

Die Existenzsicherung für Ausländer nach der Sozialhilfereform³

Der Existenzsicherung für AusländerInnen nehmen sich nach der Sozialhilfereform drei Gesetze an: das SGB II ("Hartz IV"), das SGB XII und – für Asylbewerber – das AsylbLG. Alle drei Gesetze sehen Leistungen zur Sicherstellung des Lebensunterhalts vor, jedoch – wie *Klaus Sieveking*⁴ es in diesem Hause schon 2004 dargestellt hat - auf einem **4-fach gestuften Leistungsniveau**. Von "oben nach unten" sind dies

- die **Grundsicherung für Arbeitsuchende nach dem SGB II**, speziell das **Arbeitslosengeld II** - Alg II – (§ 19 Abs. 1 SGB II) zur Sicherung des Lebensunterhalts des erwerbsfähigen Hilfebedürftigen bzw. das **Sozialgeld** für den Lebensunterhalt seiner nicht erwerbsfähigen Angehörigen; diese Leistungen bestehen aus den Regelleistungen (§ 20 Abs. 2 SGB II: 345 €)⁵, der Übernahme angemessener Kosten für Unterkunft und Heizung sowie aus einem auf zwei Jahre nach Auslaufen des Arbeitslosengeldes I befristeten Zuschlag (§ 24 Abs. 3 SGB II: im ersten Jahr bis zu mtl. 160 € zuzüglich 160 € für den Partner und 60 € pro Kind), im zweiten Jahr bis zur Hälfte davon; bei bestimmten Personengruppen (Schwangeren, Alleinerziehenden) werden **Mehrbedarfe** beim Lebensunterhalt durch Erhöhung der Regelleistungen in unterschiedlicher Höhe anerkannt (vgl. § 21 SGB II);

- die **Grundsicherungsleistungen im Alter und bei Erwerbsminderung nach dem Vierten Kapitel des SGB XII**, im Wesentlichen inhaltsgleich mit der Sozialhilfe nach dem Dritten Kapitel SGB XII, aber großzügiger bei der Unterhaltspflicht und jährlich zu bewilligen; der frühere Mehrbedarf für Menschen ab 65 wird seit 1996 nur noch an

¹ Mitarbeiter beim Flüchtlingsrat Berlin, www.fluechtlingsrat-berlin.de

² Richter a.D., vormals am Bundesverwaltungsgericht, Leipzig.

³ Veröffentlichung als Buchbeitrag vorgesehen in der Tagungsdokumentation der Hohenheimer Tage zum Ausländerrecht 2005/2006, Hrsg Klaus Barwig, Nomos Verlag Baden-Baden. Das Manuskript wurde im Juli 2006 abgeschlossen. Es berücksichtigt noch nicht die vorgesehene Änderung des § 23 Abs. 3 SGB XII (Anspruchsausschluss auch im Sozialhilferecht für Ausländer, deren Aufenthaltsrecht sich allein aus der Arbeitssuche ergibt).

⁴ "Hartz IV und die Folgen für Ausländer: Grundsicherung für Arbeitssuchende" in: Barwig/Davy (Hrsg.), Auf dem Weg zur Rechtsgleichheit? Baden-Baden 2004, S. 340.

Schwerbehinderte mit Merkzeichen G oder aG⁶ gewährt. Mit dem SGB XII wurde auch die diesbezügliche Bestandsschutzregelung für Altfälle (§ 23 Abs. 1 Satz 2 BSHG) aufgehoben. In der Praxis ist festzustellen, dass deshalb und infolge der Streichung vom Regelsatz abweichender Sonderbedarfe nach § 22 BSHG in Folge des restriktiveren § 28 Abs. 1 SGB XII (Sonderbedarf nur noch für "unabweisbare", "erheblich" vom Regelbedarf abweichende Bedarfe) viele alte, kranke und erwerbsunfähige Menschen seit 1.1.2005 nicht mehr, sondern weniger an laufender Hilfe für ihren Lebensunterhalt erhalten;⁷

- die **Hilfe zum Lebensunterhalt nach dem Dritten Kapitel des SGB XII**, bestehend aus den **Regelsätzen** (§ 28 SGB XII), nach der Modellrechnung in der Begründung zur Regelsatzverordnung vom 10.3.2004⁸ 345 € West, erhöht um Mehrbedarfszuschläge für bestimmte Personengruppen (insbesondere für alte oder voll erwerbsgeminderte oder behinderte Menschen, Schwangere, Alleinerziehende) in unterschiedlicher Höhe (vgl. § 30 SGB XII) sowie aus Leistungen für Unterkunft und Heizung (§ 29 SGB XII);

- die **Grundleistungen nach dem AsylbLG**, bestehend aus Sachleistungen für Ernährung, Unterkunft, Heizung, Kleidung, Gesundheits- und Körperpflege sowie Gebrauchs- und Verbrauchsgüter des Haushalts (§ 3 Abs. 1 Satz 1 AsylbLG) zuzüglich eines Barbetrags, der (§ 3 Abs. 1 Satz 4 AsylbLG: 40 DM für Kinder, 80 DM für Personen ab 14 Jahren) noch auf seine Euro-Umstellung wartet. Der Wert der - ausnahmsweise - zulässigen Geld- oder Gutscheinleistungen nach § 3 Abs. 2 AsylbLG beträgt zusammen mit dem Barbetrag 440 DM bzw. 224,97 Euro/Monat. Er

⁵ Die Regelleistung nach § 20 SGB II betrug für die neuen Bundesländer zunächst 331 Euro und wurde erst zum 1.7.2006 auf 345 Euro angepasst.

⁶ Menschen ab 65 Jahren sowie Erwerbsunfähige unter 65 erhielten vom Inkrafttreten des BSHG 1961 bis 1996 einen 20 % Zuschlag zum Regelsatz, § 23 Abs. 1 BSHG a.F. Von 1985 bis 1993 galt der Zuschlag bereits ab 60 Jahren, und von 1965 bis 1981 betrug er sogar 30 %. Zum 1.1.1991 wurde das BSHG für das Gebiet der ehemaligen DDR übernommen, allerdings mit Ausnahme des genannten Mehrbedarfszuschlags. Seit 1996 gibt es den Zuschlag zwar bundesweit, jedoch nur noch in sehr wenigen Ausnahmefällen: wenn zusätzlich zum Lebensalter von 65 bzw. zur Erwerbsunfähigkeit eine Schwerbehinderung mit dem Merkzeichen G = "gehbehindert" oder aG = "außergewöhnlich gehbehindert" vorliegt. Diese wurde ins SGB II und XII übernommen. Der reale Bedarf alter Menschen dürfte sich im Lauf der Zeit kaum geändert haben, die Änderungen scheinen eher deren geänderte Wertschätzung durch den Gesetzgeber wiederzuspiegeln.

⁷ Seit 1.7.2006 kommt hinzu, dass die nach Landesrecht festzusetzenden Regelsätze nach § 28 SGB XII - anders als die zum 01.07.06 auf 345,- Euro angepasste Regelleistung nach SGB II - in allen neuen Bundesländern weiterhin nur 331,- Euro betragen, was im Ergebnis zu einer (weiteren) Absenkung der Leistung bei Alter, Erwerbsunfähigkeit und (schwerer) Behinderung führt und daher gegen den Gleichheitsgrundsatz sowie das Verbot der Benachteiligung wegen einer Behinderung verstoßen dürfte.

liegt somit - auch weil die Beträge nach § 3 AsylbLG seit 1993 nicht an die Lebenshaltungskosten angepasst wurden - inzwischen um 35 % unter der Sozialhilfe bzw. Grundsicherung für Arbeitsuchende.⁹ In der Praxis ist festzustellen, dass bei Sachleistungsgewährung der Wert der gelieferten Waren um bis zu 50 % unter diesen Beträgen liegt, so dass die Leistung im Ergebnis manchmal nur ein Drittel der Regelsatzleistungen der Sozialhilfe beträgt. Durch die Sachleistungen - verbunden mit dem tatsächlichen oder faktischen Arbeitsverbot - wird den Betroffenen in vielen Bereichen die Möglichkeit der eigenständigen Lebensgestaltung genommen, sie fühlen sich entmündigt. Den Leistungsberechtigten kann vorgeschrieben werden, wo und wie sie wohnen, was sie essen und womit sie sich kleiden. Durch den weitgehenden Entzug von Bargeld und die ausländerrechtliche Residenzpflicht werden zugleich ihre Möglichkeiten zu Sozialkontakten und einer eigenständigen Freizeitgestaltung eingeschränkt.

Innerhalb dieser Stufen gelten nochmals Abstufungen. So sind bei Erwerbsfähigen unter bestimmten Voraussetzungen **Leistungsabsenkungen** bis hin zum Leistungsausschluss vorgesehen (§ 31 SGB II), Leistungsberechtigte nach AsylbLG müssen sich u.U. mit Leistungen begnügen, die "im Einzelfall nach den Umständen unabweisbar geboten" sind (§ 1a AsylbLG).

Betrachten wir aus der Sicht unseres Themas dieses Leistungstableau, stellen sich zwei Fragen:

1. Welcher Gruppe von Ausländern ist welches Leistungsniveau zugeordnet?
2. Welche rechtlichen Vorgaben gelten für die Festlegung des jeweiligen Leistungsniveaus?

8 BR-Drs. 206/04, S. 13 zu § 4, ebenfalls veröffentlicht in info also 2004, 184 (189).

9 Die Anpassung der Grundleistungen ist - entgegen § 3 Abs. 3 AsylbLG - seit Inkrafttreten des AsylbLG am 1.11.1993 unterblieben, was schwerwiegenden verfassungsrechtlichen Bedenken begegnet (vgl. Hohm, GK AsylbLG, § 3 AsylbLG Rn 94 f., Brühl, LPK SGB XII, § 3 AsylbLG Rn 11).

Unterblieben ist - nach dem "Vorbild" des AsylbLG - inzwischen auch die Anpassung des SGB II / SGB XII Regelsatzes (345 Euro) an die Preisentwicklung. Seit 01.07.2003 (= Bezugsgröße der Regelsätze nach SGB II/XII) besteht trotz gestiegener Lebenshaltungskosten ein unverändertes Leistungsniveau. § 20 Abs. 4 SGB II verweist zwar einerseits auf die VO zu § 28 SGB XII (dazu weiter unten), andererseits aber auf das Rentenniveau, was auch eine Senkung des Leistungsniveaus ermöglicht.

Zu 1.) Bei unserer auf die Auswirkungen der Reform auf die Existenzsicherung für Ausländer konzentrierten Betrachtung brauchen wir uns mit Ausländern nicht näher zu befassen, wenn für sie infolge erlaubten Aufenthalts in der Bundesrepublik Deutschland das Gebot der Inländergleichbehandlung gilt (z.B. auf Grund Art. 23 GFK, Europäisches Fürsorgeabkommen); die Rechtsstellung dieser Personengruppe ist allerdings insoweit von Interesse, als auch das System der Existenzsicherung für Deutsche Rechtsprobleme aufwirft (s. dazu unten zu 2.a). Auch auf mögliche ausländerrechtliche Folgen des Bezugs von Sozial(hilfe)leistungen, Alg II und Sozialgeld gehen wir hier nicht ein.¹⁰

Anspruch auf die im Vergleich mit den anderen drei Leistungssystemen "höchstwertigen" **Grundsicherung für Arbeitsuchende** haben Ausländer gemäß dem durch das Erste Gesetz zur Änderung des SGB II zum 01.04.2006 neu gefassten § 7 Abs. 1 Satz 2 SGB II¹¹, wenn,

- sie ihren gewöhnlichen Aufenthalt (g.A.) in Deutschland haben,
- ihnen eine Beschäftigung im Inland erlaubt ist oder erlaubt werden könnte (nur dann wird "Erwerbsfähigkeit" angenommen, § 8 Abs. 2 SGB II),
- sich ihr Aufenthaltsrecht nicht allein aus dem Zweck der Arbeitssuche ergibt, und
- sie nicht zu den Leistungsberechtigten nach § 1 AsylbLG gehören.

§ 7 Abs. 1 Satz 2 SGB II nahm in der bis zur genannten Änderung geltenden Fassung - abweichend von § 30 SGB I - eine eigenständige Definition des gewöhnlichen Aufenthaltes (g.A.) vor und sah den g.A. von Ausländern als erfüllt an, wenn ihnen eine Beschäftigung im Inland erlaubt ist oder werden könnte (§ 8 Abs. 2 SGB II), und sie nicht zu den nach § 1 AsylbLG Leistungsberechtigten gehörten. Nunmehr sind alle vier o.g. Voraussetzungen gefordert.

Zu beachten ist, dass die Folge eines aufgrund der genannten Voraussetzungen vorgenommenen (im Ergebnis allerdings nur wenige Ausländer treffenden) Ausschlusses vom ALG II in der Regel ein Anspruch auf die - der Höhe nach weitgehend

¹⁰ vgl. dazu Classen, Sozialleistungen für MigrantInnen und Flüchtlinge, Hrsg. Flüchtlingsrat Niedersachsen 2005, S. 173ff (www.fluechtlingsrat-berlin.de → Gesetzgebung → Sozialleistungen allgemein)

¹¹ G v. 24.03.06, BGBl. I 558, vgl. zur Begründung BT-Drs. 16/688 vom 15.02.06.

gleiche - Sozialhilfe nach dem Dritten Kapitel des SGB XII ist. Dies folgt aus den Nachrang der Sozialhilfe zum ALG II (§ 5 Abs. 2 SGB II, § SGB XII).¹² Zu beachten ist dann allerdings § 23 SGB XII, siehe dazu weiter unten. Der Ausländer fällt aber keineswegs - obwohl in der Praxis häufig zu beobachten ist, dass ggf. keine der in Frage kommenden Behörden "zuständig" sein will - in ein leistungsrechtliches "Nichts".¹³ Nur wenn der Ausländer zum Personenkreis des § 1 AsylbLG gehört, hat er weder Anspruch auf Leistungen nach SGB II noch nach SGB XII (§ 23 Abs. 2 SGB XII).

a) **Gewöhnlicher Aufenthalt** (g.A.) in Deutschland: Diese Voraussetzung ist bei hier legal lebenden Ausländern in aller Regel gegeben. Ausreichend ist, dass der Ausländer ein Aufenthaltsrecht besitzt (z.B. Visum, Fiktionsbescheinigung,¹⁴ ein - ggf. auch kürzer befristeter - Aufenthaltstitel, oder ein entsprechendes Aufenthaltsrecht als Unionsbürger), das perspektivisch auf einen *längerfristigen*, jedoch keineswegs zwingend auch auf Dauer gerichteten Aufenthalt in Deutschland abzielt.¹⁵

In der Praxis erfüllen vor allem Touristen, Saisonarbeitnehmer sowie sich noch nicht längerfristig hier aufhaltende Asylsuchende und Geduldete die Voraussetzung nicht, wobei erstere auch mangels rechtlich möglichem Zugang zum Arbeitsmarkt und

¹² Dieses Ergebnis ist - wegen des dann geltenden Ausschlusses von den nach SGB III analog zu gewährenden Eingliederungsleistungen in den Arbeitsmarkt nach § 16 SGB II - integrationspolitisch keineswegs sinnvoll, zudem belastet es die betroffenen Kommunen finanziell. Es sollte daher auch im Interesse der Kommunen liegen, einer restriktiven Auslegung des § 7 Abs. 1 Satz 2 z.B. im Rahmen der Arbeitsgemeinschaft Jobcenter (§ 44b SGB II) entgegenzuwirken.

¹³ Die - vermeintlich - unzuständige Behörde ist verpflichtet, den Ausländer entsprechend zu beraten, und den Antrag an die zuständige Behörde weiterzuleiten, § 16 SGB I. Hat sie - unzuständigerweise - geleistet, kann sie ggf. gegen die zuständige Behörde Erstattungsansprüche geltend machen, § 102 ff SGB X (keinesfalls aber - wie teils zu beobachten - gegen den betroffenen Ausländer). Unzulässig ist die - in der Praxis häufig zu beobachtende - Ablehnung wegen "Unzuständigkeit" erst nach Monaten der "Bearbeitung", wodurch - wegen entsprechend verspäteter Antragstellung bei der "zuständigen" Behörde - für die Zwischenzeit die Ansprüche gänzlich verloren gingen. Im Zweifelsfall hat bei strittiger Zuständigkeit gemäß § 43 SGB I auf Antrag der zuerst angegangene Träger zu leisten.

¹⁴ Mit einer Fiktionsbescheinigung nach § 81 Abs. 4 AufenthG gilt der bisherige Aufenthaltstitel samt allen daraus abzuleitenden Rechten als fortbestehend. Bei einer Fiktionsbescheinigung nach § 81 Abs. 3 Satz 1 AufenthG gilt der Aufenthalt als erlaubt, was ebenfalls eine Zuordnung zum AsylbLG ausschließt und ggf. einen Anspruch auf Leistungen nach SGB II oder XII vermittelt. Nur wenn die Fiktionsbescheinigung ausnahmsweise auf § 81 Abs. 3 Satz 2 AufenthG beruht (und diese Zuordnung rechtlich zutreffend ist), gilt der Aufenthalt lediglich als geduldet, so dass ein Verweis auf das AsylbLG möglich ist, § 1 Abs. 1 Nr. 5 AsylbLG.

¹⁵ § 30 SGB I. Das BSG legt den Begriff für einzelne Rechtsgebiete unterschiedlich aus, vgl. dazu Schlicker, Diskriminierung von Ausländern im Bereich der sozialen Sicherheit mit rechtlichen Mitteln - zugleich Anmerkungen zum Begriff des "gewöhnlichen Aufenthalts", in Barwig et. al. (Hrsg.), Vom Ausländer zum Bürger, Baden-Baden 1994, S. 531.

letztere - ebenso wie Ausländer ganz ohne legalen Status - bereits wegen ihrer Leistungsberechtigung nach dem AsylbLG vom ALG II ausgeschlossen sind.

Nach der Definition des g.A. sind kurzfristige Auslandsaufenthalte für den ALG II-Anspruch unschädlich. Vgl. dazu § 7 Abs. 4a SGB II in der durch das Gesetz zur Fortentwicklung der Grundsicherung für Arbeitssuchende geänderten Fassung¹⁶, wonach seit August 2006 auch für den Bereich des ALG II die ALG-Erreichbarkeitsanordnung analog gilt, und ein ALG II-Bezug bei vorheriger Zustimmung des Jobcenters zum Verlassen des Wohnsitzes (auch ins Ausland) für bis zu 3 Wochen/Jahr möglich ist.¹⁷

b) Ausländer haben nach § 8 Abs. 2 SGB II keinen Anspruch auf Grundsicherung für Arbeitssuchende, wenn ihnen die **Aufnahme einer Beschäftigung weder erlaubt ist noch erlaubt werden könnte**. Erlaubt ist eine "Beschäftigung" (also eine unselbstständige Erwerbstätigkeit) z.B. Studenten (vgl. § 16 Abs. 2 AufenthG), anerkannten Flüchtlingen (vgl. § 25 Abs. 1 Satz 4, § 25 Abs. 2 Satz 2 AufenthG) oder Ausländern mit Aufenthaltserlaubnis zum Familiennachzug (§§ 27 Abs. 5, 28 Abs. 5 AufenthG).¹⁸ Zwar kann ein Hinderungsgrund gegenüber der Erlaubnis zur Ausübung einer Beschäftigung bestehen, wenn geeignete inländische Arbeitskräfte oder ausländische Stellenbewerber mit vorrangigem Zugang zum Arbeitsmarkt verfügbar sind (vgl. § 39 Abs. 2 AufenthG). Ein Anspruch auf Leistungen nach dem SGB II scheidet jedoch nicht daran, dass der Ausländer bei der Arbeitserlaubniserteilung der Vorrangprüfung unterliegt und deshalb gegebenenfalls aufgrund der aktuellen Arbeitsmarktlage Probleme hat, auch tatsächlich eine Arbeitserlaubnis zu erhalten.¹⁹ Der früheren Rechtsprechung des BSG, wonach bei Ausländern mit nachrangigem Arbeitsmarktzugang nach einem Jahr Arbeitslosigkeit und vergeblicher Vermittlungsbemühungen

¹⁶ BGBl I 1706, vgl. BT-Drs 16/1410 sowie Ausschuss-Drs 16(11)275.

¹⁷ Erreichbarkeitsanordnung v. 23.10.97, ANBA 1997, 1685, geändert 16.11.01, ANBA 2001, 1476.

¹⁸ Die Aufzählung ist keineswegs abschließend, eine umfassende Darstellung an dieser Stelle nicht beabsichtigt. So haben Ausländer mit Aufenthaltserlaubnis aus humanitären Gründen meist aufgrund §§ 8 oder 9 BeschVerfV Anspruch auf unbeschränkte Erlaubnis zur Ausübung einer Beschäftigung. Ehepartner Deutscher erhalten einen unbeschränkten Arbeitsmarktzugang. Ehepartner von Ausländern erhalten im Normalfall ebenfalls sofort einen unbeschränkten Arbeitsmarktzugang. Nur wenn der bereits hier lebende ausländische Partner ausnahmsweise keinen unbeschränkten Arbeitsmarktzugang besitzt, gilt für den nachgezogenen Partner zwei Jahre lang ein nachrangiger Arbeitsmarktzugang.

der Anspruch auf Arbeitslosenhilfe entfällt, weil der Arbeitsmarkt verschlossen und eine Arbeitserlaubnis aussichtslos sei, wurde damit eine Absage erteilt.²⁰

Unzutreffend ist die Annahme des LSG Berlin-Brandenburg, im Falle eines den ausländischen Antragstellern faktisch verschlossenen regionalen Arbeitsmarktes bzw. mangels Vorliegens eines auf ein konkretes Arbeitsangebot gestützten Antrags auf Arbeitserlaubnis bestehe bei einem ausländerrechtlich nur nachrangig zulässigen Arbeitsmarktzugang kein Anspruch auf ALG II.²¹

Das LSG übersieht dabei die **Entstehungsgeschichte und Begründung zu § 8 Abs 2 SGB II**. Die Gesetzesbegründung erläutert zum Anspruch von Ausländern auf Grundsicherung für Arbeitsuchende (BT-Drs. 15/1516 v. 5.9.2003. S. 52, die Regelung zählte als § 8 Abs. 3 der Entwurfsfassung):

"Da die Beschäftigung von Ausländern grundsätzlich unter Erlaubnisvorbehalt steht, ist für die in Absatz 3 geregelte Frage der Erwerbsfähigkeit nur allgemein nach den Bestimmungen des Arbeitsgenehmigungsrechts darauf abzustellen, ob rechtlich ein Zugang zum Arbeitsmarkt besteht oder zulässig wäre, wenn keine geeigneten inländischen Arbeitskräfte verfügbar sind. Die Frage, ob ein solcher unbeschränkter oder nachrangiger Arbeitsmarktzugang rechtlich gewährt wird, richtet sich dabei ausschließlich nach den – durch dieses Gesetz insoweit unberührten – arbeitsgenehmigungsrechtlichen Regelungen."

Weil Ausländer mit nachrangigem Arbeitsmarktzugang regelmäßig nur eine Arbeitserlaubnis für eine bestimmte Beschäftigung erhalten, wurden im weiteren Gesetzgebungsverfahren - nachdem die geplanten Regelung im Rahmen der Ausschussanhörung zum SGB II als missverständlich kritisiert worden war²² - zur Klarstellung die in der Entwurfsfassung noch enthaltenen Worte "ohne Beschränkung" sowie "durch die Bundesagentur" gestrichen. § 8 Abs. 2 lautete im Entwurf (BT-Drs. 15/1516 v. 05.09.2003. S. 11):

"Im Sinne von Absatz 1 können Ausländer nur erwerbstätig sein, wenn ihnen

¹⁹ So auch Sieveking, a.a.O., S. 286. Dieses Ergebnis war jedoch erst im Verlauf des kontroversen Gesetzgebungsverfahrens auf Grund einer Änderung der Entwurfsfassung des § 8 SGB II erreicht worden (s. dazu Sieveking, a.a.O., S. 285 f.).

²⁰ z.B. BSG, Urt. vom 09.09.1986, InfAuslR 1987, 156.

²¹ LSG Berlin-Brandenburg L 25 B 1281/05 AS ER, Beschluss vom 13.12.05, www.sozialgerichtsbarkeit.de (dort unzutreffend als "Urteil" bezeichnet)

²² vgl. DGB in Dt. Bundestag, Ausschuss für Wirtschaft und Arbeit, Ausschuss-Drs. 15(9)646 v.

die Aufnahme einer Beschäftigung ohne Beschränkung erlaubt ist oder durch die Bundesagentur erlaubt werden könnte."

Die Gesetzesbegründung führt dazu aus (BT-Drs. 15/1749 v. 16.10.2003, S. 31):

"Redaktionelle Anpassung. Zur Vermeidung von Missverständnissen soll geregelt werden, dass Ausländer, die die sonstigen Voraussetzungen nach den §§ 7 und 8 erfüllen, sowohl mit unbeschränktem als auch mit nachrangigem Arbeitsmarktzugang erfasst werden."

Folgt man hingegen dem vom LSG Berlin-Brandenburg postulierten Ausschluss nicht unter das AsylbLG fallender erwerbsfähiger Ausländern mit nachrangigem Arbeitsmarktzugang vom ALG II, folgt daraus ein Anspruch auf Leistungen zum Lebensunterhalt nach dem SGB XII Drittes Kapitel. Die Leistung ist weitgehend identisch mit dem SGB II, aber der Zugang zu Integrationsleistungen in den Arbeitsmarkt nach § 16 SGB II versperrt, ein Ergebnis das integrationspolitisch kaum sinnvoll erscheint. Die finanziellen Lasten sind - anders als beim ALG II - dann von der Kommune allein zu tragen.

c) Der im neu gefassten § 7 Abs. 1 Satz 2 SGB II geregelte Ausschluss von Ausländern, deren **Aufenthaltsrecht** sich **allein aus dem Zweck der Arbeitssuche** ergibt, geht zurück auf eine Bundesratsinitiative des Landes Bayern²³ zur Änderung des Freizügigkeitsgesetzes-EU, mit der das Ziel verfolgt wurde, neu eingereiste arbeitssuchende Unionsbürger von Leistungen nach dem SGB II auszuschließen. Hintergrund war ein im Sommer 2004 behaupteter Missbrauch, zu dem durch das Fehlen einer „Um-zu-Regelung“ im SGB II geradezu eingeladen werde.²⁴ Tatsächlich waren ausweislich der Begründung dem vorhandenen Datenmaterial keine Indizien für eine vermehrte Inanspruchnahme von Leistungen nach dem SGB II durch Unionsbürger zu entnehmen. Zumindest in der Vergangenheit hat die Arbeitnehmerfreizügigkeit nicht zu einer nennenswert erhöhten Sozialhilfequote der Unionsbürger im Vergleich zu Deutschen geführt, weil das entscheidende Motiv für die Wanderung die Möglichkeit der Erzielung eines - höheren - Einkommens durch Erwerbstätigkeit ist. So sind

07.10.03; PRO ASYL in a.a.O., Ausschuss-Drs. 15(9)707 v. 07.10.03

²³ BT-Drs. 16/239 v. 14.12.2005

²⁴ vgl. das im Oktober 2005 von Arbeitsminister Clement an die Presse lancierte Papier "Vorrang für die Anständigen - Gegen Missbrauch, „Abzocke“ und Selbstbedienung im Sozialstaat. Ein Report vom Arbeitsmarkt im Sommer 2005", www.fluechtlingsinfo-berlin.de/fr/pdf/clement-report.pdf

die Einkommen der Unionsbürger in etwa denen der Deutschen vergleichbar; und liegen zum Teil sogar darüber.²⁵ Da innerhalb der EU der in einem Mitgliedstaat erworbene Arbeitslosengeldanspruch für bis zu drei Monate – zukünftig 6 Monate – „exportierbar“ ist²⁶, dürfte der praktische Anwendungsbereich des neu gefassten § 7 Abs. 1 SGB II ohnehin recht gering sein.

Abweichend von den Formulierungen der Bundesratsinitiative, die sich ausschließlich auf arbeitssuchende Unionsbürger bezog, wird in der mit dem Änderungsgesetz verabschiedeten Fassung der Eindruck der staatsangehörigkeitsrechtlichen Neutralität gepflegt. In der Gesetzesbegründung werden neben Unionsbürgern als weitere Gruppe, die ein Aufenthaltsrecht zur Arbeitsuche besitzt, die Inhaber von Aufenthaltserlaubnissen nach § 16 Abs. 4 AufenthG genannt (Hochschulabsolventen nach ihrem Examen). Da bei dieser Gruppe jedoch das Erfordernis der Lebensunterhaltssicherung Voraussetzung für die Erteilung der Aufenthaltserlaubnis ist (§ 5 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG), dürfte dieser Leistungsausschluss nach dem SGB II in der Rechtswirklichkeit weitgehend irrelevant sein. Weitere Gruppen von Ausländern, die ein Aufenthaltsrecht allein zur Arbeitsuche bekommen könnten, gibt es nicht: Da im Rahmen der Verhandlungen zum Zuwanderungsgesetz die Möglichkeit der Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis auch ohne feste Zusage für einen Arbeitsplatz („Punktesystem“ nach § 20) gestrichen wurde, folgt bei allen anderen Aufenthaltstiteln das – ggf. auch zunächst unter dem Inländerprimat stehende – Recht auf Arbeitsuche dem Erteilungsgrund der Aufenthaltserlaubnis (Familie, humanitäre Gründe, Erwerbstätigkeit bei nachgewiesener Stelle, Studium).²⁷

Der Leistungsausschluss für arbeitssuchende Unionsbürger könnte grundsätzlich von Art. 24 Abs. 2 der „Freizügigkeitsrichtlinie“²⁸ gedeckt sein, sofern die Grundsicherung für Arbeitsuchende sich unter den Begriff der Sozialhilfe subsumieren ließe: Eu-

²⁵ 2003 lag die Sozialhilfequote der EU-Ausländer mit 3,2% nur geringfügig über der der Deutschen (2,9%). Vor Inkrafttreten des SGB II sind Sozialhilfeempfänger deshalb der entscheidende Maßstab, weil hier neben den Beziehern von ergänzender Sozialhilfe auch diejenigen enthalten sind, die nie gearbeitet hatten und deshalb keine Arbeitslosenhilfe bzw. kein Arbeitslosengeld bekommen haben. Vgl. Bericht der Beauftragten der Bundesregierung für Migration, Flüchtlinge und Integration über die Lage der Ausländerinnen und Ausländer in Deutschland, August 2005, 107ff.

²⁶ Art. 69 ff. VO 1408/71

²⁷ Dies gilt auch für den Fall, dass eine zukünftige Bleiberechtsregelung den noch nicht Erwerbstätigen für eine befristete Zeit erlaubt, einen Arbeitsplatz zu finden, um so die grundsätzlich erforderliche Lebensunterhaltssicherung nachzuweisen. Eine solche Aufenthaltserlaubnis wäre eine nach § 23 aus humanitären Gründen erteilte, und keine zum Zwecke der Arbeitsuche.

roparechtlich sind die Mitgliedstaaten nur verpflichtet, arbeitsuchenden Unionsbürgern ein Aufenthaltsrecht, nicht aber Sozialhilfe zu gewähren.²⁹ Sollten Leistungen nach dem SGB II dagegen aus europarechtlicher Sicht keine Sozialhilfe darstellen, wofür schon angesichts des Namens, aber auch des Zweckes der Grundsicherung für Arbeitsuchende sowie der neben den Geldleistungen vorgesehenen Vermittlungs- und Fördermaßnahmen einiges spricht, wäre die Regelung europarechtswidrig, weil abgesehen von den Ausnahmen nach Art. 24 Abs. 2 der Richtlinie das strikte Gleichbehandlungsgebot des Art. 24 Abs. 1 gilt. Auch Fürsorgeleistungen für Arbeitsuchende können zwar nach der Rechtsprechung des EuGH³⁰ davon abhängig gemacht werden, ob der Antragsteller bereits einen Bezug zum inländischen Arbeitsmarkt hat. Insofern wäre ein Tatbestandsmerkmal, das einen Wohnsitz in Deutschland seit z.B. mindestens drei Monaten vorsieht, wahrscheinlich europarechtlich vertretbar.³¹ Eine solche Regelung müsste aber tatsächlich neutral im Hinblick auf die Staatsangehörigkeit sein. Nicht nur unmittelbare, sondern auch mittelbare Diskriminierungen verbieten sich auf Grund Art. 12 EGV. Diese Anforderung erfüllt § 7 Abs. 1 SGB II nicht, da die Norm eindeutig für Unionsbürger gedacht und in der Rechtspraxis allein auf Unionsbürger anwendbar ist. Es ist daher sehr fraglich, ob § 7 Abs. 1 SGB II einer Prüfung des EuGH im Hinblick auf das Diskriminierungsverbot wegen der Staatsangehörigkeit nach Art. 12 EGV standhält, solange Deutschland Spätaussiedlern und ihren ausländischen Familienangehörigen, die ebenso wie arbeitsuchende Unionsbürger neu einreisen, sofort Leistungen nach dem SGB II gewährt.

Offen ist schließlich auch unter fiskalischen Gesichtspunkten die Zweckhaftigkeit des Leistungsausschlusses. Die betroffenen Unionsbürger müssen mangels Anspruchs auf Leistungen nach dem SGB II Leistungen nach dem SGB XII erhalten, sofern nicht der Tatbestand der Einreise zum Zwecke des Sozialhilfebezuges vorliegt (§ 23 SGB XII). Dies dürfte i.d.R. bei einer Anmeldung als „arbeitsuchend“ bei der Agentur für Arbeit ausgeschlossen sein. Sie erhalten somit Leistungen nach einem Gesetz, das gerade für nicht Erwerbsfähige und nicht für Arbeitsuchende gilt, und das konsequenterweise keine Vermittlung in Arbeit, keine Eingliederungsvereinbarung, und

²⁸ Richtlinie 2004/38/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004, dt. Fassung unter www.fluechtlingsrat-berlin.de → Gesetzgebung → Europäisches Asyl- und Einwanderungsrecht

²⁹ Grundlegend EuGH, Urt. v 26.02.1991., Rs.C-292/89 „Antonissen“

³⁰ EuGH, Urt. v 23.03.2004., Rs.C-138/02 „Collins“, allerdings vor Verabschiedung der Freizügigkeitsrichtlinie

natürlich auch nicht die Verpflichtung kennt, Arbeitsgelegenheiten (1-Euro-Jobs) anzunehmen. In Erkenntnis dieser Problematik hatte der bayerische Antrag ursprünglich vorgesehen, die Pflicht zu gemeinnütziger Tätigkeit neu/wieder in das Sozialhilferecht einzuführen.

In der Praxis begegnet die Anwendung des § 7 Abs. 1 SGB II noch erheblichen Schwierigkeiten, weil die Mitarbeiter der Job-Center arbeitssuchende Unionsbürger von arbeitslosen freizügigkeitsberechtigten Arbeitnehmern oder anderen Personen, die Unionsbürgerfreizügigkeit genießen, häufig nicht unterscheiden können. Die entsprechend Durchführungsanweisung der Bundesagentur für Arbeit legt eine europarechtswidrige Auslegung nahe³².

Arbeitsuchend i.S. § 7 Abs. 1 SGB II ist nach EG-Recht nur eine Person, die noch nicht freizügigkeitsberechtigter Arbeitnehmer ist und sich auch nicht auf andere Freizügigkeitsrechte, z.B. als Selbständiger, Verbleibeberechtigter, Familienangehöriger, nicht Erwerbstätiger³³ berufen kann. Art. 7 Abs. 3 Freizügigkeitsrichtlinie, § 2 Abs. 3 FreizügG/EU definierten in welchen Fällen bei Arbeitslosigkeit die Arbeitnehmereigenschaft erhalten bleibt:

- bei vorübergehender Arbeitsunfähigkeit wegen Krankheit oder Unfalls,
- wenn der Unionsbürger sich bei unfreiwilliger Arbeitslosigkeit nach mehr als einjähriger Beschäftigung dem zuständigen Arbeitsamt (bzw. Jobcenter) zur Verfügung stellt,
- wenn der Unionsbürger sich bei unfreiwilliger Arbeitslosigkeit nach Ablauf seines auf weniger als ein Jahr befristeten Arbeitsvertrags oder bei im Laufe der ersten zwölf Monate eintretender unfreiwilliger Arbeitslosigkeit dem zuständigen Arbeitsamt (bzw. Jobcenter) zur Verfügung stellt; in diesem Fall bleibt die Er-

³¹ so wohl die britische Regelung, auf die sich die Entscheidung Collins bezieht

³² Bundesagentur für Arbeit, Durchführungshinweise zu "§ 7 SGB II / Berechtigte", Stand 10.04.06, Rz 7.4a, zu finden über www.tacheles-sozialhilfe.de → SGB II-Hinweise. Die DA verweist zu § 7 Abs. 1 Satz 2 SGB II lediglich auf die neben der Arbeitnehmerfreizügigkeit möglichen anderen Aufenthaltsrechte von Unionsbürgern sowie das nach 5 Jahren erworbene Daueraufenthaltsrecht und legt dadurch bei Arbeitnehmern aus der EU, die sich noch keine 5 Jahre in Deutschland aufhalten, einen Anspruchsausschluss nahe.

³³ Bei nicht Erwerbstätigen ist die Lebensunterhaltssicherung und das Vorhandensein einer ausreichenden Krankenversicherung Voraussetzung für das Freizügigkeitsrecht. Bei längerer/übermäßiger Inanspruchnahme von Sozialhilfe/Grundsicherung für Arbeitsuchende kann innerhalb der ersten fünf

werbstätigeneigenschaft während mindestens sechs Monaten aufrechterhalten,

- wenn der Unionsbürger eine Berufsausbildung beginnt; die Aufrechterhaltung der Erwerbstätigeneigenschaft setzt voraus, dass zwischen dieser Ausbildung und der früheren beruflichen Tätigkeit ein Zusammenhang besteht, es sei denn, der Betroffene hat zuvor seinen Arbeitsplatz unfreiwillig verloren.³⁴

Auch - ehemaligen – Selbständigen bleibt diese Eigenschaft und damit das Freizügigkeitsrecht erhalten, wenn sie die selbständige Tätigkeit unverschuldet aufgeben müssen (§ 2 Abs. 3 FreizügG/EU). Das kann z.B. der Fall sein, wenn ein Gewerbe sich nicht mehr trägt, oder wenn insbesondere bei Ein-Mann-Betrieben, Einzelkaufleuten, „Ich-AG's“ der oder die Selbständige die Tätigkeit aus gesundheitlichen Gründen (auch Schwangerschaft) vorübergehend oder endgültig aufgeben muss.

Nach fünfjährigem rechtmäßigem Aufenthalt kommt es auf das Vorliegen der ursprünglich erforderlichen Freizügigkeitsvoraussetzungen nicht mehr an (§ 5 Abs. 5 FreizügG/EU).

Unionsbürger, die ihr Freizügkeitsrecht **ausschließlich** aus der Arbeitsuche herleiten, sind danach tatsächlich eben nur neu eingereiste Arbeitsuchende sowie Arbeitnehmer, die weniger als ein Jahr beschäftigt waren, und die nicht innerhalb eines weiteren halben Jahres einen neuen Arbeitsplatz finden konnten. Soweit jemand sich auf ein stärkeres Freizügigkeitsrecht berufen kann – z.B. als Familienangehöriger – verdrängt dies die Arbeitsuche, da das Recht, in einem anderen Mitgliedstaat zu arbeiten, ohnehin das „Grundrecht“ eines jeden Unionsbürgers und seiner drittstaatsangehörigen Familienangehörigen ist.

d) Keinen Anspruch auf Grundsicherung für Arbeitsuchende nach dem SGB II haben - unabhängig davon, ob ihnen die Aufnahme einer Beschäftigung erlaubt war, erlaubt ist oder erlaubt werden könnte - **Leistungsberechtigte nach § 1 AsylbLG** (vgl. § 7 Abs. 1 Satz 2 SGB II).³⁵ Dieser Personenkreis erhält überdies weder Hilfe zum Le-

Jahre des Aufenthalts festgestellt werden, dass die Voraussetzungen für die Freizügigkeit nicht mehr bestehen (§ 5 Abs. 5 FreizügG/EU).

³⁴ Diese Voraussetzung ist zwar formal Stand der Richtlinie und des FreizügG/EU, dürfte aber angesichts neuerer EuGH-Rechtsprechung (Grzelzyk, Birden) rechtlich überholt und verzichtbar sein.

³⁵ Auch Leistungsberechtigte nach § 2 AsylbLG gehören - was in der Praxis oft missverstanden wird - zum Personenkreis des § 1 AsylbLG. § 1 definiert den gesamten nach AsylbLG berechtigten Personenkreis, § 2 privilegiert leistungrechtlich eine Teilmenge davon. Leistungsberechtigte nach § 2 ge-

bensunterhalt noch überhaupt Sozialhilfe nach dem SGB XII (vgl. § 23 Abs. 2 SGB XII); für ihn sind nach 3-jährigem Bezug von Grundleistungen im Sinne von § 3 AsylbLG **Leistungen entsprechend dem SGB XII** vorgesehen (vgl. § 2 Abs. 1 AsylbLG).

Der Kreis der unter das Regime des AsylbLG fallenden Personen ist durch das **Zuwanderungsgesetz** erweitert worden (§ 1 Abs. 1 Nr. 3 AsylbLG i.d.F. von Art. 8 Nr. 1a ZuwG). Die Regelung wurde jedoch bereits im März 2005 durch Artikel 6 Nr. 6a des 1. Änderungsgesetzes zum Aufenthaltsgesetz erneut geändert und die Ausweitung teilweise wieder zurückgenommen.³⁶

Neben asylsuchenden, geduldeten und vollziehbar ausreisepflichtigen Ausländern fallen nunmehr Ausländer mit Aufenthaltserlaubnis unter das AsylbLG, denen

- "*wegen des Krieges in ihrem Heimatland*"³⁷ aus völkerrechtlichen oder humanitären Gründen oder zur Wahrung politischer Interessen der Bundesrepublik Deutschland durch die obersten Landesbehörden eine Aufenthaltserlaubnis erteilt ist (vgl. § 23 Abs. 1 AufenthG),

- "*wegen des Krieges in ihrem Heimatland*" auf Grund eines EU-Ratsbeschlusses Aufenthalt zum vorübergehenden Schutz gewährt wird (vgl. § 24 AufenthG),

- die eine vorübergehende Aufenthaltserlaubnis besitzen, weil dringende humanitäre oder persönliche Gründe oder erhebliche öffentliche Interessen ihre vorübergehende weitere Anwesenheit im Bundesgebiet erfordern (vgl. § 25 Abs. 4 Satz 1 AufenthG)³⁸,

- die eine Aufenthaltserlaubnis besitzen, weil ihre Ausreise aus rechtlichen oder tatsächlichen, von ihnen nicht schuldhaft herbeigeführten Gründen unmöglich ist und mit dem Wegfall der Ausreisehindernisse in absehbarer Zeit nicht zu rechnen ist (vgl. § 25 Abs. 5 AufenthG), oder

- die eine auf einem der genannten Rechtsgründe beruhende Aufenthaltsbefugnis besitzen (vgl. § 101 Abs. 2 AufenthG).

hören demnach weiterhin zum Personenkreis des § 1 AsylbLG und haben daher - unabhängig von Erwerbsfähigkeit und Arbeitserlaubnis - keinen Anspruch auf Leistungen nach SGB II.

³⁶ in Kraft seit 18.03.05, BGBl I 2005, 721

³⁷ Die Einschränkung "*wegen des Krieges in ihrem Heimatland*" für Ausländer mit Aufenthaltserlaubnis nach § 23 Abs. 1 und § 24 wurde durch das 1. Änderungsgesetz zum AufenthG hinzugefügt

³⁸ Nicht mehr unter das AsylbLG fallen seit Inkrafttreten des 1. Änderungsgesetzes zum AufenthG Ausländer, deren Aufenthaltserlaubnis aus Gründen besonderer Härte verlängert wurde (§ 25 Abs.4 Satz 2 AufenthG).

Zweck der Neuregelung durch das **Erste Änderungsgesetz zum Aufenthaltsgesetz** war, Ausländer, denen eine Aufenthaltserlaubnis nach § 23 Abs. 1 aus anderen Gründen als "wegen des Krieges in ihrem Heimatland" erteilt wurde, oder die eine Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 4 Satz 2 aus Gründen außergewöhnlicher Härte besitzen, und die damit ein auf Dauer angelegtes Aufenthaltsrecht in Deutschland besitzen aus dem Anwendungsbereich des AsylbLG wieder herauszunehmen, um ihnen die Integrationsleistungen nach dem SGB II oder XII zugänglich zu machen.

Die Formulierung des § 1 Abs. 1 Nr. 3 AsylbLG "Aufenthaltserlaubnis nach § 23 Abs. 1 oder § 24 wegen des Krieges in ihrem Heimatland" ist missverständlich. Die Bedingung "wegen des Krieges in ihrem Heimatland" könnte - grammatikalisch gesehen - sowohl auf § 23 Abs. 1 und § 24, als auch nur auf § 24 bezogen werden. Nach der Gesetzesbegründung (BT-Drs. 15/4491, Seite 32) bezieht sich die Formulierung jedoch auf beide Paragraphen:

"Die Änderung von § 1 Abs. 1 Nr. 3 des AsylbLG erfolgt, um eine durch das Vierte Gesetz über moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt vorgenommene Einschränkung in Bezug auf Leistungsberechtigte des AsylbLG nicht auch auf Inhaber eines Aufenthaltstitels gemäß § 23 Abs. 1 bzw. § 25 Abs. 4 Satz 2 AufenthG zu beziehen. § 7 Abs. 1 Satz 2 2. HS SGB II schließt generell Leistungsberechtigte nach § 1 des AsylbLG aus dem Anwendungsbereich des SGB II aus. Dem Regelungszweck entsprechend sollten die insoweit korrespondierenden Gesetze sich nur auf Ausländer beziehen, über deren Aufenthalt noch nicht abschließend entschieden worden ist und nicht auf solche Ausländer, die bereits eine längerfristige Aufenthaltsperspektive erhalten haben. Eine solche Aufenthaltsperspektive ist jedoch in den Fällen des § 23 Abs. 1 und § 25 Abs. 4 Satz 2 AufenthG gegeben. Deshalb ist eine Änderung des § 1 Abs. 1 Nr. 3 AsylbLG aus integrationspolitischen Gründen erforderlich."

Die Bundesregierung hat diese Absicht des Gesetzgebers in der Fragestunde des Deutschen Bundestages am 23.02.05 auf Frage der Abgeordneten Pau nochmals ausdrücklich bestätigt.³⁹

³⁹ Plenarprotokoll 15/159 v. 23.02.05, S. 14888f., www.bundestag.de

Ausländer mit Aufenthaltserlaubnis nach § 23 AufenthG wegen einer (auf Dauer angelegten) Altfall- oder Bleiberechtsregelung aufgrund eines IMK-Beschlusses, z.B. traumatisierte Bosnier, fallen daher nicht unter das AsylbLG, sondern bei Erwerbsfähigkeit unter das SGB II, und bei fehlender Erwerbsfähigkeit unter das SGB XII.

Anders war das nur im Zeitraum Januar bis März 2005, was bei den zuständigen Behörden für einige Verwirrung, zu fehlerhaften Bescheiden und rechtswidrigen Rückforderungen gegen ausländische Antragsteller geführt hat.⁴⁰

Da es derzeit und auf absehbare Zukunft bundesweit Aufenthaltserlaubnisse "wegen des Krieges" nach § 23 Abs. 1 AufenthG oder nach § 24 AufenthG nicht gibt, fallen Ausländer mit Aufenthaltserlaubnis in der Praxis nur unter das AsylbLG, wenn ihre Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 4 Satz 1 oder § 25 Abs. 5 AufenthG erteilt wurde. Aufenthaltserlaubnisse nach § 24 gibt es derzeit mangels entsprechenden EU-Ratsbeschlusses über ein "Aufenthaltsgewährung zum vorübergehenden Schutz" derzeit überhaupt nicht. Aufenthaltserlaubnisse nach § 23 Abs. 1 beruhen derzeit in der Praxis ausschließlich auf humanitären Altfall- oder Bleiberechtsregelungen, die zwar teilweise auch Flüchtlinge aus Bürgerkriegsländern (ehem. Jugoslawien, Libanon u.a.) betreffen, jedoch nach der zugrunde liegenden ausländerrechtlichen Erlasslage regelmäßig unabhängig von der Fortdauer eines Krieges erteilt und verlängert werden.⁴¹

⁴⁰ Statt ihrer Beratungspflicht nachzukommen bzw. den Antrag pflichtgemäß an die zuständige Behörde weiterzuleiten (§ 16 SGB I) und ggf. behördeninterne Erstattungsansprüche geltend zu machen (§ 102ff SGB X), forderten die Jobcenter die Leistungen rechtswidrig von den Betroffenen zurück, bzw. lehnten nach vielen Monaten Bearbeitungsdauer den Antrag wegen Unzuständigkeit ab, so dass die Betroffenen im Ergebnis rechtswidrig über Monate ganz ohne Leistungen blieben.

⁴¹ Grundlage für Aufenthaltserlaubnisse nach § 23 Abs. 1 AufenthG sind derzeit ausschließlich Beschlüsse der Innenministerkonferenz (IMK) über eine auf Dauer angelegte Aufenthaltsgewährung aufgrund langjährigen Aufenthaltes, ggf. auch in Verbindung mit einer als Kriegsfolge eingetretenen psychischen Traumatisierung, und/oder in Verbindung mit bestimmten Integrationsmerkmalen, nicht aber Regelungen zum (nur vorübergehenden) Schutz vor einem Krieg. Die Länder haben durch entsprechend begründete Erlasse eine Aufenthaltsgewährung ermöglicht. Bis 1990 trafen die Länder derartige Regelungen noch allein, d.h. ohne IMK-Beschluss.

Ebenso LSG Nds-Bremen L 9 AS 272/06 ER, B.v. 29.06.06, www.asyl.net → Rechtsprechungsdatenbank, sowie Berliner Senatsverwaltung für Gesundheit, Soziales und Verbraucherschutz, aktualisiertes Rundschreiben I 29/2004, Stand 14.07.05, zur Umsetzung des AsylbLG und des § 23 SGB XII, www.fluechtlingsrat-berlin.de → Gesetzgebung → AsylbLG

Ob Ausländer **Anspruch auf Alg II** haben, hängt somit einerseits von ihrer Berechtigung zur Aufnahme einer Beschäftigung ab, die wiederum von dem jeweiligen Aufenthaltstitel abhängt, und andererseits von der Leistungsberechtigung nach dem AsylbLG, die ihrerseits von dem jeweiligen Aufenthaltsstatus des Ausländers abhängt. Alles klar? Den für das Alg II zuständigen Stellen werden auf diese Weise intime Kenntnisse des Ausländerrechts und u.U. subtile Ermittlungen zum aufenthaltsrechtlichen Status des Stellenbewerbers abverlangt.⁴²

Von der Hilfe zum Lebensunterhalt nach dem SGB XII ausgeschlossen sind Ausländer (und Deutsche), die nach dem SGB II "dem Grunde nach leistungsberechtigt" sind (vgl. § 21 SGB XII, § 5 Abs. 2 SGB II), also erwerbsfähige Ausländer mit gewöhnlichem Aufenthalt in der Bundesrepublik Deutschland, denen die Aufnahme einer Beschäftigung erlaubt ist oder erlaubt werden könnte (s. oben), einschließlich der mit ihnen in Bedarfsgemeinschaft lebenden Partner und minderjährigen Kinder.

Den **Zugang zur Sozialhilfe** regelt § 23 SGB XII, der keinen gewöhnlichen Inlandsaufenthalt (vgl. § 30 Abs. 3 Satz 2 SGB I) verlangt, sondern sich insoweit mit dem tatsächlichen Aufenthalt des Ausländers im Bundesgebiet begnügt. Anspruch auf Hilfe zum Lebensunterhalt haben somit beispielsweise

- ausländische Touristen,⁴³
- Ausländer, denen ausländerrechtlich eine Erwerbstätigkeit eigens untersagt worden ist oder die aus anderen Rechtsgründen keinen Zugang zum Arbeitsmarkt haben (diese Ausländer fallen im Regelfall aber unter das AsylbLG),
- sonstige Ausländer, die nicht unter das AsylbLG fallen, aber wegen § 7 Abs. 1 Satz 2 oder § 8 Abs. 2 SGB II auch keine Leistungen nach SGB II erhalten (können), etwa neu einreisende Unionsbürger, deren Aufenthaltsrecht sich allein aus der Arbeitssuche ableitet (sowie diese Einschränkung europarechtlich überhaupt zulässig ist, s.o.),
- längerfristig (mehr als 6 Monate), aber nicht dauerhaft erwerbsunfähige Ausländer (und Deutsche), die wegen Krankheit oder Behinderung auf absehbare Zeit außer-

⁴² Ein anschauliches Beispiel hierfür ist das Rundschreiben I 29/2004 der Berliner Senatsverwaltung für Gesundheit, Soziales und Verbraucherschutz, Berlin, a.a.O.

⁴³ Der Anspruch dürfte sich in der Praxis wegen der "Um-zu-Regelung" des § 23 Abs. 3 SGB XII in der Regel auf unvorhergesehene Notfälle beschränken.

stande sind, unter den üblichen Bedingungen des allgemeinen Arbeitsmarktes mindestens drei Stunden täglich erwerbstätig zu sein (vgl. § 8 Abs. 1 SGB II),

- Minderjährige (Ausländer und Deutsche), die bei einem nicht nach SGB II anspruchsberechtigten Familienangehörigen leben. Das ist z.B. der Fall, wenn die Angehörigen erwerbsunfähig oder über 64 Jahre alt oder längerfristig in stationärer Behandlung sind oder in Ausbildung stehen, und betrifft also Kinder Studierender, Kinder bei den Großeltern, Kinder mit erwerbsunfähigen Eltern etc.

Ergänzend zu den Leistungen zum Lebensunterhalt nach dem SGB II, dem SGB XII Drittes Kapitel oder SGB XII Viertes Kapitel können Ausländer (wie Deutsche) in entsprechenden Bedarfsituationen Anspruch auf die **Hilfen in anderen Lebenslagen nach dem Fünften bis Neunten Kapitel SGB XII** haben. Auch Leistungsberechtigte nach § 2 AsylbLG können diese Leistungen ggf. - analog - beanspruchen.

Der Anspruch auf die Hilfen nach dem Fünften bis Neunten Kapitel SGB XII ist jedoch **eingeschränkt**, wenn die Ausländer nicht eine Niederlassungserlaubnis oder (z.B. aus völkerrechtlichen, humanitären oder politischen Gründen, vgl. §§ 22 ff. AufenthG) einen befristeten Aufenthaltstitel besitzen und sie sich nicht voraussichtlich dauerhaft im Bundesgebiet aufhalten (vgl. § 23 Abs. 1 Satz 1 und 4 SGB XII i.d.F. von Art. 8 Nr. 10a ZuwG).

§ 23 Abs. 1 SGB XII unterscheidet zwischen **Anspruchsleistungen**, die an Ausländer unabhängig vom Aufenthaltsstatus und vom voraussichtlichen Aufenthalt auf Dauer in gleicher Weise wie an Deutsche zu gewähren sind, z.B. die Hilfe zum Lebensunterhalt, die Grundsicherung bei Erwerbsminderung und im Alter oder die Hilfe zur Pflege, und **Ermessenleistungen, die Ausländern** nur bei voraussichtlichem Daueraufenthalt auf in gleicher Weise wie Deutschen erbracht werden können. Zu den Ermessenleistungen gehören etwa die Hilfe für Personen in besonderen sozialen Schwierigkeiten, die Eingliederungshilfe für Behinderte⁴⁴ oder die – unter Veränderung ihrer systematischen Zuordnung in das SGB XII aufgenommenen - Bestattungskosten.

⁴⁴ vgl. zur Ermessensreduzierung auf Null bei der Eingliederungshilfe für Behinderte auch die Rechtsprechung zu § 6 AsylbLG in Classen, Neue Entscheidungen zum Flüchtlingssozialrecht,

Ausländer, die eingereist sind, um Sozialhilfe zu erhalten, haben dagegen keinen Anspruch auf **Hilfe zum Lebensunterhalt**, über die Hilfestellung ist aber nach pflichtgemäßem Ermessen zu entscheiden, auch die Ansprüche auf **Hilfe bei Krankheit** können unter bestimmten Voraussetzungen eingeschränkt sein (vgl. **§ 23 Abs. 3 SGB XII**).

§ 23 Abs. 5 SGB XII beschränkt den Sozialhilfeanspruch für Ausländer mit Aufenthaltsbefugnis oder bei entsprechendem Aufenthaltswort nach AufenthG in der Regel auf das Bundesland, in dem der Aufenthaltstitel erstmals erteilt wurde. In der Praxis wird die Regelung - unter Umgehung der Rechtsprechung des BVerwG⁴⁵ - auch auf Asylberechtigte und Konventionsflüchtlinge angewandt, indem dem Aufenthaltstitel eine **Wohnsitzauflage** für die einzelne Kommune⁴⁶, den Landkreis oder das Bundesland beigefügt wird.⁴⁷ Nach dem SGB II ist die Mobilität bei der Arbeitssuche gewünscht, das Gesetz enthält folglich keine entsprechende Regelung. Während Ausländer ohne Wohnsitzauflage nach dem SGB II leistungsrechtlich Freizügigkeit genießen, dürfte die Durchsetzung von Leistungsansprüchen nach dem SGB II bei Ausländern mit Aufenthaltsbefugnis, die unter Verstoß gegen eine Wohnsitzauflage umziehen, in der Praxis Probleme bereiten.

Sie sehen: Die Sozialhilfereform hat zu sehr komplexen Regelungen der Zuordnung von Ausländern zu dem für sie vorgesehenen Existenzsicherungssystem geführt. Wie so vieles andere, das die Reform den Betroffenen und den Rechtsanwendern beschert hat, ist diese Zuordnung häufig selbst für Juristen schwer nachvollziehbar.

www.fluechtlingsrat-berlin.de → Gesetzgebung → Rechtsprechungsübersichten zum Flüchtlingssozialrecht

⁴⁵ Urteil vom 18.05.2000 (BVerwGE 111, 200 = NVwZ 2000, 1414).

⁴⁶ z.B. in Sachsen

⁴⁷ aus Gründen der "Lastenteilung" nach Absprache der Innenminister der Länder für alle Ausländer mit Aufenthaltserlaubnis nach §§ 22 - 25 AufenthG seit Anfang 2006 bundesweite Praxis. Die Erlassung verstößt gegen die Flüchtlingen nach der GFK und dem EFA garantierte Freizügigkeit. Sie widerspricht zudem der Pflicht der ALG II - Empfänger, alle Möglichkeiten zu nutzen, ihren Lebensunterhalt aus eigenen Mitteln sicherzustellen (§§ 2, 3 SGB II), zumal ausländerbehördlich ein Umzug selbst wegen (am neuen Wohnort) in Aussicht stehender Arbeit verboten wird, wenn die Tätigkeit den Lebensunterhalt nur teilweise und/oder nur befristet sicherstellt. Verliert der Ausländer binnen 6 Monaten seine Arbeit, soll er durch erneute Wohnsitzauflage zur Rückkehr an den ursprünglichen Wohnort gezwungen werden. Die Auflagenpraxis ist rechtlich fragwürdig, sie verhindert auch eine erfolgreiche Integration dauerhaft bleibeberechtigter Ausländer.

Zu 2.) Weniger kompliziert erscheint – ist die Zuordnung erst gelungen – die Ermittlung des jeweiligen Leistungsniveaus: Regelleistungen 345 € - basta, befristeter Zuschlag bis 160/60 €, ein Jahr später davon die Hälfte - basta, Regelsätze ebenfalls im Prinzip 345 € - basta, Mehrbedarfszuschläge je nachdem ... Schon wieder sind Auslegungs- und Rechenkünste gefragt, die zumindest diejenigen überfordern werden, für die die Gesetze gemacht sind: die Leistungsberechtigten. Doch damit nicht genug: Selbst eindeutige, klare gesetzliche Aussagen sind zu hinterfragen.

a) Beginnen wir mit **§ 20 Abs. 2 SGB II**. Dort ist die Höhe der monatlichen Regelleistung zur Sicherung des Lebensunterhalts bekanntlich auf 345 € festgelegt. Ist diese gesetzliche Fixierung eines wesentlichen Bestandteils des Alg II etwa sakrosankt? Natürlich nicht; denn sie muss sich an der Verfassung messen lassen; ist sie nicht verfassungsgemäß und entspricht dies auch der Überzeugung der jetzt zu ihrer Auslegung berufenen Sozialgerichte, müssen diese, wenn es auf die Verfassungsmäßigkeit der Norm im Prozess ankommt, das Verfahren aussetzen und die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts einholen (Art. 100 Abs. 1 Satz 1 GG).

Welche verfassungsrechtlichen Maßstäbe sind an § 20 Abs. 2 SGB II anzulegen? Die Regelleistung ist betragsmäßig an den Eckregelsatz der Sozialhilfe angeglichen;⁴⁸ dieser quantifiziert in Bezug auf den Regelbedarf das **soziokulturelle Existenzminimum** für nicht erwerbsfähige Hilfebedürftige. Die Regelsatzfestsetzung ist ein Akt wertender Erkenntnis und gestaltender sozialpolitischer Entscheidung.⁴⁹ In ihr aktualisiert sich, bezogen auf die Fähigkeit des Einzelnen, seinen Bedarf für den "notwendigen" Lebensunterhalt zu decken, zugleich die Wertung, wo die Grenze zwischen der durch eigene Ressourcen gesicherten wirtschaftlichen "Normallage" und einer wirtschaftlichen Benachteiligung verläuft, die soziale Ausgrenzung bewirkt und als gesellschaftlich negativ besetzte "Armut" nach staatlicher Abhilfe verlangt.⁵⁰ Der Staat ist zum Schutze der Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG) und des Sozialstaatsprinzips (Art. 20, 28 GG) verpflichtet, dem mittellosen Bürger die Mindestvoraussetzungen für ein menschenwürdiges Dasein erforderlichenfalls durch Sozialleistungen

⁴⁸ Entstehungsgeschichtlich gilt allerdings eine umgekehrte Reihenfolge(s. dazu z.B. Rothkegel in: Rothkegel <Hrsg.>, Sozialhilferecht, Teil III Kap. 8 Rn. 62).

⁴⁹ BVerwGE 102, 366 (368).

zu sichern.⁵¹ Die Entscheidung des Gesetzgebers darüber, in welchem Umfang finanzielle Mittel zur Gewährleistung eines "menschenwürdigen" Lebens notwendig sind, kann aber nicht im Detail und auf "Heller und Pfennig" justiziabel sein. Zur Umsetzung der allgemeinen rechtlichen Vorgaben für Leistungen zur Sicherstellung des soziokulturellen Existenzminimums in konkrete Beträge können z.B. Einschätzungen und Bewertungen gesamtwirtschaftlicher Daten und Entwicklungen erforderlich sein. Die Beurteilung, was zum Lebensunterhalt "notwendig" ist, erfordert eine nach Inhalt und Umfang von komplexen wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Zusammenhängen abhängige sozialpolitische Wertentscheidung und ist deswegen bis zu einem gewissen Grad notwendigerweise Devision. Dabei das letzte Wort zu haben, sind Legislative und Exekutive im Gewaltenteilenden Staat eher legitimiert als die Rechtsprechung. Die gerichtliche Kontrolle bezieht sich darum hauptsächlich darauf, ob das vom Gesetzgeber gefundene Ergebnis, dass die festgesetzten Beträge zur Deckung des ihnen zugeordneten Bedarfs ausreichen, in einem zur Bedarfsbemessung geeigneten **Verfahren**, d.h. methodisch-rational und empirisch begründet, gewonnen wurde.⁵²

Für das Verfahren der Regelsatzbemessung hat der Gesetzgeber sich die Orientierung an den tatsächlichen, statistisch ermittelten Verbrauchsausgaben von Haushalten in unteren Einkommensgruppen verschrieben (s. § 28 Abs. 3 Satz 3 SGB XII). Dieses sog. Statistikmodell entspricht im Ansatz dem verfassungsrechtlichen Auftrag, durch staatliche Transferleistungen soziale Ausgrenzung als Folge wirtschaftlicher Mittellosigkeit zu verhindern. Das Modell ist jedoch fehlerhaft umgesetzt worden. Zu beanstanden⁵³ ist u.a., dass

- durch Anknüpfung an die jahrelang gesetzlich "gedeckelte" Regelsatzhöhe deren unzulängliche Absicherung fortwirkt,

⁵⁰ Vgl. Rothkegel, a.a.O., Rn. 9.

⁵¹ Vgl. BVerfGE 82, 60 (85); s. auch BVerfGE 40, 121 (133); 45, 187 (228); 87, 153 (169); 99, 246 (259 f.); zum Rechtsanspruch auf Sozialhilfe s. BVerwGE 1, 159 (161); zum Menschenwürdebezug der Sozialhilfe ausführlich Rothkegel, a.a.O., Kap. 1.

⁵² Vgl. Rothkegel, a.a.O., Teil II Kap. 3 Rn. 35 ff., Teil III Kap. 8 Rn. 65, Teil V Kap. 4 Rn. 13 ff.; s. auch BVerwGE 94, 326 (331); 102 (366 (368 ff.)) zur untergesetzlichen Regelsatzfestsetzung nach altem Recht.

⁵³ S. im einzelnen Rothkegel, a.a.O., Teil III Kap. 8 Rn. 54 ff.

- nicht aktuelles statistisches Material zur Grundlage genommen worden ist (Einkommens- und Verbrauchsstichproben 1998),
- die empirischen Grundlagen der Einbeziehung einmaliger Leistungen für den Lebensunterhalt nur "Zwischenergebnisse"⁵⁴ sind,
- die wirtschaftlichen Auswirkungen der Gesundheitsreform 2004 auf die Hilfebedürftigen nicht berücksichtigt wurden,
- die statistischen Verbrauchsausgaben zur "Ermittlung des regelsatzrelevanten Verbrauchs" in teilweise willkürlich erscheinender Weise um zwischen 4 und 92 % gekürzt zugrunde gelegt worden sind.

Schon aus diesen Gründen ist die Festsetzung der Höhe der Regelsätze und der in Angleichung daran festgelegten Regelleistungen innerhalb des Alg II angreifbar. Aber selbst die Orientierung am Verbrauchsverhalten der Bezieher unterer Erwerbseinkommen begegnet zunehmend bedeutsamen methodischen Einwänden, weil

- das Konsumverhalten von einkommensschwachen Bevölkerungskreisen mit zunehmender Überschuldung privater Haushalte (Finanzierung des Lebensunterhalts "auf Pump") seine Signifikanz als Indikator für die Fähigkeit verliert, mit einem unteren Erwerbseinkommen (unteres Viertel bzw. Fünftel der Einkommenspyramide) ein menschenwürdiges Leben ohne Sozialhilfe zu führen,
- die Prämisse, dass mit einem solchen Einkommen der Familienunterhalt auf menschenwürdigem Niveau sichergestellt werden kann, mit Zunahme des Niedriglohnssektors (insbesondere unter der Wirkung des Instrumentariums des SGB II) zur Fiktion werden kann (Stichwort: "working poor"). Es ist zu lesen, dass "mehr als ein Drittel der Erwerbstätigen ... Niedriglöhne bis zu 875 Euro (erhalten)".⁵⁵ Wenn das stimmt, wenn ferner "Armut" als Einkommensarmut verstanden und die Armutsgrenze – wie auf EU-Ebene – bei der Hälfte des Durchschnittseinkommens gezogen wird und wenn schließlich Armut wirksam durch Sozialhilfe bekämpft werden soll, ist mit hin schon jetzt bei einem Drittel aller Erwerbstätigen die "Interventionsschwelle der Sozialhilfe"⁵⁶ erreicht bzw. überschritten! Am Phänomen der Verarmung weiter Be-

⁵⁴ BT-Drs. 15/1514, S. 59.

⁵⁵ Bericht aus der Arbeitsgruppe I der Bundesfachkonferenz der Bundesarbeitsgemeinschaft der Sozialhilfeinitiativen e.V. 2004, abgedruckt in BAG-SHI Rundbrief 04-2004, S. 6.

⁵⁶ S. Rothkegel, a.a.O., Teil II Kap. 3 Rn. 35, Teil III Kap. 1.

völkerungskreise, der Massenarmut, wird deutlich, dass das Statistikmodell in Zeiten von Massenarbeitslosigkeit und Minijobs seine Eignung zur Bemessung des soziokulturellen Existenzminimums verloren haben kann.

b) Die Sicherstellung des Existenzminimums ist Aufgabe des **sozialhilferechtlichen Bedarfsdeckungsgrundsatzes**. Infolge der restlosen Verdrängung der Hilfe zum Lebensunterhalt durch das Alg II, also infolge des gesetzlichen Ausschlusses von (auch aufstockender) Sozialhilfe (vgl. § 5 Abs. 2 Satz 1 SGB II) hält der Bedarfsdeckungsgrundsatz zwangsläufig in die Bemessung des Alg II Einzug. Das bedeutet, dass der Bedarf für den notwendigen Lebensunterhalt in jedem in Betracht kommenden Einzelfall durch SGB II-Leistungen gedeckt werden muss. Diesem auch verfassungsrechtlich begründeten Gebot wird durch die Regelungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach dem SGB II aber nicht vollständig genügt.

Zwar ermöglicht es **§ 23 Abs. 1 SGB II**, zu berücksichtigen, wenn im Einzelfall ein von den Regelleistungen umfasster und nach den Umständen unabweisbarer Bedarf zur Sicherung des Lebensunterhalts weder durch das Vermögen noch auf andere Weise gedeckt werden kann. Das Gesetz sieht für solche Fälle jedoch nur die Gewährung eines entsprechenden Darlehens vor, das "durch monatliche Aufrechnung in Höhe von bis zu 10 vom Hundert der an den erwerbsfähigen Hilfebedürftigen und die mit ihm in Bedarfsgemeinschaft lebenden Angehörigen jeweils zu zahlenden Regelung getilgt (wird)" (§ 23 Abs. 1 Satz 3 SGB II). Diese Regelung führt bei unkritischer Anwendung zu einer Kürzung künftiger Leistungen für den notwendigen Lebensunterhalt, also zu einer Verlagerung von Bedarfsdeckungslücken in die Zukunft. Sie funktioniert, wenn überhaupt, so nur bei einmaligen Bedarfen, hilft dagegen - anders als beim Sonderbedarf nach § 22 Abs. 1 Satz 2 BSHG - bei einem **abweichenden laufenden Bedarf**⁵⁷ schon deshalb nicht weiter, weil, was soeben mit der einen Hand dazugegeben wurde, mit der anderen Hand sofort wieder weggenommen würde. Problematisch ist die Regelung auch, weil es in der Praxis vor allem Kranke und

⁵⁷ Nach § 23 Abs. 1 SGB II ist - neben einem abweichenden einmaligen Bedarf - ebenso wie nach § 22 Abs. 1 Satz 2 BSHG und § 28 Abs. 1 Satz 2 SGB XII - grundsätzlich auch ein abweichender lau-

Behinderte sind, die aufgrund ihrer besonderen Lebenssituation abweichende - laufende und einmalige - Bedarfe zum Lebensunterhalt haben, und dieser Personenkreis nunmehr wegen der nur auf Darlehensbasis gewährten Hilfen in besonderem Maße mit Leistungskürzungen rechnen muss. Dem Verdikt, eine verfassungswidrige Regelung zu sein, kann § 23 Abs. 1 Satz 3 SGB II daher nur entgehen, wenn die Vorschrift – entgegen ihrem insoweit nicht durch Bedingungen eingeschränkten Wortlaut ("wird durch ... getilgt") – dahingehend eingeschränkt ausgelegt wird (sog. "verfassungskonforme Auslegung"), dass die Tilgung – wie bei der "Kann"-Vorschrift des § 37 Abs. 2 SGB XII – im Ermessen des Leistungsträgers steht und zu unterbleiben hat, solange der Leistungsberechtigte das Darlehen nicht aus anderen finanziellen Quellen wird tilgen können als aus laufenden Sozialleistungen für seinen notwendigen Lebensunterhalt oder aus nicht einzusetzendem Vermögen.⁵⁸

c) Ein "Dauerbrenner" ist der Streit um die Verfassungsmäßigkeit des Leistungsniveaus des AsylbLG, insbesondere der Grundleistungen nach **§ 3 AsylbLG**. Das Bundesverwaltungsgericht hat eine Verfassungswidrigkeit bisher nicht feststellen können. Dabei hat das Gericht sich von der Erwägung leiten lassen, dass gegenüber ausreisepflichtigen Ausländern "eine normativ schwächere Bindung an das Bundesgebiet besteht, die auch die aus dem Sozialstaatsgebot folgende Einstandspflicht des Gesetzgebers für die auf seinem Gebiet lebenden Ausländer beeinflusst"; der Gesetzgeber dürfe ausreisepflichtige Ausländern zwar "nicht durch Vorenthaltung von das absolute Existenzminimum sichernden Leistungen in eine ausweglose Lage bringen, (könne) aber bei der Leistungshöhe berücksichtigen, dass es sich um einen Personenkreis handelt, für den er gemäß seiner eigenen Rechtsordnung keine Verantwortung übernehmen will, weil es sich um ausreisepflichtige Personen handelt".⁵⁹ Der Umstand, dass die Grundleistungen nach § 3 AsylbLG geringer ausfallen als vergleichbare Leistungen nach dem Bundessozialhilfegesetz, rechtfertigt aus der Sicht des Bundesverwaltungsgerichts "nicht die Annahme, der Gesetzgeber gewährleiste mit den Leistungen nach dem Asylbewerberleistungsgesetz nicht das

fender Bedarf ("Sonderbedarf") zu berücksichtigen, was die bisher vorliegende Kommentierung anscheinend übersieht (z.B. Hofmann in LPK-SGB II, § 23 Rn. 6 ff.).

⁵⁸ S. Rothkegel, a.a.O., Teil II Kap. 3 Rn. 79.

⁵⁹ Urteil vom 3.6.2003 – BVerwG 5 C 32.02 – (Buchholz 436.02 § 2 AsylbLG Nr. 1 = FEVS 55, 114).

verfassungsrechtlich Gebotene".⁶⁰ Das Gericht hatte bisher aber "verfassungsrechtlichen Bedenken gegen eine dauerhafte Gewährung lediglich der Leistungen nach dem Asylbewerberleistungsgesetz" nicht nachzugehen.⁶¹

Solche Bedenken⁶² sind jedoch begründet. Restriktionen an materieller Absicherung und sonstige nachteilige Leistungsmodalitäten (z.B. Gemeinschaftsunterkunft, Gemeinschaftsverpflegung) lassen sich auf Grund einer am Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als Ausprägung des Rechtsstaatsgrundsatzes (Art. 20, 28 GG) orientierten Abwägung gegen die öffentlichen Belange, die sich zur Rechtfertigung einer Sonderstellung ausreisepflichtiger Ausländer anführen lassen mögen, allenfalls mit dem auf nur vorübergehende Dauer ausgelegten Aufenthalt dieses Personenkreises im Bundesgebiet rechtfertigen.⁶³ Die Frage, wann eine "soziale Ausgrenzung" vorliegt, ist bei Menschen, deren Aufenthalt im Bundesgebiet als provisorisch und ungesichert gedacht ist, nach anderen Maßstäben zu beurteilen als bei Menschen, die dauerhaft hier leben.⁶⁴

Aus der Sicht des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes sind freilich dem generalpräventiven Gesichtspunkt, dass von der Inanspruchnahme des Asylrechts abgeschreckt und dem auch Ausländern zugänglichen Sozialleistungssystem Anreiz zur Einreise in die Bundesrepublik genommen werden soll, als Rechtfertigung für das Sachleistungsprinzip und für weitere Einschränkungen der Hilfeleistungen z.B. bei Krankheit (§ 4 AsylbLG) **Grenzen** gezogen. So verbietet sich eine Instrumentalisierung unmittelbar Betroffener für asyl- und ausländerpolitische Belange, wenn sie ihre sozialrechtliche Schlechterstellung im Vergleich zu nicht ausreisepflichtigen Ausländern nicht durch zu missbilligendes und vorwerfbares Verhalten auf sich gezogen haben (vgl. auch § 25 Abs. 3 Satz 2, Abs. 5 Satz 3 und 4 AufenthG).⁶⁵ Die Grenzen verfas-

⁶⁰ Beschluss vom 29.9.1998 – BVerwG 5 B 82.97 – (FEVS 49, 97).

⁶¹ Vgl. Urteil vom 3.6.2003, a.a.O.

⁶² S. dazu z.B. Hohm in: GK-AsylVfG, III-§ 2 Rn. 37 ff.; Sieveking, Info also 1996, 110 (115); Röseler in: Barwig/Huber/Lörcher/Schumacher (Hrsg.), Asyl nach der Änderung des Grundgesetzes, Baden-Baden 1994, S. 279 (292 ff.).

⁶³ S. auch Rothkegel, a.a.O., Teil II Kap. 3 Rn. 30, Teil III Kap. 1 Rn. 12

⁶⁴ Schulte-Trux in: Rothkegel (Hrsg.) Sozialhilferecht, Teil III Kap. 20 Rn. 39; s. auch Rothkegel, a.a.O., Teil II Kap. 1 Rn. 30.

⁶⁵ S. zu allem Rothkegel, a.a.O., Teil III Kap. 1 Rn. 12.

sungsrechtlicher Unbedenklichkeit von Leistungsabsenkung und Sachleistungsprinzip können ferner überschritten sein, wenn der Aufenthalt im Bundesgebiet sich infolge seiner Dauer verfestigt hat. Diesem Gesichtspunkt trägt jetzt die **Neufassung des § 2 Abs. 1 AsylbLG** durch Art. 8 Nr. 3 ZuwG Rechnung, wonach Leistungen entsprechend dem SGB XII generell nach einem insgesamt 36 Monate dauernden Bezug von Grundleistungen nach § 3 AsylbLG erbracht werden, sofern die Leistungsberechtigten die Dauer ihres Aufenthalts nicht rechtsmissbräuchlich selbst beeinflusst haben. Mit dieser Einschränkung wird allerdings von dem jedenfalls im Falle des Bezugs SGB XII-analoger Leistungen zu beachtenden Grundsatz abgewichen, dass ein Anspruch auf Sozialhilfe nicht davon abhängt, ob der Hilfebedürftige seine Notlage selbst verschuldet hat ("Faktizitätsprinzip" der Sozialhilfe⁶⁶). Dies ist kein "Gnadenakt" des Wohlfahrtsstaates, sondern dem Schutz der Menschenwürde geschuldet, die ihrerseits nicht – auch nicht für ihren Träger – disponibel ist oder gar "verwirkt" werden kann. Darum lässt die Verfassung es nicht zu, dass Ausländer, die – mögen sie daran auch "selbst schuld" sein – ihre Hilfebedürftigkeit im Bundesgebiet, selbst wenn sie wollten, nicht durch Ausreise beenden können, auf unabsehbare Zeit in einem Leistungssystem deutlich unterhalb des Niveaus der Sozialhilfe festgehalten werden.

Die Dreijahresfrist des § 2 AsylbLG ist auch deshalb problematisch, weil sie **schema-tisch an den Leistungsbezug nach § 3 AsylbLG anknüpft**, jedoch Zeiten unberücksichtigt lässt, in denen der Betroffene Arbeitseinkommen oder eine Ausbildungsvergütung bezogen oder von anderen Sozialleistungen wie z.B. Jugendhilfe gelebt hat. Somit besteht auch für integrierte Ausländer die Gefahr, auf das Leistungsniveau des § 3 AsylbLG verwiesen zu werden.

Kinder in den ersten drei Lebensjahren erhalten - unabhängig von Aufenthalts- und Leistungsbezugsdauer ihrer Eltern - nach überwiegender Rechtsprechung⁶⁷ bereits aufgrund ihres Lebensalters niemals Leistungen nach § 2 AsylbLG. Die Dreijahresfrist müsse von jedem Leistungsberechtigten für sich genommen erfüllt werden, § 2 Abs. 3 AsylbLG (Leistungsberechtigung eines Elternteils nach § 2) definiere nur eine zusätzlich notwendige Voraussetzung. Auch dies ist verfassungsrechtlich be-

⁶⁶ Dazu ausführlich Rothkegel, a.a.O., Teil II Kap. 3 Rn. 14 ff.

⁶⁷ a.A. SG Hamburg S 59 AY 11/06 ER, B.v. 02.03.06, SAR-aktuell 6/2006

denklich, wenn Kleinkinder im Ergebnis allein aufgrund ihres Lebensalters von Leistungen auf Sozialhilfeniveau ausgeschlossen werden, obwohl ihre Eltern diese Leistungen erhalten; der Abschreckungseffekt der Grundleistungen nach § 3 AsylbLG geht in solchen Fällen ins Leere.

Der Bundesrat hat im Januar 2005 erneut eine - diesmal aus Bremen stammende - Initiative zur ersatzlosen **Streichung des § 2 AsylbLG** unternommen.⁶⁸ Es sei "vertretbar, dass der (unter das AsylbLG fallende) Personenkreis während der gesamten Dauer des nicht verstetigten und nur vorübergehenden Aufenthalts im Bundesgebiet mit Leistungen unterhalb des Niveaus der Sozialhilfe auskommt". Die Bundesregierung hält es hingegen "im Hinblick auf das Gebot des Schutzes der Menschenwürde (Art 1 Abs. 1 GG) für verfassungsrechtlich bedenklich, wenn den betroffenen Ausländerinnen und Ausländern auf Dauer die Mittel für eine Teilnahme am sozialen Leben der Gemeinschaft versagt werden." Hier redet man an einander vorbei, solange man sich nicht darüber verständigt hat, ob ein Aufenthalt selbst nach über 36-monatiger Dauer und bei unabsehbarem Ende noch als "vorübergehend" betrachtet werden kann, nur weil ein Asylverfahren noch nicht abgeschlossen ist.⁶⁹ Wird dies verneint, fehlt dem Werturteil "vertretbar" der Bundesratsinitiative von vornherein die Grundlage. Wollte man hingegen bei ausreisepflichtigen Ausländern ungeachtet der Aufenthaltsdauer stets von einem "vorübergehenden" Aufenthalt sprechen, nähme man hin (oder bezweckte gar), diese Personen dauerhaft in dem das Sozialhilfeniveau um mehr als ein Drittel unterschreitenden System der Grundleistungen festzuhalten. Wer ihnen wegen ihres ungesicherten Aufenthaltsstatus ein Leben wenigstens auf Sozialhilfeniveau dauerhaft vorenthält, also soziale Integration auf niedrigster Stufe verhindert, überschreitet die Grenze zu einer verfassungsrechtlich verbotenen sozialen Ausgrenzung mit Mitteln des Sozialrechts.

⁶⁸ BT-Drs. 15/4645 vom 13.01.2005, S. 2.

⁶⁹ Infolge Erweiterung des Kreises der nach § 1 Abs. 1 AsylbLG Leistungsberechtigten über Asylbewerber hinaus durch Art. 8 Nr. 1 Buchst. a aa ZuWG (BGBl 2004 I, S. 1950) – s. dazu nachfolgende Ausführungen - betrifft die Unterordnung unter das Grundleistungssystem des AsylbLG im Übrigen nicht mehr nur und begrenzt auf die Dauer ihres Asylverfahrens Asylbewerber, also die in einem noch anhängigen Asylverfahren befindlichen Personen.

Verfassungsrechtlich problematisch ist nicht zuletzt auch aus diesem Grund ebenso die **Ausdehnung des Regimes des AsylbLG** durch das Zuwanderungsgesetz⁷⁰ auf ausreisepflichtige Ausländer, deren Ausreise aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen unmöglich ist und bei denen mit dem Wegfall dieses Hindernisses in absehbarer Zeit nicht zu rechnen ist, die aber zuvor in den ersten Arbeitsmarkt integriert waren und infolge Verlustes des Arbeitsplatzes hilfebedürftig geworden sind. Dieser Fall ist von § 7 Abs. 1 Satz 2 SGB II (der Leistungsberechtigte nach § 1 AsylbLG von SGB II-Leistungen ausschließt, s. oben unter 1.) nicht ausgenommen. Der Ausschluss vom Alg II, also der "Absturz" vom Arbeitslosengeld I unmittelbar in die Grundleistungen nach § 3 AsylbLG u.U. in Gestalt von Sachleistungen, erscheint indessen unverhältnismäßig und auch aus der Sicht des Gleichbehandlungsgrundsatzes (Art. 3 Abs. 1 GG) im Vergleich zu anderen Ausländern, denen die Ausübung einer Beschäftigung erlaubt ist, nicht gerechtfertigt, wenn der Ausländer über eine gewisse Dauer hinweg sozialversicherungspflichtig beschäftigt war, nach dem Verlust seines Arbeitsplatzes aber unverschuldet nicht ausreisen kann.

Das bedeutet freilich noch nicht, dass diese Fälle auf den verfassungsgerichtlichen Prüfstand gehören. Der Weg zum Bundesverfassungsgericht über Art. 100 Abs. 1 GG ist nicht eröffnet, wenn sich eine verfassungsrechtlich bedenkliche Regelung – zwar nicht gegen den eindeutig ermittelten Willen des Gesetzgebers, aber notfalls gegen den Gesetzeswortlaut – so auslegen lässt, dass die Regelung der Verfassung (noch) entspricht (sog. "verfassungskonforme Auslegung"). Erst recht kommt eine Vorlage an das Bundesverfassungsgericht nicht in Betracht, wenn das Gesetz, beim Wort genommen, über sein eindeutig zu ermittelndes Ziel hinausschießen und seine Verfassungswidrigkeit bewirken würde, sich dies aber durch eine am Zweck des Gesetzes orientierte Einschränkung seines Anwendungsbereichs vermeiden lässt (sog. "teleologische Reduktion"). Bei einer Auslegung des § 7 Abs. 1 Satz 2 SGB II, die sich am Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, am Gleichheitssatz und am Zweck des Ausschlusses von SGB II-Leistungen auch für rechtlich oder tatsächlich an einer Ausreise gehinderte Ausländer orientiert, sind von der vom Zuwanderungsgesetz vorgenommenen Erweiterung des unter § 1 Abs. 1 Nr. 3 AsylbLG fallenden Personenkreises sowohl diejenigen Ausländer auszunehmen, die über einen längeren Zeitraum

⁷⁰ S. vorstehend.

erwerbstätig gewesen sind, als auch diejenigen, die sich – sei es auch rechtmisbräuchlich - unter dem Bezug von Grundleistungen seit über 36 Monaten im Bundesgebiet aufhalten, ihren Aufenthalt aber auf unabsehbare Zeit nicht freiwillig beenden können. Bei dem erstgenannten Personenkreis ist zu diskutieren, ob er von Verfassungswegen nach dem SGB II leistungsberechtigt bleiben muss, bei auf unabsehbare Zeit an einer Ausreise gehinderten Ausländern kommt nach einem 36-monatigen Bezug von Grundleistungen nach § 3 AsylbLG der Bezug von Leistungen entsprechend dem SGB XII als nach der Verfassung geboten in Betracht. Im Falle einer Aufhebung von § 2 AsylbLG (Leistungen analog SGB XII), wie sie jetzt zum wiederholten Male vorgeschlagen ist, müssten derartige "Auslegungskünste" dagegen versagen. Am Bundesverfassungsgericht würde dann kein Weg vorbeiführen.