



Stellungnahme

des Deutschen Anwaltvereins durch
den Ausschuss Ausländer- und Asylrecht

zum

Entwurf eines Gesetzes zur Regelung von Ansprüchen
ausländischer Personen in der Grundsicherung für
Arbeitsuchende nach dem Zweiten Buch Sozialgesetzbuch
und in der Sozialhilfe nach dem Zwölften Buch
Sozialgesetzbuch (BT-Drs. 18/10211)

Stellungnahme Nr.: 77/2016

Berlin, im November 2016

Mitglieder des Ausschusses

- Rechtsanwältin Gisela Seidler, München (Vorsitzende)
- Rechtsanwalt Helmut Bäcker, Frankfurt/Main
- Rechtsanwalt Dr. Wolfgang Breidenbach, Halle/Saale
- Rechtsanwalt Dr. Marco Bruns, Frankfurt/Main
(stellvertretender Vorsitzender)
- Rechtsanwältin Maria Kalin, Passau
- Rechtsanwalt Tim W. Kliebe, Frankfurt/Main
- Rechtsanwältin Kerstin Müller, Köln
- Rechtsanwalt Berthold Münch, Heidelberg
- Rechtsanwalt Thomas Oberhäuser, Ulm
(Berichterstatter)
- Rechtsanwältin Eva Reichert, Köln
- Rechtsanwalt Rolf Stahmann, Berlin
- Rechtsanwältin Eva Steffen, Köln

Deutscher Anwaltverein
Littenstraße 11, 10179 Berlin
Tel.: +49 30 726152-0
Fax: +49 30 726152-190
E-Mail: dav@anwaltverein.de

Büro Brüssel
Rue Joseph II 40
1000 Brüssel, Belgien
Tel.: +32 2 28028-12
Fax: +32 2 28028-13
E-Mail: bruessel@eu.anwaltverein.de
Transparenz-Registernummer:
87980341522-66

www.anwaltverein.de

Zuständig in der DAV-Geschäftsführung

- Rechtsanwältin Bettina Bachmann, Berlin

Verteiler

- Bundesministerium für Arbeit und Soziales
- Bundesministerium des Innern
- Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz
- Beauftragte der Bundesregierung für Migration, Flüchtlinge und Integration
- Ausschuss für Arbeit und Soziales des Deutschen Bundestages
- Innenausschuss des Deutschen Bundestages
- Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages
- Ausschuss für Menschenrechte und humanitäre Hilfe des Deutschen Bundestages
- CDU/CSU-Fraktion im Deutschen Bundestag
- SPD-Fraktion im Deutschen Bundestag
- Fraktion DIE LINKE im Deutschen Bundestag
- Fraktion Bündnis 90/Die Grünen im Deutschen Bundestag
- Arbeitsgruppen für Arbeit und Soziales der im Bundestag vertretenen Parteien
- Arbeitsgruppen Inneres der im Bundestag vertretenen Parteien
- Arbeitsgruppen Recht und Verbraucherschutz der im Bundestag vertretenen Parteien
- Arbeitsgruppen Menschenrechte und humanitäre Hilfe der im Bundestag vertretenen Parteien
- Landesministerien und Senatsverwaltungen für Arbeit und Soziales
- Landesministerien und Senatsverwaltungen des Innern
- Landesministerien und Senatsverwaltungen für Justiz
- Ausschuss für Arbeit und Soziales des Bundesrates
- UNHCR Deutschland
- Katholisches Büro in Berlin
- Bevollmächtigte des Rates der EKD bei der Bundesrepublik Deutschland
- Diakonisches Werk der EKD
- Deutscher Caritasverband
- Deutsches Rotes Kreuz
- AWO Bundesverband e.V.
- Flüchtlingsrat Berlin
- Jesuitenflüchtlingsdienst Deutschland
- Deutsches Institut für Menschenrechte
- Bundesrechtsanwaltskammer
- Deutscher Richterbund
- Bund Deutscher Verwaltungsrichter und Verwaltungsrichterrinnen
- PRO ASYL, Bundesweite Arbeitsgruppe für Flüchtlinge e. V.
- Deutscher Gewerkschaftsbund (Bundesvorstand)
- Neue Richtervereinigung (NRV)
- Vorstand des DAV
- Vorsitzende der DAV-Gesetzgebungsausschüsse
- Landesverbände des DAV
- Ausschuss Ausländer- und Asylrecht
- Geschäftsführender Ausschuss der Arbeitsgemeinschaft Migrationsrecht

Der Deutsche Anwaltverein (DAV) ist der freiwillige Zusammenschluss der deutschen Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte. Der DAV mit derzeit ca. 66.000 Mitgliedern vertritt die Interessen der deutschen Anwaltschaft auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene.

Der Gesetzentwurf sieht vor, dass Unionsbürger und ihre Familienangehörigen erst nach einem rechtmäßigen Aufenthalt von fünf Jahren nicht mehr von existenzsichernden Leistungen ausgeschlossen werden dürfen. Demgegenüber hatte das Bundessozialgericht (BSG) in seinen Grundsatzentscheidungen zur verfassungskonformen Auslegung der Ausschlussstatbestände im SGB II und SGB XII betont, dass ein Ausschluss von existenzsichernden Leistungen bereits nach 6 Monaten nicht zu rechtfertigen ist, solange die Ausländerbehörde kein Verfahren einleitet, mit dem der Verlust des Freizügigkeitsrechts festgestellt wird.¹

Darüber hinaus sollen nach dem Gesetzentwurf die vom BSG² und EuGH³ anerkannten Leistungsansprüche von Kindern und ihren Eltern ausgeschlossen werden, die ihr Aufenthaltsrecht aus der sog. Arbeitnehmerverordnung (VO 492/2011/EU) ableiten. Entsprechende Regelungen wurden auch im SGB XII aufgenommen. Die dem Leistungsausschluss nach SGB II und SGB XII unterfallenden Ausländer sollen sodann entgegen der „Lösung“ des BSG und trotz ihres rechtmäßigen Aufenthaltes auch keine Leistungen im Wege des Ermessens nach § 23 Abs. 1 SGB XII erhalten. Vielmehr sind nur noch Überbrückungsleistungen mit einem erheblich eingeschränkten Leistungsumfang vorgesehen, die **einmalig** innerhalb von 2 Jahren bis zur Ausreise und längstens für einen Zeitraum von vier Wochen erbracht werden sollen. Selbst wenn eine Ausreise nicht binnen vier Wochen möglich ist, z.B. wegen krankheitsbedingter Reiseunfähigkeit, können Leistungen nur im Einzelfall aufgrund besonderer Umstände und zur Überwindung einer besonderen Härte und nur zur Deckung einer zeitlich befristeten Bedarfslage erbracht werden. Aufwendungen der Rückfahrt können in Form

¹ BSG, Urt. v. 3.12.15 – B 4 AS 59/13 R; B 4 AS 43/15 R; B 4 AS 44/15 R; 16.12.15 – B 14 AS 15/ 14 R; B 14 AS 18/14 R; B 14 AS 33/14 R und v. 20.1.16 – B 14 AS 15/15 R; B 14 AS 35/15 R – sowie v. 17.3.2016 – B 4 AS 32/15 R – juris.

² BSG, Urt. 3.12.2015, B 4 AS 43/15 R - juris.

³ EuGH, U. v.17.09.2002 – C-413/99 – Rs. Baumbast, EuGH, U. v.23.02.2010 – C-310/08 – Rs Ibrahim, EuGH, Urt. v. 23.02.2010 – C-480/08 – Rs Teixeira.

eines Darlehens gewährt werden. Diese Regelungen sind mit höherrangigem Recht nicht vereinbar.

1. Rechtmäßiger fünfjähriger Aufenthalt

Anders als für den Erwerb eines Daueraufenthaltsrechts nach Art. 16 Freizügigkeits-RL ist für die Rechtmäßigkeit des Aufenthalts iSd § 7 Abs. 1 Satz 4 SGB II keine materielle Freizügigkeitsberechtigung im Sinne der Unionsbürgerrichtlinie vorausgesetzt.

Entsprechend der Systematik des Freizügigkeitsgesetzes geht der Gesetzgeber zutreffend von der zugunsten von Unionsbürgern und ihren Familienangehörigen geltenden Freizügigkeitsvermutung aus: Der Aufenthalt eines Unionsbürgers und seines Familienangehörigen ist solange rechtmäßig, wie die Ausländerbehörde keine Verlust- oder Nichtbestehensfeststellung getroffen hat.

Konsequent erstreckt der Gesetzgeber diese Vermutung auf das Leistungsrecht, sofern die Rechtmäßigkeit des Aufenthalts nicht durch eine entsprechende Verfügung beendet oder unterbrochen wurde. Folgerichtig wäre es gewesen, den Leistungsanspruch für die gesamte Dauer des rechtmäßigen Aufenthalts anzuerkennen und nicht erst nach fünf Jahren. Bis zur Verlust- oder Nichtbestehensfeststellung besteht keine Ausreisepflicht.

Unabhängig davon geht der Gesetzgeber davon aus, dass nicht nur kurzfristige Unterbrechungen des Aufenthalts in Deutschland für Heimatbesuche oder vergleichbar unwesentliche Unterbrechungen dazu führen können, dass die 5-Jahres-Frist erneut zu laufen beginnt. Im Einklang mit Art. 16 Abs. 3 der Freizügigkeits-RL bestimmt jedoch § 5 Abs. 6 FreizügG/EU, dass der sog. ständige Aufenthalt durch Abwesenheiten bis zu insgesamt sechs Monaten im Jahr oder Abwesenheiten zur Ableistung des Wehr- oder Ersatzdienstes sowie eine einmalige Abwesenheit von bis zu zwölf Monaten aus wichtigem Grund nicht berührt wird. Dies ist ein unauflöslicher Wertungswiderspruch.

2. Aufenthaltsrecht nach Art. 10 VO 492/2011/EU

Der Gesetzentwurf begründet den Ausschluss von Personen, deren Aufenthaltsrecht sich nur aus Art. 10 der Verordnung 492/2011/EU ergibt, damit, dass andernfalls die Regelungen der Freizügigkeitsrichtlinie leer liefen. Die Ausnahme vom

Gleichbehandlungsgebot des Art. 24 Abs. 1 Freizügigkeits-RL und damit das Recht der Mitgliedstaaten, Unionsbürger von Leistungen der Sozialhilfe auszuschließen, gelte nach Art. 24 Abs. 2 Freizügigkeits-RL für **alle anderen Personen** als Arbeitnehmer oder Selbständige, Personen, denen dieser Aufenthaltsstatus erhalten bleibt Unionsbürger, die nur über ein abgeleitetes Recht aus der Verordnung 492/2011/EU verfügen, würden diese Vorgaben nicht erfüllen (Gesetzentwurf, S. 11). Nur wenn sie aufgrund aktueller oder nachwirkender Erwerbstätigkeit selbst freizügigkeitsberechtigt sind, sollen sie künftig anspruchsberechtigt bleiben.

a) Anwendungsbereich von Art. 10 VO 492/2011/EU

aa) Gem. Art. 10 VO 492/2011/EU steht den Kindern eines Staatsangehörigen eines Mitgliedstaats, der im Aufnahmemitgliedstaat **beschäftigt oder beschäftigt gewesen** ist, und darüber auch dem die tatsächliche elterliche Sorge wahrnehmenden Elternteil, ein Recht auf Aufenthalt für die gesamte Dauer der Ausbildung des Kindes zu. Ist die Ausbildung bei Volljährigkeit des Kindes noch nicht beendet, besteht das Aufenthaltsrecht der Eltern fort, sofern ein weiterer Betreuungsbedarf besteht.⁴

Dieses Aufenthaltsrecht ist unabhängig von dem Vorhandensein ausreichender Existenzmittel.⁵ Auch wenn Kinder in den Aufnahmemitgliedstaat einreisen und der Elternteil seine Erwerbstätigkeit beendet, bevor sie eine Ausbildung aufnehmen, können sie sich auf Art. 10 VO 492/2011/EU berufen.⁶

bb) Umfasst werden folglich nicht nur Fälle, in denen derjenige Elternteil, der Wanderarbeitnehmer ist, nach Einreise des Kindes und Aufnahme einer Ausbildung den Aufnahmemitgliedstaat verlässt, sondern auch Konstellationen, in denen ein Elternteil den Status als Wanderarbeitnehmer nach der Einreise des Kindes verliert, sei es wegen Arbeitslosigkeit, Erwerbsunfähigkeit oder Renteneintritts.⁷

⁴ Siehe nur EuGH, Urt. v. 17.09.2002, Rs. C-413/99 (Baumbast); EuGH, Urt. v. 23.2.2010, Rs. C-480/08 (Teixeira); EuGH, Urt. v. 23.2.2010, Rs. C-310/08 (Ibrahim), alle über <http://curia.europa.eu> abrufbar.

⁵ EuGH, Urt. v. 23.2.2010, Rs. C-480/08 (Teixeira), Rn 70, <http://curia.europa.eu>.

⁶ EuGH, Urt. v. 23.2.2010, Rs. C-480/08 (Teixeira), Rn 74, <http://curia.europa.eu>.

⁷ Sofern die Voraussetzungen der speziellen Vorschriften von Art. 7 Abs. 3, Art. 14 und Art. 17 f. Freizügigkeits-RL vorliegen, behält der Elternteil und ggf. sein Familienangehöriger das Aufenthaltsrecht allerdings ohnehin.

b) Konformität der Ausschlussregelung mit Unionsrecht?

Nach dem Gesetzentwurf soll aus dem Umstand, dass das Aufenthaltsrecht nach Art. 10 VO 492/2011/EU kein Aufenthaltsrecht im Sinne der Freizügigkeitsrichtlinie ist, folgen, dass keine gemäß Art. 24 Abs. 2 Freizügigkeits-RL verbotene Diskriminierung vorliegt, da das nach Art. 10 VO 492/2011/EU privilegierte Kind und sein Elternteil, der sein Aufenthaltsrecht über Art. 10 VO 492/2011/EU von seinem Kind ableitet, nicht als Arbeitnehmer oder Selbständiger oder Person, denen dieser Status erhalten bleibt, anzuerkennen ist. Weil der EuGH den Ausschluss von Personen von Sozialleistungen, die kein Aufenthaltsrecht nach der Freizügigkeitsrichtlinie besitzen, nicht untersagt habe, sei ein solcher Ausschluss unionsrechtskonform.

aa) Diese Annahme ist unzutreffend. Der EuGH hat in den Verfahren *Dano*,⁸ *Alimanovic*⁹ und *Garcia-Nieto*¹⁰ weder ausdrücklich noch konkludent zu einem Aufenthaltsrecht aus Art. 10 VO 492/2011/EU Stellung genommen. Aus seiner Rechtsprechung¹¹ sowie dem primären und sekundären Unionsrecht lässt sich hingegen zweifelsfrei ablesen, dass Aufenthalte, die im Einklang mit dem Unionsrecht stehen, dem unbeschränkten Anwendungsbereich des Diskriminierungsverbots von Art. 18 AEUV unterfallen.

Das Aufenthaltsrecht im Sinne von Art. 10 VO 492/2011/EU ist ein solches, nämlich ein *Recht zum Aufenthalt*, und damit im Sinne von Art. 21 AEUV Teil der allgemeinen Unionsbürgerfreizügigkeit, da es im Einklang mit den in den Verträgen und den Durchführungsvorschriften vorgesehenen Beschränkungen und Bedingungen steht, konkret den Vorgaben der VO 492/2011/EU.

Die in den vorgenannten, zur Auslegung der Freizügigkeitsrichtlinie ergangenen Entscheidungen des EuGH angesprochenen Befugnisse der Mitgliedstaaten, Unionsbürger von Sozialleistungen auszuschließen, wenn diese kein Freizügigkeitsrecht besitzen, besagt nichts zu der vorliegend maßgeblichen Fragestellung, ob ein *aus anderen* als den in der Freizügigkeitsrichtlinie genannten

⁸ EuGH, Urt. v. 11.11.2014, Rs. C-333/13 (*Dano*), <http://curia.europa.eu>.

⁹ EuGH, Urt. v. 15.09.2015, Rs. C-67/14 (*Alimanovic*), <http://curia.europa.eu>.

¹⁰ EuGH, Urt. v. 25.02.2016, Rs. C-299/14 (*Garcia-Nieto*), <http://curia.europa.eu>.

¹¹ Beginnend mit EuGH, Urt. v. 12.05.1998, Rs. C-85/96 (*Martinez Sala*), <http://curia.europa.eu>.

Gründen bestehendes Aufenthaltsrecht verbietet, Unionsbürger schlechter zu behandeln als eigene Staatsangehörige, wenn das Unionsrecht, wie vorliegend, keine explizite Einschränkung des Diskriminierungsverbots enthält.

Dazu bedarf es indes keiner Entscheidung des EuGH, da genau dies Kern von Art. 18 AEUV ist.

Nur wenn der Aufenthalt eines Unionsbürgers materiell unrechtmäßig oder in den Verträgen oder den Durchführungsbestimmungen die Möglichkeit von Einschränkungen normiert ist, kann der Gesetzgeber vom grundsätzlichen Verbot einer Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit abweichen. Ist der Aufenthalt hingegen materiell rechtmäßig und fehlen Einschränkungen oder Ermächtigungen hierzu, gilt das allgemeine Diskriminierungsverbot des Art 18 AEUV.

bb) Die einmal erworbenen Ausbildungs- und Aufenthaltsrechte der Kinder beziehungsweise ihrer sorgeberechtigten oder die tatsächliche Sorge ausübenden Elternteile nach Art. 10 VO 492/2011/EU bestehen nach der Rechtsprechung des EuGH *unabhängig* von den in der Freizügigkeitsrichtlinie festgelegten Voraussetzungen. Sie sind autonom gegenüber den unionsrechtlichen Bestimmungen anzuwenden, die die Voraussetzungen für die Ausübung des Rechts auf Aufenthalt in einem anderen Mitgliedstaat regeln.¹² Es ist deshalb ohne jede Bedeutung, ob mit einer Anerkennung eines Leistungsrechts für Kinder in Ausbildung sowie deren Eltern die „Regelungen der Freizügigkeitsrichtlinie“ ins Leere laufen würden. Die Regelungen der VO 492/2011/EU begründen ein eigenes, von der Freizügigkeitsrichtlinie gänzlich unabhängiges Aufenthaltsrecht. Dieses autonome Aufenthaltsrecht unterfällt nicht dem Anwendungsbereich der Freizügigkeitsrichtlinie, so dass ein Ausschluss auch nicht über Art. 24 Abs. 2 Freizügigkeits-RL unionsrechtlich zu rechtfertigen wäre. Die leistungsrechtliche Ausnahmeregelung gilt nur insoweit wie der Gleichbehandlungsgrundsatz des Art. 24 Abs. 1 Freizügigkeits-RL („...jeder Unionsbürger, der sich aufgrund dieser Richtlinie im Hoheitsgebiet des Aufnahmemitgliedstaates aufhält...“) Anwendung findet („Abweichend von Abs. 1 ...“). In der Rechtssache Dano hatte der EuGH betont, dass eine Berufung auf den

¹² EuGH, Urt. v. 23.2.2010, Rs. C-310/08 (Ibrahim), Rn 42 ff, 50, <http://curia.europa.eu>.

Gleichbehandlungsgrundsatz des Art. 24 Abs. 1 Freizügigkeits-RL einen rechtmäßigen Aufenthalt iSd Freizügigkeitsrichtlinie erfordert und in der Rechtssache Alimanovic klargestellt, dass die Ausnahmeregelung zum Gleichbehandlungsgebot nur für solche arbeitssuchende Unionsbürger Anwendung findet, denen ein Aufenthaltsrecht **allein** aufgrund von Art. 14 Abs. 4 lit. b Freizügigkeits-RL zusteht.

Besteht, wie im vorliegenden Kontext, ein Aufenthaltsrecht aus anderen unionsrechtlichen Gründen, haben Berechtigte einen Anspruch auf gleichberechtigten Zugang zu Leistungen bereits über Art. 4 VO 883/2004. Der dort normierte Gleichbehandlungsgrundsatz tritt im Falle eines von den Bestimmungen der Freizügigkeitsrichtlinie unabhängigen Aufenthaltsrechts auch nicht hinter die Regelungen der Freizügigkeitsrichtlinie zurück, wenn und weil diese von vornherein keine Anwendung findet.¹³

Außerdem verstößt eine Regelung, die Art. 10 VO 492/2011/EU ihrer praktischen Wirksamkeit berauben würde, gegen einen wesentlichen Grundsatz des Unionsrechts, nämlich den *effet utile*. Würde das Aufenthaltsrecht eines Kindes in Ausbildung vom Vorliegen eines Freizügigkeitsrechts nach der Freizügigkeitsrichtlinie – in Betracht kommt wohl nur die Freizügigkeit als Nichterwerbstätiger – abhängen, käme es auf Art. 10 VO 492/2011/EU, und damit auf eine Anspruchsnorm des Unionsrechts, im Ergebnis nicht an und wäre diese folglich praktisch wirkungslos.

cc) Im Übrigen ist das nach Art. 10 VO 492/2011/EU bestehende Aufenthaltsrecht von Kindern und ihren Eltern auch vom Gesetzgeber anerkannt, siehe § 3 Abs. 4 FreizügG/EU. Die mit dem Gesetzentwurf beabsichtigte Möglichkeit, Kinder und deren für sie sorgende Eltern, die sich auf ein unionsrechtlich verankertes Aufenthaltsrecht berufen, trotz unzweifelhaft rechtmäßigen Aufenthalts von sämtlichen Sozialleistungen auszuschließen, ist nicht nur mit dem Unionsrecht, sondern auch mit Verfassungsrecht nicht zu vereinbaren.

¹³ So zu Recht: Deutscher Bundestag, Ausarbeitung „Zur Vereinbarkeit des Referentenentwurfs „Gesetz zur Regelung ausländischer Personen in der Grundsicherung für Arbeitssuchende nach dem Zweiten Sozialgesetzbuch“ mit dem Recht der Europäischen Union“ v. 25.5.2016 PE 6-3000-76/16

3. Verfassungsrechtlich geschützter Anspruch auf ein menschenwürdiges Existenzminimum

Das Bundessozialgericht hatte bei seinen Entscheidungen in Auslegung der gesetzlichen Regelungen zum Leistungsausschluss für Unionsbürger im SGB II ausdrücklich die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum AsylbLG vom 18.07.2012 im Blick und berücksichtigt. Das Bundesverfassungsgericht hatte in diesem Urteil klargestellt, dass der Anspruch auf ein menschenwürdiges Existenzminimum als Menschenrecht Deutschen und Ausländern gleichermaßen zusteht und dem Grunde nach unverfügbar ist. Das menschenwürdige Existenzminimum ist unabhängig von der Aufenthaltsdauer und Aufenthaltsperspektive eines Ausländers im Bundesgebiet stets durch einen gesetzlich verankerten Rechtsanspruch zu gewährleisten.

Mit der geplanten Neuregelung werden Unionsbürger ohne Erwerbsstatus für die Dauer von 5 Jahren von Leistungen ausgeschlossen und auf „Überbrückungsleistungen“ für längstens 4 Wochen verwiesen, die auf ein erheblich eingeschränktes physisches Existenzminimum reduziert und auch nur einmalig innerhalb von 2 Jahren bis zur Ausreise gewährt werden sollen. Darüber hinausgehende Leistungen für Bekleidung und Schuhe, Strom, Hausrat sowie sämtliche Leistungen zur Deckung des soziokulturellen Existenzminimums und Leistungen für Bildung und Teilhabe werden ausgeschlossen und nur ausnahmsweise bei Vorliegen besonderer Umstände zur Vermeidung unzumutbarer Härten im Einzelfall und nur für einen begrenzten Zeitraum gewährt. Durch die Härtefallregelung soll sichergestellt werden, dass innerhalb der Leistungsfrist von einem Monat auch über das gewährte Niveau hinausgehende Bedarfe, wie zum Beispiel Kleidung, gedeckt werden können. Diese Härtefallregelung soll nach dem Willen des Gesetzgebers aber nur eingreifen, um im Einzelfall für einen begrenzten Zeitraum unzumutbare Härten zu vermeiden, nicht aber um einen dauerhaften Leistungsbezug zu ermöglichen. So sei von einer Unmöglichkeit der Ausreise auszugehen, wenn eine amtsärztlich festgestellte Reiseunfähigkeit vorliege.

Existenzsichernde Leistungsansprüche müssen aber durch einen gesetzlich verankerten Rechtsanspruch gewährleistet werden und dürfen nicht ins Ermessen gestellt werden.

Eine ähnlich (sehr umstrittene) und nicht einmal so weit gehende Leistungseinschränkung gibt es für ausreisepflichtige Drittstaatsangehörige nach § 1a Abs. 2 und 3 Asylbewerberleistungsgesetz (AsylbLG), die einer festgestellten möglichen und zumutbaren Ausreisepflicht nicht nachkommen oder bei denen aus von ihnen zu vertretenden Gründen aufenthaltsbeendende Maßnahmen nicht vollzogen werden können. Leistungsberechtigte nach dem AsylbLG erhalten diese Leistungen auch nicht nur für einen Zeitraum von 4 Wochen. Im Anwendungsbereich des AsylbLG sind die dort vorgesehenen Leistungskürzungen unter Berücksichtigung der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts und des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zudem grundsätzlich auf eine Dauer von 6 Monaten beschränkt. Der Gesetzgeber geht bei Leistungsberechtigten nach dem AsylbLG gemäß § 2 AsylbLG ferner davon aus, dass bereits nach 15 Monaten ein verfestigter Aufenthalt anzunehmen ist. Warum dies bei Unionsbürgern erst nach einem fünfjährigen Aufenthalt anzunehmen ist, ist nicht nachvollziehbar.

Arbeitssuchende und ihre Familienangehörigen halten sich freizügigkeitsberechtigt im Bundesgebiet auf. Sie genießen einen besonderen Ausweisungsschutz, Art. 14 Abs. 4 b) Freizügigkeits-RL und sind bis zu einer Verlustfeststellung der Ausländerbehörde nicht ausreisepflichtig, § 7 Abs. 1 FreizügG/EU. Letzteres gilt im Übrigen auch für Unionsbürger, die sich ohne Freizügigkeitsrecht im Bundesgebiet aufhalten. Auch sie halten sich bis zu einer Verlustfeststellung der Ausländerbehörde einschließlich der Prüfung anderer nach der VO 492/2011/EU oder dem Aufenthaltsgesetz möglicher Aufenthaltsrechte rechtmäßig im Bundesgebiet auf. Der verfassungsrechtlich geschützte Anspruch auf ein menschenwürdiges Existenzminimum knüpft an den tatsächlichen Aufenthalt im Bundesgebiet an, selbst wenn dieser nicht rechtmäßig, sondern nur geduldet ist, und ist bis zur Ausreise zu gewährleisten.¹⁴ Der Anspruch auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums lässt sich nicht auf die Sicherung des physischen Existenzminimums beschränken, auch wenn der Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers im Bereich des soziokulturellen Existenzminimums weiter ist. Die vorgesehene Einschränkung im Leistungsbereich des physischen Existenzminimums sowie der Ausschluss von jedweden Leistungen zur Deckung des soziokulturellen Existenzminimums sowie den Leistungen zur Bildung und

¹⁴ Kirchhof, Die Entwicklung des Sozialverfassungsrechts in NZS 2015, S. 1, 4

Teilhabe ist mit der Rechtsprechung des BVerfG zum Anspruch auf ein menschenwürdiges Existenzminimum nicht vereinbar. Die vom Gesetzgeber beabsichtigte „Lenkungswirkung“ zur Vermeidung von Mehrbelastungen der Kommunen ist eindeutig migrationspolitisch und nicht bedarfsorientiert motiviert. Das **Existenzminimum** muss entsprechend der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 18.07.2012 **unabhängig von Aufenthaltsgrund und Aufenthaltsperspektive in jedem Fall und jederzeit** sichergestellt sein sowie **stets** den gesamten existenznotwendigen Bedarf decken. Dieser Anspruch ist innerhalb des Geltungsbereichs des GG zu verwirklichen. Sozialleistungen aus dem Herkunftsland können bis zur Ausreise nicht erlangt werden. Der Verweis auf eine Möglichkeit der Beendigung der Hilfebedürftigkeit durch Rückkehr ins Herkunftsland, übersieht, dass eine die Hilfgewährung ausschließende Selbsthilfemöglichkeit nur dann besteht, wenn ein Mittel zur Selbsthilfe „bereit“ steht und sie mit dem Hilfebedarf zeitlich zusammentrifft.¹⁵ Der elementare Lebensbedarf eines Menschen kann und muss in dem Augenblick befriedigt werden, in dem er entsteht.¹⁶ Bis zur Verlustfeststellung besteht keine Ausreisepflicht und damit auch kein zulässiger Verweis auf eine Rückkehrmöglichkeit ins Herkunftsland. Unionsbürger dürfen nicht durch Aushungern zu einer Rückkehr gezwungen werden, die behördenlicherseits niemals verfügt wurde. Die Unvereinbarkeit dieser Regelungen mit den Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts bekräftigen die deutlichen Worte des Vorsitzenden, Prof. Dr. Kirchhoff, an den Prozessvertreter der Bundesregierung in der mündlichen Verhandlung vom 18.7.2012: „Das Motto, ein bisschen hungern, dann gehen die schon, kann es doch wohl nicht sein.“

¹⁵ LSG NRW, Beschl. v. 24.4.2013 – L 20 AY 153/12 B ER

¹⁶ BVerfG, Urt. v. 12.5.2005 - 1 BvR 569/05

Die maßgeblichen Normen lauten:

Artikel 10 VO 492/2011/EU

Die Kinder eines Staatsangehörigen eines Mitgliedstaats, der im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats beschäftigt ist oder beschäftigt gewesen ist, können, wenn sie im Hoheitsgebiet dieses Mitgliedstaats wohnen, unter den gleichen Bedingungen wie die Staatsangehörigen dieses Mitgliedstaats am allgemeinen Unterricht sowie an der Lehrlings- und Berufsausbildung teilnehmen.

Die Mitgliedstaaten fördern die Bemühungen, durch die diesen Kindern ermöglicht werden soll, unter den besten Voraussetzungen am Unterricht teilzunehmen.

VO 1612/68/EWG

Artikel 10

(1) Bei dem Arbeitnehmer, der die Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaats besitzt und im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats beschäftigt ist, dürfen folgende Personen ungeachtet ihrer Staatsangehörigkeit Wohnung nehmen: a) sein Ehegatte sowie die Verwandten in absteigender Linie, die noch nicht 21 Jahre alt sind oder denen Unterhalt gewährt wird;

b) seine Verwandten und die Verwandten seines Ehegatten in aufsteigender Linie, denen er Unterhalt gewährt.

(2) Die Mitgliedstaaten begünstigen den Zugang aller nicht in Absatz 1 genannten Familienangehörigen, denen der betreffende Arbeitnehmer Unterhalt gewährt oder mit denen er im Herkunftsland in häuslicher Gemeinschaft lebt.

(3) Voraussetzung für die Anwendung der Absätze 1 und 2 ist, daß der Arbeitnehmer für seine Familie über eine Wohnung verfügt, die in dem Gebiet, in dem er beschäftigt ist, den für die inländischen Arbeitnehmer geltenden normalen Anforderungen entspricht ; diese Bestimmung darf nicht zu Diskriminierungen zwischen den inländischen Arbeitnehmern und den Arbeitnehmern aus anderen Mitgliedstaaten führen.

Artikel 11

Der Ehegatte eines Staatsangehörigen eines Mitgliedstaats, der im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats eine Tätigkeit im Lohn- oder Gehaltsverhältnis oder eine selbständige Tätigkeit ausübt, sowie die Kinder dieses Staatsangehörigen, die noch nicht 21 Jahre alt sind oder denen er Unterhalt gewährt, haben, selbst wenn sie nicht die Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaats besitzen, das Recht, im gesamten Hoheitsgebiet dieses Mitgliedstaats irgendeine Tätigkeit im Lohn- oder Gehaltsverhältnis auszuüben.

Artikel 12

Die Kinder eines Staatsangehörigen eines Mitgliedstaats, der im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats beschäftigt ist oder beschäftigt gewesen ist, können, wenn sie im Hoheitsgebiet dieses Mitgliedstaats wohnen, unter den gleichen Bedingungen wie die Staatsangehörigen dieses Mitgliedstaats am allgemeinen Unterricht sowie an der Lehrlings- und Berufsausbildung teilnehmen.

Die Mitgliedstaaten fördern die Bemühungen, durch die diesen Kindern ermöglicht werden soll, unter den besten Voraussetzungen am Unterricht teilzunehmen.