, in denen einzelne Länder oder Bund und Länder gemeinsam einen Abschiebestop nach § 54 AuslG erlassen können.

Derzeit existiert kein Abschiebestop. In der Diskussion befanden sich jüngst der Erlaß von Abschiebestops für Algerier und Albaner aus dem Kosovo. Nachdem nach Auskunft des Auswärtigen Amtes in beiden Ländern inländische Fluchialternativen bestehen, Orte also, an denen eine Gefährdung des Lebens oder der Gesundheit unwahrscheinlich ist, wurden die Ausländerbehörden angewiesen, jeden Einzelfall sorgfältig zu prüfen.

### **1.1.2 § 55 Abs. 3 AuslG**

Nach § 55 Abs. 3 AuslG können Ausländer geduldet werden, die noch nicht unanfechtbar ausreisepflichtig sind, oder wenn dringende humanitäre Bedürfnisse oder erhebliche öffentliche Interessen ihre vorübergehende weitere Anwesenheit in der Bundesrepublik erfordern. Unter diese Regelung fallen z. B. die Duldungen, die an ausländische (ehemalige) Prostituierte erteilt werden, damit sie die Gelegenheit haben, in Strafprozessen wegen Menschenhandels auszusagen. Auch bosnische Flüchtlinge können im Besitz von Duldungen nach § 55 Abs. 3 AuslG sein (vgl. dazu unten 1.3).

## **1.2 Leistungsberechtigte nach § 1 Abs. 1 Nr. 5 AsylbLG**

Leistungsberechtigt nach § 1 Abs. 1 Nr. 5 AsylbLG sind alle vollziehbar zur Ausreise verpflichteten Ausländer. Damit knüpft die Leistungsberechtigung an das Vorliegen der Tatbestände nach § 42 AuslG an. § 42 AuslG unterscheidet zwischen Ausreisepflicht von Ausländern und der Vollziehbarkeit der Ausreisepflicht. Die Ausreisepflicht besteht bereits, wenn ein Ausländer eine erforderliche Aufenthaltsgenehmigung nicht oder nicht mehr besitzt (§ 42 Abs. 1 AuslG). Vollziehbar ist die Ausreisepflicht

- nach einer unerlaubten Einreise (§ 42 Abs. 2 Nr. 1 AuslG). Die unerlaubte Einreise ist wegen der Sperrwirkung des § 8 AuslG selbst in Fällen einer Eheschließung mit Deutschen nach Ablehnung des Asylantrages oder dessen Rücknahme kaum "heilbar". Die vollziehbare Ausreisepflicht, die nicht für Asylsuchende gilt, lebt dann wieder auf;
- wenn nach Ablauf der Geltungsdauer einer Aufenthaltsgenehmigung noch nicht deren Verlängerung oder die Erteilung einer anderen Aufenthaltsgenehmigung beantragt ist (§ 42 Abs. 2 Nr.2 AuslG). Diese Regelung betrifft insbesondere junge Ausländer der dritten Generation, die hier geboren sind, sich nicht als Fremde fühlen und mit Vollendung des 16. Lebensjahres erstmals selbst für die Antragstellung einer Aufenthaltsgenehmigung verantwortlich sind;
- wenn die erstmalige Erteilung einer Aufenthaltsgenehmigung nicht beantragt und die Antragsfrist abgelaufen ist (§ 42 Abs. 2 Nr.3 AuslG). Dies betrifft Staatsangehörige aus den Staaten der „Positivliste“, denen die Durchführungsverordnung zum Ausländergesetz erlaubt, ihren Antrag in der Bundesrepublik drei Monate nach der Einreise zu stellen, wenn keine Erwerbstätigkeit beabsichtigt ist, also z. B. Schweizer oder US-Amerikaner;
- wenn die Versagung einer Aufenthaltsgenehmigung bzw. der Verwaltungsakt, durch den die Ausreisepflicht begründet wird, vollziehbar ist (§ 42 Abs. 3 AuslG).

Die häufigsten Anwendungsfälle des AsylbLG dürften die der vollziehbaren Ausreisepflicht nach § 42 Abs. 2 Nr. 1 AuslG sein. Da die Duldung die Vollziehbarkeit der Ausreisepflicht unangetastet läßt, bleiben für den Anwendungsbereich des § 1 Abs. 1 Nr. 5 AsylbLG vorwiegend jene Fälle, in denen die Ausländerbehörden die Duldung verweigern, die dann erst auf dem Rechtsweg durchgesetzt werden muß.

vgl. zuletzt VG Berlin, Beschluß. v. 11.2.1998, 35 A 3314.97; hier wurde den Antragstellern die Duldung verweigert, obwohl das gerade erst ergangene Urteil des BVerwG vom 25.9.1997 diese Praxis eigentlich hätte beenden müssen.

Es kann sich aber auch um Personen handeln, die mangels Vorliegens von Abschiebungshindernissen keinen Duldungsanspruch haben und die, wenn sie aufgegriffen werden oder sich selbst melden, eine Ausreisefrist gesetzt bekommen oder in Abschiebehaft genommen werden. Bei beiden Konstellationen erteilen die Ausländerbehörden Grenzübertrittsbescheinigungen, Paßeinzugsbescheinigungen oder auch nur Registriermarken. Das führt dazu, daß Personen, die sich tatsächlich "rechtsmißbräuchlich" (Seehofer), d. h. ohne irgend einen Rechtsgrund in der Bundesrepublik aufhalten, sich anhand ihrer Papiere oft nicht von denen unterscheiden lassen, die erst den Rechtsweg zur Durchsetzung ihrer Ansprüche bemühen müssen.

### **1.3 Bosnische Flüchtlinge**

Bosnische Flüchtlinge, auf die sich die Novelle nach der Überzeugung mancher Ländervertreter nicht beziehen soll, sind statusrechtlich keine homogene Gruppe. Es gibt wenige (unter 10.000) Inhaber von Aufenthaltsbefugnissen. Alle anderen Bosnier - noch deutlich über 200.000 - sind im Besitz von Duldungen. Je nach Landespraxis oder -verwaltungsrechtsprechung beruhen diese auf

- Abschiebungshindernissen nach § 53 Abs. 4 oder 6 AuslG, weil die Menschen - seien es Serben, Muslime oder Kroaten - aus Vertreibungsgebieten stammen und eine inländische Fluchtalternative angesichts von Flüchtlingseleid, einer Arbeitslosenquote von 80 - 90 Prozent und dem Ziel des Dayton-Abkommens verneint wird, oder
- § 53 Abs. 3 AuslG, wonach aus Gründen des dringenden öffentlichen Interesses Duldungen erteilt werden, weil die Bundesrepublik als Mitglied der internationalen Staatengemeinschaft den Friedensprozeß und den Wiederaufbau in Bosnien-Herzegovina nicht durch unkoordinierte Massenabschiebungen gefährden will. Auch Duldungen für Zeugen in den Kriegsverbrecherprozessen fallen unter diese Regelung.

Schließlich gibt es zunehmend bosnische Staatsangehörige, deren Duldungen nicht verlängert wurden, und denen dreimonatige Ausreisefristen gesetzt wurden. Diese Personengruppe fällt unter das Tatbestandsmerkmal "Leistungsberechtigte nach § 1 Abs. 1 Nr. 5 AsylbLG".

#### **1.4 Familienangehörige**

Die Erwähnung der Familienangehörigen in § 1 Abs. 1 Nr. 6 AsylbLG wie jetzt auch im Eingangssatz des § 1a AsylbLG ist irrelevant. Einen Aufenthaltstatus unterhalb der vollziehbaren Ausreisepflicht gibt es nach deutschem Ausländerrecht nicht, so daß Familienangehörige, wenn sie nicht einen besseren Titel haben, immer auch selbst leistungsberechtigt sind. Des abgeleiteten Rechtes bedarf es daher nicht.

vgl. dazu Röseler, Kommentierung zu § 1 AsylbLG, Rz. 22 ff, in: Huber, Handbuch des Ausländer- und Asylrechts, München

#### **1.5 Zusammenfassung**

Unter Berücksichtigung der Rechtsprechung ergeben sich folgende, von der Neuregelung betroffene Flüchtlingsgruppen:

- Flüchtlinge aus Algerien, v.a. Frauen und Intellektuelle, denen Ermordung durch Islamisten droht (§ 55 Abs. 2 AuslG i.V.m. § 53 Abs. 4 AuslG; BVerwG: kein Asyl, weil inländische Fluchtalternative, keine staatliche Verfolgung, Staat schutzbereit und -fähig);
- Flüchtlinge aus Afghanistan, v.a. aus dem von Taliban kontrollierten Gebiet: Frauen, denen Berufstätigkeit und sogar Krankenversorgung verweigert wird; Männer und Frauen, die sich den Bekleidungs- und Verhaltensvorschriften nicht fügen wollen; homosexuelle Männer und Frauen (§ 55 Abs. 2 AuslG i.V.m. § 53 Abs. 4 AuslG; BVerwG: kein Asyl, weil keine staatliche Verfolgung, da Taliban noch nicht lange genug an der Macht sind);
- Flüchtlinge aus afrikanischen Staaten, in denen Bürger- oder Stammeskriege sich zu konkret individuell drohender Lebensgefahr entwickeln, wenn z. B. ein feindlicher Clan die

- Gebietsgewalt erobert und alle vormaligen Anhänger der Gegenseite verfolgt (§ 55 Abs. 2 AuslG i.V.m. § 53 Abs. 4 AuslG oder § 53 Abs. 6 S. 1 AuslG; Beispiele: Liberia, Somalia);
- andere geduldete Flüchtlinge, denen Folter (§ 55 Abs. 2 AuslG i.V.m. § 53 Abs. 1 AuslG), unwürdige Behandlung oder Gefahr für Leib und Leben droht, z. B. Deserteure der Westgruppe der sowjetischen Armee (§ 55 Abs. 2 AuslG i.V.m. § 53 Abs. 6 S. 1 AuslG);
  - Geduldete aufgrund Abschiebestop eines Landes oder bundesweit - dann mit Zustimmung des BMI (§ 55 Abs. 2 AuslG i.V.m. § 54 AuslG; derzeit nicht aktuell);
  - Kranke und Behinderte, die eine Duldung haben, weil in ihrem Herkunftsstaat keine ausreichenden Behandlungsmöglichkeiten bestehen (§ 55 Abs. 2 AuslG i.V.m. § 53 Abs. 4 AuslG);
  - Geduldete aufgrund von anderen rechtlichen Abschiebungshindernissen wie z. B. Ausländer, die konkret eine Heirat mit Deutschen beabsichtigen oder mit einem Kind deutscher Nationalität zusammenleben (§ 55 Abs. 2 AuslG i.V.m. Art. 6 GG);
  - Kranke oder Schwangere, die eine Duldung wegen fehlender Transportfähigkeit erhalten (§ 55 Abs. 2 AuslG);
  - Personen, die ihre Pässe vernichten oder ihre Identität nicht preisgeben (§ 55 Abs. 2 AuslG);
  - Personen, deren Abschiebung aufgrund der Funktionsweise der Rückübernahmeabkommen nicht möglich ist oder sich verzögert (§ 55 Abs. 2 AuslG);
  - Personen, die wegen fehlender Transportmöglichkeiten nicht abgeschoben werden können, wie zur Zeit z. B. afghanische Flüchtlinge (§ 55 Abs. 2 AuslG);
  - aufgrund öffentlichen Interesses Geduldete, z. B. als Zeugen für Kriegsverbrecherprozesse benannte Bosnier oder als Zeuginnen benötigte ehemalige Prostituierte (§ 55 Abs. 3 AuslG).

Da § 1 Abs.1 Nr. 4 AsylbLG als Leistungsberechtigte alle Geduldeten erfasst, und da § 1a AsylbLG keine Einschränkung des Verweises auf § 55 AuslG enthält, wird die Novelle entgegen anderslautenden Bekundungen also auch solche Flüchtlinge betreffen, die eine Duldung aus humanitären Gründen besitzen. Indirekt hat Bundesgesundheitsminister Seehofer diesen Tatbestand eingeräumt, als er in seiner Presseerklärung von 600.000 potentiell Betroffenen sprach. Mangels zuverlässiger Daten schwanken die Schätzungen über die Zahl der de-facto-Flüchtlinge; Hailbronner geht für das Jahr 1996 sogar von 750.000 aus, während das Ausländerzentralregister für den Stichtag 31.12.1996 lediglich 337.539 Geduldete meldet und Inhaber von z. B. Grenzübertrittsbescheinigungen gar nicht ausweist. Diese Zahl ist deutlich zu niedrig, fehlen doch in der Addition der Ausländer nach Aufenthaltstitel ca. 1,8 Mio. Personen gegenüber der Gesamtzahl der ausländischen Bevölkerung.

Zahlen nach Tabellen 6 und 2 in: Ausländer in Deutschland, BMA Januar 1998

Natürlich sind nicht alle potentiell Leistungsberechtigten auch Leistungsbezieher. Trotz der Hürden des Arbeitserlaubnisrechts und des faktischen Arbeitsverbotes für neu eingereiste Asylsuchende seit Juni 1997, das z. T. wohl auch auf Geduldete angewendet wird, geht ein beträchtlicher Anteil der Flüchtlinge einer Arbeit nach. Die Asylbewerberleistungsstatistik weist für die Jahre 1995 und 1996 zum Jahresende jeweils knapp 500.000 Leistungsbezieher auf. Davon sind schätzungsweise ein Drittel bis zur Hälfte Asylsuchende. Die Zahl der von der Novelle betroffenen Ausländer dürfte also zwischen 250.000 und 360.000 liegen.

Quelle: Bundesamt für Statistik, Internet. Der Grund der Leistungsberechtigung wird nicht ausgewiesen, so daß der Anteil der Asylsuchenden anhand der Zugangszahlen, Verfahrensdauer und praktischen Erfahrungen nur grob geschätzt werden kann.

## **2. Verhalten**

Zu der Zugehörigkeit zu dem dargestellten Personenkreis muß eine Verhaltenskomponente hinzutreten, um die Rechtsfolge des Leistungsausschlusses herbeizuführen.

### **2.1 Um-zu-Regelung**

Die Um-Zu-Regelung ist der des § 120 Abs. 3 BSHG nachgebildet. Als Begründung wird angeführt, daß § 1a Nr. 1 AsylbLG lediglich eine Anpassung darstelle und der Vereinheitlichung der Rechtslage diene. Die Einführung einer Um-zu-Regelung auch in das AsylbLG diene der Durchsetzung des Gleichheitssatzes. Es sei nicht erklärbar, warum Ausländern mit einer Aufenthaltsgenehmigung § 120 Abs. 3 BSHG entgegengehalten werden könne, Leistungsberechtigten nach dem AsylbLG aber nicht.

Richtig an dieser Argumentation ist, daß nach § 120 Abs. 3 BSHG Ausländer keinen Anspruch auf die Gewährung von Sozialhilfe haben, die eingereist sind, um diese zu erhalten. Als Rechtsfolge tritt an die Stelle des Anspruchs auf Sozialhilfe der Anspruch auf fehlerfreie und pflichtgemäße Ermessensausübung.

vgl. BVerwG, Urteil vom 10.12.1987, EZAR 460 Nr.8

Dieses Ermessen hat sich am Sozialstaatsprinzip und am Menschenwürdegebot zu orientieren. Im Ergebnis läuft die Ermessensausübung auf eine Ermessensreduzierung "auf Null" hinaus, soweit es um die Gewährung der unerläßlichen Kosten des Lebensunterhalts geht. Allerdings ist es dem Sozialamt erlaubt, durch eine Kürzung auf das Unerläßliche mit sozialhilferechtlichen Mitteln auf eine Rückreise des Ausländers hinzuwirken, der in der Bundesrepublik geduldet ist.

vgl. BVerwG, Urteil vom 26.9.1991, EZAR 461 Nr.18

Das zum Lebensunterhalt Unerläßliche wird i.d.R. zwischen 75% und 80% des Sozialhilferegelsatzes festgesetzt.

vgl. z. B. Schellhorn/ Jirasek/ Seipp, BSHG, Kommentar zum Bundessozialhilfegesetz, § 25 Rz. 28 ff

Dies beruht darauf, daß die Sozialhilfe nach § 1 Abs. 2 BSHG ein menschenwürdiges Leben sicherstellen soll, das die Teilnahme am kulturellen und gesellschaftlichen Leben in bescheidenem Umfang, das sozio-kulturelle Existenzminimum, umfaßt.

vgl. Bundessozialhilfegesetz Lehr- und Praxiskommentar, § 1 Rz. 6 ff

Das Unerläßliche ist dann der Regelsatz abzüglich eben dieses sozio-kulturell bedingten Bedarfs - also kaum mehr als die nackte Existenz mit Wohnung, Ernährung, Bekleidung und einem geringen Betrag zur Deckung persönlicher Bedürfnisse. Beispielhaft für den sozio-kulturellen Bedarf sei hier nur die halbe Kinokarte monatlich genannt, die nach dem alten Warenkorb einem Hilfeempfänger zustand.

vgl. BVerwG, Urteil vom 26.9.1991, EZAR 461 Nr.18, das den Kinobesuch eines geduldeten Flüchtlings aus Sri Lanka für verzichtbar hält, da er als Vater von 5 Kindern in Sri Lanka wohl kaum daran gewöhnt sei, ins Kino zu gehen. Nicht erörtert wird die wegen des sozialhilferechtlich bedeutsamen Bedarfsdeckungsgrundsatzes relevante Frage, ob nicht statt dessen Eintrittskarten für den Zoo zu bewilligen wären, da Menschen aus Sri Lanka bekanntlich daran gewöhnt sind, Elefanten zu sehen.

Nach Inkrafttreten des AsylbLG war man davon ausgegangen, daß das zum Lebensunterhalt Unerläßliche mit der Gesamtleistungshöhe nach § 3 AsylbLG gleichzusetzen sei, da der Gesetzgeber genau diese Wirkung beabsichtigt hatte:

*"Die weitgehende Angleichung des Leistungsrechts an das Sozialhilferecht folgt der Überlegung, daß bei einem längeren Zeitraum des Aufenthalts und - mangels Entscheidung - noch nicht absehbarer weiterer Dauer nicht mehr auf einen geringeren Bedarf abgestellt werden kann, der bei einem in der Regel nur kurzen, vorübergehenden Aufenthalt in der Bundesrepublik Deutschland entsteht. Insbesondere sind nunmehr Bedürfnisse anzuerkennen, die auf eine stärkere Angleichung an die hiesigen Lebensverhältnisse und auf bessere soziale Integration gerichtet sind." (Beschlussempfehlung des federführenden FS-Ausschusses, BT-Drs. 12/5008, S.15 zur Begründung der Privilegierung von Asylsuchenden nach Ablauf des ersten Verfahrensjahres und Geduldeten, die den Grund für die Duldung nicht zu vertreten haben.)*

Tatsächlich beträgt die Leistungshöhe nach dem AsylbLG weniger als 80 % des Regelsatzes nach dem BSHG: 440 DM für den Haushaltsvorstand gegenüber durchschnittlich 530 DM. Hinzukommt, daß die Gewährung einmaliger Leistungen nach § 6 AsylbLG gegenüber denen nach § 21 Abs. 1a BSHG deutlich eingeschränkt ist. Dies betrifft insbesondere die Anschaffung von Bekleidung, die nach herrschender Praxis in den 440 DM enthalten ist, bei Sozialhilfeempfängern regelmäßig aber zusätzlich zum Regelsatz als wiederkehrende einmalige Beihilfe bewilligt wird. In der Zusammenschau wird man davon ausgehen müssen, daß die Gesamtleistungen nach dem AsylbLG weniger als 70 % der Leistungen nach dem BSHG betragen.

Das bedeutet, daß das Asylbewerberleistungsgesetz pauschal für alle Leistungsberechtigten eine Absenkung vorgenommen hat, die noch unter dem Niveau des bis zu dessen Inkrafttreten als unerläßlich Angesehenen liegt.

Mit anderen Worten: Das AsylbLG ist die Um-zu-Regelung schlechthin. Sie gilt für alle Ausländergruppen, denen illegitime Migrationszwecke unterstellt werden. Das wird im übrigen auch in der Gesetzesbegründung deutlich, wonach Zuwanderungsanreize abgebaut werden sollen. Daraus folgt, daß das tragende Argument für die Einführung einer „Um-zu-Regelung“ auch in das AsylbLG nur vordergründig schlüssig ist. Tatsächlich würde mit der bezweckten „Rechtsangleichung“ und der „Gleichbehandlung“ von Leistungsberechtigten nach dem AsylbLG mit sozialhilfebedürftigen Ausländern die bereits normierte Ungleichbehandlung vertieft und das Recht noch uneinheitlicher und unüberschaubarer als bisher.

Hinzuzufügen ist, daß die Um-zu-Regelung ohnehin kaum praktische Wirkungen erzielt. Nach neuerer Rechtsprechung reicht es für deren Anwendung nicht aus, wenn der Zweck des Sozialhilfebezuges ein Zweck neben anderen gleichrangigen Einreisezwecken war. Er muß vielmehr der prägende Einreisezweck sein. Wer also einreist, um zu seiner Familie zu ziehen oder illegal zu arbeiten, und nur billigend in Kauf nimmt, daß ggf. auch Sozialleistungen

bezogen werden können oder müssen, erfüllt den Tatbestand nicht. Schließlich trägt das Sozialamt die Beweislast - und welcher Leistungsempfänger gibt schon an, daß er „um-zu“ eingereist ist, wenn er weiß, daß ihm dann Leistungszug droht?

## **2.2 Verhinderung der Abschiebung**

Die Auslegung dieses Tatbestandsmerkmals ist im Kern klar, an den Rändern unbestimmbar. Klar ist, daß jemand, der seine Identität und Nationalität verschweigt, die Abschiebung verhindert. Klar ist auch, daß jemand, der unmittelbar vor der Abschiebung seinen Paß vernichtet oder durch Widerstandshandlungen die Mitnahme im Flugzeug verhindert, seine Abschiebung zumindest vorübergehend unmöglich macht. Was aber ist in jenen Fällen, in denen keine Pässe vorhanden sind und die Beschaffung von Pässen an den Botschaften scheitert? Hat der Ausländer es noch zu vertreten, wenn er vor Jahren seinen Paß vernichtet oder verloren hat, jetzt aber bereitwillig an der Paßbeschaffung mitwirkt? Welche Mitwirkungspflichten können paßlosen Ausländern überhaupt auferlegt werden, bis das Abschiebungshindernis nicht mehr zu vertreten ist? Was passiert, wenn nach erfolgreicher Gegenwehr gegen den Flugtransport sich herausstellt, daß gar nicht abgeschoben werden durfte? Wenn die Ausländerbehörde abschieben will (und es auch tut), obwohl ein Gericht dies untersagt hat? (Vgl. den in der FR vom 31.03.98 dokumentierten Fall, in dem die Ausländerbehörde Frankfurt/Main sämtliche Faxse des Verwaltungsgerichts und des Anwalts ignoriert hat.)

Es wird deutlich, daß das scheinbar so klare Tatbestandsmerkmal des § 1a Nr. 2 AsylbLG recht unbestimmt ist.

## **2.3 Freiwillige Ausreise möglich**

§ 1a Nr. 3 AsylbLG stellt den zentralen Regelungsgehalt der Novelle dar. Er ist den §§ 30 Abs. 3 und 55 Abs. 2 AuslG nachgebildet. Allerdings gibt es im Hinblick auf die Anwendung der Normen entscheidende Unterschiede: Die §§ 30 und 55 AuslG regeln den Aufenthaltsstatus unter dem Aspekt staatlicher Handlungsmöglichkeiten. Eine Aufenthaltsbefugnis erhält vor Ablauf von zwei Jahren seit erstmaliger Erteilung einer Duldung, wer aus von ihm nicht zu vertretenden Gründen nicht ausreisen kann. Für die Erteilung einer Aufenthaltsbefugnis nach zweijähriger Duldung gem. § 30 Abs. 4 AuslG kommt es dagegen nicht mehr auf die Unmöglichkeit der freiwilligen Ausreise an. Die Befugnis kann vielmehr erteilt werden, wenn der Ausländer sich nicht weigert, „zumutbare Anforderungen zur Beseitigung des Abschiebungshindernisses zu erfüllen“. Eine Duldung erhält, wer aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen nicht abgeschoben werden darf.

Die Neuregelung des Abs. 1a Nr. 3 AsylbLG stellt aber weder auf Zumutbarkeit wie § 30 AuslG noch auf die den Staat bindende Abschiebungshindernisse wie beide Normen ab. Was bleibt, ist die rein technische Möglichkeit der freiwilligen Ausreise, die den Verlust aller Leistungsansprüche begründen soll. Damit löst sich das Leistungsrecht vom Aufenthaltsrecht, dem es doch eigentlich folgen sollte, indem es den aus humanitären Gründen Geduldeten ein Existenzminimum sichern sollte. Dem Staat ist aufgrund des Grundgesetzes und völkerrechtlicher Vereinbarungen verboten, woran ein privatautonomes Individuum rechtlich nicht gehindert werden kann, nämlich sich "freiwillig" in Lebensgefahr zu begeben. Selbstverständlich ist die freiwillige Ausreise nach z. B. Bosnien-Herzegovina, Nigeria,

Afghanistan, Pakistan (auch für Afghanen) oder Algerien rechtlich und tatsächlich möglich. So wurde dann auch in Berlin ein Stempel entwickelt, mit dem alle Duldungen für Bosnier formularmäßig durch die Ausländerbehörde mit dem Vermerk "freiwillige Ausreise möglich" versehen wurden, ohne daß Einzelfallprüfungen vorgenommen worden wären. Das geschah im Hinblick darauf, daß bei Möglichkeit der freiwilligen Ausreise keine Privilegierung nach § 2 AsylbLG eintreten sollte. Man kann also davon ausgehen, daß in aller Regel natürlich einer freiwilligen Ausreise keine rechtlichen oder tatsächlichen Hindernisse entgegenstehen. Damit entfällt der Leistungsanspruch.

Die einzig denkbaren Fälle, in denen einer freiwilligen Ausreise rechtliche Hindernisse entgegenstehen, sind die der schlecht funktionierenden Rückübernahmeabkommen mit Vietnam und Jugoslawien. Diese Staaten lassen ihre eigenen Staatsangehörigen nicht freiwillig zurückkehren, solange das komplizierte Verfahren von Anmeldungen und Genehmigungen nicht eingehalten wird. Hier handelt es sich um eine Ironie der Geschichte: Gerade dies waren die Personengruppen, denen mit der ursprünglichen Initiative Berlins die Leistungsansprüche gestrichen werden sollten. In Einzelfällen mag es darüber hinaus noch Sachverhalte geben, bei denen eine Rückkehr aufgrund fehlender Transportwege tatsächlich unmöglich ist.

Würde der Gesetzgeber dagegen zusätzlich als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal der Zumutbarkeit der freiwilligen Ausreise mitgedacht haben, so wäre der Personenkreis der geduldeten Flüchtlinge weitestgehend aus dem Anwendungsbereich der Novelle ausgenommen und damit der Verweis auf § 1 Abs. 1 Nr. 4 AsylbLG gegenstandslos: Wo der Staat wegen drohender Folter oder Lebensgefahr nicht abschieben darf oder aus eigenen Interessen nicht will, ist selbstverständlich auch eine freiwillige Ausreise nicht zumutbar. Da nicht davon auszugehen ist, daß ein Gesetzentwurf überflüssige Regelungen enthält, wird man, auch angesichts der bisherigen Verlautbarungen, annehmen müssen, daß das Tatbestandsmerkmal der Zumutbarkeit mit Bedacht nicht aufgenommen worden ist. Es handelt sich also nicht um eine unbeabsichtigte Regelungslücke. Die Entkoppelung von Aufenthalts- und Sozialleistungsrecht scheint vielmehr bewußt und gewollt Gegenstand der Neuregelung zu sein.

#### **2.4 Verhältnis der einzelnen Verhaltenstatbestände zueinander**

Dem Wortlaut nach reicht es aus, wenn eine der Verhaltenskomponenten erfüllt ist, da sie mit dem Wort "oder" verbunden sind. Das bedeutet im Ergebnis z. B., daß - je nach Auslegung des § 1a Nr. 2 AsylbLG durch das Sozialamt - ein Flüchtling, der vor Jahren seinen Paß verloren hat und daher heute definitiv nicht ausreisen kann, gleichwohl seinen Leistungsanspruch verliert.

## **2.5 Zusammenfassung**

Die verhaltensbezogenen Tatbestände sind unklar. Die unbestimmten Rechtsbegriffe bedürfen der Interpretation durch die Bewilligungsstellen (Sozialämter), denen aber die Beurteilungskompetenz für rein ausländerrechtliche Sachverhalte fehlt. Über das Tatbestandsmerkmal der Möglichkeit der freiwilligen Ausreise werden fast alle Geduldeten und alle anderen vollziehbar zur Ausreise Verpflichteten erfaßt, so daß die Nrn. 1 und 2 von § 1a AsylbLG eigentlich überflüssig sind: In aller Regel sind Ausländer, auch die aus humanitären Gründen geduldeten weder rechtlich noch tatsächlich daran gehindert, in ihren Herkunftsstaat auszureisen.

## **3. Rechtsfolge**

Als Rechtsfolge bei Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen sieht § 1a AsylbLG vor, daß Leistungen nach dem AsylbLG nur gewährt werden, soweit dies im Einzelfall unabweisbar geboten ist.

### **3.1 Wegfall des Leistungsanspruchs**

Zunächst entfällt also der Leistungsanspruch. Damit ist es in das pflichtgemäße Ermessen der Sozialämter gestellt, ob überhaupt Leistungen gewährt werden.

vgl. dazu oben 2.1

Da es sich bei dem AsylbLG um ein Gesetz handelt, das der Sicherstellung des Lebensunterhalts - allerdings auf niedrigerem Niveau - dient, und das zwar dem Ausländerrecht zuzurechnen ist, ohne seinen Charakter als Sozialleistungsrecht zu verlieren,

vgl. Entwurf der Regierungskoalition zum AsylbLG BT-Drs. 12/4451, S. 5

sind die Grundsätze der Rechtsprechung des BVerwG zu § 120 BSHG übertragbar.

### 3.2 Das im Einzelfall Unabweisbare

Im nächsten Schritt wird die Art und Höhe der zu gewährenden Leistungen im Wege der Interpretation des unbestimmten Rechtsbegriffes des "im Einzelfall Unabweisbaren" durch die Sozialämter festgesetzt. Hier liegt wie nach alter Rechtslage im BSHG ein Fall vor, in dem die Auslegung des unbestimmten Rechtsbegriffes das Ermessen "verbraucht", also auf Null reduziert: Wenn feststeht, was das "Unabweisbare" ist, ist die Gewährung einer Leistung unterhalb dieses Niveaus rechtswidrig (s.o. 2.1).

Fraglich ist nun aber, welches die unabweisbaren Kosten des Lebensunterhalts nach dem AsylbLG in Abgrenzung zum BSHG sind. "Unabweisbar" als rechtstechnischer Begriff kommt bisher in Rechtsnormen und Entscheidungen nur vor für Reise- und Verpflegungskosten, die anlässlich einer Reise zum zugewiesenen Aufenthaltsort anfallen (vgl. z. B. § 11 Abs. 2 AsylbLG; § 120 Abs. 5 BSHG). Ggf. können als unabweisbar auch Kosten einer akut notwendigen Krankenbehandlung oder die Gewährung des vollen Regelsatzes bis zur zumutbaren Möglichkeit eines Wohnortwechsels gelten. In früheren untergerichtlichen Entscheidungen findet sich gelegentlich die Auslegung des Subsidiaritätsprinzips in der Form, daß ja der Ausländer seine Sozialhilfebedürftigkeit durch Ausreise beenden könne und daher lediglich die Gewährung der Reisekosten in den Herkunftsstaat als Hilfe zur Selbsthilfe (§ 1 Abs. 1 BSHG) unabweisbar sei. Diese Definition macht sich auch der Gesetzentwurf des BMG zu eigen.

Im Gegensatz dazu steht das zum "Lebensunterhalt Unerläßliche". Dessen Höhe wird man nach der Änderung des § 25 BSHG mit 75 % des Regelsatzes ansehen müssen, da dies der Betrag ist, auf den Sozialhilfeempfängern die Leistung bei Verweigerung zumutbarer Arbeit zu kürzen ist. Die Gewährung einmaliger Leistungen bleibt von der Kürzung nach § 25 BSHG unberührt,

vgl. Schellhorn/Jirasek/Seipp, a.a.O.

so daß, wie oben dargestellt, seit der Einführung des AsylbLG das „Unerläßliche“ ohnehin unterschritten wird.

Was also ist gemeint, wenn jetzt das AsylbLG generell faktisch für alle Leistungsberechtigten - außer Asylsuchenden - lediglich unabweisbare Leistungen vorsieht? Offensichtlich hat hier eine stillschweigende Verabschiedung des Gesetzgebers von sozialhilferechtlichen Grundsätzen stattgefunden, da ja nun für hier lebende Menschen weniger als das „Unerläßliche“, das im AsylbLG normiert ist, zur Verfügung gestellt werden soll. Es ist allerdings auch möglich, daß im Einzelfall das "Unabweisbare" sich mit den Regelleistungen nach dem AsylbLG deckt. Zieht man als Interpretationshilfe den nicht veröffentlichten Gesetzentwurf des BMG heran, ergibt sich, daß ein Barbetrag zur Befriedigung persönlicher Bedürfnisse oder die Behandlung chronischer Krankheiten nicht unabweisbar ist. Unabweisbar sind danach allein die Unterkunfts- und Verpflegungskosten, oder, soweit die Ausreise als möglich erachtet wird, Reisekosten in den Herkunftsstaat.

Aus dem Gesetzeswortlaut oder der Begründung ergeben sich für die Sozialämter jedoch keine Maßstäbe für die Festlegung des nach § 1a AsylbLG unabweisbaren Bedarfs. Hier wird Neuland betreten.

### **3.3 Zusammenfassung**

Die Rechtsfolge ist unklar. Der Gesetzgeber beabsichtigt wohl, sich von bisher geltenden sozialhilferechtlichen Grundsätzen zu verabschieden. Welche Größen anstelle des "zum Lebensunterhalt Unerläßlichen" und des sozialhilferechtlich "Unabweisbaren" treten sollen, bleibt den Sozialämtern überlassen; der Gesetzgeber enthält sich jeglicher Hinweise. Das denkbare Leistungsspektrum reicht von der Bezahlung der Reisekosten über die Sicherung der nackten Existenz mit Unterkunft und Ernährung bis zum normalen Leistungsniveau des AsylbLG, das schon gegenüber dem BSHG weniger als das "Unerläßliche" darstellt. Neu ist gegenüber dem BSHG und AsylbLG, daß es sich hier nicht mehr um Einzelfallbeurteilungen im Hinblick auf den Leistungsausschluß als Folge vorsätzlichen, individuellen Fehlverhaltens, sondern um den generellen Ausschluß einer ganzen Personengruppe unter dem Vorbehalt einer günstigeren Einzelfallbeurteilung handelt.

### **III. Praktische Auswirkungen**

#### **1. Entscheidungskompetenz der Sozialämter**

Die Sozialämter werden verpflichtet, Sachverhalte zu beurteilen, zu denen sie über keine Sachkompetenz verfügen. Angesichts der Fülle unbestimmter Rechtsbegriffe tun sich Abgründe bei der einfachgesetzlichen Auslegung des Gesetzes auf: Wann ist eine freiwillige Ausreise rechtlich und tatsächlich möglich? Kommt es entgegen dem Gesetzeswortlaut nicht auch darauf an, daß eine Ausreise unter dem Gesichtspunkt der Menschenwürde nicht nur möglich, sondern auch zumutbar sein muß? Welche Leistung ist in welchen Fällen unabweisbar?

Die Ausländerbehörde könnte zumindest hinsichtlich der Tatbestandsvoraussetzungen aushelfen und den Duldungsgrund mitteilen. Nun aber taucht ein im Ausländerrecht altbekanntes Problem in neuer Gestalt auf: Die Mitteilung einer rechtlichen Beurteilung stellt keinen Verwaltungsakt dar und kann von den Betroffenen nicht selbständig angefochten werden. Das BVerfG hielt diese Konstruktion im Zusammenspiel von Aufenthaltserlaubnis- und Arbeitserlaubnisrecht für mit der Verfassung vereinbar.

Beschluß vom 28.5.1985, SozR 1400 § 19 Nr. 19; das VG Bremen hatte vorher darin eine Verletzung von Art. 19 Abs.4 GG gesehen (Urteil v. 10.3.1976, NJW 1976, 1283)

Es fehlt den Sozialämtern unbestritten die fachliche Kompetenz, den Sachverhalt selbst einzuordnen und damit die Mitteilung der Ausländerbehörde zu überprüfen, so daß die möglicherweise falsche Beurteilung eines Sachverhalts durch die Ausländerbehörde unmittelbar auf die Leistungsentscheidung des Sozialamtes durchschlägt.

Im alltäglichen Entscheidungsprogramm der Ausländerbehörden fehlt aber genau die Frage, ob eine freiwillige Ausreise möglich ist. Darauf kommt es nach § 55 AuslG für die Erteilung der in der Zuständigkeit der Ausländerbehörden liegenden „inlandsbezogenen“ Duldungen gar nicht und bei der Erteilung von Aufenthaltsbefugnissen nach § 30 Abs. 3 AuslG in der Praxis fast nie an. Für die Beurteilung von „zielstaatsbezogenen“ Abschiebungshindernissen ist nach ständiger Rechtsprechung des BVerwG allein das BAFl zuständig. Wer also soll die rechtliche und tatsächliche Möglichkeit der freiwilligen Ausreise beurteilen? Wessen Entscheidung soll bei einem Dissens verbindlich sein?

Der Verwaltungsaufwand in den Sozialämtern wird schließlich erheblich steigen, weil ja bei mindestens der Hälfte der Leistungsbezieher statt des standardisierten Erlasses eines Bewilligungsbescheides eine Einzelfallprüfung im Hinblick sowohl auf die Tatbestände des § 1a Nrn. 1 bis 3 AsylbLG als auch auf ob und wie der Leistungsgewährung erforderlich wird.

#### **2. Belastung der Verwaltungsgerichtsbarkeit**

Eine vollständige Überlastung der Verwaltungsgerichtsbarkeit mit Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes ist zu erwarten. Wegen der arbeitsmäßigen Überlastung werden die Sozialämter - in den meisten Ländern aufgrund von Weisungen der Landesregierungen - i.d.R. keine Einzelfallprüfungen vornehmen können. Außerdem besteht die Gefahr, daß die Sozialämter, da die Länder i.d.R. den Kommunen nicht sämtliche Kosten für die Leistungen

nach dem AsylbLG erstatten, aus wohlverstandem Eigeninteresse im Zweifel ggf. die Möglichkeit der freiwilligen Ausreise unterstellen und die Leistungen auf Fahrkarte und Reiseproviant beschränken werden. Diese Auslegung stünde mit dem Wortlaut des Gesetzes im Einklang, da das Tatbestandsmerkmal der Zumutbarkeit der freiwilligen Ausreise fehlt. Daß dies keine böswillige Unterstellung zu Lasten der Sozialämter ist, beweist die Vielzahl der schon in der ersten Instanz gewonnenen Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes gegen die Ablehnung von Leistungen nach dem AsylbLG.

### **3. Kriminalität und Prostitution**

Dazu ist genug gesagt und geschrieben worden. Menschen, die in einer marktwirtschaftlich organisierten Gesellschaft kein Bargeld zur Verfügung haben, werden sich dieses verschaffen, weil man ohne Bargeld in der Bundesrepublik allenfalls als entmündigter, damit seiner Menschenwürde beraubter Mensch leben kann.

vgl. BVerwGE 72, 354

Schwarzarbeit, Kriminalität und Prostitution von Ausländern und Ausländerinnen werden die Folge des Entzuges von Sozialleistungen bei gleichzeitig bestehendem faktischen Arbeitsverbot sein.

### **4. Einheitlichkeit der Rechtsordnung**

Unter Berücksichtigung der bisherigen, uneinheitlichen und z. T. widersprüchlichen Rechtsprechung zu unerläßlicher und unabweisbarer Hilfe in Fällen des Wegfallens eines Leistungsanspruches wird man davon ausgehen müssen, daß sich eine regional unterschiedliche Verwaltungs- und Rechtsprechungspraxis ausbildet, und daß es einige Jahre dauern wird, bis sich durch obergerichtliche Rechtsprechung eine halbwegs einheitliche Rechtslage in der Bundesrepublik entwickelt. In Ländern, in denen den Sozialämtern keine detaillierten Vorgaben gemacht werden, oder wo wie in Rheinland-Pfalz die Durchführung des AsylbLG als kommunale Selbstverwaltungsaufgabe angesehen wird, kann sich die Praxis von Regierungspräsidium zu Regierungspräsidium, von Landkreis zu Landkreis unterscheiden. Diese Gefahr ist naheliegend, weil es bereits in der Frage der Leistungsform (Geld- oder Sachleistung) für nach § 2 AsylbLG Privilegierte diese Erscheinung in verschiedenen Ländern gab. Die Differenzen setzten sich in der Rechtsprechung fort, obwohl es sich um eine recht einfache Auslegungsfrage handelte, ohne daß es auf die Interpretation unbestimmter Rechtsbegriffe angekommen wäre. Erst nach etwa eineinhalb Jahren und einer Vielzahl unterschiedlichster erstinstanzlicher Eilentscheidungen herrschte weitgehend Einigkeit zwischen den OVG'en und VGH'en der Länder. Diese Einigkeit konnte jedoch nicht verhindern, daß in Brandenburg und Nordrhein-Westfalen weiterhin Sachleistungen gewährt werden durften. Eine Entscheidung des BVerwG oder des BVerfG steht bis heute aus, weil es sich um einen Rechtsbereich handelt, in dem fast ausschließlich in Eilverfahren entschieden wird. Das Landesverfassungsgericht des Landes Brandenburg hat eine Verfassungsbeschwerde gegen eine Eilentscheidung des OVG Frankfurt/Oder abgewiesen, weil der Rechtsweg nicht erschöpft sei. Angesichts der Verfahrensdauer in Hauptsacheverfahren und des Umstandes, daß die meisten Leistungsberechtigten entweder nach kürzerer Zeit wieder ausreisen oder nach ihrer Anerkennung Leistungen nach dem BSHG erhalten, ist kaum damit zu rechnen, daß das BVerwG jemals eine Entscheidung über das AsylbLG wird fällen müssen.

## 5. Auslegungsprobleme

Das bisherige Gesetzgebungsverfahren macht die Sache nicht leichter: Die historische Auslegung, sonst in Zweifelsfällen letzter Strohalm für die Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe und unverzichtbar auch für die teleologische Auslegung, scheidet als Interpretationshilfe aus. Zum einen ist es relativ uninteressant, welche Ziele die Exekutive mit einem Gesetzentwurf verfolgt, solange die Legislative sich diese Ziele nicht zu eigen macht. Zum anderen wird die Angelegenheit heillos verworren, wenn die Landesregierungen, die die Exekutive verkörpern, in ihrem Organ, dem Bundesrat, ein Gesetz beschließen, das sie ausweislich der im Bundesratsplenum abgegebenen Erklärungen so nicht gemeint haben. Die üblicherweise heranzuziehenden historischen Materialien, aus denen sich die Absicht der Legislative ergibt, lassen erkennen, daß sich Erkenntnis über die Tragweite der geplanten Neuregelung beim Bundestag offensichtlich nur zögerlich durchsetzt. Die gravierenden Auslegungsfragen hinsichtlich der verhaltensbezogenen Tatbestände und der Rechtsfolgen bleiben auch unter Berücksichtigung der bisher vorliegenden Materialien unbeantwortet.

## IV. Verfassungsrechtliche Grenzen

### 1.1 Art. 1 Abs. 1 GG i.V.m. Sozialstaatsprinzip nach Art. 20 Abs. 2 GG: Sozialhilferecht als geronnenes Verfassungsrecht

Die Einführung eines Leistungsniveaus unterhalb des schon abgesenkten Niveaus nach § 3 AsylbLG könnte mit dem Grundgesetz nicht vereinbar sein. Schon die Änderungen des § 120 BSHG und die geplante Einführung eines eigenständigen Leistungsgesetzes für Flüchtlinge wurden von der Literatur ganz überwiegend für verfassungsrechtlich außerordentlich bedenklich gehalten.

vgl. Bethäuser, Zur Gewährung von Sozialhilfe in Form von Sachleistungen an Asylbewerber, InfAuslR 1982, 74; Huber, Asylbewerber im Sozialhilferecht, NDV 1988, 251; Kraher, Verfassungsrechtliche Einwände gegen die geplante Herausnahme der Asylbewerber aus dem Kreis der Sozialhilfeberechtigten sowie zur geplanten pauschalen Absenkung entsprechender Leistungen in einem Sondergesetz, ZfF 1988, 29; Schubert, Sozialhilfe für Ausländer, InfAuslR 1984, 80; Stolleis/Schlamelcher, Zur Verfassungsmäßigkeit des § 120 BSHG, NDV 1985, 309; Zuleeg, Zur geplanten Ausgliederung der Sozialhilfeleistungen an Asylbewerber und andere Ausländergruppen aus dem Bundessozialhilfegesetz, Bonn 1988

Diesen verfassungsrechtlichen Bedenken wurde im Gesetzgebungsverfahren bei der Schaffung des AsylbLG zum Teil Rechnung getragen (vgl. oben II.2.1). Der erste Gesetzentwurf eines AsylbLG der Regierungskoalition (BT-Drs. 12/4451) hätte die unbefristete Absenkung des Leistungsniveaus für alle Leistungsberechtigten bewirkt.

Die Bereitschaft des federführenden Ausschusses, zumindest teilweise vom Asylkompromiß abzugehen, läßt sich wohl vorwiegend durch die während der Anhörungen von den meisten Sachverständigen geäußerten gravierenden verfassungsrechtlichen Bedenken gegen Leistungsabsenkung und Sachleistung erklären.

vgl. Protokoll und Anlagenband zum Protokoll (Protokoll Nr. 12/40) der 40. Sitzung des Ausschusses für Familie und Senioren am 24.3.1993

Im Lichte der neueren Rechtsprechung des BVerfG zur Sicherstellung des Existenzminimums

BVerfGE 82,60; 87,153

ist es unwahrscheinlich, daß die neuerliche Absenkung des Leistungsniveaus einer verfassungsrechtlichen Überprüfung standhält.

Der weite Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers in sozialpolitischen Angelegenheiten

vgl. z. B. BVerfG vom 13.1.1993, InfAuslR 1993, 277

endet dort, wo das Prinzip der Menschenwürde i.V.m. dem Sozialstaatsprinzip verletzt wird. Dies ist der Fall, wenn Menschen jegliche persönliche Entfaltungsmöglichkeit genommen wird und sie zum reinen Objekt staatlicher Politik gemacht werden.

vgl. z. B. BVerfGE 1, 159

Das Sozialstaatsprinzip für sich gebietet nicht die Gewährung sozialer Leistungen in einem bestimmten Umfang. Es gebietet dem Staat allerdings in Verbindung mit dem Grundrecht der Untastbarkeit der Menschenwürde, Menschen, die sich nicht selbst helfen können, ein Existenzminimum zur Verfügung zu stellen.

vgl. BVerfG 1, 159, 161f; BVerwGE 27, 58 (Ausbildungshilfe)

Dieses Existenzminimum ist keine vorfindbare Größe, sondern wird in dem dafür vorgesehenen rechtsstaatlichen Verfahren unter Berücksichtigung der allgemeinen wirtschaftlichen Verhältnisse und dem von der Rechtsgemeinschaft anerkannten Mindestbedarf festgesetzt. Der Gesetzgeber ist dabei insoweit gebunden, als er bei der Festsetzung des Existenzminimums sachliche, nachvollziehbare Kriterien zu Grunde legen muß. Dabei ist zu beachten, daß die Reduktion des Existenzminimums auf das für die Sicherung der nackten Existenz unbedingt Notwendige die Würde des Menschen i.V.m. dem Sozialstaatsprinzip verletzt.

vgl. Volker Neumann, Sozialstaatsprinzip und Grundrechtsdogmatik, DVBl. 1997,92, 94

Das anerkannte Verfahren zur Festsetzung des Existenzminimums ist die Festlegung der Regelsätze nach dem BSHG durch die Verabschiedung der Regelsatzverordnung. Es ist also davon auszugehen, daß der Mindestbedarf nach dem BSHG in jeweils aktueller Höhe das Existenzminimum markiert. Für Deutsche ist dies auch anerkannt.

vgl. Bericht über die Höhe des Existenzminimums von Kindern und Familien für das Jahr 1999, Unterrichtung durch die Bundesregierung, BT-Drs. 13/9561

Da Art. 1 Abs. 1 GG kein Deutschengrundrecht ist, sondern mit Bedacht die Würde aller Menschen gegen den Staat in Schutz nimmt, läßt sich schon die generelle Absenkung des Existenzminimums von Asylsuchenden und geduldeten Ausländern allenfalls mit dem geringeren Bedarf dieser Personengruppe begründen und rechtfertigen (s. o.). Hierbei wird allerdings verkannt, daß zwar möglicherweise der Bedarf an bestimmten Produkten und Dienstleistungen geringer ist als der von Deutschen, daß aber andererseits an anderen zum Kernbereich der Menschenwürde gehörenden Positionen ein höherer Bedarf besteht. So kann Kommunikation und Teilnahme an der Gemeinschaft für Ausländer deutlich teurer sein als für Deutsche (ausländische Zeitungen, Telefonate, Post).

vgl. zuletzt kritisch zu zweierlei Existenzminimum Klaus Sieveking, Zur Novellierung des Asylbewerberleistungsgesetzes in: Barwig u.a. (Hrsg), Sozialer Schutz von Ausländern in Deutschland, Baden-Baden 1997

Die Umetikettierung des AsylbLG als Ausländerrecht ändert nichts daran, daß sein vorrangiger Zweck in der Sicherstellung der Existenz von Flüchtlingen besteht. Selbst wenn man akzeptieren wollte, daß Flüchtlinge einen niedrigeren Bedarf haben als Deutsche, führt doch kein Weg an der Erkenntnis vorbei, daß die Menschenwürde unteilbar ist. Sie wird jedenfalls dann auch bei Ausländern verletzt, wenn das vom Staat gewährte Existenzminimum lediglich Unterkunft, Ernährung, allernotwendigste Bekleidung und ein Minimum an medizinischer Versorgung umfaßt, ohne daß die Leistungsempfänger in irgend einer Weise Einfluß auf die Gestaltung ihres Lebens nehmen könnten.

Ein verfassungskonformes Leistungsniveau unterhalb des AsylbLG, das schon den sozio-kulturellen Bedarf nicht mehr enthält, also bereits die Leistungsansprüche faktisch auf das zur Sicherung der nackten Existenz Unerläßliche reduziert hat, ist nicht denkbar.

vgl. zur derzeitigen Rechtslage Hohm in: Gemeinschaftskommentar AsylVfG, § 2 AsylbLG, Rz. 37 ff, Stand Dezember 1997, der u.a. in der 1997 eingeführten dreijährigen Absenkung des Leistungsniveaus eine verfassungswidrige Unterschreitung des Existenzminimums sieht.

Dies gilt in jedem Fall für Ausländer, denen der völker- und verfassungsrechtlich gebundene Rechtsstaat den Verbleib in der Bundesrepublik erlaubt. Dies gilt aber auch für jene Personen, denen unterstellt wird, daß sie ausreisen könnten, wenn sie nur wollten, und daß ihnen die Ausreise aus völker- oder verfassungsrechtlichen Gründen nicht unzumutbar ist. Solange sich Menschen hier aufhalten, ist ihre Würde zu achten. Den Aufenthalt zu beenden, steht dem Rechtsstaat mit der Möglichkeit der Abschiebung nach dem AusG das entsprechende Instrumentarium zur Verfügung. Daß es mit Menschenwürde- und Sozialstaatsprinzip nicht vereinbar sein kann, Menschen in Sammellagern unterzubringen, ihnen das Arbeiten zu verbieten und jeden Kontakt zur Außenwelt zu unterbinden, indem nicht einmal die zum Telefonieren erforderlichen 30 Pfennig oder das Geld für die Straßenbahnfahrkarte zur Verfügung gestellt wird, liegt nach unserer Auffassung auf der Hand.

## 1.2. Verhältnismäßigkeit der Regelung

Aus Art. 20 Abs. 1 GG folgt der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Er bindet alle Gewalten, also auch die Legislative. Um verhältnismäßig zu sein, muß eine Regelung erforderlich, geeignet und verhältnismäßig i.e.S. (zumutbar) zum Erreichen eines verfassungsrechtlich legitimen Ziels sein. Dabei beurteilen sich die Anforderungen an die Verhältnismäßigkeit nach dem jeweils beeinträchtigten Grundrecht; hier also Art. 1 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 1 GG.

Die Ziele der Gesetzesänderung lassen sich aus der Gesetzesbegründung, mehr noch aus der politischen Debatte extrahieren. Die Regelung verfolgt den Zweck

- ausreisepflichtige Ausländer, die nicht abgeschoben werden können oder dürfen, oder die aus Gründen des öffentlichen Interesses nicht abgeschoben werden sollen, zur freiwilligen Ausreise zu bewegen;
- den Schleppern die Bezahlung zu entziehen;
- die kommunalen Haushalte zu entlasten;
- Ausländer zu bestrafen, die rechtswidrig alles daran setzen, in der Bundesrepublik zu bleiben, indem sie z. B. ihre Pässe vernichten oder ihre Identität verbergen und
- andere Ausländer von der Einreise in die Bundesrepublik und von solchem Verhalten abzuschrecken.

Die Legitimität dieser Ziele, die sich an Menschenwürdegebot und Sozialstaatsprinzip messen lassen müssen, ist fraglich. Sozialhilferecht ist "geronnenes Verfassungsrecht" und damit der völligen Unterwerfung unter Zweckmäßigkeitserwägungen entzogen.

vgl. die sehr sorgfältige Untersuchung von Stolleis/Schlamelcher, Zur Verfassungsmäßigkeit des § 120 BSHG, NDV 1985, 309

Hinsichtlich der Gruppen, deren Aufenthalt in der Bundesrepublik aus völker- oder verfassungsrechtlich gebotenen Erwägungen hingenommen wird, oder die tatsächlich gar nicht ausreisen können, ist schon die Zielrichtung des Gesetzes, nämlich das Erzwingen der freiwilligen Ausreise, mit der Verfassung nicht vereinbar. Bei Ausländern, die aus Gründen des öffentlichen Interesses geduldet werden, ist die Zielsetzung widersinnig.

Die Bestrafung für rechtswidriges Verhalten ist im Bereich des Fürsorgerechts ebenfalls ein illegitimes Ziel. Selbst § 25 BSHG, der die Kürzung oder gar den Entzug der Sozialhilfe bei Verweigerung zumutbarer Arbeit oder Verschwendung vorhandener Mittel vorsieht, ist nach h. M. keine Sanktions-, sondern eine Hilfenorm, deren Zweck es ist, den Hilfeempfänger zu dem gewünschten Verhalten zu bewegen. Sobald er dies tut, ist die Kürzung bzw. Streichung zu beenden. Auf eine Verhaltensänderung aber zielt § 1a AsylbLG nicht: Die Leistungsberechtigten haben außer der Ausreise keine Möglichkeit, wieder in den Genuß der ungekürzten Leistung zu kommen. Die verhaltensbezogenen Tatbestandsmerkmale der Zumutbarkeit oder der Mitwirkungspflichten, die aus dem BSHG, dem AuslG und dem Sozialverwaltungsrecht vertraut sind, fehlen. Die Sanktion des § 1a AsylbLG bezieht sich also nicht auf ein bestimmtes Verhalten, sondern allein auf die ausländerrechtlich zwar tolerierte oder sogar gebotene, tatsächlich jedoch unerwünschte Anwesenheit. Dies wird verschleiert, wenn kontinuierlich von „Rechtsmißbrauch“ die Rede ist, dem es entgegenzutreten gelte.

vgl. die Rede von Bundesgesundheitsminister Seehofer, Debatte zur ersten Lesung des Gesetzes am 26.3.1998

Generalprävention und Abschreckung anderer einreisewilliger Ausländer sind im Bereich des Sozialleistungsrechtes illegitime Ziele.

vgl. Bethäuser, Zur Gewährung von Sozialhilfe in Form von Sachleistungen an Asylbewerber, InfAuslR 1982, 74

Unabhängig davon, daß die Legitimität des Zieles „Bekämpfung des Schlepperunwesens“ als völlig außerhalb üblicher fürsorgerechtlicher Zielsetzungen stehendes wohl unzulässig ist, wäre die Neuregelung ungeeignet, dieses Ziel zu erreichen. Schlepper und Schleuser arbeiten gegen Vorkasse. Es mag in früheren Zeiten im Einzelfall vorgekommen sein, daß sich Schlepper nach erfolgter Einreise durch Druck und Erpressung auch noch die Sozialhilfe haben aushändigen lassen. Bei Preisen um 10.000 DM für die Reise und Einreise aus den Hauptherkunftsstaaten ist aber das Warten auf die Sozialhilfe für Schlepper uninteressant.

vgl. dazu Röseler, Sachleistungen für alle Flüchtlinge? NVwZ 1994, 1084

Fiskalische Erwägungen sind im Bereich des Sozialrechts grundsätzlich legitim, weil nicht mehr verteilt werden kann, als da ist. Selbst die tatsächlich ziemlich leeren Kassen der Kommunen vermögen jedoch nicht eine Gesetzesänderung zu rechtfertigen, die das Leben bestimmter Gruppen von Ausländern auf die nackte Existenz reduziert und damit für die von ihr Betroffenen unzumutbar ist. Hier wäre die notwendige Konsequenz eine höhere Kostenbeteiligung von Bund und Ländern, weil durch die Verlagerung der Kosten von nicht in der örtlichen Gemeinschaft wurzelnden Verpflichtungen - und darum handelt es sich bei der Leistungsgewährung an Flüchtlinge - das Recht der kommunalen Selbstverwaltung (Art. 28 GG) beeinträchtigt wird.

## **2. Bestimmtheit der Regelung und Wesentlichkeitstheorie**

Wie oben dargestellt, verknüpft der neu einzufügende § 1a AsylbLG in Tatbestand und Rechtsfolge verschiedene unbestimmte Rechtsbegriffe. Dieses Vorgehen verstößt nicht per se gegen das Bestimmtheitsgebot, das aus Art. 20 GG hergeleitet wird. Vielmehr muß man davon ausgehen, daß, je komplexer ein Lebensbereich ist, um so mehr Entscheidungsspielräume bei den zuständigen Behörden verbleiben müssen. Der Gesetzgeber darf in „gewissem Umfang“ Generalklauseln und unbestimmte Rechtsbegriffe verwenden, um der Verwaltung gewisse Handlungsspielräume zu eröffnen.

vgl. z. B. BVerfGE 8,274, 325f

Gegen die Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe ist grundsätzlich sogar dann nichts einzuwenden, wenn sie mit einem Ermessenstatbestand verbunden sind. So hat das BVerfG die Vorschrift des § 7 AuslG 65, wonach eine Aufenthaltserlaubnis erteilt werden konnte, wenn Belange der Bundesrepublik nicht beeinträchtigt waren, für „noch“ verfassungsgemäß gehalten.

Allerdings ist der Gesetzgeber verpflichtet, Normen so zu fassen, daß sie in ihrem Regelungsgehalt klar, in der Anwendung justitiabel sind, und daß die von der Norm Betroffenen die Rechtslage erkennen und sich danach verhalten können. Staatliche Eingriffe müssen in ihren Voraussetzungen und Rechtsfolgen um so vorhersehbarer und berechenbarer sein, als sie an existentielle Lebensbedingungen rühren.

vgl. z. B. BVerfG, Beschluß vom 20.5.1996, NJW 1996, 2644

Hier treffen sich Bestimmtheitsgebot und die vom BVerfG zum Parlamentsvorbehalt entwickelte Wesentlichkeitstheorie, wonach wesentliche Entscheidungen der Festlegung durch den parlamentarischen Gesetzgeber bedürfen. Wesentlich bedeutet nach Ansicht des BVerfG wesentlich für die „Verwirklichung von Grundrechten“.

BVerfGE 47, 46, 79 (Sexualkunde)

Wie oben dargestellt, ist der neu einzufügende § 1a AsylbLG weder in Tatbestand noch in der Rechtsfolge bestimmt. Die Norm betrifft aber einen Regelungsbereich, der die von ihr Betroffenen buchstäblich existentiell betrifft. Sie kann mit hoher Wahrscheinlichkeit durch die zu erwartende pauschale Anwendung die Würde der Hälfte aller Leistungsberechtigten verletzen, ohne daß eine Rechtfertigung dafür ersichtlich wäre. Bei einer derart einschneidenden Regelung wäre der Gesetzgeber verpflichtet, Voraussetzungen und Rechtsfolgen präzise festzulegen oder zumindest ein demokratisch legitimes und kontrollierbares Verfahren zu deren Festsetzung vorzuschreiben, wie es auch sonst im Sozialhilferecht üblich ist. Es ist keinesfalls zulässig, diese Entscheidungen den Verwaltungsbehörden zu überlassen.

vgl. auch den Gesetzentwurf des BMG, der im letzten Satz seiner Begründung offensichtlich davon ausgeht, daß der Wortlaut des vorliegenden § 1a AsylbLG nicht bestimmt genug ist: „Ferner wird die Rechtsfolge den Anforderungen der Verfassung an Rechtsklarheit gerecht.“

### **3. Art. 3 GG**

Sofern beabsichtigt ist, bosnische Flüchtlinge gegenüber anderen aufgrund des Vorliegens von Abschiebungshindernissen nach § 53 AuslG geduldeten Flüchtlingen zu bevorzugen, verstieße dies gegen Art. 3 Abs. 1 GG. Diese Norm verbietet, Gleiches ungleich und Ungleiches gleich zu behandeln. Eine Ungleichbehandlung wäre nur rechtmäßig, wenn die Differenzierungskriterien sachgerecht - also die Vergleichsgruppen wirklich im Hinblick auf das angestrebte Differenzierungsziel unterschiedlich - sind, und wenn die Differenzierung geeignet, erforderlich und angemessen ist, um das verfolgte Ziel zu erreichen (sogenannte "neue Formel" des BVerfG).

Grund für den in der politischen Debatte geäußerten Wunsch, bosnische Flüchtlinge von der Neuregelung auszunehmen, ist der Umstand, daß eine Rückkehr aller Kriegsflüchtlinge nach mittlerweile verbreiteter Einsicht nur über einen längeren Zeitraum möglich sein wird. Es ist selbstverständlich grundsätzlich legitim und evtl. sogar geboten, einer einmal getroffenen politischen Entscheidung dadurch Rechnung zu tragen, daß die Konsequenzen der Aufnahme bosnischer Flüchtlinge auf den Sozialleistungsbereich erstreckt werden. Zieht man als Vergleichsgruppe z. B. Ausreisepflichtige ohne Duldung oder Geduldete heran, deren Duldung auf tatsächlichen Abschiebungshindernissen beruht, liegt keine Ungleichbehandlung und damit kein Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG vor, da die Gruppen im Hinblick auf ihr Aufenthaltsrecht bzw. dessen Grund unterschiedlich sind und das Differenzierungskriterium damit sachgemäß ist.

Bei der Vergleichsgruppe der wegen des Vorliegens von Abschiebungshindernissen nach § 53 Abs. 1, 2 und 4 AuslG Geduldeten hingegen finden sich gegenüber bosnischen Flüchtlingen

keine hinreichenden, gewichtigen Unterschiede. Für diese Gruppe ist wie für die Bosnier eine menschenrechtlich begründete politische Entscheidung über ihr (vorübergehendes) Bleiberecht getroffen und in § 53 AuslG verankert worden. Im Hinblick auf ihre Schutzbedürftigkeit und die Möglichkeiten der freiwilligen Ausreise hat ein Teil der bosnischen Flüchtlinge derzeit sogar bessere Chancen als z. B. Flüchtlinge aus Algerien, Afghanistan oder dem Irak - Lebensgefahr droht i.d.R. nicht mehr. Eine Privilegierung der bosnischen Flüchtlinge gegenüber anderen aus humanitären Gründen geduldeten Ausländern wäre daher mit Art. 3 Abs. 1 GG nicht vereinbar. Sie würde nicht sachlichen, sondern willkürlichen Kriterien folgen.

Sofern die beabsichtigte Privilegierung der bosnischen Flüchtlinge wie im Gesetzentwurf des BMG abstrakt an das Vorhandensein einer Duldung wegen des Vorliegens von Abschiebungshindernissen nach §§ 53 Abs. 6 S. 1 oder 54 AuslG an einem bestimmten Stichtag anknüpfen sollte, ergibt sich eine weiter nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung: Es sind ja nicht allein Bosnier, bei denen Abschiebungshindernisse nach § 53 Abs. 6 AuslG vorliegen und die daher eine Ermessenduldung erhalten haben, sondern z. B. auch Deserteure der Armee der ehemaligen sowjetischen Westgruppe. Diese würden dann besser gestellt als andere de-facto-Flüchtlinge, die sogar einen Anspruch auf die Erteilung einer Duldung haben, weil sie konkret individuell gefährdet sind. Damit würde das Leistungsrecht sich von den Strukturprinzipien des Ausländerrechts nicht nur lösen; es würde diese vielmehr geradezu umkehren.

#### **4. Zusammenfassung**

Die geplante Neuregelung verstößt gegen Art. 1 Abs. GG i.V.m. dem Sozialstaatsprinzip aus Art. 20 Abs. 1 GG, da sie dazu führt, daß das aus diesen Grundsätzen hergeleitete Existenzminimum unterschritten werden kann. Dieses wird bereits durch die geltende Fassung des AsylbLG den Leistungsberechtigten in geringerem Umfang zugestanden als Deutschen. Dieser Eingriff ist auch unverhältnismäßig, weil die damit verfolgten Ziele z. T. nicht legitim sind, z. T. die Regelung nicht geeignet bzw. zumutbar ist, diese Ziele zu erreichen. Darüber hinaus könnte durch den völligen Entzug von Bargeld und die Reduzierung der anderen Leistungen auf die Sicherung der nackten Existenz - so dieses denn als Rechtsfolge eintritt - der Kernbereich der Menschenwürde verletzt sein, indem die Leistungsberechtigten jede Möglichkeit der eigenverantwortlichen Lebensgestaltung in der Bundesrepublik genommen wird.

§ 1a AsylbLG verstößt außerdem gegen den ebenfalls aus Art. 20 GG hergeleiteten Vorbehalt des Gesetzes und gegen das Bestimmtheitsgebot, indem sowohl die faktische Bestimmung des Tatbestandes als auch die Festlegung der Rechtsfolge in einem für die Grundrechtsverwirklichung elementaren Regelungsbereich auf Verwaltungsbehörden übertragen wird.

#### **V. Fazit**

Die Gesetzesänderung betrifft dem Grunde nach alle geduldeten und vollziehbar zur Ausreise verpflichteten Personen. Sofern bei diesem Personenkreis eines der drei Tatbestandsmerkmale vorliegt, entfällt der Leistungsanspruch. An seine Stelle tritt ein Anspruch auf Gewährung der unabdingbar gebotenen Leistungen.

Die Entscheidung darüber, wie hoch und welcher Art diese Leistungen sind, überläßt das Gesetz den Sozialämtern. Das denkbare Leistungsspektrum reicht von Reisekosten bis hin zum vollen "Regelsatz" nach § 3 AsylbLG. Diese Regelung ist kaum praktikabel. Sie überfordert die Sozialämter, weil sie für die Ermittlung des Tatbestandes nach § 1a Nrn. 1-3 AsylbLG nicht die erforderliche Kompetenz besitzen. Da die Kommunen mit einem großen Teil der Sozialleistungskosten für diesen Personenkreis belastet sind, wird die Neigung bestehen, von einer Möglichkeit der freiwilligen Ausreise auszugehen. In der Folge wird die Verwaltungsgerichtsbarkeit mit Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes überlastet werden. Eine bundesweit einheitliche Rechtsanwendungspraxis wird sich erst nach mehreren Jahren einstellen, nämlich wenn BVerwG oder BVerfG entschieden haben werden.

Aufgrund dieser Umstände verstößt das Gesetz gegen die Art. 1 Abs. 1 GG i.V.m. dem Sozialstaatsprinzip und gegen das Bestimmtheitsgebot in Verbindung mit dem Parlamentsvorbehalt, soweit für Menschen, die sich tatsächlich in der Bundesrepublik aufhalten, das gegenüber dem BSHG bereits abgesenkte Existenzminimum vorenthalten wird. Das Gesetz verstößt auch gegen Art. 1 Abs. 1 GG, wenn es dazu führt, daß Menschen völlig ohne Bargeld in Sammellagern untergebracht und nur mit Ernährung, Bekleidung und allernötigster medizinischer Betreuung versorgt werden. In diesem Fall ist ein Zustand erreicht, bei dem der Mensch zum reinen Objekt staatlichen Handelns wird, weil er legal überhaupt keine freien Entscheidungen mehr treffen kann.