

Sozialleistungen für MigrantInnen nach SGB II, SGB XII und AsylbLG

Georg Classen

Januar 2013

A. DER ANSPRUCH AUF SOZIALLEISTUNGEN	2
B. ANSPRUCH AUF ARBEITSLOSENGELD II NACH SGB II	3
I. Ausländer ohne gewöhnlichen Aufenthalt im Inland, § 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 SGB II	3
II. AsylbLG Leistungsberechtigte, § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 SGB II	3
III. Ausländer mit Aufenthaltsrecht nur zur Arbeitssuche, § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II	3
1. Unionsbürger mit Aufenthaltsrecht nicht nur zur Arbeitssuche	4
2. Ausschluss von Unionsbürgern mit Aufenthaltsrecht nur zur Arbeitssuche	6
a) EuGH Vatsouras/Koupatantze – Alg II nach drei Monaten ernsthafter Arbeitssuche	6
b) Inländergleichbehandlung nach Europäischem Fürsorgeabkommen	7
c) Inländergleichbehandlung nach VO EG 883/2004	8
d) Kein Ausschluss schon länger hier lebender Unionsbürger	9
e) Unionsbürger ohne Aufenthaltsgrund	9
f) Mindestens unabweisbare Leistungen	9
IV. Ausländer in den ersten drei Monaten ab Einreise - § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 SGB II	10
V. Ausländer ohne Arbeitserlaubnis - § 8 Abs. 2 SGB II	10
VI. Ausländer mit Wohnsitzauflage	11
VII. Sozialhilfe bei Ausschluss vom SGB II	11
VIII. Studierende - § 27 SGB II	12
C. ANSPRUCH AUF SOZIALHILFE NACH SGB XII	12
I. Weitgehende Gleichstellung von Ausländern und Deutschen - § 23 Abs. 1 SGB XII	13
II. AsylbLG-berechtigte Ausländer - § 23 Abs. 2 SGB XII	13
III. Ausländer mit Aufenthaltsrecht nur zur Arbeitssuche - § 23 Abs. 3 SGB XII	13
IV. Ausländer, die nur zum Zweck des Sozialhilfebezugs einreisen - § 23 Abs. 3 SGB XII	14
V. Passkosten - § 73 SGB XII	15
VI. Räumliche Beschränkung der Sozialhilfe - § 23 Abs. 5 SGB XII	15
VII. Wohnsitzauflagen bei Sozialleistungsbezug - VwV zu § 12 AufenthG	16
D. ANSPRUCH AUF LEISTUNGEN NACH ASYLBLG	17
I. Personenkreis - § 1 AsylbLG	17
II. Grundleistungen und Übergangsregelung des BVerfG - § 3 AsylbLG	19
1. Bisherige Höhe der Grundleistungen nach § 3 AsylbLG	19
2. Grundleistungen nach § 3 AsylbLG nach dem Urteil des BVerfG	19
3. Länderpraxis - Bar- und Sachleistungen	20
III. Medizinische Versorgung - §§ 4 und 6 AsylbLG	22
IV. Sonstige Leistungen - § 6 AsylbLG	23
V. Einkommen und Vermögen - § 7 AsylbLG	24
VI. Leistungseinschränkungen - § 1a AsylbLG	24
VII. Nach vier Jahren Leistungen analog SGB XII - § 2 AsylbLG	25
VIII. Verfassungsmäßigkeit des AsylbLG	27
1. Das Regelsatzurteil des BVerfG	27
2. Das AsylbLG-Urteil des BVerfG	27
3. Maßgaben des BVerfG für eine verfassungskonforme Neuregelung	28
4. Verfassungsrechtliche Kritik am AsylbLG bleibt bestehen	29
E. LITERATUR UND MATERIALIEN	30

A. Der Anspruch auf Sozialleistungen

Der Anspruch von Ausländern auf Sozialleistungen hängt maßgeblich vom Aufenthaltsstatus ab. Während die meisten Ausländer in Deutschland die gleichen Ansprüche wie Inländer haben, galten bislang gravierende Einschränkungen für asylsuchende, geduldete und ausreisepflichtige Ausländer. Sie fallen - meist bei gleichzeitigem Erwerbsverbot - unter das Asylbewerberleistungsgesetz, das auch auf einige Ausländer mit Aufenthaltserlaubnis angewandt wird.

In extrem **prekäre Situationen** - bis zur Obdachlosigkeit und Verweigerung medizinischer Hilfen - geraten auch arbeitssuchende Unionsbürger, denen zum Teil jegliche Hilfen nach SGB II und XII verweigert werden. Diese Praxis ist verfassungs- und europarechtlich problematisch und in vielen Fällen auch rechtswidrig.

Bei "**Drittstaaten**" (Ausländern aus Ländern außerhalb der EU) gibt der "Aufenthaltstitel" wichtige Hinweise. Er nennt die Art des Titels und den zugrunde liegenden Paragraph des AufenthG und beinhaltet auch die Erwerbserlaubnis.¹ Auch Ausländer ohne Titel (z.B. Touristen; "Illegale") können Sozialleistungsansprüche - zumindest auf unabweisbare Hilfe - haben.

Das Aufenthaltsrecht der „**Unionsbürger**“ (Angehörige der „alten“ und „neuen“ EU-Länder) richtet sich nach dem Freizügigkeitsgesetz/EU (FreizügG/EU), das die Unionsbürgerrichtlinie (38/2004/EG)² in nationales Recht umsetzt. Unionsbürger benötigen keinen Aufenthaltstitel. Ihnen war bislang mit der Anmeldung von Amts wegen eine „Freizügigkeitsbescheinigung“ auszustellen.³ Die Bescheinigung hatte rein deklaratorischen Charakter, war keine Voraussetzung zum legalen Aufenthalt und wird ab 2013 ganz abgeschafft.⁴ Eine Aufenthaltsbeendigung ist bei Unionsbürgern nur in einem förmlichen Verfahren unter eng umrissenen Voraussetzungen möglich und in der Praxis eher selten.

Aus Drittstaaten stammende **Ehepartner** und Kinder von Unionsbürgern fallen ebenfalls unter das FreizügG/EU. Sie erhalten eine "Aufenthaltskarte" nach FreizügG/U Aus Drittstaaten stammende Ehepartner Deutscher fallen hingegen unter das AufenthG. Aus der EU stammende Ehepartner Deutscher fallen unter das FreizügG/EU, können aber ggf. günstigere Rechte nach dem AufenthG in Anspruch nehmen.

Für Drittstaater, die noch kein unbefristetes Aufenthaltsrecht haben, kann ein Sozialleistungsbezug nach SGB II/XII unter Umständen zur Nichtverlängerung der Aufenthaltserlaubnis führen. Aus Platzgründen geht dieser Beitrag allerdings nicht auf die Frage der Lebensunterhaltssicherung nach dem AufenthG ein.⁵

Bei Unionsbürgern, die lediglich als "nicht Erwerbstätige" freizügigkeitsberechtigt sind (z.B. Rentner, Studierende), kann in den ersten fünf Jahren des Aufenthalts bei "übermäßiger" Inanspruchnahme von Sozialleistungen nach SGB II/XII - nach Prüfung der Verhältnismäßigkeit im Einzelfall - unter Umständen eine "Verwaltungsabweisung" erfolgen, die jedoch mit keiner Wiedereinreisepflicht verbunden ist. Dasselbe gilt für Unionsbürger, die in Deutschland kein Aufenthaltsrecht nach dem FreizügG/EU (mehr) besitzen.⁶

Visum und Aufenthaltserlaubnis können unter bestimmten Voraussetzungen von der Abgabe einer **Verpflichtungserklärung** Dritter nach § 68 AufenthG über die Haftung für den Lebensunterhalt des Ausländers abhängig gemacht werden. Sozialleistungen nach SGB II/XII/AsylbLG dürfen jedoch nicht unter Hinweis auf eine Verpflichtungserklärung abgelehnt werden, wenn der Verpflichtete nicht leisten will oder kann. Die Erklärung räumt nur der Behörde, nicht aber dem Leistungsberechtigten einen Anspruch gegen den Verpflichteten ein.⁷ Der Verpflichtete kann sich ggf. gegen einen Rückforderungsbescheid der Behörde rechtlich wehren, wenn dieser im Hinblick auf Grund, Reichweite und/oder Sittenwidrigkeit der Verpflichtungserklärung unberechtigt oder er selbst nicht leistungsfähig ist.⁸

¹ §§ 2 Abs. 2, 4 Abs. 2 und 3 AufenthG. Die Angaben können sich beim 2011 eingeführten "elektronischen Aufenthaltstitel" auch aus dem "Zusatzblatt" ergeben.

² Richtlinie 2004/38/EG vom 29.4.2004 über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten.

³ Art. 8 Unionsbürger-RL. Vielfach unterließ in der Praxis die Ausstellung oder verzögerte sich, wenn die Meldebehörden unsicher waren, ob und ggf. welcher Freizügigkeitstatbestand erfüllt war.

⁴ ÄndG zum FreizügG/EU, BT-Drs 17/11105 und 17/10746. Die auch für Inländer übliche Anmeldebescheinigung ist künftig der einzige Aufenthaltsnachweis für Unionsbürger.

⁵ Vgl. dazu BVerwG 16.11.2010 - 1 C 20.09 und 1 C 21.09, die VwV AufenthG zu §§ 2 und 5, die einschlägige Kommentierung zum AufenthG, sowie Classen, Sozialleistungen, Kapitel 9.3.

⁶ § 5 Abs. 5, § 6 FreizügG/EU, Nr. 7.2.1 VwV FreizügG/EU, Art. 15 Abs. 3 Unionsbürger RL.

⁷ SG Dortmund 11.5.2011 - S 47 AY 58/11 ER, LSG BE/BB 1.10.2009 - L 28 AS 1589/09 B ER.

⁸ BVerwG 24.11.1998 - 1 C 33/97, VG Ansbach 4.10.2007 - AN 5 K 07.00984.

B. Anspruch auf Arbeitslosengeld II nach SGB II

Grundsätzlich haben Ausländer den gleichen Anspruch auf Leistungen nach dem SGB II wie Deutsche. Sie müssen im erwerbsfähigen Alter, sozialmedizinisch erwerbsfähig und hilfebedürftig sein und ihren gewöhnlichen Aufenthalt, d.h. ihren Lebensmittelpunkt, in Deutschland haben, vgl. §§ 7, 8 SGB II.

Ausländer, die diese Voraussetzungen erfüllen, sind dennoch in den unter B.I bis B.VI genannten Fällen **vom Alg II ausgeschlossen**, § 7 Abs. 1 Satz 2 und 3, § 8 Abs. 2 SGB II. Sie können aber u.U. Sozialhilfe beanspruchen, dazu B.VII.

I. Ausländer ohne gewöhnlichen Aufenthalt im Inland, § 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 SGB II

Die Voraussetzung des "gewöhnlichen Aufenthalts" erfüllen legal hier lebende Ausländern normalerweise. Ausreichend ist ein Aufenthaltsrecht, das perspektivisch auf einen längerfristigen, jedoch nicht zwingend auch dauerhaften Aufenthalt in Deutschland abzielt. Ausreichend ist z.B. auch ein Visum zum Familiennachzug, eine "**Fiktionsbescheinigung**",⁹ ein - ggf. auch kürzer befristeter - Aufenthaltstitel, oder ein entsprechendes Aufenthaltsrecht als Unionsbürger. Die Leistungen können grundsätzlich ab Einreise beansprucht werden, allerdings unter Beachtung des im Regelfall geltenden Ausschlusses für die ersten 3 Monate (dazu B.IV).

Touristen, Saisonarbeitnehmer, Asylsuchende, Geduldete und die in § 1 Abs. 1 Nr. 3 AsylbLG genannten Ausländer¹⁰ mit Aufenthaltserlaubnis haben möglicherweise keinen gewöhnlichen Aufenthalt, wobei erstere ggf. auch mangels Arbeitserlaubnis und letztere - ebenso wie Ausländer ohne legalen Status - auch wegen ihrer Leistungsberechtigung nach AsylbLG vom SGB II ausgeschlossen sind. Hingegen ist bei Ausländern mit Aufenthalt zu Studienzwecken der gewöhnliche Aufenthalt im Regelfall erfüllt (dazu B.VIII).

Auslandaufenthalte bis zu 3 Wochen/Jahr ("Urlaub") mit Zustimmung des Jobcenters sind für den Alg II-Anspruch unschädlich, § 7 Abs. 4 a SGB II.¹¹ Bei Sozialgeldempfängern dürften Auslandsaufenthalte auch darüber hinaus unschädlich sein, solange sich Wohnsitz und Lebensmittelpunkt in Deutschland befinden und keine anderweitige Bedarfsdeckung vorliegt.¹²

II. AsylbLG Leistungsberechtigte, § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 SGB II

Ausgeschlossen vom SGB II sind Ausländer, die nach ihrem Aufenthaltsstatus unter das AsylbLG fallen. Ausgeschlossen sind auch nach ihrem Aufenthaltstatus unter das AsylbLG fallende Ausländer, die in Bedarfsgemeinschaft mit SGB II Berechtigten leben, oder zuvor Alg I bezogen haben (dazu D.).

III. Ausländer mit Aufenthaltsrecht nur zur Arbeitssuche, § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II

Der Ausschluss trifft ausschließlich zum Zweck der Arbeitssuche eingereiste **Unionsbürger**, die bisher nicht in Deutschland gearbeitet haben und hier auch sonst keine aufenthaltsrechtlich relevanten Bindungen haben (dazu näher B.III.1.).¹³

Der Ausschluss wird mit **Art. 24 Abs. 2 Unionsbürger-RL** begründet.¹⁴ Als Ausnahme vom nach Art. 24 Abs. 1 geltenden **Grundsatz der Gleichbehandlung** von Unionsbürgern mit Inländern in alle Rechtsbereiche regelt Art. 24 Abs. 2 der Richtlinie, dass Unionsbürger ausnahmsweise **von der "Sozialhilfe" ausgeschlossen** werden

⁹ § 81 AufenthG. Vgl. SG Nürnberg 28.08.2009 - S 20 AS 906/09. Ist ausnahmsweise eine Erwerbstätigkeit ausgeschlossen (so VwV AufenthG Nr. 81.3.1 für die Fiktionsbescheinigung zum erstmaligen Aufenthalt nach § 81 Abs. 3 S. 1 AufenthG), besteht ggf. dennoch Anspruch auf Sozialgeld, LSG HE 06.09.2011 - L 7 AS 334/11 B ER.

¹⁰ Zu § 25 Abs. 5 AufenthG siehe D.I.

¹¹ SG Bayreuth 3.5.2006 - S 5 AS 608/05.

¹² LPK SGB II. 3. A. § 7 Rz. 109, wonach sich § 7 Abs. 4a SGB II nur auf Personen bezieht, die dem Arbeitsmarkt zur Verfügung stehen.

¹³ Der Ausschluss trifft theoretisch auch Hochschulabsolventen aus Drittstaaten mit Aufenthaltserlaubnis zur Arbeitssuche, § 16 Abs. 4 AufenthG. Diese Ausländer müssen für die Aufenthaltserlaubnis aber nachweisen, dass ihr Lebensunterhalt gesichert ist.

¹⁴ BT-Drs. 16/688, 13.

können. Demnach ist der Aufnahmemitgliedstaat "nicht verpflichtet, anderen Personen als Arbeitnehmern oder Selbstständigen, Personen, denen dieser Status erhalten bleibt, und ihren Familienangehörigen während der ersten drei Monate des Aufenthalts oder gegebenenfalls während des längeren Zeitraums nach Artikel 14 Absatz 4 Buchstabe b) einen Anspruch auf Sozialhilfe ... zu gewähren."

Art. 14 Abs. 4 lit. b Unionsbürger-RL regelt das Aufenthaltsrecht von Unionsbürgern, die "**eingereist sind, um Arbeit zu suchen**". Nr. 10 der Gründe der Unionsbürger-RL erläutert, dass "Personen, die ihr Aufenthaltsrecht ausüben, während ihres ersten Aufenthalts die Sozialleistungen des Aufnahmemitgliedstaats nicht unangemessen in Anspruch nehmen" sollten.

Der Ausschluss darf somit nicht auf Arbeit suchende Unionsbürger angewandt werden, die nach der Unionsbürger-RL bereits ein **anderes Aufenthaltsrecht** besitzen, z.B. als arbeitslos gewordene verbleibeberechtigte Arbeitnehmer.

Wenn der Ausschluss vom Alg II greift, ist dennoch nach § 23 SGB XII der Anspruch auf im Einzelfall **unabweisbare Sozialhilfe** in Notfällen zu prüfen. Das Jobcenter muss den Alg II-Antrag ggf. gemäß § 16 SGB I an das Sozialamt weiterleiten (dazu B.VII).

Die **europarechtliche Zulässigkeit** des Ausschlusses ist umstritten. EuGH und BSG haben bisher nicht abschließend geklärt, ob das Alg II als "Sozialhilfe" i.S.d. Art. 24 Abs. 2 der RL anzusehen ist, und ob der Ausschluss gegen das Diskriminierungsverbot des Art. 18 AEUV verstößt (dazu B.III.2).

1. Unionsbürger mit Aufenthaltsrecht nicht nur zur Arbeitssuche

Bei Unionsbürgern sind alle aufenthaltsrechtlichen Tatbestände nach dem FreizügG/EU durchzuprüfen, um festzustellen, ob sie ein **anderes Aufenthaltsrecht** als nur "zur Arbeitssuche" besitzen und somit nicht vom Alg II ausgeschlossen sind.

Das Aufenthaltsrecht der Unionsbürger ist „deklaratorisch“. Die frühere „**Freizügigkeitsbescheinigung**“ - wird ab 2013 durch die auch für Inländer geltende **Meldebescheinigung** ersetzt. Sie ist als Anmeldebescheinigung – anders als bei „Drittstaaten“ der Aufenthaltstitel – keine Voraussetzung für das Aufenthaltsrecht.¹⁵ Unionsbürger besitzen ein Aufenthalts- bzw Freizügigkeitsrecht, sobald sie einen im FreizügG/EU genannten Tatbestand für das Freizügigkeitsrecht erfüllen, auch wenn sie keine Meldebescheinigung besitzen. Verstöße gegen die Meldepflicht sind wie bei Inländern eine Ordnungswidrigkeit, tangieren das Aufenthaltsrecht aber nicht.

Unionsbürger, die eines der nachfolgend erläuterten **Aufenthaltsrechte** besitzen, dürfen nicht vom Alg II ausgeschlossen werden, weil es sich um kein Aufenthaltrecht nur zur Arbeitssuche handelt. Die Ausführungen gelten gleichermaßen für Unionsbürger der "alten" und der "neuen" EU- Staaten einschließlich **Rumänien** und **Bulgarien**, sowie für Ausländer aus **Norwegen, Island, Liechtenstein**¹⁶ sowie der **Schweiz**.¹⁷

- Unionsbürger gelten als freizügigkeitsberechtigte **Arbeitnehmer** bzw. **Selbständige**, wenn sie eine echte, nicht völlig unwesentliche Erwerbstätigkeit an mindestens ca. 8 bis 10 Std./Woche ausüben. Dafür ist nach der Rspr. des EuGH weder ein existenzsicherndes Einkommen noch eine Krankenversicherung nötig. So wurde eine geringfügige Tätigkeit im Umfang von 160 €/Monat als ausreichend angesehen.¹⁸ Der EuGH hat im Urteil "Vatsouras" klargestellt, dass eine wenig mehr als einen Monat dauernde geringfügige Tätigkeit reicht.¹⁹ Hingegen wurden der Verkauf von Obdachlosenzeitungen sowie das Sammeln von Pfandflaschen nicht als Aufenthaltsrecht und Alg II-Anspruch begründende Erwerbstätigkeit qualifiziert.²⁰ Ist die Arbeitnehmer/Selbständigeneigenschaft erfüllt, kann ergänzend Alg II einschl. Krankenversicherung(sbeitragen)

¹⁵ Vgl Art. 8 Unionsbürger-RL sowie ÄndG zum FreizügG/EU, BT-Drs 17/11105 und 17/10746.

¹⁶ § 12 FreizügG/EU.

¹⁷ Nach dem Freizügigkeitsabkommen EG-Schweiz gilt das Freizügigkeitsrecht der Unionsbürger weitgehend analog, vgl. § 28 AufenthV. Die von Amts wegen auszustellende "Aufenthaltserlaubnis-Schweiz" hat wie die Meldebescheinigung für Unionsbürger nur deklaratorische Bedeutung, ein Aufenthaltsrecht besteht ggf. also auch ohne die Aufenthaltserlaubnis.

¹⁸ LSG BE/BB 8.6.2009 - L 10 AS 617/09 B ER mit umfangreichen Nachweisen zur Rspr. des EuGH und der Sozialgerichte zum Umfang der Tätigkeit. Im entschiedenen Fall wurde eine dauerhafte Reinigungstätigkeit an 7 Std./Woche für eine abzugsfrei ausgezahlte "ortsübliche" Vergütung von 162 €/Monat als ausreichend angesehen für den Arbeitnehmerstatus und den Anspruch auf ergänzendes Alg II.

¹⁹ EuGH 04.6.2009 - C-22/08 und C-23/08 Vatsouras/Koupatantze.

²⁰ LSG HE 14.10.2009 - L 7 AS 166/09 B ER Verkauf von Obdachlosenzeitungen als Betteln, LSG BE/BB 9.9.2010 - L 10 AS 1023/10 B ER Sammeln von Pfandflaschen keine entgeltliche Tätigkeit.

beansprucht werden.²¹

- Unionsbürger besitzen ein Aufenthaltsrecht als **verbleibeberechtigte Arbeitnehmer/Selbständige**, wenn sie unfreiwillig arbeitslos werden und sich bei Arbeitsagentur bzw. Jobcenter arbeitsuchend melden. Nach einer Tätigkeit von weniger als 12 Monaten ist dieses Aufenthaltsrecht auf 6 Monate befristet, nach längerer Tätigkeit besteht es unbefristet, § 2 Abs. 3 FreizügG/EU. Verbleibeberechtigte Arbeitnehmer oder Selbständige behalten die Arbeitnehmereigenschaft bzw. Selbständigeneigenschaft i.S.v. Art. 45, 49 AEUV. Sie haben kein Aufenthaltsrecht nur zur "Arbeitssuche", das ihrem Alg II-Anspruch entgegenstünde.²²
- Unionsbürger und Drittstaater besitzen ein Aufenthaltsrecht als **Familienangehörige**, wenn sie als Ehepartner oder Kinder unter 21 Jahren bei einem Unionsbürger leben, der ein Freizügigkeitsrecht nach FreizügG/EU besitzt, § 3 Abs. 2 Nr. 1 FreizügG/EU. Für das Aufenthaltsrecht dieser Familienangehörigen ist es nicht nötig, dass ihr Lebensunterhalt gesichert ist. Sie können für ihren gesamten Unterhaltsbedarf Alg II bzw. Sozialgeld in Anspruch nehmen. Sie sind als Ehepartner auch ohne Bedarfsgemeinschaft anspruchsberechtigt, da das Aufenthaltsrecht bis zur Rechtskraft der Scheidung weiter besteht, § 3 Abs. 5 FreizügG/EU. Auch außerhalb des Haushalts lebende Kinder behalten das Aufenthaltsrecht und den Alg II Anspruch.²³
- Unionsbürger (und Drittstaater) besitzen ein Aufenthaltsrecht als **weitere Familienangehörige**, wenn sie als Kinder ab 21 Jahren oder weitere Verwandte in auf- oder absteigender Linie (Eltern, Großeltern, Enkel...) bei einem freizügigkeitsberechtigten Unionsbürger leben, § 3 Abs. 2 Nr. 2 FreizügG/EU. Für das Aufenthaltsrecht dieser Angehörigen muss der hier lebende Verwandte allerdings einen wesentlichen - nicht notwendig existenzsichernden - Unterhaltsbeitrag leisten. Wird ergänzend hierzu nur ein geringer Anteil des Lebensunterhalts nach SGB II/XII und/oder Hilfe nach dem 5. bis 9. Kapitel SGB XII beansprucht, ist dies ohne Gefahr für das Aufenthaltsrecht möglich.
- Unionsbürger, die als **nicht Erwerbstätige** oder deren Angehörige freizügigkeitsberechtigt sind (§ 4 FreizügG/EU, zB Rentner, Studierende) und bei der Anmeldung erklärt haben, über ausreichend Mittel und Krankenversicherung zu verfügen, können - vor allem in unvorhergesehenen Notlagen - dennoch Leistungen nach SGB II/XII beanspruchen. Die Erklärung bei der Anmeldung begründet sozialleistungsrechtlich keinen Ausschluss vom SGB II/XII. Bei "übermäßiger" Inanspruchnahme ist allenfalls aufenthaltsrechtlich eine "Verwaltungsausweisung" denkbar (s.u.). Unverhältnismäßig wäre eine Verwaltungsausweisung bei absehbar vorübergehenden Notlagen, etwa anlässlich von Schwangerschaft und Geburt, bei Krankheit oder Frauenhausaufenthalt. Ein Freizügigkeitsrecht nach § 4 FreizügG/EU liegt nicht mehr vor, wenn der Unionsbürger inzwischen (auch) ein anderes Freizügigkeitsrecht z.B. als verbleibeberechtigter Arbeitnehmer besitzt.
- Unionsbürger besitzen ein unbefristetes "**Daueraufenthaltsrecht**", sobald sie **5 Jahre** "rechtmäßig" in Deutschland gelebt haben, § 4a FreizügG/EU. Für die Frist zählen auch den Maßgaben des EU-Freizügigkeitsrechts entsprechende Aufenthaltszeiten vor EU-Beitritt des betreffenden Landes zB als (verbleibeberechtigte) Arbeitnehmer oder Studierende,²⁴ nicht jedoch Zeiten mit Duldung oder "illegalem" Aufenthalt.²⁵ Eine Bescheinigung zur Bestätigung des Daueraufenthaltsrechts wird auf Antrag ausgestellt, § 5 Abs. 6 FreizügG/EU.
- Unionsbürger, die keinen Tatbestand nach dem FreizügG/EU erfüllen, können nach dem Günstigkeitsprinzip des § 11 FreizügG/EU ggf. ein Aufenthaltsrecht nach AufenthG beanspruchen, z.B. als **Ehepartner von Deutschen** oder **Drittstaatern**, oder Elternteil eines deutschen Kindes, §§ 28, 29 AufenthG. Ihnen ist auf Antrag ein Aufenthaltstitel nach AufenthG auszustellen.²⁶

Leistungsbehörden und Sozialgerichte müssen das **Bestehen der Aufenthaltsgründe** i.S.d. FreizügG/EU und der Unionsbürger-RL eigenständig prüfen. Die Meldebescheinigung ist aufgrund ihres deklaratorischen Charakters ein Indiz, aber weder Anspruchsvoraussetzung, noch vermag sie anspruchsbegründende oder -verhindernde Tatbestandswirkungen zu entfalten. Maßgeblich sind allein die tatsächlichen Verhältnisse.

²¹ LSG HE 14.7.2011 - L 7 AS 107/11 B, LSG BE/BB 22.7.2010 - L 14 AS 763/10 B ER, LSG BE/BB 30.01.2009 - L 25 B 1969/08 AS PKH.

²² Vgl. zum Alg II bei Unterbrechung einer selbständigen Tätigkeit wegen Schwangerschaft SG Nürnberg 15.1.2009 - S 19 AS 561/08.

²³ HK AusIR, § 3 FreizügG/EU Rz. 5.

²⁴ Nr. 4a.1 VwV FreizügG/EU; EuGH 21.12.2011 - C-424/10 u.a. Ziolkowski u.a.; BVerwG 31.5.2012 - 10 C 7.12 und 10 C 8.12.

²⁵ HK AusIR, § 4a Rz. 8.

²⁶ Vgl. zum Alg II-Anspruch LSG NI/HB 11.3.2011 - L 13 AS 52/11 B ER, LSG NI/HB 14.01.2008 - L 8 SO 88/07 ER.

Den **Verlust des Aufenthaltsrechts** nach dem FreizügG/EU kann die Ausländerbehörde bei Wegfall aller Freizügigkeitstatbestände in den ersten 5 Jahren des Aufenthaltes (wenn noch kein „Daueraufenthaltsrecht“ vorliegt) nach dem in §§ 6, 7 FreizügG/EU geregelten förmlichen Verfahren feststellen. Bei der Verlustfeststellung handelt es sich - anders als bei einer Ausweisung wegen schwerer Straftaten - um eine „**Verwaltungsausweisung**“, die mit keiner Wiedereinreisesperre verbunden ist. Eine neue Einreise zur Begründung eines neuen Aufenthaltsrechts ist daher jederzeit - auch sofort - problemlos möglich.²⁷

Solange eine Verlustfeststellung nicht erfolgt ist, bestehen das Aufenthaltsrecht und – jedenfalls solange sich das Aufenthaltsrecht nicht allein aus der Arbeitsuche ableitet - auch ein Alg II Anspruch. Sozialbehörden sind nicht befugt, Leistungen mangels Aufenthaltsrechts zu verweigern, solange der Verlust des Freizügigkeitsrechts von der Ausländerbehörde nicht bestandskräftig festgestellt ist.²⁸

2. Ausschluss von Unionsbürgern mit Aufenthaltsrecht nur zur Arbeitssuche

Die Situation ist unübersichtlich. Manche Gerichte sprechen neu eingereisten Unionsbürgern bei **ernsthafter Arbeitssuche** aufgrund des EuGH Urteils Vatsouras/ Koupatantze Alg II zu,²⁹ einige lehnen Alg II dennoch als „Sozialhilfe“ ab,³⁰ die Mehrzahl hält die Vereinbarkeit des Ausschlusses mit dem europäischen Recht für ungeklärt und gewährt deshalb zumindest **unabweisbare Leistungen** nach SGB II.³¹ Zwar sind Ansprüche nach dem Europäischen Fürsorgeabkommen **EFA** aufgrund des deutschen Vorbehalts vom Dezember 2011 umstritten. Die Gleichbehandlungsansprüche nach der am 1.5.2010 in Kraft getretenen **VO EG 883/2004** lassen den Ausschluss "nur Arbeitssuchender" für den Bereich des SGB II jedoch für Bürger aller EU-Staaten ganz leer laufen.³² Viele Gerichte halten den Ausschluss wegen Verstoßes gegen EU-Primärrecht, insbesondere das Verbot der Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit in Art. 18 AEUV für europarechtswidrig, und die Vereinbarkeit des Art 24 Abs 2 Unionsbürger-RL mit Art. 18 AEUV für fraglich, und sprechen im Rahmen einer Folgenabwägung vorläufig Alg II zu.³³ Wird der Ausschluss dennoch für zulässig gehalten, stellt sich im Hinblick auf das Grundrecht auf ein menschenwürdiges Existenzminimum die Frage der Gewährung zumindest **unabweisbarer Leistungen** nach SGB II, hilfsweise nach SGB XII.

a) *EuGH Vatsouras/Koupatantze – Alg II nach drei Monaten ernsthafter Arbeitssuche*

Der EuGH hat am **4.6.2009** erstmals über das Alg II für Unionsbürger entschieden.³⁴ Zum Vorlagebeschluss des SG Nürnberg³⁵ merkte der EuGH lediglich an, dass nach **kurzzeitiger Tätigkeit**, wofür auch eine nur wenig mehr als einen Monat dauernde, **nicht existenzsichernde Beschäftigung** reicht, bei unfreiwilliger Arbeitslosigkeit die Arbeitnehmereigenschaft (und der Alg II Anspruch) für mindestens sechs Monate erhalten bleibt.³⁶

Das Alg II für bisher nicht erwerbstätige Unionsbürger war nicht Gegenstand des Vorlagefalls. Dennoch stellt das Urteil hierzu unter Hinweis auf EuGH Collins³⁷, Ioannidis³⁸ und D’Hoop³⁹ fest, dass Unionsbürger von ei-

²⁷ Art. 15 Abs. 3 Unionsbürger RL, Nr. 7.2.1 VwV FreizügG/EU.

²⁸ LSG BE/BB 30.5.2008 - L 14 B 282/08 AS ER, LSG BE/BB 30.9.2011 - L 14 AS 1148/11 B ER, BSG 19.10.2010 - B 14 AS 23/10 R.

²⁹ LSG BW 25.8.2010 - L 7 AS 3769/10 ER-B, LSG NW 27.4.2010 - L 7 B 323/09 AS ER.

³⁰ LSG BW 15.4.2010 - L 13 AS 1124/10 ER-B (es ist nicht nachvollziehbar, dass das LSG nach Ausreise für wenige Wochen das Aufenthaltsrecht der rumänischen Klägerin für erloschen erklärt und zudem ein Arbeitsverbot unterstellt), LSG HE 14.10.2009 - L 7 AS 166/09 B ER (das in nicht nachvollziehbarer Weise die Verwurzelung der seit 15 Jahren hier lebenden 23jährigen rumänischen Klägerin und deren Notlage als Mutter eines Säuglings negiert), LSG NI/HB 26.2.2010 - L 15 AS 30/10 B-ER, LSG BE/BB 8.1.2010 - L 34 AS 2082/09 B ER.

³¹ LSG BE/BB 30.6.2011 - L 25 AS 535/11 B ER, LSG BE/BB 29.11.2010 - L 34 AS 1001/10 B ER, LSG NW 4.10.2010 - L 19 AS 942/10 B, LSG NW 10.5.2010 - L 7 AS 134/10 B ER, LSG NW 26.2.2010 - L 6 B 154/09 AS ER, LSG BE/BB 11.1.2010 - L 25 AS 1831/09 B ER, LSG NI/HB 22.12.2009 - L 15 AS 864/09 B ER, LSG BY 4.5.2009 - L 16 AS 130/09 B ER, OVG HB 10.9.2008 - S 2 B 424/08, LSG BW 23.7.2008 - L 7 AS 3031/08 ER-B, LSG BY 5.11.2008 - L 11 B 771/08 AS ER, LSG NW 16.7.2008 - L 19 B 111/08 AS ER.

³² BSG 19.10.2010 - B 14 AS 23/10 R, LSG HE 14.7.2011 - L 7 AS 107/11 B

³³ so LSG BE-BB 17.5.2011 - L 28 AS 566/11 ER; LSG NW 17.5.2011 - L 6 AS 356/11 B ER; LSG SH 14.9.2011 - L 3 AS 155/11 B ER; SG Berlin 10.4.2012 - S 37 AS 8126/12 ER; SG Berlin 14.5.2012 - S 124 AS 7164/12 ER.

³⁴ EuGH 04.6.2009 - C22/08 Vatsouras und C23/08 Koupatantze.

³⁵ SG Nürnberg 18.12.2007 - S 19 AS 738/07.

³⁶ So bereits § 2 Abs. 3 FreizügG/EU. Weshalb das SG Nürnberg den Fall dennoch vorgelegt hat, erschließt sich nicht.

³⁷ EuGH 23.3.2004 - C 138/02.

³⁸ EuGH 15.9.2005 - C 258/04.

ner Geldleistung, die den Arbeitsmarktzugang erleichtern soll, nicht aufgrund Art. 24 Abs. 2 Unionsbürger-RL ausgeschlossen werden dürfen. Es sei legitim, die Leistung erst nach einer Mindestaufenthaltsdauer zu gewähren, wenn eine **tatsächliche Verbindung des Arbeitsuchenden mit dem Arbeitsmarkt des Aufnahmestaates** festgestellt werden kann, weil der Unionsbürger in dieser Zeit tatsächlich ernsthaft Arbeit gesucht hat. Dieser Zeitraum sollte nicht mehr als drei Monate betragen, vgl. EuGH Collins. Ein Arbeitsuchender gilt dann als "Arbeitnehmer" i.S.v. Art. 45 AEUV, der gemäß Art. 18 AEUV Gleichbehandlung beanspruchen kann.

Zum Alg II merkt das Urteil Vatsouras/Koupatantze an, dass die Anspruchsvoraussetzung der Erwerbsfähigkeit dafür spricht, dass es sich um eine den **Arbeitsmarktzugang erleichternde Geldleistung** handelt, für die Gleichbehandlung nach Art. 24 Abs. 1 Unionsbürger-RL beansprucht werden kann, und nicht um nicht um "Sozialhilfe" i.S.d. Art. 24 Abs. 2 Unionsbürger-RL. Auch bei den von EuGH Collins und EuGH Ioannidis angesprochenen Beihilfen handelte es sich um beitragsunabhängige Geldleistungen zum Lebensunterhalt für Arbeitsuchende.⁴⁰ Schlussendlich verweist der EuGH jedoch auf die nationalen Gerichte, die zu entscheiden hätten, ob es sich beim Alg II um "Sozialhilfe" handelt.

Aus dem EuGH-Urteil lässt sich der Schluss ziehen, dass zur Arbeitsuche neu eingereiste Unionsbürger **Anspruch auf Alg II** haben, wenn nach drei Monaten **ernsthafter Arbeitsuche** feststeht, dass sie eine tatsächliche Verbindung zum hiesigen Arbeitsmarkt haben.⁴¹

b) Inländergleichbehandlung nach Europäischem Fürsorgeabkommen⁴²

Das BSG lässt die Frage, ob es sich beim Alg II um „Sozialhilfe“ i.S.v. Art 24 Abs. 2 UnionsbürgerRL handelt, und ob der Ausschluss mit dem Gleichbehandlungsgrundsatz des Art. 18 AEUV vereinbar ist, bisher unbeantwortet.⁴³ Den Fall eines französischen Klägers löste das BSG stattdessen durch den Verweis auf das Europäische Fürsorgeabkommen EFA. Das EFA vom 11.12.1953 garantiert Ausländern der Abkommensstaaten mit erlaubtem Aufenthalt die **Gleichbehandlung** mit Inländern bei der Sozialhilfe einschließlich von Sozialhilfe zur medizinischen Versorgung. Da es sich nach Auffassung des BSG beim Alg II um "Sozialhilfe" im Sinne des EFA handelt, könnten auch Unionsbürger aus EFA-Staaten, die sich nur zur Arbeitsuche aufhalten, Alg II beanspruchen.⁴⁴ Auch eine Einreise zum Zweck des Leistungsbezugs sei nicht ausgeschlossen. Das EFA haben sämtliche **"alten" EU-Staaten** außer Finnland und Österreich⁴⁵ sowie **Estland, Malta, Norwegen, Island** und die Türkei anerkannt.⁴⁶

Die Bundesregierung hat darauf am 19.12.2011 beim Europarat einen **"Vorbehalt" zum EFA** hinterlegt, wonach das SGB II nicht mehr unter das EFA fallen würde. Dieser Vorbehalt dürfte völkerrechtswidrig sein, da Deutschland damit de facto das EFA einseitig aufgekündigt hat, das Abkommen in seinem Kernbereich - Sozialhilfe für Erwerbsfähige - nicht mehr einhalten will, und es nur noch für den vergleichsweise marginalen Bereich des SGB XII anerkennen will.⁴⁷ Hielte man den Vorbehalt (und den Ausschluss "nur Arbeitsuchender" vom SGB II auch ansonsten) jedoch für zulässig, wäre die Konsequenz, dass die nunmehr dem Grunde nach vom SGB II ausgeschlossenen arbeitssuchenden Unionsbürger aus EFA-Staaten einen **Anspruch auf Sozialhilfe** (und Krankenhilfe) nach dem 3. und 5. Kapitel SGB XII erhalten müssten.⁴⁸ Denn für das SGB XII bleibt das

³⁹ EuGH 11.7.2002 - C-224/98.

⁴⁰ Im Fall Collins die britische "Jobseekers Allowance", im Fall Ioannidis das belgische Überbrückungsgeld "allocations d'attente" für Schulabgänger auf der Suche nach einer ersten Beschäftigung.

⁴¹ LSG BW 25.8.2010 - L 7 AS 3769/10 ER-B, LSG NW 27.4.2010 - L 7 B 323/09 AS ER.

⁴² Vgl. dazu ausführlich Classen, Hinweise zum EFA-Vorbehalt, www.fluechtlingsinfo-berlin.de/fr/pdf/EFA_Vorbehalt_Kommentar.pdf.

⁴³ Nahe gelegen hätte eine Vorlage an den EuGH. Dies gilt auch für die Vereinbarkeit des Ausschlusses mit der VO 883/2004, über die das BSG am 25.1.2012 - B 4 AS 138/11 R zu entscheiden hatte. Auch dies lies das BSG offen, da dem Kläger das Alg II bereits wegen seines Aufenthaltsrechts als Familienangehöriger zustehe.

⁴⁴ BSG 19.10.2010 - B 14 AS 23/10 R.

⁴⁵ Deutschland hat mit Österreich ein dem EFA ähnliches Fürsorgeabkommen geschlossen, gemäß Schlussprotokoll zu diesem Abkommen ist jedoch die Einreise zum Zweck des Leistungsbezugs ein Ausschlussgrund. Laut LSG MV 7.3.2012 L 8 B 489/10 ER kann hiernach für das Alg II Gleichbehandlung beansprucht werden, a.A. LSG NW 22.6.2010 - L 1 AS 36/08. Hingegen ist das frühere Fürsorgeabkommen Deutschland - Schweiz per 31.03.2006 gekündigt worden.

⁴⁶ Wortlaut EFA mit Unterzeichnerstaaten und Vorbehalten über www.conventions.coe.int. Siehe zum EFA auch C.III.

⁴⁷ So LSG BY 14.8.2012 - L 16 AS 568/12 B ER, VG Berlin 25.4.2012 - S 55 AS 9238/12, LSG BE/BB 9.5.2012 - L 19 AS 794/12 B ER, LSG BE/BB 23.05.2012 - L 25 AS 837/12 B ER. Vgl. zur Kritik auch BT-Drs. 17/9036.

⁴⁸ Die Jobcenter müssten die Anträge daher gemäß § 16 SGB I an die Sozialämter weiterleiten. Auf die Zuständigkeit der Sozialämter weist die Berliner Sozialverwaltung mit Rdschr. v. 24.2.2012 hin: www.fluechtlingsinfo-berlin.de/fr/pdf/SenGesSoz_EFA_SGBXII_240212.pdf

EFA anwendbar,⁴⁹ auch die Anspruchseinschränkungen des § 23 Abs. 3 SGB XII für nur Arbeitssuchende und bei Einreise zum Zweck des Leistungsbezugs sind wegen des EFA nicht anwendbar.⁵⁰

c) Inländergleichbehandlung nach VO EG 883/2004

Gleichbehandlungsansprüche für Angehörige aller EU-Staaten lassen sich aus der am **1.5.2010** in Kraft getretenen **VO EG 883/2004**⁵¹ ableiten. Art. 4 der VO garantiert Unionsbürgern, die sich in einem anderen Mitgliedsstaat aufhalten, **Gleichbehandlung** bei den Leistungen der Sozialen Sicherheit. Gemäß Art 3 Abs. 3 i.V.m. Art. 70 der VO gilt dies auch für die in Anhang X der VO aufgeführten "**besonderen beitragsunabhängigen Geldleistungen**".⁵²

Anhang X in der durch VO EG 988/2009 zum 1.5.2010 aktualisierten Fassung nennt für **Deutschland** als besondere beitragsunabhängige Geldleistungen a) die Grundsicherung nach dem 4. Kapitel SGB XII sowie b) die Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts der **Grundsicherung für Arbeitssuchende** nach dem SGB II.⁵³ Während zuvor Art. 2 VO EWG 1408/71 noch voraussetzte, dass der Unionsbürger z.B. als Arbeitnehmer, Selbständiger oder Student dem sozialen Sicherungssystem des Aufnahmelandes zugehört, reicht es nach Art. 2 VO EG 883/2004 für den persönlichen Anwendungsbereich der VO aus, dass für den Unionsbürger (auch) die Rechtsvorschriften des Aufnahmelandes gelten.⁵⁴ Maßgeblich für die Anwendung der VO 883/2004 ist der Wohnsitz im Aufnahmemitgliedsstaat.⁵⁵

Im Ergebnis leitet sich aus der VO EG 883/2004 ein Anspruch auf **ALG II für alle Unionsbürger** (auch Rumänen und Bulgaren) nach den gleichen Maßstäben wie für Deutsche ab. Alg II kann demnach auch beansprucht werden, wenn das Aufenthaltsrecht nur auf der Arbeitssuche beruht, oder wenn mangels Arbeitssuche auch dieser Aufenthaltsgrund nicht vorliegt, die Ausländerbehörde aber nicht festgestellt hat, dass das Aufenthaltsrecht erloschen ist.⁵⁶ Hingegen gilt gemäß Art. 3 Abs. 5 der VO der Gleichbehandlungsgrundsatz nicht für die "soziale und medizinische Fürsorge", weshalb Unionsbürger aus der VO - anders als aus dem EFA - für die Sozialhilfe nach SGB XII mit Ausnahme der Grundsicherung nach dem 4. Kapitel SGB XII keine Ansprüche ableiten können.⁵⁷

Die VO 883/2004 ist somit gegenüber der Unionsbürger-RL die "speziellere" Regelung, da sie die Ansprüche nach dem SGB II und dem 4. Kapitel SGB XII ausdrücklich benennt und verbindlich zuspricht. Die VO 883/2004 ist auch die "spätere" Regelung, denn die Aufnahme des Alg II in den Anhang erfolgte erst durch die Änderungs-VO 988/2009 v. 16.09.2009. Hingegen spricht die Unionsbürger-RL vom 30.04.2004 in Art. 24 Abs. 2 nur ganz allgemein von "Sozialhilfe" und der Möglichkeit, diesen Anspruch nur Arbeitssuchenden bzw. in den ersten 3 Monaten im nationalen Recht einzuschränken. Vorgeschrieben wird der Ausschluss in der RL jedoch keineswegs. Anders die europarechtliche VO, die in den EU-Mitgliedsstaaten als unmittelbar verbindliches Recht anzuwenden ist, und den Anspruch zuspricht. Im Ergebnis können als „Sozialhilfe“ im Sinne des Art. 24 Abs. 2 UnionsbürgerRL nur die Leistungen nach dem 3. und 5. bis 9. Kapitel SGB XII vorenthalten werden, nicht jedoch das Alg II und die Grundsicherung im Alter und bei Erwerbsminderung.⁵⁸

⁴⁹ Mit Ausnahme nur der Hilfe für Personen in besonderen sozialen Schwierigkeiten (§ 67 ff SGB XII), für die Deutschland bereits seinerzeit zum BSHG einen Vorbehalt erklärt hatte, der es aber erlaubt, auch diese Hilfe im Einzelfall zu gewähren.

⁵⁰ Vgl. dazu BSG 19.10.2010 - B 14 AS 23/10 R, Rn 39 ff.

⁵¹ Die am 1.5.2010 in Kraft getretene VO 883/2004/EG ersetzt die VO EWG 1408/71.

⁵² Art. 70 macht lediglich die Einschränkung, dass diese Leistungen nicht exportiert werden. Alg II muss also nur gewährt werden, solange der Unionsbürger seinen Wohnsitz in Deutschland hat.

⁵³ Ebenso schon bisher Anhang IIa der VO 1408/71. Die in Anhang X genannte Einschränkung "soweit für diese Leistungen nicht dem Grunde nach die Voraussetzungen für den befristeten Zuschlag nach Bezug von Arbeitslosengeld (§ 24 Abs. 1 SGB II) erfüllt sind." ist irrelevant, da dieser Zuschlag seit 1.1.2011 abgeschafft ist.

⁵⁴ Vgl. Steffen, SGB II: Fürsorge- oder Arbeitsmarktgesetz? - Ist die Frage bei Leistungen für Unionsbürger noch relevant? ANA-ZAR 2011, 9 www.auslaender-asyl.dav.de/ANA-ZAR02-11.pdf

⁵⁵ Vgl. ausführlich Frings, Grundsicherungsleistungen für Unionsbürger unter dem Einfluss der VO (EG) Nr. 883/2004, ZAR 2012, 317, www.zar.nomos.de/fileadmin/zar/doc/Aufsatz_ZAR_12_09.pdf

⁵⁶ LSG BW 24.10.2011 - L 12 AS 3938/11 ER-B, LSG ST 14.11.2011 - L 5 AS 406/11 B ER, LSG BE/BB 30.09.2011 - L 14 AS 1148/11 B ER, SG Berlin 24.5.2011 - S 149 AS 17644/09, SG Berlin 27.03.2012 - S 110 AS 28262/11, LSG HE 14.7.2011 - L 7 AS 107/11 B (für Bulgarin ohne Arbeitserlaubnis), LSG NI/HB 11.8.2011 - L 15 AS 188/11 B ER, LSG BE/BB 30.11.2010 - L 34 AS 1501/10 B ER, LSG BE/BB 27.04.2012 - L 14 AS 763/12 B ER, LSG BE/BB 23.05.2012 - L 25 AS 837/12 B ER; a.A. nur für Rumänen und Bulgaren LSG NRW 18.11.2011 - L 7 AS 614/11 B E.

⁵⁷ Art. 3 Abs. 5 VO EG 883/2004 in der durch Art. 1 Nr. 4 VO 988/2009 geänderten Fassung.

⁵⁸ Ebenso Frings a.a.O. A.A. mit wenig überzeugender Begründung LSG BW 16.5.2012 - L 3 AS 1477/11, LSG BE/BB 5.3.2012 - L 29 AS 414/12 AS ER (ohne die Erwerbstätigeneigenschaft des Klägers hinreichend zu prüfen) und LSG

d) *Kein Ausschluss schon länger hier lebender Unionsbürger*

Art. 24 Abs. 2 Art Unionsbürger-RL schließt Unionsbürger von „Sozialhilfe“ aus, deren Aufenthaltsrecht sich aus 14 Abs. 4 lit. b Unionsbürger-RL ergibt. Art. 14 Abs. 4 lit. b regelt das Aufenthaltsrecht von Unionsbürgern, die **„eingereist sind, um Arbeit zu suchen“**. Nr. 10 der Gründe der Unionsbürger-RL erläutert, dass *„Personen, die ihr Aufenthaltsrecht ausüben, während ihres ersten Aufenthalts die Sozialleistungen des Aufnahmemitgliedstaats nicht unangemessen in Anspruch nehmen“* sollten.

Auch wenn man das Alg II als „Sozialhilfe“ ansieht, greift demnach der Ausschluss nicht, wenn ein **anderer Einreisezweck**, ein längerer **Voraufenthalt**⁵⁹ und/oder zuvor bereits anderes Aufenthaltsrecht als die Arbeitssuche vorlag.⁶⁰ Bei Unionsbürgern, die bereits viele Jahre in Deutschland gelebt haben und nach längerem **Auslandsaufenthalt** zurückkehren, ist der Ausschluss ebenfalls fraglich.⁶¹

e) *Unionsbürger ohne Aufenthaltsgrund*

Unionsbürgern, die sich in den **ersten drei Monaten** ohne weiteren Aufenthaltsgrund legal aufhalten, haben wohl nur Anspruch auf unabweisbare Hilfen nach SGB XII, z.B. Krankenhilfe, Hilfe bei Obdachlosigkeit oder Rückkehrhilfe (C.III). Zwar könnten EFA bzw. VO 883/2004 für einen weitergehenden Anspruch sprechen. In vielen Fällen dürfte der Anspruch allerdings bereits am fehlenden gewöhnlichen Aufenthalt bzw. der fehlenden Verbindung zum Arbeitsmarkt scheitern, § 7 Abs 1 S. 1 SGB II.

Schwieriger zu klären ist der Ausschluss vom Alg II für länger als drei Monate hier lebende Personen, die **nicht ernsthaft auf Arbeitssuche** sind und auch sonst **keinen Freizügigkeitstatbestand** erfüllen. Das Alg II geht ebenso wie das Aufenthaltsrecht davon aus, dass Erwerbslose sich um Arbeit bemühen sollen, § 2 SGB II. Alg II können aber auch Personen beanspruchen, denen eine Erwerbstätigkeit derzeit nicht zumutbar ist, § 10 SGB II. Und der Aufenthalt von Unionsbürgern gilt grundsätzlich als legal, solange die Ausländerbehörde keine Feststellung über das Erlöschen des Freizügigkeitsrechts getroffen hat. Demnach besteht auch der Alg II Anspruch grundsätzlich so lange, wie der Unionsbürger sich legal aufhält.⁶² In Fällen, in denen der Einsatz der Arbeitskraft z.B. wegen Krankheit, Schwangerschaft oder der Sorge für Kleinkinder unzumutbar ist, dürfte auch eine Aufenthaltsbeendigung europarechtlich unverhältnismäßig sein.

Der Ausschluss nicht ernsthaft Arbeit suchender Unionsbürger vom Alg II ergibt sich nicht bereits aus dem Ausschlussstatbestand „Aufenthalt zum Zweck der Arbeitssuche“. Liegen jedoch ohne hinreichende Gründe keine ernsthaften Arbeitsbemühungen vor, scheidet der Alg II Anspruch bereits an den allgemeinen Anspruchsvoraussetzungen des § 2 SGB II. Ist auch kein anderes Freizügigkeitsrecht erfüllt, kann dies auch eine „Verwaltungsausweisung“ (siehe B.II.1) rechtfertigen.⁶³ Hingegen scheint zweifelhaft, ob die Sozialbehörden eigenständig mangels Freizügigkeitstatbestand nach FreizügG/EU einen europarechtlich „illegalen“ Aufenthalt feststellen und aus diesem Grund Alg II ablehnen dürfen.⁶⁴

f) *Mindestens unabweisbare Leistungen*

Da die europarechtliche Zulässigkeit des Ausschlusses ungeklärt ist, tendierten die Sozialgerichte dazu, soweit sie keinen uneingeschränkten Alg II Anspruch etwa nach der VO 883/2004 anerkennen, zumindest **unabweisbare Leistungen** (ungekürzte Regelleistung, 85 % der Regelleistung,⁶⁵ Regelleistung als Darlehen,⁶⁶ Leistungen analog § 3 AsylbLG⁶⁷ usw.) zuzusprechen.⁶⁸ Neben Unterkunft und Regelbedarf gehören auch Hilfe bei

BE/BB 3.4.2012 - L 5 AS 2157/11 B ER.

⁵⁹ LSG NI/HB 25.7.2007 - L 6 AS 444/07 ER, LSG BE/BB 25.4.2007 - L 19 B 116/07 AS ER, a.A. LSG BE/BB 25.11.2008 - L 5 B 801/08 AS ER.

⁶⁰ Vgl. SG Berlin 24.5.2011 S 149 AS 17644/09; LSG HH 11.10.2012 L 4 AS 266/12 B ER.

⁶¹ LSG NI/HB 25.7.2007 - L 6 AS 444/07 ER.

⁶² LSG BE/BB 30.5.2008 - L 14 B 282/08 AS ER, LSG HE 14.7.2011 - L 7 AS 107/11 B, BSG 19.10.2010 - B 14 AS 23/10 R.

⁶³ LSG NW 22.6.2010 - L 1 AS 36/08.

⁶⁴ LSG BE/BB 30.9.2011 - L 14 AS 1148/11 B ER, a.A. LSG HE 13.9.2007 - L 9 AS 44/07 ER, das zur Begründung anführt, Sozialtourismus sei zu vermeiden.

⁶⁵ LSG BE/BB 29.11.2010 - L 34 AS 1001/10 B ER.

⁶⁶ LSG BE/BB 30.6.2011 - L 25 AS 535/11 B ER.

⁶⁷ LSG NW 27.06.2007 - L 9 B 80/07 AS ER.

⁶⁸ In diesem Sinne LSG BE/BB 30.6.2011 - L 25 AS 535/11 B ER, LSG BE/BB 29.11.2010 - L 34 AS 1001/10 B ER, LSG

Krankheit,⁶⁹ Mietschuldenübernahme,⁷⁰ Hilfe bei Obdachlosigkeit und ggf. Rückkehrhilfen⁷¹ zu den unabwiesbaren Leistungen. Dies ist – selbst wenn Ausschlussgründe vorliegen - schon aus auf **verfassungsrechtlichen Gründen** geboten. Zu beachten sind der Anspruch auf ein menschenwürdiges Existenzminimum,⁷² der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz,⁷³ die selbst ausreisepflichtigen Drittstaatern zustehenden Mindestunterhaltsleistungen nach dem AsylbLG, sowie ggf. die **Besonderheiten des Einzelfalles** (z.B. Unzumutbarkeit der Rückkehr bei Krankheit, Schwangerschaft,⁷⁴ drohender familiärer Gewalt,⁷⁵ in Aussicht stehendes Aufenthaltsrecht durch Geburt eines Kindes⁷⁶ etc.). Die unabwiesbaren Leistungen sind vorzugsweise nach SGB II, hilfsweise nach SGB XII zu gewähren (dazu B.VII. und D.III).

IV. Ausländer in den ersten drei Monaten ab Einreise - § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 SGB II

Der Ausschluss soll laut Gesetzesbegründung Unionsbürger ausschließen, die sich in den ersten drei Monate noch ohne einen weiteren Aufenthaltsgrund hier aufhalten.⁷⁷ Diese Unionsbürger dürften jedoch bereits mangels gewöhnlichen Aufenthalts keinen Anspruch haben. Der Ausschluss trifft in der Praxis hingegen vor allem aus Drittstaaten nachgezogene Ehepartner von Deutschen und Unionsbürgern, da diese - anders als zu Drittstaatern nachgezogene Ehepartner - keine Lebensunterhaltssicherung nachweisen müssen.

Die Zulässigkeit des **Ausschlusses nachgezogener Ehepartner** wird in der Rspr. zunehmend - auch im Hinblick auf Art 6 GG - angezweifelt⁷⁸ Hält man den Ausschluss für rechters, können die nachgezogenen Ehepartner - integrationspolitisch kaum sinnvoll - für die erste drei Monate **Sozialhilfe** nach dem 3. Kapitel SGB XIII beanspruchen (dazu B.VII).

Maßgeblich für die 3-Monatsfrist ist der (ggf. durch Tickets, eidesstattliche Versicherung usw. nachzuweisende) Tag der **tatsächlichen Einreise**, nicht die Vorsprache bei der Meldestelle, Ausländer- oder Sozialbehörde usw. Der Ausschluss gilt nach dem Wortlaut **nicht** für Ausländer, die als Arbeitnehmer oder Selbständige tätig sind, und für deren Familienangehörige, sowie für Ausländer mit Aufenthaltstitel nach §§ 22 – 25 AufenthG.

V. Ausländer ohne Arbeitserlaubnis - § 8 Abs. 2 SGB II

Als **erwerbsfähig** im Sinne des SGB II gelten Ausländer gemäß § 8 Abs. 2 Satz 1 SGB II nur, "wenn ihnen die Aufnahme einer Beschäftigung erlaubt ist oder erlaubt werden könnte." Der im Rahmen der SGB II/XII-Reform 2011 eingefügte § 8 Abs. 2 Satz 2 SGB II stellt klar, dass auch Ausländer, die nur nach Lage und Entwicklung des Arbeitsmarkts eine Arbeitserlaubnis erhalten können, Alg II beanspruchen können: „*Die rechtliche Möglichkeit, eine Beschäftigung vorbehaltlich einer Zustimmung nach § 39 AufenthG aufzunehmen, ist ausreichend.*“⁷⁹

Auch **Rumänen** und **Bulgaren**, die bis 31.12.2013 nur nachrangig Zugang zum Arbeitsmarkt haben, gelten

NW 4.10.2010 - L 19 AS 942/10 B, LSG NW 10.5.2010 - L 7 AS 134/10 B ER, LSG NW 26.2.1010 - L 6 B 154/09 AS ER, LSG BE/BB 11.1.2010 - L 25 AS 1831/09 B ER, LSG NI/HB 22.12.2009 - L 15 AS 864/09 B ER, LSG BY 4.5.2009 - L 16 AS 130/09 B ER, OVG HB 10.9.2008 - S2 B 424/08, LSG BW 23.7.2008 - L 7 AS 3031/08 ER-B, LSG BY 5.11.2008 - L 11 B 771/08 AS ER, LSG NW 16.7.2008 - L 19 B 111/08 AS ER.

⁶⁹ Nach § 5 Abs. 2a SGB V, hilfsweise § 264 Abs. 2 SGB V i.V.m. § 48 SGB XII.

⁷⁰ LSG BE/BB 30.6.2011 - L 25 AS 535/11 B ER.

⁷¹ Dazu D.III.

⁷² Art. 1 Abs. 1 GG, BVerfG 9.2.2010 - 1 BvL 1/09.

⁷³ Vgl. Erwägungsgründe Nr. 16 sowie Art. 14 Abs. 3 UnionsbürgerRL.

⁷⁴ LSG NW 25.3.2010 - L 7 AS 328/10 B ER.

⁷⁵ LSG NW 27.6.2007 - L 9 B 80/07 AS ER.

⁷⁶ LSG NW 10.5.2010 - L 7 AS 134/10 B ER (Schwangerschaft und deutscher Kindsvater).

⁷⁷ BT-Drs. 15/5065, S. 472 f., unter Verweis auf Art. 24 Abs. 2 Unionsbürger-RL.

⁷⁸ LSG BY 27.6.2012 - L 16 AS 449/11; LSG NW 9.5.2011 - L 12 AS 314/11 B ER, LSG NW 7.12.2009 - L 19 B 363/09 AS, LSG NI/HB 17.2.2011 - L 7 AS 1323/10, SG Nürnberg 28.8.2009 - S 20 AS 906/09, SG Berlin 18.1.2012 - S 173 AS 38287/10, a.A. LSG BW 27.4.2011 - L 3 AS 1411/11 ER-B.

⁷⁹ Vgl. BT-Drs. 17/3404, S. 93: "Die Regelung greift die gängige Praxis auf. Der angefügte Satz 2 verdeutlicht für die Rechtsanwender, dass es darauf ankommt, dass zumindest rechtlich-theoretisch eine Zustimmung zur Aufnahme einer Beschäftigung durch die Bundesagentur für Arbeit erfolgen könnte, auch wenn in Bezug auf den konkret angestrebten Arbeitsplatz gegebenenfalls eine Vorrangprüfung dies verhindern könnte oder verhindert hat. Ein sogenannter nachrangiger Arbeitsmarktzugang ist demnach ausreichend im Sinne des § 8 Absatz 2."

somit als erwerbsfähig.⁸⁰ In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass viele - auch neu einreisende - Rumänen und Bulgaren bereits vor dem 1.1.2014 einen gleichrangigen Arbeitsmarktzugang besitzen.⁸¹

Die bisher in Rspr. und Kommentierung zum Teil vertretene Auffassung, Ausländer mit **nachrangigem Arbeitsmarktzugang** seien vom Alg II ausgeschlossen, wenn keine konkrete Aussicht auf eine Arbeitserlaubnis besteht, hat demnach keinen Bestand.⁸² Sie widerspricht bereits der Gesetzesbegründung zu § 8 Abs. 2 SGB II Fassung 2005 wie auch der DA zum SGB II.⁸³

Der Ausschluss trifft im Ergebnis nur Ausländer mit **absolutem Arbeitsverbot**, die auch keinen "nachrangigen Arbeitsmarktzugang" besitzen. Das sind - neben manchen ohnehin unter das AsylbLG fallenden Ausländern - vor allem Touristen aus Drittstaaten.⁸⁴ An Stelle des Alg II können diese Ausländer in akuten Notfällen unter Umständen aber Sozialhilfe nach dem 3. und 5. Kapitel SGB XII beanspruchen (dazu B.VII.).

Sozialgeld-Empfänger (Ehepartner, mdj. Kinder) können wegen fehlender Möglichkeit einer Arbeitserlaubnis nicht vom Alg II ausgeschlossen werden, da Erwerbsfähigkeit für das Sozialgeld nicht gefordert ist.⁸⁵

VI. Ausländer mit Wohnsitzauflage

Ausländer, die entgegen einer im Aufenthaltstitel eingetragenen "Wohnsitzauflage" (dazu C.VII) an einen anderen Ort umziehen, erhalten dort gemäß § 23 Abs. 5 SGB XII nur die im Einzelfall unabweisbar gebotene Sozialhilfe (dazu C.VI). Das SGB II enthält - wohl wegen der erwünschten Mobilität bei der Arbeitsaufnahme - keine vergleichbare Beschränkung. Maßgeblich ist allein der tatsächliche Aufenthaltsort, § 36 SGB II. Ein Umzug unter Verstoß gegen eine Wohnsitzauflage schließt somit - entgegen der meist ablehnenden Haltung der Jobcenter - den Alg II-Anspruch an neuen Wohnort sozialrechtlich nicht aus.⁸⁶

VII. Sozialhilfe bei Ausschluss vom SGB II

Ausländer die keinen gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland haben, sich hier nur zur Arbeitsuche oder in den ersten drei Monaten aufhalten oder einem Arbeitsverbot unterliegen, können vom SGB II ausgeschlossen sein, vgl. B.I., B.III., B.IV. und B.V. Sie haben - ebenso wie z.B. längerfristig Kranke, in stationären Einrichtungen lebende Menschen oder AsylbLG-berechtigte Ausländer - **"dem Grunde nach" keinen Anspruch** nach dem SGB II. Auf dem Grunde nach vom SGB II ausgeschlossene In- und Ausländer ist unabhängig von der Frage ihrer Erwerbsfähigkeit - anders als etwa bei einer Kürzung des Alg II wegen Arbeitsverweigerung - das in § 5 Abs. 2 SGB II und § 21 SGB XII geregelte Verbot der Gewährung der Leistungen nach SGB II ergänzender bzw. ersetzender Sozialhilfe zum Lebensunterhalt nicht anwendbar.

Vom SGB II dem Grunde nach ausgeschlossene Ausländer können somit für ihren Lebensunterhalt Sozialhilfe nach dem 3. Kapitel des SGB XII beanspruchen, wenn sie nicht weder unter das AsylbLG fallen noch Grundsicherung nach dem 4. Kapitel SGB XII beanspruchen können und die Ausschlussgründe des § 23 SGB XII (dazu C.III und C.IV) nicht entgegenstehen.⁸⁷ Hingegen sind die Leistungen des 5. bis 9. Kapitels SGB XII - insbesondere die **Krankenhilfe** - ohnehin nicht vom Ausschluss des § 5 Abs. 2 SGB II und § 21 SGB XII erfasst.

Ein Sozialhilfeantrag gilt gemäß § 16 SGB I und § 28 SGB X zu dem Zeitpunkt als gestellt, an dem beim ggf

⁸⁰ LSG HE 14.7.2011 - L 7 AS 107/11 B.

⁸¹ Siehe §§ 12a - 12d ArGV, §§ 1-16 BeschV, § 3b BeschVerfV analog, §§ 16, 28 und 29 AufenthG analog.

⁸² LSG BE/BB 13.12.2005 - L 25 B 1281/05 AS ER, Eicher/Spellbrink, SGB II, 2.A. § 8 Rz. 62 ff., a.A. Brühl, LPK SGB II, 3. A. § 8 Rz. 32.

⁸³ BT-Drs. 15/1516, 11, BT-Drs. 15/1749, 31. Ebenso bereits bisher die DA zu § 8 SGB II.

⁸⁴ Zu Studierenden siehe B.VIII.

⁸⁵ SG Dessau 15.7.2005 - S 9 AS 396/05 ER.

⁸⁶ SG Aachen 6.7.2006 - S 11 AS 78/06 ER, SG Hildesheim 22.3.2010 - S 43 AS 420/10 ER, SG Oldenburg 25.3.2010 - S 47 AS 550/10 ER.

⁸⁷ Zum Sozialhilfeanspruch vom Alg II ausgeschlossener Unionsbürger vgl. LSG NI-HB 20.7.2012 - L 9 AS 563/12 B ER; LSG NW 29.6.2012 - L 19 AS 973/12 B ER; LSG BE-BB 28.6.2012 - L 14 AS 933/12 B ER; LSG SN 4.1.2011 - L 7 SO 28/10 B; LSG NW 04.09.2006 - L 20 B 73/06 SO ER, LSG NW 3.11.2006 - L 20 B 248/06 AS ER, LSG NW 27.6.2007 - L 9 B 80/07 AS ER, SG Wiesbaden 15.1.2008 - S 16 AS 690/07 ER, LSG BW 23.7.2008 - L 7 AS 3031/08 ER-B, a.A. LSG BE-BB 18.7.2012 - L 23 SO 157/12 B ER; LSG Hessen 14.10.2009 - L 7 AS 166/09 B ER das es unterlässt, sich mit dem Grundrecht (hier: der seit ihrem 8. Lebensjahr in Deutschland lebenden 23jährigen Mutter mit einem Säugling und einem Kleinkind) auf ein menschenwürdiges Existenzminimum auseinanderzusetzen.

unzuständigen Amt eine ggf. unzutreffende Sozialleistung Alg II beantragt wurde, hier also das Alg II. Gibt es einen Zuständigkeitsstreit, weil beide Ämter ablehnen, muss auf Antrag der zuerst angegangene Träger vorläufig leisten, § 43 Abs. 1 SGB I. Erstattungsansprüche können dann später behördenintern geklärt werden, § 102 SGB X. Beim Sozialgericht sollte die Beiladung des Sozialhilfeträgers beantragt werden, § 75 SGG.

Zu beachten sind die Ausschlüsse für Ausländer in **§ 23 Abs. 3 SGB XII**. Ggf. muss jedoch Sozialhilfe als **Ermessensleistung** geprüft werden (dazu C.III, C.IV).

VIII. Studierende - § 27 SGB II

Ausländische Studierende können grundsätzlich unter den gleichen Voraussetzungen wie Deutsche Leistungen für einen **nicht ausbildungsbedingten Bedarf** (zB wegen Krankheit/Behinderung), und für ihre nicht studierenden Angehörigen (Partner, Kinder) und in besonderen Härtefällen für den gesamten Lebensunterhalt beanspruchen.⁸⁸ Die für Studierende gemäß § 16 AufenthG seit 01.08.2012 ggf. auf 120 ganze bzw. 240 halbe Arbeitstage (zuvor: 90/180 Tage) beschränkte Zulassung einer **arbeitsurlaubsfreien** Beschäftigung reicht für die „Erwerbsfähigkeit“ i.S.v. § 8 Abs. 2 SGB II aus.⁸⁹

Ausländer mit Aufenthaltsrecht für ein grundständiges Studium⁹⁰ erfüllen anders als Studierende, die nur für ein Austauschsemester kommen, die Voraussetzung des **"gewöhnlichen Aufenthalts"** nach § 7 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 SGB II. Sie können nach dem Studium eine ihrem Abschluss angemessene Tätigkeit ohne Vorrangprüfung aufnehmen, § 3b BeschV. Der Verbleib in Deutschland ist auch für Drittstaater zum Regelfall geworden.⁹¹

Der Sozialleistungsbezug kann bei Drittstaatern ein **Aufenthaltsrecht** zu Studienzwecken nach § 16 AufenthG gefährden. Die VwV AufenthG weist hierzu aber auf die in Artikel 6 GG vorgenommenen Wertungen und den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz hin: *"Dementsprechend ist die Inanspruchnahme einzelner Hilfen nach dem SGB II oder XII in seltenen Ausnahmefällen unschädlich, etwa bei Studierenden aufgrund einer Schwangerschaft."*⁹²

Bei **Unionsbürgern** mit Aufenthaltsrecht zu Studienzwecken (§ 4 FreizügG/EU) ist eine nur vorübergehende Inanspruchnahme von Sozialleistungen z.B. wegen Schwangerschaft unproblematisch, da Sozialhilfebezug "nicht automatisch" zur Aufenthaltsbeendigung führen darf und das Aufenthaltsrecht erhalten bleibt, wenn Sozialhilfe "nicht unangemessen" in Anspruch genommen wird.⁹³

C. Anspruch auf Sozialhilfe nach SGB XII

Die **Grundsicherung im Alter und bei Erwerbsminderung** nach dem 4. Kapitel SGB XII kann eine zunehmende Zahl von Ausländern beanspruchen. Voraussetzung ist der "gewöhnliche Aufenthalt" im Inland, § 41 SGB XII.

Sozialhilfe zum Lebensunterhalt nach dem 3. Kapitel SGB XII kommt für Ausländer - neben den auch für Deutsche möglichen Fallkonstellationen - auch dann in Frage, wenn sie trotz Erwerbsfähigkeit aufgrund der für Ausländer geltenden Sonderregelungen vom SGB II ausgeschlossen sind und auch nicht unter das AsylbLG fallen (dazu C.III).⁹⁴ Die Sozialhilfe ist dann als zu beiden Leistungen nachrangige Hilfe zu prüfen.

AsylbLG-Berechtigte erhalten nach vier Jahren gemäß § 2 AsylbLG Sozialhilfe in analoger Anwendung u.a. des 3. Kapitels SGB XII (dazu D).

⁸⁸ § 27 SGB II, § 7 Abs. 5 und 6 SGB II, § 22 SGB XII.

⁸⁹ So LSG RP 12.2.2010 - L 1 SO 84/09 B ER, das einer rumänischen Studentin mit 90/180 Tage Arbeitserlaubnis den Alleinerziehungszuschlag und Sozialgeld für ihr Kind zusprach. Zum 1.8.2012 wurde § 16 AufenthG geändert, die Arbeitserlaubnis gilt nunmehr für 120 ganze bzw. 240 halbe Tage.

⁹⁰ § 16 AufenthG bzw. § 4 FreizügG/EU.

⁹¹ Seit 16.10.2007 ist mit der "Hochschulabsolventenzugangs-VO" (nunmehr § 27 BeschV) die Vorrangprüfung entfallen.

⁹² Nr. 2.3.1.1 VwV AufenthG.

⁹³ Art. 14 Unionsbürger-RL und Nr. 16 Erwägungsgründe zur Unionsbürger-RL.

⁹⁴ Beispiel: Bei seiner Mutter lebendes Kind einer ledigen Asylbewerberin, der deutsche Kindsvater hat die Vaterschaft anerkannt, die Mutter besitzt mangels Passes (noch) keine Aufenthaltserlaubnis. Als Deutsche/r fällt das Kind nicht unter § 1 AsylbLG, mangels Erwerbsfähigkeit nicht ins SGB II, weshalb es Sozialhilfe nach 3. Kapitel SGB XII erhält.

Sozialhilfe in anderen Lebenslagen nach dem 5. bis 9. Kapitel SGB XII können Ausländer wie Deutsche ggf. auch zusätzlich zum Alg II beanspruchen. Dies gilt ebenso für Leistungsberechtigte nach § 2 AsylbLG.

I. Weitgehende Gleichstellung von Ausländern und Deutschen - § 23 Abs. 1 SGB XII

Ausländer, die sich **tatsächlich** im Inland aufhalten, haben Anspruch auf Sozialhilfe zum Lebensunterhalt, Krankenhilfe einschl. Hilfe bei Schwangerschaft sowie Hilfe zur Pflege, § 23 Abs. 1 Satz 1 SGB XII. Da insoweit der tatsächliche Inlandsaufenthalt reicht, ein "gewöhnlicher" Aufenthalt nicht erforderlich ist, ist z.B. auch Krankenhilfe an Touristen in unvorhergesehenen Notlagen zu gewähren. Da ausreisepflichtige Ausländer unter das AsylbLG fallen (dazu D.I), ist ein legaler Aufenthalt gefordert.

Sämtliche Hilfearten nach SGB XII - auch nach dem 5. bis 9. Kapitel SGB XII, z.B. auch Wohnungslosenhilfe oder Eingliederungshilfe für Behinderte - können Ausländer beanspruchen, die sich mit befristetem oder unbefristetem Aufenthaltstitel **absehbar auf Dauer in Deutschland** aufhalten, § 23 Abs. 1 S. 4 SGB XII. Ein absehbarer Daueraufenthalt ist ausländerrechtlich der Regelfall. Ausnahmen sind die unter das AsylbLG fallenden Ausländer, Ausländer mit Visa für kurzfristige Aufenthalte, visumsfreie Touristenaufenthalte, oder Erwerbsaufenthalte nach § 18 AufenthG, wenn nach BeschV die Verlängerung ausgeschlossen ist (z.B. Au Pair). Diese Ausländer erhalten über § 23 Abs. 1 Satz 1 hinausgehende Hilfen nur als Ermessensleistung, § 23 Abs. 1 Satz 3 SGB XII (ggf. i.V.m. § 2 AsylbLG). Insbesondere bei der Eingliederungshilfe für behinderte Kinder, beim Frauenhausaufenthalt und den Bestattungskosten dürfte das Ermessen auf Null reduziert sein.

Die **Grundsicherung im Alter und bei Erwerbsminderung** können Ausländer wie Deutsche beanspruchen, wenn sie ihren "gewöhnlichen Aufenthalt" im Inland haben, § 41 SGB XII. Die Voraussetzung des "gewöhnlichen Aufenthalts" ist jedenfalls gegeben, wenn Ausländer sich voraussichtlich dauerhaft in Deutschland aufhalten. Steht der "gewöhnlichen Aufenthalt" in Frage, ist zumindest Sozialhilfe nach dem 3. Kapitel SGB XII zu leisten. Da der gewöhnliche Inlandsaufenthalt ausreicht, kann Grundsicherung auch bei vorübergehendem Inlandsaufenthalt weiterbezogen werden.⁹⁵

Keinen Sozialhilfeanspruch haben Ausländer, die ein Aufenthaltsrecht nur zum Zweck der Arbeitsuche besitzen, oder die eingereist sind, um in Deutschland Sozialhilfe zu erhalten (dazu C.III, C.IV). Vom SGB XII ausgeschlossen sind unter das AsylbLG fallende Ausländer (dazu D.I).

II. AsylbLG-berechtigte Ausländer - § 23 Abs. 2 SGB XII

Unter das AsylbLG fallende Ausländer sind vom SGB XII ausgeschlossen. Bislang erhalten sie erst nach 48 Monaten des Leistungsbezugs gemäß § 2 AsylbLG Leistungen im Umfang des SGB XII, einschließlich einer Krankenversichertenkarte nach § 264 SGB V. Nach dem Urteil des BVerfG vom 18.7.2012 zum AsylbLG ist diese Wartefrist zu lang. Vorerst können daher alle AsylbLG-Berechtigten zumindest die Regelbedarfe analog SGB XII beanspruchen (dazu ausführlich D).

III. Ausländer mit Aufenthaltsrecht nur zur Arbeitssuche - § 23 Abs. 3 SGB XII

Der Ausschluss kann Unionsbürger treffen, die noch kein anderes Aufenthaltsrecht besitzen. Zu prüfen ist zunächst, ob ein **anderes Freizügigkeitsrecht** besteht, vgl. B.III.1.

Aufgrund des Anspruchs auf Inländergleichbehandlung beim Alg II für **Ausländer aus den Unterzeichnerstaaten des EFA**⁹⁶ ist für diese Ausländer auch der Ausschluss vom SGB XII fraglich, vgl. B.III.2 und C.IV.⁹⁷

Liegt ein Ausschluss nach § 23 Abs. 3 SGB XII vor, muss in verfassungskonformer Auslegung (Menschenwürdeprinzip, Art. 1 GG) dennoch die Gewährung von **Sozialhilfe als Ermessensleistung** geprüft werden.⁹⁸ Die Ermessensvorschrift des § 23 Abs. 1 Satz 3 SGB XII erstreckt sich insoweit auch auf § 23 Abs. 3

⁹⁵ LSG NRW 3.2.2010 - L 12 (20) SO 3/09; SG Duisburg 12.8.2011 S 2 SO 175/09, info also 2012, 180.

⁹⁶ BSG 19.10.2010 - B 14 AS 23/10 R; Wortlaut EFA mit Unterzeichnerstaaten und Vorbehalten sh www.conventions.coe.int.

⁹⁷ Ausgenommen hatte Deutschland laut Vorbehaltserklärung zum EFA vom 10.10.1990 nur den Anspruch auf Hilfen zur Überwindung besonderer sozialer Schwierigkeiten (§ 72 ff BSHG, jetzt § 67 ff SGB XII) und auf Hilfen zum Aufbau einer selbständigen Existenz (§ 30 BSHG, jetzt § 16c SGB II), wobei auch diese Hilfen gewährt werden „können“.

⁹⁸ Frings, Sozialrecht für Zuwanderer, Rz. 214, Fasselt in Fichtner/Wenzel, SGB XII, 4. A., § 23 Rn 29 ff., Hailbronner,

SGB XII.⁹⁹ Auch im Hinblick auf § 1a AsylbLG, wonach selbst ausreisepflichtige Ausländer wenigstens "unabweisbare" Leistungen erhalten, sind nach § 23 Abs. 3 SGB XII zumindest unabweisbare Leistungen, d.h. Krankenbehandlung, Unterkunft (ggf. Obdachlosenunterbringung) sowie Ernährung sicherzustellen (dazu B.III.2.f).¹⁰⁰

Maßstab bei der Ermessensausübung ist, ob angesichts der Umstände (hier legal lebende Angehörige der Kernfamilie, bleibeberechtigte schwangere Partnerin, bleibeberechtigter Kindsvater, erwartetes Aufenthaltsrecht durch erwartetes Kind, betreuungsbedürftige Kinder, soziale Bindungen und bisherige Aufenthaltsdauer in Deutschland, nur vorübergehende Bedürftigkeit, Krankheit, fortgeschrittene Schwangerschaft, Reisefähigkeit, Zugang zu sozialen Hilfen und mögliche Gefährdung im Herkunftsland) eine Rückkehr ins Herkunftsland zumutbar erscheint. Ist eine Rückkehr derzeit unmöglich bzw. unzumutbar, entspricht die "unabweisbare Hilfe" dem Umfang der regulären Sozialhilfe.

Ob die Sozialhilfe sich auf unabweisbare Krankenbehandlung, Notübernachtung bis zum frühest möglichen Ausreisezeitpunkt und die Reisekosten beschränken darf (sog. "Butterbrot und Fahrkarte"), wenn der Rückkehr keine Hindernisse entgegenstehen, ist umstritten. Die **Kosten der Rückkehr** können jedenfalls dann beantragt werden, wenn der Ausländer dies wünscht und nicht über ausreichend Mittel verfügt.

IV. Ausländer, die nur zum Zweck des Sozialhilfebezugs einreisen - § 23 Abs. 3 SGB XII

Ausländer, die nach Deutschland eingereist sind, um hier Sozialhilfe zu erlangen, haben keinen Anspruch auf Sozialhilfe (ebenso § 1a Nr. 1 AsylbLG). Voraussetzung für den Ausschluss ist, dass dieser Grund für den **Einreiseentschluss prägend** war. Es reicht nicht, dass der Sozialhilfebezug anderen Einreisezwecken untergeordnet war und nur billigerweise in Kauf genommen wurde.¹⁰¹

Zweck der vor allem auf Touristen anwendbaren Regelung ist es, eine **missbräuchliche Einreise** zum Zweck des Sozialhilfebezugs zu verhindern und auf die Rückkehr hinzuwirken. Ist die Einreise erfolgt, um Sozialhilfe zu erhalten, ist dennoch über Sozialhilfe nach **Ermessen** zu entscheiden, vgl. C.III.

Gemäß Art. 24 Abs. 2 Unionsbürger-RL darf Unionsbürgern die Sozialhilfe nur dann vorenthalten werden, wenn sie sich hier in den ersten 3 Monaten ohne weiteres Aufenthaltsrecht, oder darüber hinaus allein aus Gründen der Arbeitsuche aufhalten (dazu C.III). Für Unionsbürger, die ein anderes Freizügigkeitsrecht besitzen, verbietet Art. 24 Abs. 2 Unionsbürger-RL den Ausschluss, vgl. B.III.

Aufgrund des Urteils des BSG zur Inländergleichbehandlung beim Alg II für **Ausländer aus den Unterzeichnerstaaten des EFA** ist für diese die Anwendung des Ausschlusses vom SGB XII zweifelhaft, vgl. B.III.2. Das BSG merkt an, dass die zu Art. 1 EFA vertretene Ansicht, einen durch eigene Mittel gesicherten Aufenthalt zeitlich vor Eintritt der Hilfebedürftigkeit zu fordern, im EFA keinen Ausdruck gefunden habe. Art. 1 EFA stelle allein auf die Rechtmäßigkeit des Aufenthalts ab, nicht auf eine bestimmte zeitliche Abfolge.¹⁰²

Das Sozialamt ist für das Vorliegen des Missbrauchstatbestands **beweispflichtig**. Der Antragsteller sollte aber die prägenden Motive seiner Einreise darlegen. Ist jemand vor allem wegen Gefahr für Leib und Leben im Heimatland, zur Herstellung der familiären Gemeinschaft in Deutschland¹⁰³ oder wegen einer Arbeitsplatzzusage eingereist, greift der Ausschluss nicht. War der Lebensunterhalt im Herkunftsland gesichert, oder ist die Notlage unvorhergesehen bzw. erst einige Zeit nach Einreise eingetreten, spricht auch dies gegen eine missbräuchliche Einreiseabsicht.

Auch **Touristen** haben in unvorhergesehenen Notfällen (z.B. Unfall, Krankheit) Anspruch auf Hilfe. Sie sind mangels gewöhnlichen Aufenthalts vom Alg II ausgeschlossen (B.I). Ist die erlaubte Aufenthaltsdauer abgelaufen, werden Touristen aus Drittstaaten ausreisepflichtig und können erforderlichenfalls Leistungen nach AsylbLG erhalten, wofür die Anspruchseinschränkung entsprechend gilt (§ 1a AsylbLG, dazu D).

Die Einschränkung des § 23 Abs. 3 SGB XII gelten grundsätzlich für alle Formen der Sozialhilfe. Ausländern, die sich zur Behandlung einer **Krankheit** nach Deutschland begeben haben, erhalten insoweit Krankenhilfe nur

Ausländerrecht, C 2.1 Rz. 57.

⁹⁹ LSG NW 27.6.2007 - L 9 B 80/07 AS ER, zum BSHG: VG Ansbach 15.2.2001, AN 14 E 00.01910, OVG Berlin 23.3.1994, 6 S 28/94, www.fluechtlingsinfo-berlin.de/fr/docs/C2032.pdf.

¹⁰⁰ LSG NW 27.6.2007 - L 9 B 80/07 AS ER.

¹⁰¹ Grundlegend BVerwG 4.6.1992 - B 5 C 22.87, ZfSH/SGB 1993, 70.

¹⁰² BSG 19.10.2010 - B 14 AS 23/10 R.

¹⁰³ OVG HH 8.2.1993 - Bs IV 447/92, VG Kassel 14.3.2002 - 7 G 549/02-Ki.

zur Behebung eines akut lebensbedrohlichen Zustandes oder für eine unaufschiebbare und unabweisbar gebotene Behandlung einer schweren oder ansteckenden Erkrankung, § 23 Abs. 3 Satz 2 SGB XII.

V. Passkosten - § 73 SGB XII

Anders als Deutsche und Unionsbürger¹⁰⁴, für die insoweit ein Personalausweis ausreicht, sind Drittstaater nach § 3 AufenthG verpflichtet, einen gültigen Pass zu besitzen, um sich legal im Inland aufzuhalten. Die Kosten für die Fahrt zu Botschaft bzw. Konsulat und den Pass betragen meist mehrere 100 €. In Einzelfällen sind sogar Reisen ins Herkunftsland nötig. Verstöße gegen die Passpflicht sind nach § 95 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG strafbar. Passkosten für Ausländer gehören unstrittig zum notwendigen Lebensunterhaltsbedarf.¹⁰⁵ Auch Unionsbürger können ggf. Passkosten beanspruchen, da manche Mitgliedstaaten Personalausweise garnicht oder nur für Erwachsene ausstellen, und/oder die Botschaft zwar Pässe ausstellen kann, Personalausweise aber nur am Herkunftsort erhältlich sind (zB in Polen).¹⁰⁶ Da für Deutsche der Personalausweis bei Bedürftigkeit kostenlos ist und ein Reisepass nicht zum notwendigen Bedarf zählt¹⁰⁷, sind Passkosten nicht im Regelbedarf enthalten.¹⁰⁸

Problematisch ist, dass das Regelsatz-Urteil des BVerfG v. 9.2.2010 zum "geschlossenen System" der SGB II-Regelsätze zwar für fortlaufend erhöhte atypische Bedarfe eine Auffangregelung getroffen hat (nunmehr § 21 Abs. 6 SGB II, § 27a Abs. 4 S. 1 SGB XII), nicht jedoch für aus dem Regelsatz nicht finanzierbare wesentlich erhöhte atypische einmalige Bedarfe. Der Verweis auf ein Darlehen nach § 24 Abs. 1 SGB II bzw § 37 SGB XII als Vorschuss auf den Regelbedarf ist abgesehen davon, dass der Regelbedarf keine Passkosten umfasst, auch deshalb problematisch, weil diese "Lösung" das Problem nur aufschiebt und offen lässt, wovon schlussendlich der Bedarf zu decken ist.¹⁰⁹ Mangels Auffangregelung im SGB II bleibt somit für Berechtigte nach SGB II, SGB XII und § 2 AsylbLG gleichermaßen nur die Gewährung einer Beihilfe des Sozialamts für Passkosten nach § 73 SGB XII.¹¹⁰ Leistungsberechtigte nach § 3 AsylbLG können die Passkosten hingegen unstrittig nach § 6 AsylbLG beanspruchen, und zwar auch dann, wenn der Pass erforderlich ist, um hier ein Bleiberecht zu erlangen.¹¹¹

VI. Räumliche Beschränkung der Sozialhilfe - § 23 Abs. 5 SGB XII

Ziehen Ausländer entgegen einer im Aufenthaltstitel eingetragenen "**Wohnsitzauflage**" um, "*darf der für den tatsächlichen Aufenthaltsort zuständige Träger der Sozialhilfe nur die nach den Umständen unabweisbar gebotene Leistung erbringen*", § 23 Abs. 5 S. 1 SGB XII (vgl. C.VII.).

Das Gleiche gilt, wenn ein Ausländer mit einem Aufenthaltstitel nach §§ 23, 23a, 24 oder 25 Abs. 3 bis 5 AufenthG ohne Wohnsitzauflage umzieht, § 23 Abs. 5 S. 2 SGB XII. Der Sozialhilfebezug ist dann auf das Bundesland beschränkt, in dem der Aufenthaltstitel erstmals erteilt wurde. Nur in Härtefällen können Leistungen in einem anderen Bundesland beansprucht werden. Dies betrifft laut § 23 Abs. 5 Satz 3 SGB XII Fälle der Familienzusammenführung und "vergleichbar wichtige Gründe". In Frage kommen z.B. Pflege oder psychischer Beistand durch Angehörige oder die Betreuung durch ein Behandlungszentrum für Folteropfer.

¹⁰⁴ § 2, 5a FreizügG/EU. Allerdings geben nicht alle EU Staaten für Erwachsene und für Kinder Personalausweise aus, weshalb ggf. auch für Unionsbürger Passkosten zu übernehmen sind, vgl. LSG NI-HB 20.7.2012 - L 9 AS 563/12 B ER zu Passkosten nach § 73 SGB XII für einen Briten.

¹⁰⁵ So bereits zum BSHG VGH BW 14.6.1994 - 6 S 376 92, OVG Sachsen 3.6.2008 - 4 A 144/08.

¹⁰⁶ Vgl. LSG NI-HB 20.7.2012 - L 9 AS 563/12 B ER: Passkosten nach § 73 SGB XII für einen Briten.

¹⁰⁷ LSG Sachsen 22.8.2007 - L 3 AS 114/06 NZB.

¹⁰⁸ § 1 Abs. 6 PAuswGebV sieht eine Ermäßigung oder Befreiung für SGB II/XII-Berechtigte vor. Auslandsreisen für die ein Pass benötigt wird gehören nicht zum notwendigen Bedarf i.S.d. SGB II/XII. Denkbare Ausnahmen sind das Umgangsrecht mit einem Kind oder ein Arbeitsangebot im Ausland.

¹⁰⁹ So aber LSG NW 22.7.2010 - L 7 B 204/09 AS, LSG NW 25.2.2011 - L 19 AS 2003/10 B.

¹¹⁰ LSG NI-HB 20.7.2012 - L 9 AS 563/12 B ER; LSG NW 23.05.2011 - L 20 AY 19/08, LSG NI/HB 2.12.2010 - L 8 AY 47/09, SG Berlin 26.11.2008 - S 51 AY 46/06, ebenso Hammel, InfAuslR 2012, 137, Die Finanzierung von Passkosten bei mittellosen nichtdeutschen Personen.

¹¹¹ LSG NW 10.03.2008 - L 20 AY 16/07. Weitere Entscheidungen zu Passkosten sh. Classen, Rechtsprechungsübersicht zum Flüchtlingssozialrecht, www.fluechtlingsrat-berlin.de > Gesetzgebung.

VII. Wohnsitzauflagen bei Sozialleistungsbezug - VwV zu § 12 AufenthG

Nr. 12.2.5.1.1 ff. VwV AufenthG sieht für Ausländer mit **Aufenthaltserlaubnis aus humanitären Gründen** (§§ 22 bis 25 AufenthG) die Beschränkung der Wohnsitznahme auf das Bundesland, den Landkreis oder die Kommune vor, solange sie Leistungen nach AsylbLG, SGB II oder XII beziehen. Im Hinblick auf das Freizügigkeitsrecht und die sozialrechtliche Inländergleichbehandlung nach Art. 24 und 26 GFK werden die Auflagen bei Flüchtlingen mit Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 1 oder 2 AufenthG nicht verfügt.¹¹² Die Wohnsitzauflagen dürften allerdings auch bei anderen Ausländern mit rechtmäßigem Aufenthalt gegen das Freizügigkeitsrecht gemäß Art. 14 EMRK iVm Art. 2 Zusatzprotokoll Nr. 4 zur EMRK verstoßen.¹¹³

Die **Streichung der Auflage** bedarf laut VwV der Zustimmung der Ausländerbehörde des Zuzugsorts. Sie sei nur zulässig, *"wenn der Lebensunterhalt am neuen Wohnort auch für alle Familienangehörigen voraussichtlich dauerhaft ohne die Inanspruchnahme von Leistungen nach dem SGB II oder XII oder dem AsylbLG gesichert ist"*. Darüber hinaus ist laut VwV eine Streichung der Auflage nur möglich, wenn sie der Herstellung der familiären Gemeinschaft zwischen Ehepartnern oder Eltern und minderjährigen Kindern, der dauerhaften und nachhaltigen Verbesserung der Pflege Angehöriger, oder der Sicherheit vor einer Gefährdung durch Familienangehörige oder den ehemaligen Partner dient.

Zur **Begründung** der auf der Ermessensregel des § 12 Abs. 4 AufenthG beruhenden Wohnsitzauflagen führt die VwV an, *"mittels einer regionalen Bindung die überproportionale fiskalische Belastung einzelner Länder und Kommunen durch ausländische Empfänger sozialer Leistungen verhindern."* Sie könne *"dazu beitragen, einer Konzentrierung sozialhilfeabhängiger Ausländer in bestimmten Gebieten und der damit einhergehenden Entstehung von sozialen Brennpunkten mit ihren negativen Auswirkungen auf die Integration von Ausländern vorzubeugen."* Sie sei *"auch gerechtfertigt, um Ausländer mit einem besonderen Integrationsbedarf an einen bestimmten Wohnort zu binden, damit sie dort von den Integrationsangeboten Gebrauch machen können."*

Ausländer mit Aufenthaltserlaubnis aus humanitären Gründen werden in der Praxis durch die Wohnsitzauflagen an ihren früheren **Zuweisungsort** im Asylverfahren gebunden. Dies geschieht ungeachtet dessen, ob dort geeignete Integrations- und Qualifizierungsangebote verfügbar sind, z.B. Ausbildungs- und Studienplätze, sprachliche und berufliche Qualifizierungen, passende Möglichkeiten einer Erwerbstätigkeit, und nicht zuletzt angemessene Mietwohnungen anstelle einer Sammel- oder Obdachlosenunterkunft. Der Zugang zu den in der VwV angeführten **"Integrationsangeboten"** wird in der Praxis verhindert statt ermöglicht. Für die laut VwV zu befürchtenden sozialen Brennpunkte durch den Zuzug von Flüchtlingen fehlt jeder Beleg. Auch die Aufnahme existenzsichernder Erwerbstätigkeiten scheitert in der Praxis, weil die Auflage potentielle Arbeitgeber abschreckt und eine Änderung zu langwierig ist, da hierzu Arbeitsvertrag, Einkommensnachweise, Kindergeldbescheide etc. verlangt werden, das Sozialamt/Jobcenter die Frage des Hilfebedarfs prüfen soll, und sich laut VwV die Ausländerbehörden beider Wohnorte miteinander abstimmen müssen.

Die Wohnsitzauflagen sind **ermessensfehlerhaft** und **verfassungswidrig**. Sie sind weder erforderlich, noch geeignet, noch verhältnismäßig, um die in der VwV genannten Ziele zu erreichen. Sie widersprechen der Obliegenheit Arbeitsuchender nach dem **SGB II**, alle Möglichkeiten zur Beendigung oder Verringerung ihrer Hilfebedürftigkeit auszuschöpfen, einschließlich von Qualifizierung und nur teilweise existenzsichernder Tätigkeiten. Kranke und Behinderte werden von der Unterstützung anderswo lebender Angehöriger abgeschnitten, solange keine Pflegestufe vorliegt. Im Ergebnis verhindern die Auflagen Integration, statt sie zu erleichtern, und erhöhen die Sozialausgaben, statt sie zu vermindern. Eine Verteilung der Kostenlasten wäre effektiver über einen Finanzausgleich zu erreichen, zumal beim SGB II der Bund ohnehin den Großteil der Kosten trägt.

Gegen die Auflage ist **ausländerrechtlich** vorzugehen.¹¹⁴ Neben den genannten grundsätzlichen Bedenken können konkrete Ausbildungs-, Qualifizierungs-, Arbeits- und Wohnungsangebote am neuen Wohnort, notwendiger Beistand durch bzw. für Angehörige, die Behandlung durch ein Zentrum für Folteropfer usw. angeführt werden.

¹¹² Vgl. BVerwG 15.1.2008 - 1 C 17.07, Nr. 12.2.5.2.3 VwV AufenthG.

¹¹³ Vgl. UNHCR Deutschland, Stellungnahme zur Praxis aufenthaltsbeschränkender Maßnahmen für Flüchtlinge, www.fluechtlingsinfo-berlin.de/fr/pdf/UNHCR_Wohnsitzauflagen_0707.pdf

¹¹⁴ Gegen eine ohne Rechtsmittelbelehrung im Aufenthaltstitel vermerkte Auflage ist Widerspruch binnen 12 Monaten möglich, § 58 VwGO. Der Widerspruch hat aufschiebende Wirkung, soweit die Auflage nicht für sofort vollziehbar erklärt wurde, § 84 AufenthG. Zu prüfen ist zudem, ob trotz fehlenden Lebensunterhalts eine Niederlassungserlaubnis in Frage kommt, § 26 Abs. 4 S. 4 iVm. § 35 AufenthG (junge Menschen in Ausbildung) oder § 26 Abs. 4 iVm § 9 Abs. 2 S. 3 und 6 AufenthG (Erwerbsgeminderte), womit die Wohnsitzauflage entfällt, § 9 Abs. 1 S. 2 AufenthG.

D. Anspruch auf Leistungen nach AsylbLG

Das am 1.11.1993 in Kraft getretene AsylbLG war mit den seit 1.7.1993 geltenden Einschränkungen des Asylgrundrechts (Artikel 16a GG - Drittstaatenregelung u.a.) Teil des Ende 1992 zwischen CDU-FDP-Regierung und SPD-Opposition vereinbarten "**Asylkompromisses**". Obwohl die Zahl der Asylsuchenden in der Folge deutlich zurückging, wurden Anwendungsdauer und Personenkreis des AsylbLG durch Gesetzesnovellen in 1997, 1998, 2005 und 2007 immer mehr ausgeweitet.¹¹⁵

Das **Bundesverfassungsgericht** hat mit Urteil vom 18.07.2012 die Grundleistungen nach § 3 AsylbLG für verfassungswidrig erklärt.¹¹⁶ Die seit 1993 unveränderten Grundleistungen seien **evident unzureichend** (dazu D.II),¹¹⁷ **Anwendungsdauer** (dazu D.VII) und **Personenkreis** (dazu D.I) deutlich zu weit gefasst, da das AsylbLG nicht nur bei kurzem, vorübergehendem Aufenthalt gelte.

Das BVerfG verpflichtet den Gesetzgeber, unverzüglich eine verfassungskonforme Neuregelung zu treffen, ohne hierfür eine Frist zu setzen. Eine **Differenzierung nach Personengruppen** sei dabei nur möglich, sofern deren Bedarf von dem anderer Bedürftiger **signifikant abweicht** und dies in einem inhaltlich transparenten Verfahren anhand des tatsächlichen Bedarfs gerade dieser Gruppe belegt werden kann. Eine Differenzierung pauschal nach Aufenthaltsstatus sei unzulässig (dazu D.VIII).

Das BVerfG hat bis zum Inkrafttreten einer gesetzlichen Neuregelung eine **Übergangsregelung** angeordnet, nach der - ggf. auch rückwirkend ab 1.1.2011 - gemäß § 3 AsylbLG Leistungen in Höhe der Regelbedarfe nach SGB II/XII (abzüglich des Bedarfs für "Hausrat") zu erbringen sind (dazu D.II.2).

Auch beim **Verwaltungsverfahren** gestaltet sich das AsylbLG als Sonderrecht, denn es wurde nicht ins SGB I aufgenommen. §§ 7 IV und 9 II AsylbLG regeln, dass lediglich §§ 60 - 67 SGB I sowie §§ 44 - 50, 99 und 102 - 114 SGB X für das AsylbLG anwendbar sind.¹¹⁸ Im Übrigen gelten die Verwaltungsverfahrensgesetze der Länder. Das Klageverfahren ging zum 1.1.2005 von den Verwaltungsgerichten an die Sozialgerichte über, § 51 SGG.

I. Personenkreis - § 1 AsylbLG

Asylbewerber mit "Aufenthaltsgestattung" fallen für die Dauer des Asylverfahrens bei Bundesamt und Gerichten unter das AsylbLG, ebenso Asylfolgeantragsteller und Asylantragsteller im Flughafenverfahren, auch wenn diese noch keine "Aufenthaltsgestattung" besitzen, weil das Bundesamt noch prüft, ob ein Asylverfahren durchgeführt wird, § 1 Abs. 1 Nr. 1, 3 und 7 AsylbLG.

Unter das AsylbLG fallen weiterhin Ausländer mit "**Duldung**" sowie sonstige **ausreisepflichtige Ausländer**, § 1 Abs. 1 Nr. 4 und 5 AsylbLG. Die Leistungsberechtigung ist weder an eine förmliche Duldung gebunden noch daran, dass der Ausländer zuvor ein Asylverfahren durchlaufen hat. Ausländer sind auch leistungsberechtigt nach § 1 Abs. 1 Nr. 5 AsylbLG, wenn z.B. ihre Duldung abgelaufen ist, die Ausländerbehörde nur eine "Grenzübertrittsbescheinigung", "Passeinzugsbescheinigung" oder gar kein Papier ausstellt, der ausreisepflichtige Ausländer sich in Abschiebehaft oder Untersuchungshaft befindet,¹¹⁹ der Ausländer ausreisepflichtig ist weil sein Aufenthaltstitel oder legaler Touristenaufenthalt abgelaufen ist, er ausgewiesen wurde und die Ausreisefrist abgelaufen ist, oder ohne Aufenthaltspapiere "illegal" in Deutschland lebt.

Beantragt ein "**illegal**" aufhältiger Ausländer Leistungen nach AsylbLG, informiert das Sozialamt Polizei oder Ausländerbehörde, § 87 AufenthG, § 11 Abs. 3 AsylbLG. Ein Antrag auf Leistungen macht dann nur Sinn, wenn die Ausländerbehörde den Ausländer nicht abschieben kann oder darf, z.B. nach Entlassung aus der Ab-

¹¹⁵ Zu Entstehungsgeschichte und Novellierungen des AsylbLG vgl. Classen, Menschenwürde mit Rabatt, 2.A. Karlsruhe 2000, 18 ff., sowie Classen, Sozialleistungen, Kapitel 6.1.

¹¹⁶ BVerfG 18.7.2012, 1 BvL 10/10 und 1 BvL 2/11, Urteil v. 18.7.2012, Pressemitteilung auf deutsch und englisch sowie Wortlaut des Urteils unter www.bverfg.de.

¹¹⁷ BVerfG 18.7.2012, 1 BvL 10/10 und 1 BvL 2/11, Leitsatz 1.

¹¹⁸ Anwendbar ist auch § 44 SGB X, BSG 17.6.2008 - B 8 AY 5/07 R. Zur Berechnung der Nachzahlung der Differenz zu den Leistungen nach § 2 AsylbLG bei rechtswidrig nur erbrachten Leistungen nach §§ 1a oder 3 AsylbLG vgl. BSG 9.6.2011 - B 8 AY 1/10 R.

¹¹⁹ In der Haft ist insbesondere der Barbetrag zu leisten, § 3 Abs. 1 S. 5 AsylbLG, nunmehr 70 % von 137 €, aber auch Kleidung, Hygienebedarf und medizinische Versorgung, soweit dies nicht oder nicht ausreichend von der Anstalt gedeckt wird.

schiebehaft, oder weil ein faktischer **Abschiebestopp** besteht, oder weil z.B. wegen Schwangerschaft (Mutter-schutzfrist) oder Krankheit Haft- und **Reiseunfähigkeit** besteht. Die Ausländerbehörde muss in solchen Fällen zwar in der Regel eine Duldung erteilen, der Leistungsanspruch besteht aber auch ohne Duldung.¹²⁰

Unter das AsylbLG fallen schließlich Ausländer mit **Aufenthaltserlaubnis** nach § 25 Abs. 4 Satz 1 AufenthG (vorübergehende humanitäre Gründe), § 25 Abs. 4a oder 4b AufenthG (vorübergehender Opferschutz¹²¹) sowie § 25 Abs. 5 AufenthG (nicht selbst zu vertretende tatsächliche oder rechtliche Ausreisehindernisse).

Darüber hinaus fallen Ausländer mit Aufenthaltserlaubnis nach § 23 Abs. 1 oder § 24¹²² AufenthG unter das AsylbLG, wenn ihnen diese Aufenthaltserlaubnis „wegen des Krieges in ihrem Heimatland“ erteilt wurde. Aufenthaltserlaubnisse nach § 23 Abs. 1 wurden in der Praxis bislang jedoch nicht aus diesem Grund, sondern regelmäßig nur aufgrund von Altfall- bzw. Bleiberechtsregelungen der Innenministerkonferenzen, oder aufgrund der Altfallregelung des § 104a AufenthG erteilt und verlängert.¹²³ Diese Ausländer fallen nicht unter das AsylbLG, da Erteilungsgrund der langjährige Aufenthalt und die hier erreichte Integration, nicht aber ein gegenwärtiger oder früherer Krieg im Heimatland des Ausländers ist.¹²⁴

Ausländer, die nach ihrem Aufenthaltsstatus unter das AsylbLG fallen, erhalten auch dann keine Leistungen nach SGB II oder SGB XII, wenn sie in **Bedarfsgemeinschaft** mit einer Person leben, die diese Leistungen erhält.¹²⁵ Nach ihrem Status unter das AsylbLG fallende **Familienangehörige anerkannter und subsidär geschützter Flüchtlinge** können jedoch gemäß Art. 23 Abs. 2 i.V.m. Art. 28 Qualifikations-RL (RL 2004/83/EG) bei den existenzsichernden Sozialleistungen eine Gleichstellung mit Inländern geltend machen und somit entgegen dem Wortlaut des AsylbLG Leistungen nach SGB II/XII beanspruchen.¹²⁶

Integrationspolitisch und im Hinblick auf Art. 3 GG problematisch ist auch die Einbeziehung von Ausländern mit Aufenthaltsrecht nach § 25 Abs. 5 AufenthG ins AsylbLG. Sie besitzen in der Regel ein dauerhaftes Aufenthaltsrecht, meist wegen Art. 6 GG (z.B. Zusammenleben mit als Flüchtlingen dauerhaft bleibeberechtigten Angehörigen), Verwurzelung im Inland (Art. 8 EMRK) und/oder Krankheit/Behinderung. Das BSG hielt bisher die Einbeziehung ins AsylbLG wegen des "typischerweise nur vorübergehenden Aufenthaltes" für verfassungsrechtlich unbedenklich.¹²⁷ Dieser Annahme fehlt allerdings jede empirische Datenbasis.¹²⁸

Das **BVerfG-Urteil zum AsylbLG** erklärt die Festlegung des Personenkreises im Hinblick auf den unterstellten kurzfristigen Aufenthalt für **nicht verfassungskonform**. Der Anwendungsbereich des AsylbLG sei "seit 1993 mehrfach erweitert worden und umfasst heute Menschen mit einem sehr unterschiedlichen Aufenthaltsstatus. Dieses Regelungskonzept geht davon aus, dass dies ein kurzfristiger und vorübergehender Aufenthalt sei ... Das wird jedoch der tatsächlichen Situation nicht gerecht. Der überwiegende Teil der Personen, die Leistungen nach dem AsylbLG erhalten, hält sich bereits länger als sechs Jahre in Deutschland auf ... Es liegen zwar keine Daten dazu vor, wie viele Personen aus einem ungesicherten Aufenthaltsstatus in ein gesichertes Aufenthaltsrecht wechseln und ebenso wenig dazu, wie viele binnen kurzer Zeit freiwillig das Land verlassen. Die Möglichkeit der Aufenthaltsverfestigung räumt der Gesetzgeber jedoch im Aufenthaltsrecht ausdrücklich ein. Unklar ist zudem, wie viele Menschen, wie die Klägerin im Ausgangsverfahren 1 BvL 2/11, die deutsche Staatsangehörigkeit erwerben. Die im AsylbLG in der Festlegung des Kreises der Berechtigten in § 1 AsylbLG angelegte Vermutung, sie alle hielten sich nur kurzzeitig in Deutschland auf, ist vor diesem Hintergrund jedenfalls erheblichen verfassungsrechtlichen Bedenken ausgesetzt."¹²⁹ Auch den Personenkreis wird der Gesetzgeber daher ggf. neu zu bestimmen haben.

¹²⁰ Vgl. zum Duldungsanspruch BVerwG 25.09.1997 - 1 C 3.97, InfAuslR 1998, 12.

¹²¹ Diese Aufenthaltserlaubnisse werden in der Praxis extrem selten erteilt (weniger als 100 Fälle bundesweit).

¹²² Aufenthaltserlaubnisse nach § 24 werden mangels entsprechender EU-Beschlüsse zur Flüchtlingsaufnahme nicht erteilt.

¹²³ Aufenthaltserlaubnisse nach § 104a AufenthG werden ggf. als Aufenthaltserlaubnisse nach § 23 Abs. 1 AufenthG erteilt und/oder verlängert, vgl. § 104a Abs. 1, 2 und 5 sowie den Bleiberechtsbeschluss der IMK Bremen v. 4.12.2009.

¹²⁴ Vgl. zum wortgleichen Tatbestand in § 62 Abs. 2 Nr. 2c EstG für das Kindergeld die DA-FamEStG, Nr. 62.4.1, www.bzst.de > Steuern National > Kindergeld (Fachaufsicht) > Familienkassen > Dienstanweisung.

¹²⁵ § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 SGB II, § 23 Abs. 2 SGB XII, BSG 21.12.2009 - B 14 AS 66/08 R.

¹²⁶ LSG NRW 27.02.2012 - L 20 AY 48/08, SG Köln 22.03.2012 - S 12 AS 427/12 ER, vgl. Steffen, ANA-ZAR 2011, 25.

¹²⁷ BSG 13.11.2008 - B 14 AS 24/07 R.

¹²⁸ Das Gegenteil trifft zu: Am 31.12.2010 leben 86,29 % der Ausländer mit Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 5 AufenthG länger als 6 Jahre in Deutschland, vgl. BT-Drs. 17/4791.

¹²⁹ BVerfG 18.7.2012, 1 BvL 10/10 und 1 BvL 2/11, Rn 119.

II. Grundleistungen und Übergangsregelung des BVerfG - § 3 AsylbLG

Nach dem AsylbLG wird der "notwendige Bedarf an Ernährung, Unterkunft, Heizung, Kleidung, Gesundheits- und Körperpflege und Gebrauchs- und Verbrauchsgütern des Haushalts" gedeckt, § 3 Abs. 1 AsylbLG. Die Leistungen sollen als **Sachleistungen** (Lebensmittelpakete, Hygienepakete, Kantinenverpflegung usw.) gewährt werden. Zudem erhalten Leistungsberechtigte "zur Deckung persönlicher Bedürfnisse des täglichen Lebens" einen geringen Barbetrag, § 3 Abs. 1 Satz 4 AsylbLG. Da das "Sachleistungsprinzip" auch für die Unterkunft gilt, kann auch die Mietkostenübernahme für eine Wohnung unter Hinweis auf die "Sachleistung" Gemeinschaftsunterkunft abgelehnt werden.

"Anstelle von vorrangig zu gewährenden Sachleistungen" sind auch "Leistungen in Form von **Wertgutscheinen**, von anderen vergleichbaren Abrechnungen oder von **Geldleistungen**" zugelassen, wenn Leistungsberechtigte nicht mehr in einer Erstaufnahmeeinrichtung nach § 44 AsylVfG leben, § 3 Abs. 2 AsylbLG.¹³⁰ Dies ermöglicht Grundleistungen in bar ebenso wie die Übernahme der Wohnungsmiete.

1. Bisherige Höhe der Grundleistungen nach § 3 AsylbLG

Die im Gesetz noch in DM ausgewiesenen Beträge nach § 3 AsylbLG wurden entgegen § 3 Abs. 3 AsylbLG seit 1993 kein einziges Mal an die Preisentwicklung angepasst. Die folgende Tabelle listet die in § 3 AsylbLG bisher genannten Geldbeträge auf und rechnet sie in € um. Das BVerfG hat diese Beträge mit Urteil vom 18.7.2012 für **verfassungswidrig** erklärt:¹³¹

Grundleistungen § 3 AsylbLG seit 1.11.1993	Haushaltsvorstand	Haushaltsangehörige 0-6 Jahre	Haushaltsangehörige 7-13 Jahre	Haushaltsangehörige ab 14 Jahren
Gutscheine/Geldleistung § 3 Abs. 2	184,07 €	112,48 €	158,50 €	158,50 €
Barbetrag § 3 Abs. 1	40,90 €	20,45 €	20,45 €	20,45 €
gesamt	224,97 €	132,93 €	178,95 €	199,40 €
Regelsatz SGB II/XII seit 1.1.2012	374,00 €	219,00 € 0-5 Jahre / 251,00 € 6 Jahre	251,00 €	287,00 / 299,00 €
Kürzung	39,85%	39,30% / 47,04%	28,71%	30,52% / 33,31%

2. Grundleistungen nach § 3 AsylbLG nach dem Urteil des BVerfG

Das BVerfG hat bis zum Inkrafttreten einer verfassungskonformen gesetzlichen Neuregelung eine **Übergangsregelung** angeordnet. Im Hinblick auf die unterbliebenen Konsequenzen des Gesetzgebers aus dem Hartz IV-Urteil sind **rückwirkend** ab 1.1.2011 Leistungen in Höhe der Regelbedarfe nach RBEG bzw. SGB II/XII zu erbringen. Die Rückwirkung gilt nur, soweit keine bestandskräftigen Bescheide vorliegen.¹³² Die Anwendung des § 44 SGB X auf Nachzahlungsansprüche hat das BVerfG für Zeiträume bis Ende Juli 2012 ausgeschlossen.¹³³

Da gemäß § 3 Abs. 2 S. 2 letzter Halbsatz AsylbLG – anders als nach SGB II/XII – zusätzlich zu den Grundleistungsbeträgen die „notwendigen Kosten für Hausrat“ zu übernehmen sind, und dafür anders als nach SGB II/XII über Erstausstattungen hinaus auch der laufende Ergänzungsbedarf beansprucht werden kann, werden die Grundleistungsbeträge um die in §§ 5 und 6 RBEG genannten Beträge für **Hausrat** (Abteilung 5 EVS „Innenausstattung, Haushaltsgeräte und -gegenstände“) gekürzt.¹³⁴

¹³⁰ Die Unterbringung in Asylaufnahmeeinrichtungen ist für maximal drei Monate ab Asylantrag zulässig, § 47 AsylVfG.

¹³¹ BVerfG 18.7.2012, 1 BvL 10/10 und 1 BvL 2/11.

¹³² BVerfG 18.7.2012, 1 BvL 10/10 und 1 BvL 2/11, Urteilstenor Ziffer 3.

¹³³ BVerfG 18.7.2012, 1 BvL 10/10 und 1 BvL 2/11, Rn. 139. Der Ausschluss bezieht sich nur auf Ansprüche aus dem BVerfG-Urteil. Rückwirkende Ansprüche z.B. nach § 2 AsylbLG können weiterhin gemäß § 44 SGB X i.V.m. § 9 Abs. 3 AsylbLG geltend gemacht werden.

¹³⁴ BVerfG 18.7.2012, 1 BvL 10/10 und 1 BvL 2/11, Urteilstenor Ziffer 3.a).

Die vom BVerfG übergangsweise festgesetzten **Grundleistungsbeträge** nach § 3 Abs. 2 AsylbLG errechnen sich aus den Bedarfen an **Nahrung, Kleidung, Verbrauchsgütern des Haushalts (Strom)** und **Gesundheitspflege**, jedoch ohne Hausrat (Abteilungen 1, 3, 4 und 6 EVS gemäß RBEG 2010).¹³⁵

Die Bedarfe sind analog der SGB II/XII Regelsätze zum Ausgleich der **Einkommens- und Preisentwicklung** fortzuschreiben, solange der Gesetzgeber keine verfassungskonforme Neuregelung getroffen hat.¹³⁶ Hinzu kommen daher die Anhebungen um 0,55 % zum 1.1.2011 nach § 7 Abs. 2 RBEG, um 0,75 % nach § 138 Nr. 1 SGB XII und weitere 1,99 % nach § 138 Nr. 2 SGB XII iVm Verordnung zur Fortschreibung der Regelbedarfsstufen RBSFV 2012 ab 1.1.2012, sowie 2,26 % ab 1.1.2013 gemäß RBSFV 2013.

Die Grundleistungsbeträge sind gemäß § 3 Abs. 2 AsylbLG in bar, Wertgutscheinen oder anderen vergleichbaren Abrechnungen zu gewähren. Sie stellen wohl auch die absolute Untergrenze für den Wert der Sachleistungen nach § 3 Abs. 1 S. 1 AsylbLG dar.

Für den **persönlichen Bedarf** sind nach der Übergangsregelung des BVerfG zusätzlich – auch im Falle einer Sachleistungsversorgung – ohne Einschränkung die Positionen der Abteilungen 7–12 EVS gemäß §§ 5 bis 7 RBEG 2010 als **Barbetrag** nach § 3 Abs. 1 AsylbLG zu gewähren.¹³⁷ Auch hier kommen 0,55 % ab 1.1.2011, 0,75 % und weitere 1,99 % ab 1.1.2012, 2,26 % zum 1.1.2013 sowie ggf künftige Erhöhungen hinzu.

Grundleistungen nach § 3 AsylbLG ab 1.1.2013 ¹³⁸	Stufe 1 Alleinstehende /Alleinerziehende	Stufe 2 je 90 % bei Ehepartnern	Stufe 3 80 % HA ab 18 Jahre	Stufe 4 14 – 17 Jahre	Stufe 5 6 – 13 Jahre	Stufe 6 0 – 5 Jahre
Barbetrag § 3 Abs. 1 AsylbLG	137,-	123,-	110,-	81,-	88,-	80,-
Bedarfe § 3 Abs. 2 AsylbLG	217,-	195,-	173,-	193,-	154,-	130,-
Grundleistung gesamt	354,-	318,-	283,-	274,-	242,-	210,-

Zu den genannten Beträgen hinzu kommen gemäß § 3 Abs. 2 S. 2 AsylbLG letzter Satzteil die Kosten für **Unterkunft, Heizung** sowie die nach Bedarf zu gewährenden Beihilfen für **Hausrat und Möbel** (EVS Abt. 5 gemäß RBEG). Dazu kommen wie bisher medizinische Leistungen nach § 4 und **Sonderbedarfe** nach § 6 AsylbLG.

3. Länderpraxis - Bar- und Sachleistungen

Bundesweit hat sich die Mehrzahl der Leistungsträger wegen des hohen Verwaltungsaufwandes und der mit Sachleistungen und Gutscheinen verbundenen praktischen Probleme entgegen § 3 Abs. 1 AsylbLG für die generelle Gewährung von **Geldleistungen** entschieden.¹³⁹ Es handelt sich durchweg um politische Entscheidungen. Einklagbar sind Geldleistungen nur in atypischen Ausnahmefällen (z.B. Krankheit).

Länderpraxis: § 3 Abs. 1 AsylbLG wird nur in Bayern flächendeckend umgesetzt, wo landesweit „echte“ Sachleistungen (Essenspakete usw.) gewährt werden. Vielerorts gibt es auch in Baden-Württemberg und im Saarland Sachleistungen. Wertgutscheine nach § 3 Abs. 2 werden flächendeckend in Niedersachsen, sowie teil-

¹³⁵ BVerfG 18.7.2012, 1 BvL 10/10 und 1 BvL 2/11, Urteilstenor Ziffer 3.a).

¹³⁶ BVerfG 18.7.2012, 1 BvL 10/10 und 1 BvL 2/11, Urteilstenor Ziffer 3.d).

¹³⁷ BVerfG 18.7.2012, 1 BvL 10/10 und 1 BvL 2/11, Urteilstenor Ziffer 3.b).

¹³⁸ Die Bestandsschutzregel des § 8 Abs. 2 RBEG für die Stufen 4 und 5 ist anzuwenden, BVerfG 18.7.2012, aaO Rn 132. Da sich ua durch Zwischenrundungen geringfügige Differenzen ergeben können, haben sich die Länder im Rahmen der Argeflü (Arbeitsgemeinschaft der Flüchtlingsverwaltungen der Bundesländer) auf bundeseinheitliche Beträge geeinigt, vgl. PM MIFKJF Rheinland-Pfalz v. 21.8.2012. Die abgestimmten Beträge für 2013 wurden von der Argeflü am 5.11.2012 bekanntgegeben. Länderrundschreiben usw hierzu siehe www.fluechtlingsinfo-berlin.de/fr/asylblg/BVerfG-AsylbLG-Urteil.html.

¹³⁹ Jeweils mit Ausnahme der Asylaufnahmeeinrichtungen, für die nach § 3 Abs. 2 Sachleistungen zwingend sind, und teilweise der Leistungen nach § 1a AsylbLG.

weise in Thüringen und in Baden-Württemberg ausgegeben. Geldleistungen nach § 3 Abs. 2 werden in Hamburg, Berlin, Bremen, Mecklenburg-Vorpommern, Sachsen-Anhalt und Hessen überall und in NRW, Rheinland-Pfalz, Schleswig-Holstein (10 von 11 Kreisen) und Sachsen (12 von 13 Kreisen) ganz überwiegend gewährt. In Brandenburg zahlen viele (15 von 18 Kreisen), in Thüringen einige (9 von 24 Kreisen, weitere prüfen derzeit die Umstellung) Kreise Bargeld, im Saarland gibt es Bargeld bei dezentraler Unterbringung.

Untersuchungen von Flüchtlingsinitiativen und Wohlfahrtsverbänden haben ergeben, dass das Leistungsniveau des AsylbLG bei Sachleistungsversorgung (Essens-, Kleidungs- und Hygienepakete) oft nur etwa 40% des Sozialhilfesatzes erreicht. So liegt der **Wert der Essenspakete** meist nur bei etwa 60% des Ernährungsanteils der Beträge nach § 3 Abs. 2 AsylbLG.¹⁴⁰ Hinzu kommen die unproportionale (den individuellen Bedarf nicht 1:1 abdeckende) Zusammensetzung der Pakete sowie gravierende Qualitätsmängel (abgelaufene Ware, minderwertige Lebensmittel, fehlendes Obst und Gemüse etc.). Einschneidende Kürzungen sind auch bei Gutscheinsystemen zu konstatieren, u.a. wegen der Beschränkung des Einkaufs auf wenige (teure) Geschäfte, nicht bedarfsge rechter Stückelung der Gutscheine, sowie fehlender oder beschränkter Restgeldrückgabe.

Sachleistungen können den **individuellen Bedarf** nie treffsicher decken. Die Leistungsberechtigten können über ihren Bedarf nicht frei disponieren. Sie können z.B. fehlende Mittel für Ernährung (z.B. zu wenig Obst, Milch oder Fleisch) oder zum persönlichen Bedarf (z.B. für Fahrtkosten und Telefonie) nicht durch ein Zuviel an anderen Sachleistungen (z.B. zuviel Mehl, Reis oder Zucker) substituieren. Über Art, Qualität und Menge der Sachleistungen haben die Betroffenen mangels objektivem gesetzlichen Maßstab keine effektive Kontrolle. Rothkegel kritisiert das "Sachleistungsprinzip" zu Recht als Prinzip "Vogel friss oder stirb."¹⁴¹

In der Praxis werden in **Gemeinschaftsunterkünften** - oft stark überhöhte - **Abzüge** von den Beträgen nach § 3 Abs. 2 für als Sachleistung seitens der Unterkunft bereite Ge- und Verbrauchsgüter des Haushalts (insbesondere Haushaltsenergie) vorgenommen.¹⁴²

Wird die **Miete für eine Wohnung** übernommen, sind auch Heizkosten sowie Hausrat und Möbel (s.o.) zu übernehmen, § 3 Abs. 2 Satz 2 AsylbLG. Die Mietübernahme ist wie die Frage der Geld- oder Sachleistungen nach § 3 AsylbLG in erster Linie keine rechtliche, sondern eine **politisch** zu entscheidende Frage.¹⁴³ So ermöglicht Berlin seit 2003 nach Ablauf der bis zu 3monatigen Asylaufnahme die Anmietung von Wohnungen nach § 3 Abs. 2 AsylbLG.¹⁴⁴ Anderswo wird eine Wohnung meist nur nach einer längeren Wartefrist genehmigt, oder wenn aus gesundheitlichen Gründen das Wohnen in einer Gemeinschaftsunterkunft nicht zumutbar ist. Dann besteht ggf. auch ein Rechtsanspruch auf Mietübernahme.

Die Bedarfsdeckung durch Sachleistungen ist **systembedingt keiner effektiven gerichtlichen Kontrolle zugänglich**. Sie genügt nicht den Maßstäben eines verfassungskonformes Existenzminimums. Die Existenzsicherung durch Sachleistungen war allerdings nicht Gegenstand des Vorlageverfahrens zum AsylbLG beim BVerfG und wird – mit Ausnahme der deutlichen Erhöhung des Barbetrags – durch das Urteil des BVerfG nicht tangiert. Das **BVerfG** wiederholt insoweit nur seine bereits im Hartz-IV-Urteil enthaltene Aussage, dass es grundsätzlich dem Gesetzgeber überlassen bleibe, ob er das Existenzminimum durch Geld-, Sach- oder Dienstleistungen sichert. Auch die Übergangsregelung des BVerfG zum AsylbLG greift "*unter der Voraussetzung und in der Annahme, dass Sachleistungen aktuell das menschenwürdige Existenzminimum tatsächlich decken, nicht in die Regelungssystematik des AsylbLG hinsichtlich der Art der Leistungen ein.*"¹⁴⁵

¹⁴⁰ Nachweise bei Classen, Soziale Leistungen, S. 114 f.

¹⁴¹ Vgl. Rothkegel, Das Sachleistungsprinzip des AsylbLG vor dem BVerfG, ZAR 2011 - 90.

¹⁴² In Thüringen wird der Grundleistungsbetrag für den Haushaltsvorstand lt. dortiger VwV AsylbLG v. 26.11.2003 z.B. wie folgt gekürzt: 25,56 € werden für Haushaltsenergie (Licht/Warmwasser/Kochen) abgezogen, weitere 6,65 € für Putz- und Reinigungsmittel einschl. WC-Papier, sowie 7,16 € für Haushaltsmittel von geringem Wert. Der abgezogene Energieanteil ist in Relation zur seit 1993 unveränderten AsylbLG-Grundleistung stark überhöht. In den Unterkünften werden über Haushaltsenergie und Hausrat hinaus in der Praxis keine "Ge- und Verbrauchsgüter" (Reinigungsmittel, Waschpulver, WC-Papier etc.) erbracht, weshalb der entsprechende Kürzungsbetrag rechtswidrig ist. Hausrat "von geringem Wert" ist nicht in den Grundleistungsbeträgen enthalten und somit auch nicht anrechenbar. Auch die Kürzung für Warmwasser ist problematisch, weil dies im SGB II/XII zu den Unterkunftskosten zählt.

¹⁴³ Das gilt auch für § 53 AsylVfG, wonach Asylbewerber (nicht Geduldete und Ausländer mit Aufenthaltserlaubnis) "in der Regel" in Gemeinschaftsunterkünften untergebracht werden sollen. Vgl. zur Länderpraxis Classen, Stellungnahme im Sächsischen Landtag am 30.4.2009, www.fluechtlingsinfo-berlin.de/fr/pdf/Classen_AsyL_Wohnen_Sachsen_300409.pdf sowie zur Praxis in Berlin Classen, Stellungnahme im Abgeordnetenhaus Berlin am 20.1.2011, www.fluechtlingsinfo-berlin.de/fr/asylblg/Classen_AsyLbLG_Wohnen_Berlin_200111.pdf.

¹⁴⁴ AV Wohn AsylbLG, www.berlin.de/sen/soziales/berliner-sozialrecht/land/av/av_wohnasyblg.html sowie Abgeordnetenhaus-Drs. 17/10829 www.fluechtlingsinfo-berlin.de/fr/pdf/ka17-10829.pdf.

¹⁴⁵ BVerfG 18.7.2012, 1 BvL 10/10 und 1 BvL 2/11, Rn. 135. Vgl. zur Bedarfsdeckung durch Sachleistungen Classen,

III. Medizinische Versorgung - §§ 4 und 6 AsylbLG

Krankenhilfe ist gemäß § 4 Abs. 1 bei **akuten Erkrankungen** (im Sinne akuter Behandlungsbedürftigkeit) und mit (auch nicht akuten) **Schmerzen** verbundenen Erkrankungen uneingeschränkt zu leisten. Gemäß § 6 kann Krankenhilfe darüber hinaus erbracht werden, wenn die Behandlung **zur Sicherung der Gesundheit unerlässlich** ist. Im Hinblick auf die Menschenwürde, das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit und die ärztliche Ethik ist bei **chronischen Krankheiten** das Ermessen in aller Regel auf Null reduziert, zumal sonst meist bald auch akute Folgen drohen.¹⁴⁶

Ohne Einschränkung sind gemäß § 4 Abs. 2 Leistungen bei **Schwangerschaft** und Geburt zu erbringen, einschl. der Vorsorge für Schwangere und Kind, § 4 Abs. 3. Ohne Einschränkung sind auch darüber hinaus - was in der Praxis meist unterbleibt – sämtliche nach SGB V üblichen ärztlichen und zahnärztlichen **Vorsorgeuntersuchungen** sowie die amtlich empfohlenen **Schutzimpfungen** zu erbringen, § 4 Abs. 3.¹⁴⁷

Auf **Zahnersatz** besteht Anspruch nur, wenn dies "aus medizinischen Gründen unaufschiebbar" ist, etwa weil bei Nichtbehandlung Folgeschäden an Magen oder Gebiss drohen, § 4 Abs. 1. Zu den "**sonstigen Leistungen**" i.S.v. § 4 Abs. 1 bzw. § 6 gehören ggf. auch Heil- und Hilfsmittel wie Brillen, Hörgeräte, Prothesen, Rollstühle; Physiotherapie, Logopädie, Psychotherapie, medizinisch notwendige Fahrten zur Krankenbehandlung usw. (vgl. D.IV).

Anders als das Recht der Krankenversicherung (SGB V) enthält das AsylbLG keine Grundlage für Praxisgebühren und **Zuzahlungen**. Die Maßgaben des SGB V gelten für die Krankenhilfe nach dem AsylbLG nicht.¹⁴⁸ Somit sind nach §§ 4 und 6 AsylbLG auch **nicht verschreibungspflichtige Arzneimittel** auf Rezept zu leisten. Für Brillen, Hörgeräte, Zahnersatz, Dolmetscherkosten usw. sind - anders als bei gesetzlich Versicherten - keine Eigenleistungen zu erbringen.

Krankenscheine nach AsylbLG werden in der Praxis häufig erst ausgestellt, wenn ein Flüchtling beim Sozialamt einen konkreten Behandlungsbedarf für eine akute Erkrankung geltend macht. Viele Ämter sind der Auffassung, dass nur so geprüft werden könne, ob ein Fall des § 4 AsylbLG vorliegt. Dabei bleibt offen, nach welchen Kriterien Verwaltungssachbearbeiter den Behandlungsbedarf überhaupt prüfen können. Auch ein Arzt kann dies erst beantworten, nachdem er den Patient untersucht und eine Diagnose gestellt hat.¹⁴⁹ Das Verfahren wird daher von den Betroffenen nicht zu Unrecht als Schikane empfunden.

Berechtigte nach § 2 AsylbLG erhalten gemäß § 264 Abs. 2 SGB V eine **Krankenversichertenkarte** und reguläre Leistungen einer gesetzlichen Krankenkasse.¹⁵⁰

Selbst die **Rechtsprechung** zu §§ 4 und 6 AsylbLG deckt zum Teil die menschenunwürdige Behördenpraxis. Das VG Gera hält die Behandlung einer Hüftgelenksnekrose mit Betäubungsmitteln (Opiaten) statt der dringenden nötigen Operation für ausreichend.¹⁵¹ Das OVG Mecklenburg-Vorpommern hält eine Dialyse auf Dauer statt einer Nierentransplantation für angemessen.¹⁵² Das OVG Münster verweigerte Hörgeräte für ein Kind trotz massiver Schädigung der Sprachentwicklung.¹⁵³ Das VG Frankfurt/Main verweigerte eine lebensnotwendige Lebertransplantation.¹⁵⁴

Mögliche **Lösung** wäre die Einbeziehung AsylbLG-Berechtigter in die Pflichtversicherung nach § 5 SGB V, hilfsweise nach § 264 Abs. 2 SGB V. Dies ist schon aus Kostengründen geboten. Die AsylbLG-Statistik weist für die Behandlung nach §§ 4/6 AsylbLG Mehrkosten pro Person und Jahr in einer Größenordnung von 30 bis

Asylmagazin 2012, 286 ff. (290 f.), www.asyl.net.

¹⁴⁶ Vgl. Classen, Eckpunkte zur Krankenhilfe nach §§ 4 und 6 AsylbLG, www.fluechtlingsinfo-berlin.de/fr/arbeitshilfen/krankenhilfe_asylblg.doc.

¹⁴⁷ www.rki.de > Infektionsschutz > Impfen. Vor einer Abschiebung sind ggf. auch Reiseimpfungen durchzuführen.

¹⁴⁸ Vgl. Classen, Gesundheitsreform 2004 - Zuzahlungen, Befreiungen und Regelungslücken, www.fluechtlingsinfo-berlin.de/fr/arbeitshilfen/Kommentar_GMG.pdf.

¹⁴⁹ In Berlin sind lt. Schreiben Sozialverwaltung v. 2.11.2010 Krankenscheine quartalsweise vorab auszugeben, www.fluechtlingsinfo-berlin.de/fr/pdf/Krankenscheine-quartalsweise-vorab.pdf.

¹⁵⁰ Diese müssen ggf. auch Zuzahlungen und Eigenleistungen aufbringen. Beansprucht werden kann der gleiche Behandlungsumfang wie für gesetzlich Versicherte, aber keine Pflegeversicherung. Die Krankenkasse rechnet quartalsweise mit dem Sozialamt ab.

¹⁵¹ VG Gera 7.8.2003 - 6 K 1849/01 GE, das zudem den Anspruch nach § 2 AsylbLG übersieht.

¹⁵² OVG Greifswald 28.1.2004 - 1 O 5/04. Auf die Frage der Kosten käme es dabei nicht an.

¹⁵³ OVG Münster 28.6.1994 - 24 B 1290/94 www.fluechtlingsinfo-berlin.de/fr/docs/C1203.pdf.

¹⁵⁴ VG Frankfurt/M 9.4.1997 - 8 G 638/97, der VGH Hessen lehnte die Berufung wegen eines Formfehlers ab, der Patient starb kurz darauf. Dazu [ARD-Panorama 05.06.1997](http://www.ard-panorama.de): "Wie ein Todesurteil".

40 % gegenüber der Behandlung nach § 2 AsylbLG per Chipkarte nach SGB V aus.¹⁵⁵

Dass es anders geht, zeigt das "**Bremer Modell**". Dort erhalten AsylbLG-Berechtigte auf Grundlage eines Vertrags nach § 264 Abs. 1 SGB V mit der AOK Bremen statt Papierkrankenscheinen nach §§ 4 und 6 AsylbLG eine Chipkarte. Die Ausgaben pro Kopf und Jahr sind in Bremen nicht höher als nach § 2 AsylbLG.¹⁵⁶

Im Ergebnis stellt sich die Frage der **Verfassungsmäßigkeit** der §§ 4 und 6 AsylbLG. Behandlungen werden verzögert und verschleppt, Krankheiten verschlimmern sich. Die Zahl der Notarzteinsätze, Rettungsfahrten und Notaufnahmen steigt, was zu unnötigen Doppelbehandlungen führt und die Kosten in die Höhe treibt. Die Menschenwürde wird verletzt, da die Betroffenen vermeidbare Schmerzen und Verschlimmerungen ihrer Erkrankungen, dauerhafte Gesundheitsschäden und möglicherweise sogar den Tod in Kauf nehmen müssen.¹⁵⁷ Die Krankenbehandlung nach dem AsylbLG war allerdings nicht Gegenstand des Vorlageverfahrens zum AsylbLG beim BVerfG, dessen Urteil vom 18.7.2012 sich daher nicht mit diesen Fragen befasst.

IV. Sonstige Leistungen - § 6 AsylbLG

Sonstige Leistungen können nach § 6 AsylbLG *"insbesondere gewährt werden, wenn sie im Einzelfall zur Sicherung des Lebensunterhalts oder der Gesundheit unerlässlich, zur Deckung besonderer Bedürfnisse von Kindern geboten oder zur Erfüllung einer verwaltungsrechtlichen Mitwirkungspflicht erforderlich sind."*

Als zur **Sicherung der Gesundheit** unerlässliche Leistungen nach § 6 AsylbLG etwa die Mehrkosten für besondere Ernährung bei Krankheit oder Schwangerschaft, Leistungen zur ambulanten oder stationären Versorgung Behinderter und Pflegebedürftiger,¹⁵⁸ Eingliederungsleistungen für behinderte Kinder,¹⁵⁹ psychotherapeutie¹⁶⁰ sowie Drogentherapie,¹⁶¹ zur Diagnostik, ärztlichen Aufklärung sowie Psychotherapie unabweisbar notwendige Dolmetscherkosten,¹⁶² Fahrtkosten zur ambulanten und stationären Krankenbehandlung¹⁶³ sowie Verhütung und Vorsorge gegen sexuell übertragbare Krankheiten in Frage.¹⁶⁴

In Frage kommen auch die weiteren Mehrbedarfe analog §§ 30, 31 und 34 SGB XII, z.B. Erstausstattungen bei **Schwangerschaft und Geburt** (Umstandskleidung, Kinderwagen, Babykleidung und -pflegemittel etc.),¹⁶⁵ Bestattungskosten, die Kosten der **Passbeschaffung** (auch bei Verbleib in Deutschland),¹⁶⁶ **Klassenfahrten**¹⁶⁷ sowie Fahrtkosten zur Schule und **Schulmaterialien**.¹⁶⁸ Die meisten Länder empfehlen, nach § 6 auch das **Bildungs- und Teilhabepaket** analog § 34 SGB XII zu gewähren.¹⁶⁹

¹⁵⁵ Vgl. ausführlich Classen, a.a.O. Kapitel 6.

¹⁵⁶ Auskunft Bremer Gesundheits- und Sozialbehörde. Auch Hamburg gewährt seit 1.7.2012 nach Bremer Vorbild Versichertenkarten nach § 4 AsylbLG. Dabei gehen beide Länder davon aus, dass alle für GKV-Versicherte nicht genehmigungspflichtigen Behandlungen auch von §§ 4 und 6 AsylbLG gedeckt sind. Vgl. dazu Vertrag mit der AOK, Weisung der Bremer Sozialbehörde, PE Hansestadt Hamburg: www.fluechtlingsinfo-berlin.de/fr/asylbgl/Bremer_Modell_Medizin_AsylbLG.pdf.

¹⁵⁷ Beispiele bei Classen, Das AsylbLG und das Grundrecht auf ein menschenwürdiges Existenzminimum, Kapitel 6.

¹⁵⁸ VG Hildesheim 9.12.1997 - 3 B 1553/97 Hi, VG Freiburg 1.9.1998 - 5 K 1594/98, VG Augsburg 17.10.2000 - Au 3 K 99.1236, BVerwG 20.7.2001 - 5 B 50.01.

¹⁵⁹ VG Schleswig 21.8.1998 - 13 B 159/98, bestätigt durch OVG SH 9.9.1998 - 98/98.

OVG NI 25.2.1999 - 12 L 3799/98, VG Sigmaringen 2.4.2003 - 5 K 781/02.

¹⁶⁰ Dazu ausführlich mit Nachweisen zur Rechtsprechung Classen, Die Finanzierung ambulanter Psychotherapien für Flüchtlinge, www.fluechtlingsinfo-berlin.de/fr/arbeitshilfen/Psychotherapie_fuer_Fluechtlinge.pdf.

¹⁶¹ SG Frankfurt/Main 16.1.2006 - S 20 AY 1/06.

¹⁶² VG Saarland 29.12.2000 - 4 K 66/99, OVG NI 11.1.2002 - 4 MA 1/02, grundlegend zu Dolmetscherkosten nach BSHG zur Krankenbehandlung BVerwG 25.1.1996 - 5 C 20.95.

¹⁶³ OVG BE 3.4.2001 - 6 S 49.98.

¹⁶⁴ Die Kosten für einen Schwangerschaftsabbruch sind gemäß § 19 ff. Schwangerschaftskonfliktgesetz bei der Krankenkasse zu beantragen. Nicht versicherte AsylbLG-Berechtigte können hierzu eine Krankenkasse an ihrem Wohnort wählen, eine Einkommensbescheinigung (Nachweis AsylbLG-Bezug) ist dort vorzulegen.

¹⁶⁵ VG Düsseldorf, 25.4.2001, 13 L 607/01.

¹⁶⁶ OVG SN 3.6.2008 - 4 A 144/08, LSG NW 10.3.2008 - L 20 AY 16/07, SG Wiesbaden 9.5.2008 - S 21 AY 9/07. Zur Passbeschaffung im Ausland OVG NW 5.6.2008 - 18 E 471/08.

¹⁶⁷ VG Aachen 23.8.1999 - 6 L 789/99.

¹⁶⁸ VG Karlsruhe 23.2.2000 - 2 K 3210/99.

¹⁶⁹ Länderübersicht dazu siehe www.fluechtlingsrat-berlin.de/print_neue_meldungen.php?sid=526. Staatssekretärin Niederfranke vom BMAS erklärte in der mündlichen Verhandlung beim BVerfG am 20.6.2012, das Bildungspaket werde bundesweit gewährt.

V. Einkommen und Vermögen - § 7 AsylbLG

Einkommen und Vermögen Leistungsberechtigter und im selben Haushalt lebender **Familienangehöriger**, über das verfügt werden kann, ist vor Eintritt der Leistungen nach AsylbLG aufzubreuchen. Die Regelung gilt analog § 20 SGB XII auch für eheähnliche und lebenspartnerschaftsähnliche Gemeinschaften. Anders als im SGB II/XII gibt es keine Vermögensfreibeträge.

§ 7 Abs. 1 AsylbLG lässt offen, ob zu den "Familienangehörigen" nur die Kernfamilie (Ehepartner und minderjährige Kinder) oder auch **weitere Angehörige** (Onkel, Schwester, Großeltern usw.) rechnen.¹⁷⁰ Unklar ist auch, wie der Eigenbedarf der Familienangehörigen zu berechnen ist. Haben oder hätten diese zB Anspruch auf Alg II, Sozialhilfe oder BAföG, muss zumindest dieser Bedarf geschützt bleiben, ggf. aber auch ein darüber hinausgehender "Eigenbedarf" analog BGB, um zu vermeiden, dass der Existenzbedarf der Angehörigen gefährdet wird.

Erwerbstätigen AsylbLG-Berechtigten steht 25% ihres "verfügbaren" Einkommens als "Freibetrag" zu, maximal 60% der Summe der Grundleistungsbeträge nach § 3 Abs. 1 und 2 AsylbLG. Da Regelungen zur Definition des "verfügbaren" Einkommens analog § 11 SGB II/§ 82 SGB XII fehlen bleibt offen, ob Fahrt- und Werbungskosten usw. absetzbar sind.

Erwerbstätige AsylbLG-Berechtigte müssen angemessene **Kosten der Unterbringung in einer Gemeinschaftsunterkunft** erstatten, wenn nach Deckung ihres Eigenbedarfs ein Restbetrag verbleibt. Voraussetzung ist eine hinreichende Gebührensatzung. Kostenersatz darf nur gefordert werden, soweit der AsylbLG-Berechtigte die Unterkunft tatsächlich in Anspruch nimmt.¹⁷¹ Kosten für Sozialbetreuung, Heimleitung, Wachschatz und Hausmeisterei dürfen nicht gefordert werden.¹⁷²

Aufgrund einer Entscheidung des BVerfG darf wie beim SGB II/XII **Schmerzensgeld** nicht angerechnet werden, so nunmehr § 7 Abs. 5 AsylbLG.¹⁷³ Auch **Pflegegeld** darf nicht angerechnet werden, § 13 Abs. 5 Satz 1 SGB XI, ebenso Leistungen der **Stiftung Mutter und Kind**, § 5 MuKStiftG,¹⁷⁴ sowie die Grundrente nach dem **Opferentschädigungsgesetz**.¹⁷⁵

VI. Leistungseinschränkungen - § 1a AsylbLG

§ 1a AsylbLG sieht verfassungsrechtlich fragwürdige verhaltensbedingte Einschränkungen auf das **unabweisbar Gebotene** für Leistungsberechtigte nach § 1 Abs. 1 Nr. 4 und 5 AsylbLG vor, also für geduldete und vollziehbar ausreisepflichtige Ausländer. Auf Asylbewerber, Asylfolgeantragsteller und Ausländer mit Aufenthaltserlaubnis ist § 1a AsylbLG nach seinem Wortlaut nicht anwendbar. § 1a nennt zwei mögliche Tatbestände:

a) Der Ausländer ist **eingereist, um Leistungen nach dem AsylbLG zu erhalten**, § 1a Nr. 1 AsylbLG. War der prägende Einreisegrund z.B. Krieg und/oder die Angst um Leib, Leben oder Freiheit, kann kein missbräuchliches Motiv unterstellt werden, auch wenn kein Asylantrag gestellt oder dieser abgelehnt wurde, vgl. C.IV.

b) Aus **vom Ausländer zu vertretenden Gründen** können **aufenthaltsbeendende Maßnahmen nicht vollzogen** werden, § 1a Abs. Nr. 2 AsylbLG. Dies ist der Fall, wenn der Leistungsberechtigte gegenwärtig eine sonst mögliche und zulässige Abschiebung durch falsche Angaben zur Identität oder fehlende Mitwirkung bei der Passbeschaffung verhindert. Kein Tatbestand liegt vor, wenn die Abschiebung auch im Falle der Mitwirkung unmöglich, unzulässig oder derzeit aus "humanitären" oder "persönlichen" Gründen oder "öffentlichem Interesse"¹⁷⁶ nicht vorgesehen ist (Krankheit, hier lebende Angehörige, offizieller oder "inoffizieller" Abschiebestopp¹⁷⁷ usw.), oder die Mitwirkung unmöglich oder unzumutbar ist (Vertretung des Herkunftslandes weigert

¹⁷⁰ Dazu LSG NI-HB 29.6.2007 – L 11 AY 80/06: Familienangehörige iSd § 7 sind nur Ehegatten (Lebensgefährten) und mdj Kinder, nicht vollj Kinder oder sonstige Verwandte oder Verschwägerter; LSG NW 21.9.2010 - L 20 B 50/09 AY ER: Keine Anrechnung von Einkommens des Bruders; LSG NW 26.09.2011 - L 20 AY 43/08: Keine Anrechnung der Einkünfte des vollj erwerbstätigen Sohnes und der Schwiegertochter.

¹⁷¹ VG Hannover 21.12.1999 - 3 A 4657/98, VGH BY 29.4.2004 - 12 B 99.408.

¹⁷² Vgl. VG Schleswig 23.9.1997 - 10 B 181/97, VG Freiburg 16.11.2001 - 1 K 1586/99, VG Stuttgart 16.11.2000 - 9 K 3940/00.

¹⁷³ BVerfG 11.7.2006 - 1 BvR 293/05.

¹⁷⁴ VG Düsseldorf 25.04.2001 - 13 L 607/01, BT-Drs. 14/3168.

¹⁷⁵ BSG 24.5.2012 - B 9 V 2/11 R.

¹⁷⁶ § 60a Abs. 2 Satz 3 AufenthG.

¹⁷⁷ Um den sich aus § 60a Abs. 2 i.V.m. § 23 Abs. 1 AufenthG nach 6 Monaten Abschiebestopp ergebenden Aufenthaltser-

sich Papiere auszustellen).

Vor einer Leistungseinschränkung nach § 1a Nr. 2 müssen Ausländerbehörde oder Sozialamt die **Mitwirkungshandlungen** konkret benennen und die Übernahme der Kosten zusichern (Fahrt zur Botschaft, Passgebühren usw.). Konkretisiert die Behörde ihre Erwartungen an den Leistungsberechtigten nicht, nimmt sie die Passbeschaffung selbst in die Hand, oder unterlässt es gar, überhaupt Gründe für die Kürzung mitzuteilen, ist die Leistungseinschränkung unzulässig.¹⁷⁸ Entgegen der Praxis vieler Sozialämter ist "Passlosigkeit" für sich genommen noch kein Tatbestand nach § 1a Nr. 2.¹⁷⁹

Das Sozialamt ist beweispflichtig für den Tatbestand nach § 1a.¹⁸⁰ Der Ausländer ist vor einer Kürzung zu hören, § 28 VwVfG.¹⁸¹ Kein Tatbestand (und auch kein Ausschlussgrund von § 2 AsylbLG) liegt vor, wenn ein Ausländer sich lediglich weigert, **freiwillig auszureisen**, obwohl dies möglich und zumutbar wäre.¹⁸² Widerspruch und Klage haben aufschiebende Wirkung, wenn die zuvor ungekürzte Leistung als Verwaltungsakt mit Dauerwirkung anzusehen ist.¹⁸³

Nach § 1a AsylbLG werden die Leistungen ggf. auf das **"unabweisbar Gebotene"** eingeschränkt. Nach der Gesetzesbegründung ist nach § 1a stets der notwendige Bedarf an Sachleistungen für Unterkunft, Heizung, Ernährung, Kleidung usw. im Sinne von § 3 AsylbLG sicherzustellen. Sicherzustellen ist auch die medizinische Versorgung nach AsylbLG. Hingegen soll der Barbetrag gekürzt oder gestrichen werden.¹⁸⁴

Aus Entstehungsgeschichte, Gesetzesbegründung und politischer Debatte um den geplanten § 1a AsylbLG im Jahr 1998 ergibt sich, dass mit der "Leistungseinschränkung" des § 1a AsylbLG (ursprünglich war ein "Anspruchsausschluss" vorgesehen) entgegen der Kritik von Flüchtlingsorganisationen, die das **"obdachlos Aussetzen und Aushungern"** befürchteten, den Leistungsberechtigten die zur Existenz unabweisbaren Leistungen belassen werden sollten.¹⁸⁵

Erhebliche Zweifel an der **verfassungsrechtlichen Zulässigkeit** der Leistungseinschränkung ergeben sich aus dem BVerfG-Urteil zum AsylbLG. Das BVerfG betont, dass **migrationspolitische Erwägungen**, die Leistungen an Asylbewerber und Flüchtlinge niedrig zu halten, um Anreize für Wanderungsbewegungen zu vermeiden, von vornherein **kein Absenken des Leistungsstandards** unter das physische und soziokulturelle Existenzminimum rechtfertigen können.¹⁸⁶ Art. 1 Abs. 1 iVm Art. 20 Abs. 1 GG verlangt, dass das **Existenzminimum in jedem Fall und zu jeder Zeit sichergestellt sein muss**.¹⁸⁷ Somit steht auch die Zulässigkeit der allein migrationspolitisch motivierten Kürzung des Existenzminimums nach § 1a AsylbLG in Frage.¹⁸⁸

VII. Nach vier Jahren Leistungen analog SGB XII - § 2 AsylbLG

Nach 48 Monaten des Leistungsbezugs nach § 3 AsylbLG erhalten Leistungsberechtigte gemäß § 2 AsylbLG Leistungen in **entsprechender Anwendung des SGB XII**. Der Inhalt der Leistungen richtet sich dann nach dem SGB XII, rechtlich handelt es sich weiter um Leistungen nach AsylbLG. Es gelten die Maßgaben des

laubnisanspruch auszuschließen, haben die Länderinnenminister sich verständigt, "offiziell" keine mehr als 6 Monate dauernden Abschiebestopps zu verfügen. Faktische ("heimliche") Abschiebestopps bestehen aktuell (September 2012) - meist seit Jahren - u.a. für Irak, Afghanistan, Somalia, Gaza und Westbank und nunmehr auch Syrien.

¹⁷⁸ VG Hamburg 9.4.2002 - 5 VG 3247/2000, LSG ST 18.12.2006 - L 8 B 24/06 AY ER, LSG BW 21.9.2006 - L 7 AY 4940/05, SG Berlin 04.4.2007 - S 78 AY 30/07 ER,.

¹⁷⁹ SG Hamburg 3.3.2009 - S 9 AY 3/09 ER.

¹⁸⁰ LSG NI/HB, 29.1.2008 - L 11 AY 50 ER.

¹⁸¹ VG Göttingen 21.12.1998 - 2 B 2440/98.

¹⁸² BSG 17.6.2008 - B 8/9b AY 1/07 R, VG Berlin 16.1.2001 - 32 A 657.00.

¹⁸³ LSG BE/BB 22.7.2008 - L 23 B 9/08 AY.

¹⁸⁴ So die Maßgaben der Gesetzesbegründung zu § 1a AsylbLG, BT-Drs. 13/11172, 8.

¹⁸⁵ Hierzu grundlegend unter Bezugnahme auf die Entstehungsgeschichte des § 1a OVG NW 31.5.2001 - 16 B 388/01. A.A. OVG BE 12.11.1999 - 6 SN 203.99, das eine Kürzung auf Null für zulässig hält. Die Rechtsprechung der Sozialgerichte zu § 1a orientiert sich ganz überwiegend an den Maßgaben des OVG NW.

¹⁸⁶ BVerfG 18.7.2012, 1 BvL 10/10 und 1 BvL 2/11, Rn 121.

¹⁸⁷ BVerfG 18.7.2012, 1 BvL 10/10 und 1 BvL 2/11, Rn 120.

¹⁸⁸ Kürzungen nach § 1a für unzulässig halten: SG Altenburg 11.10.2012 - S 21 AY 3362/12 ER www.fluechtlingsinfo-berlin.de/fr/docs/C2513.pdf, SG Düsseldorf 19.11.2012 - S 17 AY 81/12 ER www.fluechtlingsinfo-berlin.de/fr/docs/C2516.pdf, SG Lüneburg 13.12.2012 - S 26 AY 26/12 ER www.fluechtlingsinfo-berlin.de/fr/docs/C2517.pdf.

VwVfG und der §§ 7a bis 13 AsylbLG zum Verwaltungsverfahren. Anwendbar bleibt auch § 1a AsylbLG, der als spezialgesetzliche Regelung § 23 Abs. 3 SGB XII vorgeht.

Leistungsberechtigte erhalten nach § 2 AsylbLG trotz Erwerbsfähigkeit nur Leistungen analog SGB XII, nicht analog SGB II. Zum Lebensunterhalt werden Leistungen nach dem 3. Kapitel SGB XII, insbesondere **Regelsätze** als Geldleistung, Mehrbedarfzuschläge, Erstaussstattungen und die **Mietkosten** für eine Wohnung gewährt. Hinzu kommen eine **Krankenversichertenkarte** nach § 264 Abs. 2 SGB V und ggf. Hilfen nach dem 5. bis 9. Kapitel SGB XII.

In manchen Bundesländern werden auch nach § 2 AsylbLG in **Gemeinschaftsunterkünften** generell Sachleistungen erbracht. Zulässig wäre dies jedoch nur aufgrund einer Ermessensentscheidung nach § 2 Abs. 2 AsylbLG, die mit den konkreten Verhältnissen in der einzelnen Unterkunft begründet ist.¹⁸⁹

Die Leistungen analog SGB XII sind gemäß Wortlaut § 2 Abs. 1 AsylbLG **von Amts wegen** zu erbringen, ohne dass es eines Antrags bedarf. Ansprüche können ggf. nach § 44 SGB X auch für die Vergangenheit gelten gemacht werden.¹⁹⁰

Leistungen nach § 2 AsylbLG erhält nur, wer die Wartefrist erfüllt und **"die Dauer des Aufenthaltes nicht rechtsmissbräuchlich selbst beeinflusst"** hat, § 2 Abs. 1 AsylbLG. Kein rechtsmissbräuchliches Verhalten liegt vor, solange jemand ein Asylverfahren betreibt oder eine Aufenthaltserlaubnis besitzt. Im Falle einer Duldung ist wie nach § 1a Nr. 2 AsylbLG darauf abzustellen, ob der Ausländer vorwerfbar die Aufenthaltsbeendigung verhindert.

Nach Auffassung des BSG soll auch ein in der Vergangenheit liegendes rechtsmissbräuchliches Verhalten (z.B. Vernichten der Pässe vor Einreise als Asylbewerber) zum *dauerhaften* Verlust des Anspruchs nach § 2 AsylbLG führen.¹⁹¹ Diese unbefristete leistungsrechtliche Sanktion ist verfassungsrechtlich problematisch.¹⁹² Kann ein geduldeter Ausländer zumutbar freiwillig ausreisen, tut dies aber nicht, ist dies laut BSG keine rechtsmissbräuchliche Beeinflussung der Aufenthaltsdauer.¹⁹³

Zeiten des Bezugs von Grundleistungen nach § 3 AsylbLG mit verschiedenem Aufenthaltsstatus (Asylbewerber, Duldung, Aufenthaltserlaubnis ...) werden für die 48-monatige **Wartefrist** zusammengerechnet. Zeiten des Bezugs anderer Sozialleistungen z.B. nach § 2 AsylbLG, BSHG, SGB II, III, VIII, XII oder Erwerbstätigkeit sollen laut BSG nicht zählen.¹⁹⁴ Nach längerem Untertauchen oder Ausreise (mehr als 6 Monate) soll nach der vorliegenden Rspr die Wartefrist erneut beginnen, nicht jedoch nach Unterbrechung wegen Arbeitseinkommen, anderen Sozialleistungen usw.¹⁹⁵ **Kinder** unter 4 Jahren können laut BSG aufgrund ihres Lebensalters - sie haben noch keine 4 Jahre AsylbLG-Leistungen bezogen - niemals die Anspruchsvoraussetzungen nach § 2 AsylbLG erfüllen.¹⁹⁶

Aufgrund der Verlängerung der Bezugsdauer von 36 auf 48 Monate seien laut BSG Leistungsberechtigte nach § 2 AsylbLG **erneut für 12 Monate** auf Leistungen nach §§ 3 - 7 AsylbLG zu verweisen.¹⁹⁷ Der Gesetzgeber hatte diese bis zur BSG-Entscheidung von den Sozialgerichten durchweg für verfassungswidrig erachtete Folge der Fristverlängerung ersichtlich nicht in Betracht genommen.¹⁹⁸

Die Ausweitung der ursprünglich zwölfmonatigen Wartefrist in 1997 auf 36 und seit 2007 auf **48 Monate**, das Anknüpfen **nicht an die Aufenthaltsdauer, sondern die Bezugsdauer** von Leistungen, und der generelle **Ausschluss von Kindern unter vier Jahren** sowie die Rspr des BSG zu diesen Fragen ist im Hinblick auf Menschenwürde, Persönlichkeitsrechte und Verhältnismäßigkeitsgrundsatz verfassungsrechtlich bedenklich.

Das BVerfG-Urteil zum AsylbLG erklärt die Frist von 48 Monaten für **nicht verfassungskonform**, ohne inso-

¹⁸⁹ VGH BY 6.10.2003 - 12 C 03.1544, VGH BY 20.3.2006 - 12 BV 05.1845, LSG SN 9.2.2006 - L 3 B 179/05 AY-ER, vgl. auch LSG NW 29.8.2008 - L 20 B 49/08 AY ER.

¹⁹⁰ BSG 17.6.2008 - B 8 AY 5/07 R, BSG 9.6.2011 - B 8 AY 1/10 R. Nachzahlungen der Differenzbeträge zu § 3 bei nachträglich festgestelltem Anspruch nach § 2 AsylbLG dürfen nicht wegen des "Aktualitätsgrundsatzes" (inzwischen entfallener Bedarf) verweigert werden.

¹⁹¹ BSG 17.6.2008 - B 8/9b AY 1/07 R.

¹⁹² Vgl. Rothkegel, Rechtliche Prinzipien der Sicherung des Lebensunterhalts nach SGB II, SGB XII und AsylbLG, ZFSH/SGB 2005, 391, 400.

¹⁹³ BSG 17.6.2008 - B 8/9b AY 1/07 R.

¹⁹⁴ BSG 17.6.2008 - B 8/9b AY 1/07 R.

¹⁹⁵ BSG 24.3.2008 - B 8 AY 10/07 R.

¹⁹⁶ BSG 17.6.2008 - B 8/9b AY 1/07 R.

¹⁹⁷ BSG 17.6.2008 - B 8/9b AY 1/07 R.

¹⁹⁸ Vgl. BT-Drs. 16/5065, S. 232, sowie Classen, Sozialleistungen für MigrantInnen und Flüchtlinge, S. 90ff.

weit jedoch eine konkrete Übergangsregelung anzuordnen: *"Selbst wenn die Prognose für die Anfangszeit des Aufenthalts der Betroffenen noch aus dem Aufenthaltsstatus abgeleitet werden könnte, ist es jedenfalls für die in § 2 Abs. 1 AsylbLG vorgesehene Dauer von mittlerweile vier Jahren des Leistungsbezugs und folglich einem eventuell auch längeren Aufenthalt nicht mehr gerechtfertigt, von einem nur kurzen Aufenthalt mit möglicherweise spezifisch niedrigem Bedarf auszugehen."*¹⁹⁹ Auch dies wird der Gesetzgeber ggf. neu zu regeln haben.

VIII. Verfassungsmäßigkeit des AsylbLG

1. Das Regelsatzurteil des BVerfG

Seit dem **Regelsatzurteil des BVerfG**²⁰⁰ häufte sich die Kritik am AsylbLG.²⁰¹ Die Beträge nach § 3 Abs. 1 und 2 AsylbLG beruhten auf freihändig geschätzten Zahlen. In den Gesetzesmaterialien werden allein haushalts- und migrationspolitische Motive angeführt.²⁰² Obwohl seit Inkrafttreten im November 1993 die **Preise um 34,3 % gestiegen** sind, wurden die Beträge entgegen § 3 Abs. 3 AsylbLG nie an die Preisentwicklung angepasst.²⁰³

Die **Bundesregierung** erklärte im März 2010, man prüfe die Auswirkungen des BVerfG-Urteils auf das AsylbLG.²⁰⁴ Im November 2010 erklärte sie, die AsylbLG-Bedarfssätze entsprächen nicht den Anforderungen des Regelsatz-Urteils des BVerfG.²⁰⁵ Im August 2011 erklärte die Bundesregierung, man führe nunmehr mit den Ländern Gespräche über das Thema. Auch zum 1.1.2011 und 1.1.2012 verzichtete sie ohne Angabe von Gründen auf eine Beträgeanpassung.²⁰⁶

Das **LSG NRW** legte im Juli und November 2010 Verfahren zur Höhe der Beträge nach § 3 für einen **Alleinstehenden** und ein 6 bzw. 7-jähriges **Kind** dem BVerfG vor. Die Beträge seien „*ins Blaue hinein geschätzt*“, evident unzureichend und verfassungswidrig.²⁰⁷

Wie Jahre zuvor bereits das BVerwG²⁰⁸ erklärte auch das **BSG** § 3 AsylbLG für verfassungskonform.²⁰⁹ Die Leistungsberechtigten müssten nur darlegen, welche Bedarfe im Einzelnen weshalb und inwieweit nicht ausreichend gedeckt seien, und entsprechend **aufstockende Leistungen** nach **§§ 3 und 6 AsylbLG** beantragen. In verfassungskonformer Auslegung müssten dann die Behörden höhere Leistungen gewähren. Das BSG stellte damit allerdings an die Darlegung durch die Leistungsberechtigten unerfüllbare Anforderungen. Auch von den Leistungsträgern kann nicht erwartet werden, contra legem die Leistungen nach § 3 regelhaft aufzustocken.²¹⁰ Nach dem Hartz-IV-Urteil des BVerfG kann die Festlegung des verfassungskonformen Existenzminimums auch nicht im Ermessen der Verwaltung liegen.

2. Das AsylbLG-Urteil des BVerfG

Das Bundesverfassungsgericht hat mit Urteil vom 18.07.2012²¹¹ die Grundleistungen nach § 3 AsylbLG für **verfassungswidrig** erklärt. Die Beträge seien vom Gesetzgeber nicht realitätsgerecht ermittelt und begründet-

¹⁹⁹ BVerfG 18.7.2012, 1 BvL 10/10 und 1 BvL 2/11, Rn 119.

²⁰⁰ BVerfG 9.2.2010 - 1 BvL 1/09, 3/09, 4/09.

²⁰¹ Vgl. nur Kingreen, NVwZ 2010, 558 ff., Armbrorst/Berlit, info also 2010, 181, Janda/Wilksch, SGB 2010, 565, Rothkegel, ZAR 2010, 373.

²⁰² Vgl. Classen, Das AsylbLG und das Grundrecht auf ein menschenwürdiges Existenzminimum, Kapitel 3.2.

²⁰³ www.destatis.de > Preise > Verbraucherpreisindizes > Tabellen > Monatswerte. Der Verbraucherpreisindex betrug im November 1993 83,8 und im Juni 2012 112,5. Das ergibt eine Steigerung um 34,25 %.

²⁰⁴ BT-Drs. 17/979 v. 10.3.2010.

²⁰⁵ BT-Drs. 17/3660 v. 10.11.2010.

²⁰⁶ Vgl. BMAS v. 22.7.2011, www.fluechtlingsinfo-berlin.de/fr/asylblg/Stellungnahme_BMAS_BVerfG_AsylbLG.pdf, sowie gesammelte Antworten BMAS auf Anfragen im Bundestag www.fluechtlingsinfo-berlin.de/fr/asylblg/BMAS_AsylbLG_Gesammeltes_Nichtstun.pdf.

²⁰⁷ LSG NW 26.7.2010 - L 20 AY 13/09 (Alleinstehende) und LSG NW 22.11.2010 - L 20 AY 1/09 (Kinder).

²⁰⁸ BVerwG 29.9.1998 - 5 B 90.97, NVwZ 1999, 669, ebenso OVG Bremen 23.9.2009 - S3 A 272/07.

²⁰⁹ BSG, Stellungnahme an das BVerfG v. 5.11.2010 - B 8 AY 2/10 S, www.fluechtlingsinfo-berlin.de/fr/asylblg/BSG_AsylbLG.pdf.

²¹⁰ So ausdrücklich Hohm, GK-AsylbLG, § 6 Rn 15.

²¹¹ BVerfG 18.7.2012, 1 BvL 10/10 und 1 BvL 2/11, Pressemitteilung auf deutsch und englisch sowie Wortlaut des Urteils unter www.bverfg.de.

worden. Bis heute seien keine nachvollziehbaren Berechnungen vorgelegt worden.²¹² Anders als die Hartz-IV-Regelsätze hält das BVerfG die Beträge nach § 3 AsylbLG auch für **evident unzureichend**, da sie seit 1993 unverändert sind.²¹³ Ein verfassungskonformes Leistungsniveau sei entgegen der Auffassung des BSG auch nicht durch individuell aufstockende Leistungen nach § 6 AsylbLG erreichbar.²¹⁴

Das BVerfG bestätigt seine im "Hartz IV Urteil" getroffenen Feststellungen, dass Art. 1 Abs. 1 GG in Verbindung mit dem Sozialstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 1 GG ein Grundrecht auf Gewährleistung eines **menschenwürdigen Existenzminimums** garantiert, und dass der Anspruch die physische Existenz wie auch ein Mindestmaß an Teilhabe am gesellschaftlichen, kulturellen und politischen Leben umfasst.²¹⁵

Das BVerfG stellt zum AsylbLG zudem heraus, dass "Art. 1 Abs. 1 GG diesen Anspruch als Menschenrecht" begründet, dass das Grundrecht auch "*die Sicherung der Möglichkeit zur **Pflege zwischenmenschlicher Beziehungen***" umfasst, und dass das menschenwürdige Existenzminimum "***deutschen und ausländischen Staatsangehörigen, die sich in Deutschland aufhalten, gleichermaßen***" zusteht.²¹⁶

Maßgeblich können dabei nach Auffassung des BVerfG nur die **Gegebenheiten in Deutschland** sein, da hier das Existenzminimum gewährleistet sein muss. Die Verfassung erlaube es nicht, das hier zum menschenwürdigen Leben Notwendige unter Hinweis auf das Existenzniveau des Herkunftslandes oder z.B. in anderen Ländern niedriger als nach den hiesigen Lebensverhältnissen geboten festzulegen.²¹⁷

Das BVerfG stellt weiter klar, dass "***migrationspolitische Erwägungen, die Leistungen an Asylbewerber und Flüchtlinge niedrig zu halten, um Anreize für Wanderungsbewegungen durch ein im internationalen Vergleich eventuell hohes Leistungsniveau zu vermeiden, von vornherein kein Absenken des Leistungsstandards unter das physische und soziokulturelle Existenzminimum rechtfertigen***" können. "*Die in Art. 1 Abs. 1 GG garantierte Menschenwürde ist migrationspolitisch nicht zu relativieren.*"²¹⁸

Das BVerfG hat wegen der evident unzureichenden Leistungen bis zu einer verfassungskonformen Neuregelung eine **Übergangsregelung** angeordnet, wonach ab sofort Grundleistungen in Höhe der Regelbedarfe nach SGB II/XII zu erbringen sind (dazu D II.2).

3. Maßgaben des BVerfG für eine verfassungskonforme Neuregelung

Das BVerfG verpflichtet den Gesetzgeber, für den Anwendungsbereich des AsylbLG unverzüglich eine verfassungskonforme **Neuregelung** zu treffen.²¹⁹ Eine konkrete Frist setzt das BVerfG hierfür nicht. Das BVerfG macht dabei Maßgaben zu Anwendungsdauer, Personenkreis und der konkreten Ermittlung abweichender Bedarfe.

Das BVerfG stellt fest, dass die dem AsylbLG zugrunde liegende Annahme, dass eine **kurze Aufenthaltsdauer** eine **geringere Leistungshöhe** rechtfertigt, bislang nicht belegt sei. Weder dem Gesetz noch den Gesetzesmaterialien oder den Stellungnahmen im Vorlageverfahren ließen sich Anhaltspunkte entnehmen, dass sich die Aufenthaltsdauer konkret auf die existenzsichernden Bedarfe auswirkt.²²⁰ Das BVerfG stellt somit auch die Grundannahme des AsylbLG in Frage, dass mangels Integrationsbedarfs bei vorübergehendem Aufenthalt der Existenzbedarf geringer sei.

Falls der Gesetzgeber beim Existenzminimum die Besonderheiten bestimmter **Personengruppen** berücksichtigen wolle, dürfe er nicht pauschal nach Aufenthaltsstatus differenzieren. Eine Differenzierung sei nur möglich, wenn der Bedarf gerade dieser Gruppe **signifikant abweicht** und dies folgerichtig in einem inhaltlich transparenten Verfahren anhand des tatsächlichen Bedarfs belegt werden kann.²²¹

²¹² BVerfG 18.7.2012, 1 BvL 10/10 und 1 BvL 2/11, Rn 116 f.

²¹³ BVerfG 18.7.2012, 1 BvL 10/10 und 1 BvL 2/11, Leitsatz 1.

²¹⁴ BVerfG 18.7.2012, 1 BvL 10/10 und 1 BvL 2/11, Rn 115.

²¹⁵ BVerfG 18.7.2012, 1 BvL 10/10 und 1 BvL 2/11, Leitsatz 2.

²¹⁶ BVerfG 18.7.2012, 1 BvL 10/10 und 1 BvL 2/11, Leitsatz 2. Hervorhebungen hier und im Folgenden durch den Autor.

²¹⁷ BVerfG 1 BvL 10/10 und 1 BvL 2/11, Rn 93. Der Hinweis des BVerfG auf Standards anderer Länder bezieht sich auf die vom Prozessvertreter der Bundesregierung, Prof. Hailbronner in der mündlichen Verhandlung vorgetragene Notwendigkeit einheitlicher Asylstandards innerhalb der EU.

²¹⁸ BVerfG 18.7.2012, 1 BvL 10/10 und 1 BvL 2/11, Rn 121. Kommentare und Ländererlasse zum BVerfG-Urteil siehe www.fluechtlingsinfo-berlin.de/fr/asylblg/BVerfG-AsylbLG-Urteil.html.

²¹⁹ BVerfG 18.07.2012, 1 BvL 10/10 und 1 BvL 2/11, Urteilstenor Ziffer 2 und Rn 140.

²²⁰ BVerfG 1 BvL 10/10 und 1 BvL 2/11, Rn 118.

²²¹ BVerfG 1 BvL 10/10 und 1 BvL 2/11, Leitsatz 3.

Das BVerfG stellt in Frage, ob der Existenzminimumsbedarf für Menschen mit **vorübergehendem Aufenthalt** überhaupt abweichend bestimmt werden kann. Dies hänge davon ab, ob wegen des kurzfristigen Aufenthalts Minderbedarfe gegenüber Hilfeempfängern mit Daueraufenthaltsrecht nachvollziehbar festgestellt werden können. Hierbei seien dann Mehrbedarfe zu berücksichtigen, die typischerweise gerade bei einem nur vorübergehenden Aufenthalt anfallen.²²²

Wenn sich tatsächlich spezifische Minderbedarfe nachweisen ließen, und der Gesetzgeber dafür die Existenzleistungen gesondert bestimmen wolle, müsse er sicherstellen, dass der **Personenkreis** tatsächlich nur diejenigen erfasst, die sich nur kurzfristig in Deutschland aufhalten. Es fehle ein Beleg dafür, dass sich AsylbLG-Leistungsberechtigte typischerweise nur für kurze Zeit in Deutschland aufhalten.²²³

Eine Beschränkung sei nicht mehr gerechtfertigt, wenn die **Spanne eines Kurzaufenthalts deutlich überschritten** sei. Hier sei ein zeitnahe Übergang von den Leistungen für Kurzaufenthalte zu den Normalfällen vorzusehen.²²⁴ Jedenfalls für die in § 2 AsylbLG vorgesehene Dauer von mittlerweile vier Jahren sei es nicht mehr gerechtfertigt, von einem kurzen Aufenthalt mit niedrigerem Bedarf auszugehen.²²⁵

4. Verfassungsrechtliche Kritik am AsylbLG bleibt bestehen

Auch nach dem Urteil des BVerfG bleiben verfassungsrechtliche Zweifel an der im AsylbLG geregelten leistungsrechtlichen „Mithaftung“ von Kindern, am Sachleistungsprinzip, an der Einkommensanrechnung und der Krankenbehandlung bestehen.²²⁶ Diese Fragen waren nicht Gegenstand der am 18.7.2012 entschiedenen Vorlageverfahren beim BVerfG. Auch die sich aufdrängende Frage der Verletzung des Grundrechts auf Gleichheit thematisiert das BVerfG-Urteil nicht.²²⁷ BAGFW, Kirchen und Flüchtlingsorganisationen fordern nach wie vor die Aufhebung des AsylbLG.²²⁸

Verfassungsrechtlich problematisch ist nicht zuletzt die **Kumulation** des AsylbLG mit **weiteren gesetzlichen Einschränkungen**. Asylsuchende und geduldete Flüchtlinge unterliegen in allen Lebensbereichen umfassenden gesetzlichen Restriktionen. Das Arbeitsverbot ermöglicht in vielen Fällen überhaupt erst den Verweis auf die Fürsorgeleistungen des AsylbLG. Umverteilung und Residenzpflicht bewirken die erzwungene Trennung von bereits hier lebenden Angehörigen.²²⁹ Die Einweisung in Sammelunterkünfte schränkt die Privatsphäre ein.²³⁰ Die Sachleistungen und der geringe Barbetrag führen den Ausschluss von fast allen Bereichen gesellschaftlicher Teilhabe. Der Zugang zu Aus- und Weiterbildung²³¹, Sprachkursen und Eingliederungshilfen nach SGB II/III, Wohnung und sozialen Beziehungen, Gesundheit und nicht zuletzt zu asyl- und aufenthaltsrechtlichem Rechtsschutz wird faktisch beschränkt oder ausgeschlossen.²³² Die Probleme der unter die "Altfallregelung" des § 104a AufenthG fallenden Flüchtlinge bei der Arbeitssuche machen deutlich, dass die Mehrzahl der Betroffenen aufgrund jahrelanger Exklusion nachhaltig dequalifiziert, psychisch und physisch krank und faktisch oder tatsächlich erwerbsunfähig gemacht wurde.

²²² BVerfG 1 BvL 10/10 und 1 BvL 2/11, Rn 100.

²²³ BVerfG 1 BvL 10/10 und 1 BvL 2/11, Rn 118.

²²⁴ BVerfG 1 BvL 10/10 und 1 BvL 2/11, Rn 101.

²²⁵ BVerfG 18.7.2012, 1 BvL 10/10 und 1 BvL 2/11, Rn. 119.

²²⁶ Vgl. Classen, Das AsylbLG und das Grundrecht auf ein menschenwürdiges Existenzminimum.

²²⁷ Vgl. Classen/Kanalan, Verfassungsmäßigkeit des AsylbLG, info also 2010 - 243.

²²⁸ Vgl. deren Stellungnahmen zur Anhörung zum AsylbLG im Bundestagsausschuss für Arbeit und Soziales am 7.2.2011, www.fluechtlingsrat-berlin.de/print_neue_meldungen.php?sid=521.

²²⁹ Es wäre einfacher einen Finanzausgleich vorzusehen, als zwecks "Lastenteilung" Menschen umzuverteilen.

²³⁰ Begründet wird dies mit § 3 Abs. 1 AsylbLG, § 53 AsylVfG, § 61 AufenthG und/oder den Landesaufnahmegesetzen.

²³¹ Das Arbeits- und Ausbildungsverbot gilt wegen der Vorrangprüfung vielfach faktisch unbefristet. Das Menschenrecht auf Arbeit und Bildung ist verletzt.

²³² Die Prozesskostenhilfe funktioniert im Bereich des Asyl- und Aufenthaltsrechts nicht. Anwälte müssen ihre Anträge bereits für den PKH-Antrag inhaltlich durchbegründen und verlangen dafür regelmäßig Vorschüsse in dreistelliger Höhe. Fahrtkosten zu den meist nur in Großstädten ansässigen Ausländerrechtsanwälten kommen noch hinzu.

E. Literatur und Materialien

- Classen, [Das Asylbewerberleistungsgesetz und das Grundrecht auf ein menschenwürdiges Existenzminimum](#), Hrsg. Pro Asyl Februar 2011, www.fluechtlingsrat-berlin.de > Gesetzgebung > Asylbewerberleistungsgesetz
- Classen, Das BVerfG-Urteil zur Verfassungswidrigkeit des AsylbLG, Juli 2012, www.fluechtlingsinfo-berlin.de/fr/asylblg/BVerfG-AsylbLG-Urteil.html
- Classen/Kanalan, [Verfassungsmäßigkeit des AsylbLG](#), info also 2010, 243
- Classen, [Sozialleistungen für MigrantInnen und Flüchtlinge](#), Handbuch für die Praxis, Karlsruhe 2008
- Deutscher Verein für öffentliche und private Fürsorge, [Erste Empfehlungen zur Verbesserung der Erwerbsintegration von Menschen mit Migrationshintergrund](#), NDV 2010, 255
- Frings, Sozialrecht für Zuwanderer, Baden-Baden 2008
- Frings, [SGB II-Leistungen für Unionsbürger und ihre Familien](#), in Barwig, Hohenheimer Tage zum Ausländerrecht 2009, Baden-Baden 2010
- Frings, [Zugänge zur Erwerbstätigkeit für Neu-Unionsbürger und ihre Familienangehörigen](#), in Barwig, Hohenheimer Tage zum Ausländerrecht 2009, Baden-Baden 2010
- Frings, [Grundsicherungsleistungen für Unionsbürger unter dem Einfluss der VO \(EG\) Nr. 883/2004](#), ZAR 2012, 317
- Hohm, Gemeinschaftskommentar zum Asylbewerberleistungsgesetz, Loseblatt, Köln/Neuwied
- Janda, Soziale Sicherung für Migranten unter besonderer Berücksichtigung der Unionsbürgerschaft, KritV 2011, 275
- Kingreen, Schätzung „ins Blaue hinein“: Zu den Auswirkungen des Hartz-IV-Urteils des Bundesverfassungsgerichts auf das Asylbewerberleistungsgesetz, NVwZ 2010, 558
- Lederer, [Einschränkungen des behördlichen Ermessens in Bezug auf die Leistungsformen des AsylbLG; Rechtliche Zulässigkeit der Gewährung von Geld statt Gutscheinen](#), Mai 2003, aktualisiert Sept. 2011
- Renner, Ausländerrecht, Kommentar, 9. A. bearbeitet von Bergmann, Dienelt, Röseler, München 2011
- Rothkegel, Das Sachleistungsprinzip des Asylbewerberleistungsgesetzes vor dem Bundesverfassungsgericht, ZAR 2011, 90.
- Steffen, SGB II: Fürsorge- oder Arbeitsmarktgesetz? - Ist die Frage bei Leistungen für Unionsbürger noch relevant? [ANA-ZAR 2011, 9](#).
- Steffen, [Zugang zu Sozialleistungen für Unionsbürger](#), Mai 2011

Hinweis: Die zitierte **Rechtsprechung** ist zu finden über www.sozialgerichtsbarkeit.de, www.asyl.net oder www.dejure.org.