



22. Juni 2017

**EU-MigrantInnen und Geflüchtete:
Migration in Wohnungslosigkeit
Handlungsansätze und Positionierungsbedarfe
22. / 23. Juni 2017
Weimar**

**Anmerkungen zum Stand sozialrechtliche Anspruchsgrundlage
von Zuwanderern
Referat: Michael Braun
(Stellvertretender Fachbereichsleiter,
Amt für Soziales des Bezirksamts Neukölln von Berlin)**

Inhaltsverzeichnis

- 1. Einleitung**
- 2. Gesetz zur Regelung von Ansprüchen ausländischer Personen in der Grundsi-
cherung für Arbeitsuchende nach dem Zweiten Buch Sozialgesetzbuch und in
der Sozialhilfe nach dem Zwölften Buch Sozialgesetzbuch (AuslPersGrSiuSH-
RegG) mit Erläuterungen aus der Gesetzesbegründung und Anmerkungen aus
der Praxis.**
- 3. Derzeitiger Stand der Rechtsprechung**
 - a. SG Bremen, Beschluss vom 18.01.2017 – S 24 SO 374/16 ER –
 - b. Bayerisches Landessozialgericht, Beschluss vom 06.02.2017 – L 11 AS 887/16 B ER –
 - c. LSG Berlin – Brandenburg, Beschluss vom 13.02.2017 – L 23 SO 30/17 B ER –
 - d. SG Kassel, Beschluss vom 14.02.2017 – S 4 AS 20/17 ER –
 - e. SG Kassel, Beschluss vom 15.02.2017 – S 11 SO 9/17 ER –
 - f. Landessozialgericht Niedersachsen – Bremen, Beschluss vom 16.02.2017 – L 8 SO
344/16 B ER –
 - g. LSG Schleswig – Holstein, Beschluss vom 17.02.2017 – L 6 AS 11/17 B ER –
 - h. SG Gelsenkirchen, Beschluss vom 07.03.2017 – S 31 AS 370/17 ER –
 - i. LSG Berlin – Brandenburg, Beschluss vom 14.03.2017 – L 15 SO 321/16 B ER –
 - j. Landessozialgericht für das Land Nordrhein – Westfalen Beschluss vom 15.03.2017 – L 19
AS 32/17 B ER –
 - k. LSG Berlin – Brandenburg, Beschluss vom 21.03.2017 – L 18 AS 526/17 B ER –
 - l. SG Berlin, Urteil vom 31.03.2017 – S 37 AS 4687/16 WA –
 - m. LSG Berlin – Brandenburg, Beschluss vom 05.04.2017 – L 15 SO 353/16 B ER –
 - n. LSG Berlin – Brandenburg, Beschluss vom 10.05.2017 – L 31 AS 517/17 B ER –
- 4. Zur Frage der Verfassungsmäßigkeit der Regelung**
- 5. Fallbeispiel aus Berlin – Neukölln**

1. Einleitung

Nachdem der Europäische Gerichtshof mit seinem Urteil vom 15. September 2015; in der Rechtssache Alimanovic¹ entschieden hat, das der bis dahin im § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II normierte Anspruchsausschluss für Unionsbürgerinnen und Unionsbürger nichtdeutscher Staatsangehörigkeit, deren Freizügigkeitsrecht sich ausschließlich aus dem Zweck der Arbeitssuche ergibt, mit europäischem Recht vereinbar ist und das Bundessozialgericht in seinem Urteil vom 03.12.2015² diesen Anspruchsausschluss im SGB II bestätigt und diesen Personenkreis sozialleistungsrechtlich für den Fall dem SGB XII zugewiesen hat, dass sich deren Aufenthalt im Bundesgebiet bereits verfestigt hat³ - wovon regelmäßig nach einem Aufenthalt von mehr als sechs Monaten auszugehen ist⁴ – hat der Gesetzgeber mit dem Gesetz 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 ein weiteres Kapitel der offenbar nicht enden wollenden Geschichte um Ansprüche auf Sozialleistungen für aus anderen EU-Staaten zugewanderte Menschen aufgeschlagen.⁵

Dabei ist der Gesetzgeber der vom Bundessozialgericht in seiner o.g. Entscheidung vorgenommenen Zuordnung dieses Personenkreises zum SGB XII zwar dem Grunde nach gefolgt, hat allerdings bei den zu gewährenden Überbrückungsleistungen erhebliche Leistungseinschränkungen sowohl in zeitlichem Umfang als auch der Höhe nach vorgenommen.⁶ Zwar sieht das Gesetz zur Vermeidung von Härtefällen die Möglichkeit vor die Überbrückungsleistungen sowohl über einen längeren Zeitraum als auch in höherem Umfang zu gewähren, dies jedoch nur in begründeten Ausnahmefällen. Dauerleistungen sind auf dieser Grundlage jedoch nicht vorgesehen. Unter der Nr. 5 ist dies anhand eines Fallbeispiels näher erläutert.

Trotz alledem ist die Regelung im Kern darauf ausgerichtet, die Betroffenen zu einer Rückkehr in ihr Herkunftsland zu „motivieren“. Dies ergibt sich einerseits aus der zeitlichen Beschränkung der Leistung⁷ sowie den Bestimmungen des § 23 Abs. 3 a SGB XII, der die Gewährung der Rückreisekosten ausdrücklich im Wege des Darlehens vorsieht.⁸ Eine Besserstellung findet sich in der Regelung zum Anspruch nach fünfjährigem Aufenthalt im Bundesgebiet, welche nun nicht mehr nachgewiesenermaßen auch rechtmäßig sein muss, sondern an den gewöhnlichen Aufenthalt anknüpft.

¹ C-67/14

² B 4 AS 44/15 R

³ Hiernach ist dem Träger der Sozialhilfe bei einer solchen Fallgestaltung das im § 23 Abs. 1 Satz 3 SGB XII eingeräumte Ermessen regelmäßig auf null reduziert.

⁴ Die Entscheidung hat in der Fachwelt und bei den Instanzengerichten der Sozialgerichtsbarkeit eine kontroverse Debatte ausgelöst.

⁵ Einen guten Gesamtüberblick über die Entwicklung vermittelt hier Ertl/Schütte in NDV 2017, Seite 265 ff.

⁶ Eine gute Übersicht vermittelt hier Schwabe in ZfF 2017, Seite 29 ff.

⁷ Das Gesetz spricht hier von Überbrückungsleistungen.

⁸ Wie das Darlehen von den dann wieder in ihren Herkunftsländern lebenden Leistungsempfängern zurückgeführt werden soll, wird wohl das Geheimnis des Gesetzgebers bleiben.

Da die Wohnungslosenhilfe, ob nun in der Trägerschaft der freien Wohlfahrtspflege oder bei den Kommunen mit diesem Personenkreis besonders befasst ist, da die Betroffenen häufig nicht nur mittel- sondern nicht selten auch Obdachlos sind, empfiehlt es sich, die Rechtsentwicklung auf diesem Gebiet besonders im Auge zu behalten.

Auf die Frage der Verpflichtung der Kommunen zur ordnungsrechtlichen Unterbringung unfreiwillig obdachloser Unionsbürgerinnen und -bürger kann im Rahmen dieses Referates allenfalls am Rande eingegangen werden. Hierzu sei das Rechtsgutachten von Ruder, das die BAG Wohnungslosenhilfe e.V. aus Anlass der Bundestagung in Berlin vom 9. – 11. November 2015 in Auftrag gegeben hat und welches auf der Homepage der BAG W zu finden ist, empfohlen.⁹

⁹ Karl-Heinz Ruder, Grundsätze der polizei- und ordnungsrechtlichen Unterbringung von (unfreiwillig) obdachlosen Menschen unter besonderer Berücksichtigung obdachloser Unionsbürger. Rechtsgutachten aus Anlass der Bundestagung der BAG Wohnungslosenhilfe e.V. in Berlin vom 9. – 11. November 2015 „Solidarität statt Konkurrenz – entschlossen handeln gegen Wohnungslosigkeit und Armut“ Siehe hierzu auch Karl-Heinz Ruder, Der polizei- und ordnungsrechtliche Anspruch obdachloser Menschen auf notdürftige Unterbringung in NDV 2017, Seite 162 ff.

2. Gesetz zur Regelung von Ansprüchen ausländischer Personen in der Grundversicherung für Arbeitsuchende nach dem Zweiten Buch Sozialgesetzbuch und in der Sozialhilfe nach dem Zwölften Buch Sozialgesetzbuch (AusIPersGrSiuSH-RegG).

Artikel 2

Änderung des Zwölften Buches Sozialgesetzbuch

§ 23 des Zwölften Buches Sozialgesetzbuch – Sozialhilfe – (Artikel 1 des Gesetzes vom 27. Dezember 2003, BGBl. I S. 3022, 3023), das zuletzt durch Artikel 22 Absatz 3 des Gesetzes vom 11. November 2016 (BGBl. I S. 2500) geändert worden ist, wird wie folgt geändert:

1. Absatz 3 wird wie folgt gefasst:

Satz 1: Ausländer und ihre Familienangehörigen erhalten keine Leistungen nach Absatz 1 oder nach dem Vierten Kapitel, wenn

1. sie weder in der Bundesrepublik Deutschland Arbeitnehmer oder Selbständige noch auf Grund des § 2 Absatz 3 des Freizügigkeitsgesetzes/EU freizügigkeitsberechtig sind, für die ersten drei Monate ihres Aufenthalts,
2. sie kein Aufenthaltsrecht haben oder sich ihr Aufenthaltsrecht allein aus dem Zweck der Arbeitsuche ergibt,
3. sie ihr Aufenthaltsrecht allein oder neben einem Aufenthaltsrecht nach Nummer 2 aus Artikel 10 der Verordnung (EU) Nr. 492/2011¹⁰ des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. April 2011 über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Union (ABl. L 141 vom 27.05.2011, S. 1), die durch die Verordnung (EU) 2016/589 (ABl. L 107 vom 22.04.2016, S. 1) geändert worden ist, ableiten oder
4. sie eingereist sind, um Sozialhilfe zu erlangen.

Aus der Gesetzesbegründung:

Die Leistungsausschlüsse in § 23 Absatz 3 werden an die Leistungsausschlüsse in § 7 Absatz 1 Satz 2 SGB II angepasst, dies bedeutet neben sprachlichen Klarstellungen auch, dass ein Leistungsausschluss für die ersten drei Monate des Aufenthaltes aufgenommen wird. Dies ist notwendig, da nach Artikel 6 Absatz 1 der Richtlinie 2004/38 und § 2 Absatz 3 FreizügG/EU für Unionsbürgerinnen und Unionsbürger ein voraussetzungsloses Freizügigkeitsrecht für drei Monate besteht. Diese Personengruppe ist nach § 7 Absatz 1 Satz 2 Nummer 1 SGB II vom Leistungsbezug im SGB II ausgenommen. Da das BSG jedoch die in § 7 Absatz 1 Satz 2 Nummer 1 und 2 SGB II ausgenommenen Ausländer dem SGB XII zugeordnet hat, musste § 23 Absatz 3 SGB XII um eine § 7 Absatz 1 Satz 2 Nummer 1 SGB II entsprechende Regelung ergänzt werden. Zusätzlich wird, wie im SGB II, klargestellt, dass Personen ohne materielles Freizügigkeitsrecht oder Aufenthaltsrecht ebenso wie Personen, die sich mit einem Aufenthaltsrecht allein zur Arbeitsuche oder nach Artikel 10 der Verordnung (EU) Nummer 492/2011 in Deutschland aufhalten, von den Leistungen nach dem SGB XII ausgeschlossen sind. Die Leistungsausschlüsse haben wie bislang nicht zur Folge, dass ein Anspruch auf Wohngeld, das als Zuschuss zur Miete beziehungsweise Belastung für Haushalte mit geringen Einkommen konzipiert ist, entsteht.

¹⁰ Aufenthaltsrecht zur Fortsetzung einer Ausbildung nach Art 10 VO (EU) 492/2011.

Durch die neue Formulierung in § 23 Absatz 3 Satz 1 wird außerdem klargestellt, dass den ausgeschlossenen Personen weder ein Anspruch auf Leistungen nach § 23 Absatz 1 zusteht, noch dass ihnen Leistungen im Ermessenswege gewährt werden.

Anmerkung:

Die Regelung ist für Angehörige aus den Signatarstaaten des Europäischen Fürsorgeabkommens nicht anwendbar. Allerdings gilt weiterhin der Vorbehalt für die Hilfen zur Überwindung besonderer sozialer Schwierigkeiten gem. §§ 67 ff. SGB XII, die gem. § 23 Abs. 1 Satz 3 SGB XII auch weiterhin nur im Wege des Ermessens erbracht werden können. Eine Ausnahme bilden hier nur die gem. § 23 Abs. Satz 4 SGB XII dauerhaft Aufenthaltsberechtigten.

Satz 2: Satz 1 Nummer 1 und 4 gilt nicht für Ausländerinnen und Ausländer, die sich mit einem Aufenthaltstitel nach Kapitel 2 Abschnitt 5 des Aufenthaltsgesetzes in der Bundesrepublik Deutschland aufhalten.

Anmerkung:

Hierbei handelt es sich um einen Aufenthalt aus völkerrechtlichen, humanitären oder politischen Gründen gem. §§ 22 – 26 AufenthG.

Satz 3: Hilfebedürftigen Ausländern, die Satz 1 unterfallen, werden bis zur Ausreise, längstens jedoch für einen Zeitraum von einem Monat, einmalig innerhalb von zwei Jahren nur eingeschränkte Hilfen gewährt, um den Zeitraum bis zur Ausreise zu überbrücken (Überbrückungsleistungen); die Zweijahresfrist beginnt mit dem Erhalt der Überbrückungsleistungen nach Satz 3.

Satz 4: Hierüber und über die Möglichkeit der Leistungen nach Absatz 3a sind die Leistungsberechtigten zu unterrichten.

Satz 5: Die Überbrückungsleistungen umfassen:

1. Leistungen zur Deckung der Bedarfe für Ernährung sowie Körper- und Gesundheitspflege,
2. Leistungen zur Deckung der Bedarfe für Unterkunft und Heizung in angemessener Höhe, einschließlich der Bedarfe nach § 35 Absatz 4 und § 30 Absatz 7,
3. die zur Behandlung akuter Erkrankungen und Schmerzzustände erforderliche ärztliche und zahnärztliche Behandlung einschließlich der Versorgung mit Arznei- und Verbandmitteln sowie sonstiger zur Genesung, zur Besserung oder zur Linderung von Krankheiten oder Krankheitsfolgen erforderlichen Leistungen und
4. Leistungen nach § 50 Nummer 1 bis 3.

Aus der Gesetzesbegründung:

Daneben wird in § 23 Absatz 3 SGB XII ein Anspruch auf Überbrückungsleistungen für alle von Leistungen ausgeschlossenen ausländischen Personen eingeführt, soweit sie hilfebedürftig sind (vergleiche § 2 SGB XII). Orientiert an § 1a Absatz 2 des AsylbLG erhalten ausländische Personen innerhalb von zwei Jahren einmalig bis zur Ausreise, längstens jedoch für einen Monat Leistungen zur Deckung ihres Bedarfs an Ernährung und Körper- und Gesundheitspflege sowie die angemessenen Aufwendungen für eine Unterkunft. Danach erhalten sie keine Leistungen mehr. Auch bei einer Wiedereinreise sind, um Fehlanreize zu vermeiden, innerhalb eines Zeitraums von zwei Jahren keine Leistungen zu gewähren.

So wird sichergestellt, dass nicht durch eine kurze Ausreise und dann Wiedereinreise die Wertung des Gesetzes umgangen wird. Eine zu lange Frist hätte hingegen zur Folge, dass gegebenenfalls geänderter Lebensumstände nicht berücksichtigt werden könnten.

Ausländische Personen erhalten einmalig für einen Zeitraum bis zur Ausreise längstens jedoch für einen Monat Leistungen zur Deckung ihres Bedarfs an Ernährung und Körper- und Gesundheitspflege sowie die angemessenen Aufwendungen für eine Unterkunft.

Durch den festen Maximalzeitraum wird den ausführenden Kommunen Verwaltungsaufwand durch die Neuregelung erspart. Im Zeitraum von einem Monat ist es in jedem Fall möglich, innerhalb der EU eine angemessene Rückreisemöglichkeit zu finden (zum Beispiel mit dem Bus). Daneben wird sichergestellt, dass den Hilfebedürftigen die Leistungen nicht mehrmals gezahlt werden. Um sicherzustellen, dass Überbrückungsleistungen im Zeitraum von zwei Jahren nur einmal gezahlt werden, sieht § 118 SGB XII die Möglichkeit eines Datenaustauschs und -abgleichs vor.

Die Leistungshöhe wird entsprechend des § 1a Absatz 2 AsylbLG festgelegt. Dabei wird zugrunde gelegt, dass der Bedarf der Leistungsberechtigten in dieser Phase über die genannten Leistungen nicht hinausgeht. Eine Akut- und Schmerzversorgung sowie Hilfen bei Schwangerschaft und Geburt wird ebenfalls entsprechend dem AsylbLG gewährleistet.

Anmerkung:

Die Überbrückungsleistungen sind gegenüber denen der Regelbedarfsstufen reduziert, da nur die Bedarfe für Ernährung, Körper- und Gesundheitspflege berücksichtigt werden. Sie entsprechen denen des § 1a Abs. 2 AsylbLG.

Satz 6: Soweit dies im Einzelfall besondere Umstände erfordern, werden Leistungsberechtigten nach Satz 3 zur Überwindung einer besonderen Härte andere Leistungen im Sinne von Absatz 1 gewährt; ebenso sind Leistungen über einen Zeitraum von einem Monat hinaus zu erbringen, soweit dies im Einzelfall auf Grund besonderer Umstände zur Überwindung einer besonderen Härte und zur Deckung einer zeitlich befristeten Bedarfslage geboten ist.

Aus der Gesetzesbegründung:

Durch eine Härtefallregelung wird sichergestellt, dass innerhalb der Leistungsfrist von einem Monat auch über das gewährte Niveau der vorgesehenen Überbrückungsleistungen hinausgehende Bedarfe wie zum Beispiel für Kleidung gedeckt werden können, soweit dies im Einzelfall zur Überwindung einer besonderen Härte erforderlich ist. Ebenso können bei Vorliegen besonderer Umstände Bedarfe, die entstehen, soweit im Einzelfall eine Ausreise binnen eines Monats nicht möglich oder zumutbar ist, gedeckt werden. Hierbei handelt es sich um eine Regelung, die lediglich bei Vorliegen besonderer Umstände eingreift, um im Einzelfall für einen begrenzten Zeitraum unzumutbare Härten zu vermeiden, nicht um eine Regelung, mit der ein dauerhafter Leistungsbezug ermöglicht wird. Von einer Unmöglichkeit der Ausreise ist insbesondere auszugehen, wenn eine amtsärztlich festgestellte Reiseunfähigkeit vorliegt.

Anmerkung:

Die Vorschrift eröffnet die Möglichkeit weitergehende Leistungen sowohl in Hinblick auf die Dauer als auch auf deren Umfang zu gewähren. Die Regierungsbegründung nennt hier beispielhaft Bekleidung bzw. den Umstand, dass eine Ausreise innerhalb eines Monats nicht möglich oder zumutbar ist. Dies dürfte regelmäßig bei gesundheitlichen Beeinträchtigungen vorliegen. Dies sollte im Regelfall amtsärztlicherseits festgestellt sein. In der Praxis hat sich bereits gezeigt, dass diese Vorschrift bei den Gesundheitsdiensten noch nicht so präsent ist, dass die Stellungnahmen – beispielsweise bei der Frage der Perspektive – darauf abgestimmt sind.

Denkbar wäre auch, dass jemand nicht ausreisen kann, weil sie/er noch Ansprüche auf Lohnzahlung aus einem vorrangegangenen Arbeitsverhältnis einzuklagen hat. Da bei dem in Rede stehenden Personenkreis Arbeitsverhältnisse, so sie denn eingegangen worden sind, nicht selten prekärer Natur sind, dürfte sich dieses Problem möglicherweise des Öfteren stellen.

Verwaltungsempfehlungen dergestalt, das die Härtefalleistungen nur dann zu gewähren sind, wenn die Betroffenen sich ausdrücklich dazu bereit erklären auszureisen wenn das Ausreisehindernis weggefallen ist, lassen sich aus dem Wortlaut des Gesetzestextes nicht entnehmen.

Satz 7: Abweichend von Satz 1 Nummer 2 und 3 erhalten Ausländer und ihre Familienangehörigen Leistungen nach Absatz 1 Satz 1 und 2, wenn sie sich seit mindestens fünf Jahren ohne wesentliche Unterbrechung im Bundesgebiet aufhalten; dies gilt nicht, wenn der Verlust des Rechts nach § 2 Absatz 1 des Freizügigkeitsgesetzes/EU festgestellt wurde.

Aus der Gesetzesbegründung:

Ist allerdings abzusehen, dass ausländische Personen ohne materielles Freizügigkeits- oder Aufenthaltsrecht dauerhaft oder jedenfalls für einen längeren Zeitraum in Deutschland verbleiben werden und damit eine Verfestigung des Aufenthaltes eintritt, so erhalten sie und ihre Familienangehörigen nach fünf Jahren Zugang zu Leistungen der Sozialhilfe nach § 23 Absatz 1 SGB XII. Dies gilt nicht, wenn der Verlust des Rechts nach § 2 Absatz 1 des Freizügigkeitsgesetzes/EU festgestellt wurde. Die Frist nach § 23 Absatz 3 Satz 7 SGB XII beginnt mit der Anmeldung bei der zuständigen Meldebehörde. Zeiten des nicht rechtmäßigen Aufenthalts, in denen eine Ausreisepflicht besteht, werden auf Zeiten des gewöhnlichen Aufenthalts nicht angerechnet. Dabei bleiben Unterbrechungen wegen kurzfristiger Auslandsaufenthalte, wie z. B. Klassenfahrten, Besuche von Angehörigen oder die Teilnahme an Beerdigungen von Angehörigen, leistungsrechtlich außer Betracht. Bei der Prüfung, ob ein Aufenthalt im Ausland zu einer „wesentlichen“ Unterbrechung führt, ist neben der Dauer des Aufenthalts auch zu berücksichtigen, wodurch dieser veranlasst ist (zum Beispiel familiäre, schulische Gründe) und welches Gewicht diese Gründe für den Betroffenen haben. Bei nicht nur unwesentlichen Unterbrechungen beginnt die Frist mit der Wiedereinreise erneut zu laufen. Dies schließt Leistungen für den Lebensunterhalt ein, sofern die betroffenen Ausländer nicht aufgrund der Neuregelung in Artikel 1 dieses Gesetzes als Erwerbsfähige oder deren Familienangehörige dem Grunde nach leistungsbe-rechtigt nach dem SGB II sind (vergleiche § 7 Absatz 1 Satz 4 und 5 SGB II – neu – in Verbindung mit § 21 SGB XII).

Satz 8: Die Frist nach Satz 7 beginnt mit der Anmeldung bei der zuständigen Meldebehörde.

Satz 9: Zeiten des nicht rechtmäßigen Aufenthalts, in denen eine Ausreisepflicht besteht, werden auf Zeiten des tatsächlichen Aufenthalts nicht angerechnet. Ausländerrechtliche Bestimmungen bleiben unberührt.“

Aus der Gesetzesbegründung:

Im Hinblick auf die Dauer der Frist und das Nachweiserfordernis sowie die Rückausnahme für Personen, bei denen der Verlust des Freizügigkeitsrechts festgestellt wurde, wird ergänzend auf die Begründung zu Artikel 1 Bezug genommen. Ein solcher tatsächlich verfestigter Aufenthalt hat keine Auswirkung auf die Beurteilung der Rechtmäßigkeit des Aufenthaltes; insbesondere folgt daraus kein materielles Freizügigkeits- oder Aufenthaltsrecht im Sinne des Europa- oder Ausländerrechts.

Anmerkung: Anders als nach bisherigem Recht kommt es hier nicht mehr darauf an ob für den Aufenthalt auch ein materielles Freizügigkeitsrecht bestanden hat. Die Bestimmung knüpft an die Meldung und an den gewöhnlichen Aufenthalt an.

2. Nach Absatz 3 wird folgender Absatz 3a eingefügt:

Satz 1: Neben den Überbrückungsleistungen werden auf Antrag auch die angemessenen Kosten der Rückreise übernommen.

Aus der Gesetzesbegründung:

Daneben wird den Leistungsberechtigten ein Anspruch auf ein Darlehen für die angemessenen Aufwendungen einer Rückfahrt eingeräumt, da die Betroffenen neben den Leistungen für Ernährung, Obdach und Körperpflege keine weiteren Leistungen erhalten und womöglich die Rückfahrt nicht selbst finanzieren können. Ein solcher Anspruch ist notwendig, da die jederzeitige Möglichkeit der Rückreise den wesentlichen Unterschied zu Asylsuchenden darstellt.

Satz 2: Satz 1 gilt entsprechend, soweit die Personen allein durch die angemessenen Kosten der Rückreise die in Absatz 3 Satz 5 Nummer 1 und 2 genannten Bedarfe nicht aus eigenen Mitteln oder mit Hilfe Dritter decken können. Die Leistung ist als Darlehen zu erbringen.“

Aus der Gesetzesbegründung:

In Satz 2 wird klargestellt, dass ein Darlehen auch zu gewähren ist, wenn allein durch die Kosten der Rückreise Hilfebedürftigkeit herbeigeführt würde.

Anmerkung:

Offen bleibt hier, wie das Darlehen zurückgeführt werden kann. Dies dürfte regelmäßig nicht gelingen, sodass die Leistungsträger die Niederschlagung bzw. den Erlass zu prüfen haben.

**Artikel 4
Änderung des Aufenthaltsgesetzes**

In § 87 Absatz 2 Satz 1 des Aufenthaltsgesetzes in der Fassung der Bekanntmachung vom 25. Februar 2008 (BGBl. I S. 162), das zuletzt durch Artikel 8 Absatz 6 des Gesetzes vom 31. Juli 2016 (BGBl. I S. 1939) geändert worden ist, wird nach Nummer 2 folgende Nummer 2a eingefügt:

„2a. der Inanspruchnahme oder Beantragung von Sozialleistungen durch einen Ausländer, für sich selbst, seine Familienangehörigen oder für sonstige Haushaltsangehörige in den Fällen des § 7 Absatz 1 Satz 2 Nummer 2 oder Satz 4 des Zweiten Buches Sozialgesetzbuch oder in den Fällen des § 23 Absatz 3 Satz 1 Nummer 2, 3 oder 4, Satz 3, 6 oder 7 des Zwölften Buches Sozialgesetzbuch,“.

Die Regelung verpflichtet die Leistungsträger zur Datenübermittlung an die Ausländerbehörden.

3. Derzeitiger Stand der Rechtsprechung:

a) SG Bremen, Beschluss vom 18.01.2017 – S 24 SO 374/16 ER –

Antragstellerin war hier eine kroatische Staatsangehörige, die aus den USA kommend zu ihrem Sohn nach Deutschland gezogen ist und zunächst von diesem unterstützt worden war. Das erkennende Gericht hält die Vorschrift nicht für verfassungswidrig, denn die Situation von Unionsbürgern ist nicht mit der von Drittstaatlern vergleichbar. Die Entscheidung des BVerfG zum AsylbLG¹¹ betraf nicht Unionsbürgerinnen und -bürger. Das erhebliche Freizügigkeitsrecht zum Zwecke der Arbeitssuche hat im Aufenthaltsrecht keine Entsprechung. Bei Unionsbürgerinnen und -bürger besteht generell kein Bedarf das Existenzminimum im Aufnahmemitgliedsstaat zu sichern. Die Rückreise in den Heimatstaat ist grundsätzlich immer möglich und zumutbar.

b) Bayerisches Landessozialgericht, Beschluss vom 06.02.2017 – L 11 AS 887/16 B ER –

Bei den Antragstellern handelte es sich um eine Familie mit zwei minderjährigen Kindern. Der Vater der Familie übte eine Beschäftigung aus, für die er ein monatliches Entgelt in Höhe von 187,00 € erhielt. Vorliegend ging es um die Frage, ob der Antragsteller die Voraussetzungen für Arbeitnehmereigenschaft erfüllte, was vom erkennenden Gericht bejaht wurde. Hierzu führte das Gericht aus:

Bei einem rumänischen Staatsangehörigen, der einer abhängigen Beschäftigung mit einer monatlichen Arbeitszeit von ca. 20 Stunden und einem monatlichen Entgelt von 187 Euro nachgeht, ist nicht ohne weiteres auszuschließen, dass er als Arbeitnehmer i.S.d. § 2 Abs. 2 Nr. 1 Freizügigkeitsgesetz/ EU (FreizügG/EU) anzusehen ist, so dass er sein Aufenthaltsrecht nicht allein aus dem Zweck der Arbeitssuche ableitet und ein Leistungsschluss des § 7 Abs. 1 Satz 2 SGB II nicht greift.

Für die Frage, ob eine Tätigkeit völlig untergeordnet und unwesentlich ist, ist nicht in erster Linie auf den wirtschaftlichen Ertrag einer Tätigkeit abzustellen und in welchem Umfang hierdurch eine Existenzsicherung möglich erscheint, sondern ob das Arbeitsverhältnis in einer Weise strukturiert ist, dass es einem inländischen Erwerbstätigen Zugang zu den Rechten eines Arbeitnehmers verschaffen würde.

Anhaltspunkte dafür, dass es sich um ein Scheinarbeitsverhältnis handelt und der Antragsteller nicht verpflichtet wäre, sich arbeitnehmertypisch in die vom Arbeitgeber vorgegebene Struktur einzufügen, gibt es nicht. Darüber hinaus hat er ausweislich seines Arbeitsvertrages vom Anspruch auf 25 Tage Jahresurlaub und – dies ergibt sich aus § 3 Abs. 1 Satz 1 Entgeltfortzahlungsgesetz (EntFG) – Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall. Ein inländischer Erwerbstätiger wäre angesichts dieser Umstände auf der Grundlage der ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichtes(BAG) - ungeachtet der Höhe des Verdienstes - ohne jede Einschränkung als Arbeitnehmer zu qualifizieren, so dass es derzeit keinerlei Anhaltspunkte dafür gibt, dem Antragsteller sei die Anerkennung dieses Status im Rahmen eines Hauptsacheverfahrens zu verweigern.

¹¹ BVerfG, 1 BvL 10/10 vom 18.07.2012

c) LSG Berlin – Brandenburg, Beschluss vom 13.02.2017 – L 23 SO 30/17 B ER –

Die Antragstellerin war lettische Staatsangehörige und in Deutschland vorübergehend selbständig tätig. Da diese Tätigkeit nicht von Dauer war, endete ihr Status als Selbständige sechs Monate nach Aufgabe des Gewerbes. Hiernach wurden vom zuständigen Jobcenter weitere Leistungen versagt. Das Angebot des beigeladenen Trägers der Sozialhilfe Leistungen gem. dem AuslPersGrSiuSHRegG zu bewilligen, hat sie nicht angenommen. Das Gericht hat die Beschwerde zurückgewiesen und wie folgt ausgeführt:

Der Gesetzgeber hat mit dem Ausschluss von laufenden Leistungen für Ausländer, die kein Aufenthaltsrecht haben oder die ihr Aufenthaltsrecht allein aus dem Zweck der Arbeitsuche ableiten, die Nachrangigkeit des deutschen Sozialleistungssystems gegenüber dem des Herkunftslandes normiert. Dies ist verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden.

Leistungsansprüche sind für diese Personengruppe nach der seit dem 29. Dezember 2016 geltenden Rechtslage nicht gänzlich ausgeschlossen, sondern lediglich auf solche Hilfen beschränkt, die erforderlich sind, um die Betroffenen in die Lage zu versetzen, existenzsichernde Leistungen ihres Heimatlandes in Anspruch zu nehmen.

Anders als dem Personenkreis, für den das Asylbewerberleistungsgesetz (AsylbLG) einen Anspruch auf laufende existenzsichernde Leistungen vermittelt, ist es Personen aus Mitgliedstaaten der Europäischen Union in der Regel ohne weiteres möglich, kurzfristig in ihren Heimatstaat zurück zu reisen, um dort anderweitige Hilfemöglichkeiten zu aktivieren.

d) SG Kassel, Beschluss vom 14.02.2017 – S 4 AS 20/17 ER –

Die Antragstellerin war hier eine alleinerziehende Mutter mit einem Kind, die zunächst noch alleinstehend nach Deutschland gekommen war und eine Erwerbstätigkeit ausübte, welche sie dann aufgrund der Schwangerschaft aufgeben hatte. In diesem Fall ist der beigeladene Träger der Sozialhilfe zur Leistung verpflichtet worden.

Hierzu führte das erkennende Gericht aus, dass es im SGB XII an einer, Sozialhilfeleistungen ausschließende Verweisungsmöglichkeit auf die Rückkehr in das Heimatland fehlt. Allerdings kann mit der neuen Leistung die Rückkehr in das Heimatland de facto umgesetzt werden. Aus der Neuregelung ergibt sich jedoch keine Rechtsgrundlage für den Träger der Sozialhilfe die Ausreise der Betroffenen zu verfügen, indem nur Überbrückungsleistungen gewährt werden. Die Verfügung einer Ausreisepflicht ist ausschließlich Angelegenheit der Ausländerbehörde

e) SG Kassel, Beschluss vom 15.02.2017 – S 11 SO 9/17 ER –

Die Antragsteller waren hier ein Ehepaar ungarischer Staatsangehörigkeit, die in Deutschland zunächst geringfügig gearbeitet hatten, deren Arbeitnehmerstatus jedoch nicht von Dauer war. Das Ehepaar lebte mit dem gemeinsamen Sohn, der Leistungen vom Jobcenter erhielt in einer gemeinsamen Wohnung.

Das erkennende Gericht sprach weiterhin Leistungen zu und äußerte Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit der Neuregelung. Es sieht allerdings einen Unterschied zwischen Bestandsfällen, denen bereits vor dem 29.12.2016 Leistungen zugesprochen worden sind, wie dem, der zu entscheiden war, und Neufällen, in denen Leistungen erst nach dem 29.12.2016 beantragt worden sind. Worin dieser besteht, hat das erkennende Gericht offen gelassen.

**f) Landessozialgericht Niedersachsen – Bremen, Beschluss vom 16.02.2017
– L 8 SO 344/16 B ER –**

Die Antragsteller waren hier Eheleute bulgarischer Staatsangehörigkeit. Der Antragsteller hatte einen Vertrag über eine geringfügige Beschäftigung geschlossen. Seitens des Jobcenters wurde jedoch bezweifelt, dass er diese Tätigkeit tatsächlich ausübte. Den Antragstellern wurden Leistungen nach dem SGB II zugesprochen. Das Gericht machte von dem im § 41 a Abs. 7 Satz 1 SGB II eingeräumten Ermessen Gebrauch. Nach dieser Vorschrift kann über die Erbringung von Geld- und Sachleistungen vorläufig entschieden werden, wenn die Vereinbarkeit einer Vorschrift dieses Buches, von der die Entscheidung über den Antrag abhängt, mit höherrangigem Recht Gegenstand eines Verfahrens bei dem Bundesverfassungsgericht oder dem Gerichtshof der Europäischen Union ist.¹²

Hierzu führte das Gericht aus:

Unionsbürgern, die dem Leistungsausschluss nach § 7 Abs. 1 S 2 Nr. 2 SGB II in der bis zum 28.12.2016 geltenden Fassung unterfallen, sich seit mehr als sechs Monaten in Deutschland aufhalten und hilfebedürftig sind, sind Leistungen der Hilfe zum Lebensunterhalt nach dem SGB XII für die Zeit bis zum 28.12.2016 zu gewähren. Zumindest in Eilverfahren ist davon auszugehen, dass das nach § 23 Abs. 1 S 3 SGB XII eröffnete Ermessen in dieser Konstellation auf Null reduziert ist (Anschluss an BSG vom 3.12.2015 - B 4 AS 44/15 R = BSGE 120, 149 = SozR 4-4200 § 7 Nr. 43).

Wenn die Voraussetzungen nach § 41a Abs. 7 S 1 Nr. 1 SGB II für eine vorläufige Entscheidung über Leistungen nach dem SGB II vorliegen, kann für Leistungszeiträume ab dem 29.12.2016 das nach § 41a Abs. 7 S 1 SGB II eingeräumte Ermessen wegen der durch die Neufassung des § 23 SGB XII eingeführten Leistungseinschränkungen ebenfalls auf Null reduziert sein mit der Folge, dass dem genannten Personenkreis vorläufig Leistungen nach dem SGB II zu gewähren sind.

g) LSG Schleswig – Holstein, Beschluss vom 17.02.2017 – L 6 AS 11/17 B ER –

In diesem Fall handelte es sich bei den Antragstellern um eine sechsköpfige Familie (vier minderjährige Kinder) rumänischer Staatsangehörigkeit. Der Kindesvater ist zunächst einer Erwerbstätigkeit nachgegangen, welche jedoch nicht lange genug andauerte um seinen Status als Arbeitnehmer dauerhaft zu begründen. Drei der vier Kinder besuchen in Deutschland die Schule. Entsprechend den Bestimmungen des Art. 10 VO (EU) 492/2011 erwerben die Kinder hierdurch ein eigenständiges Freizügigkeitsrecht, aus dem die Eltern wiederum ihr Freizügigkeitsrecht ableiten können, welches jedoch nunmehr gem. § 23 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 SGB XII n.F. ebenfalls zum Anspruchsausschluss führt.

Das Gericht hält diese Regelung für europarechtswidrig, sprach den Antragstellern Leistungen zu und führte hierzu aus:

Dem Leistungsausschluss nach § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II (in der Fassung bis zum 28. Dezember 2016) steht ein anderes Aufenthaltsrecht als das zum Zweck der Arbeitssuche entgegen, wenn die Kinder ein Aufenthaltsrecht nach Art. 10 VO (EU) 492/2011 zum Zwecke der Ausbildung besitzen und der tatsächlich sorgeberechtigte Elternteil hieraus sein Aufenthaltsrecht ableitet.

¹² Dies ist derzeit der Fall. Vergl. hierzu SG Mainz, Vorlagebeschluss vom 18.04.2016 – S 3 AS 149/16 – zur Frage der Verfassungswidrigkeit des § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II und des § 7 Abs. 5 SGB II.

Für die Entstehung des Aufenthaltsrechts nach Art. 10 VO (EU) 492/2011 muss der Arbeitnehmerstatus eines Elternteils nicht bei Beginn der Ausbildung bestehen, sondern es genügt, wenn dieser bei fortgesetzter Ausbildung der Kinder (Besuch einer Grundschule) später hinzutritt.

Der Leistungsausschluss für ausländische Staatsangehörige nach § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 c) SGB II (in der Fassung seit dem 29. Dezember 2016) dürfte mit überwiegender Wahrscheinlichkeit europarechtswidrig sein, da dieser nicht durch eine rechtfertigende gemeinschaftsrechtliche Schrankenregelung, insbesondere nicht Art. 24 Abs. 2 RL 38/2004/EG, gedeckt sein dürfte.

h) SG Gelsenkirchen, Beschluss vom 07.03.2017 – S 31 AS 370/17 ER –

Die Antragsteller waren hier eine vierköpfige Familie bulgarischer Staatsangehörigkeit. Der Kindesvater hat angegeben einer Erwerbstätigkeit nachgegangen zu sein, was das Gericht jedoch nicht als glaubhaft angesehen hatte. Im Übrigen wird ausgeführt:

Den Antragstellern steht auch kein Anspruch auf Sozialhilfe gemäß § 23 Abs. 1 Satz 3 Sozialgesetzbuch Zwölftes Buch (SGB XII) - Sozialhilfe - in der ab dem 29.12.2016 geltenden Fassung zu. Denn die Antragsteller sind gemäß § 23 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 SGB XII von Leistungen nach § 23 Abs. 1 SGB XII ausgeschlossen. Hiernach sind Ausländer und ihre Familienangehörigen von Leistungen nach § 23 Abs. 1 SGB XII oder nach dem vierten Kapitel des SGB XII ausgeschlossen, wenn sie kein Aufenthaltsrecht haben oder sich ihr Aufenthaltsrecht allein aus dem Zweck der Arbeitssuche ergibt.

Der Ausschlussstatbestand des § 23 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 SGB XII begegnet im Hinblick auf die Rechtsprechung des EuGH keinen unionsrechtlichen Bedenken.

Der Leistungsausschluss für ausländische Unionsbürger, die ihr Aufenthaltsrecht allein aus dem Zweck der Arbeitssuche ableiten, begegnet auch keinen durchgreifenden verfassungsrechtlichen Bedenken.

Hieran gemessen ist der Leistungsausschluss von ausländischen Unionsbürgern nach § 23 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 SGB XII, die sich allein zum Zwecke der Arbeitssuche im Bundesgebiet aufhalten, aus verfassungsrechtlicher Sicht nicht zu beanstanden.

Bei den Überbrückungsleistungen nach § 23 Abs. 3 SGB XII n.F. handelt es sich ihrer Natur nach um einmalige Leistungen, um hilfebedürftigen Ausländern die Inanspruchnahme von Sozialleistungen in ihrem Herkunftsstaat zu ermöglichen

i) LSG Berlin – Brandenburg, Beschluss vom 14.03.2017 – L 15 SO 321/16 B ER –

Die Antragstellerin war hier italienische Staatsangehörige. Sie beantragte Leistungen gem. § 23 Abs. 1 Satz 3 SGB XII im Wege des Ermessens. Der Träger der Sozialhilfe vertrat hier die Auffassung, dass der Antragstellerin nur Überbrückungsleistungen gem. § 23 Abs. 3 SGB XII n.F. zustünden. Das Gericht verpflichtete den Träger der Sozialhilfe der Antragstellerin Leistungen der Hilfe zum Lebensunterhalt gem. § 23 Abs. 1 Satz 3 SGB XII zu gewähren und führte hierzu aus:

Ermittlungen ob Ermessensleistungen gem. § 23 Abs. 1 Satz 3 SGB XII in Betracht kommen, hatte der Antragsgegner ersichtlich wegen der von ihm vertretenen Rechtsauffassung, dass sich Ermessensleistungen für Unionsbürger ohne (von ihm gesehene) Aufenthaltsrecht darauf beschränken, die Zeit bis zur schnellstmöglichen Rückreise in das Herkunfts- oder ein Aufnahmeland zu überbrücken oder gegebenenfalls die Durchführung der Rückreise abzusichern, unterlassen. Diese Auffassung ist in jedem Fall unzutreffend. Unionsbürger sind nur dann ausreisepflichtig, wenn die Ausländerbehörde festgestellt hat, dass das Recht auf Einreise oder Aufenthalt nicht besteht (§§ 6 Abs. 1, 7 Abs. 1 Satz 1 FreizügigG/EU; sogenannte Verlustfeststellung, s. auch BSG a.a.O. SozR 4-4200 § 7 Nr. 43 Rn 56). Es bedarf deshalb – unabhängig von der verfassungsrechtlich argumentierenden Auffassung des BSG zum Leistungsniveau bei verfestigtem Aufenthalt – einer besonderen Begründung, warum sich für Unionsbürger trotz eines „Vollzugsdefizits“ (BSG wie eben) der Ausländerbehörde ein niedrigeres Leistungsniveau im Vergleich zu vollziehbar ausreisepflichtigen Bürgern aus Drittstaaten rechtfertigen sollte (dazu, dass eine Rückkehrmöglichkeit für sich genommen nicht leistungsausschließend oder begrenzend wirken kann, im Besonderen keine Möglichkeit zur Selbsthilfe im Sinne des § 2 Abs. 1 SGB XII darstellt, BSG, Urteil vom 20. Januar 2016 - B 14 AS 35/15 R -, SozR 4-4200 § 7 Nr. 47 Rn 42).

Hinreichend wahrscheinlich ist jedoch ein Anspruch auf Hilfe zum Lebensunterhalt aufgrund der Inländergleichstellung des Art. 1 EFA.

j) Landessozialgericht für das Land Nordrhein – Westfalen Beschluss vom 15.03.2017 – L 19 AS 32/17 B ER –

In diesem Fall war besaß die Antragstellerin die polnische Staatsangehörigkeit und war seit dem 16.04.2011 durchgehend in der Bundesrepublik gemeldet. Für diesen Zeitraum konnte sie jedoch kein materielles Freizügigkeitsrecht nachweisen, worauf es jedoch bei der bis zum 28.12.2016 geltenden Rechtslage ankam. Ihr wurde vom erkennenden Gericht jedoch Leistungen der Hilfe zum Lebensunterhalt nach dem Dritten Kapitel SGB XII im Wege des Ermessens gem. § 23 Abs. 1 Satz 3 SGB XII bis zum 28.12.2016 zugesprochen, da sich ihr Aufenthalt bereits verfestigt (länger als sechs Monate) hatte. Das Gericht folgte insoweit der Rechtsprechung des BSG.

Ab dem 29.12.2016 hatte die Antragstellerin einen Anspruch auf Leistungen der Grundsicherung für Arbeitssuchende nach dem SGB II, da es nach der neuen Rechtslage nun nicht mehr auf das Vorliegen eines materiellen Freizügigkeitsrechts ankam, sondern nur noch auf einen gewöhnlichen Aufenthalt vom mehr als fünf Jahren, den die Antragstellerin mit ihrer durchgängigen Meldung nachweisen konnte. Hierzu führte das Gericht aus:

Für die Zeit ab dem 29.12.2016 greift zu Ungunsten der Antragstellerin auch nicht mehr der Leistungsausschluss nach § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II ein. Denn nach § 7 Abs. 1 S. 4 SGB II in der Fassung des Gesetzes zur Regelung von Ansprüchen ausländischer Personen in der Grundsicherung für Arbeitssuchende nach dem Zweiten Buch Sozialgesetzbuch und in der Sozialhilfe nach dem Zwölften Buch Sozialgesetzbuch vom 22.12.2016 (BGBl. I 3155), in Kraft getreten am 29.12.2016 (n.F.), erhalten Ausländerinnen und Ausländer sowie ihre Familienangehörigen abweichend von S. 2 Nr. 2 Leistungen nach dem SGB II, wenn sie seit mindestens fünf Jahren ihren gewöhnlichen Aufenthalt im Bundesgebiet haben.

Nach § 30 Abs. 3 S. 2 SGB I hat jemand den gewöhnlichen Aufenthalt dort, wo er sich unter Umständen aufhält, die erkennen lassen, dass er an diesem Ort oder in diesem Gebiet nicht nur vorübergehend verweilt. Auf die Rechtmäßigkeit des Aufenthalts kommt es in § 7 Abs. 1 S. 4 SGB II n.F. im Gegensatz zur Regelung des Daueraufenthaltsrechts in § 4a Abs. 1 S. 1 FreizügG/ EU nicht an. Dies ergibt sich auch explizit aus der Gesetzesbegründung, denn dort heißt es, die Frist von fünf Jahren sei angelehnt an den Erwerb eines Daueraufenthaltsrechts, setze im Gegensatz zu diesem aber keine materielle Freizügigkeitsberechtigung voraus (BT-Drucks. 18/10211, S. 14). Soweit der Gesetzgeber ferner annimmt, von einem verfestigten Aufenthalt in Deutschland sei nach Ablauf eines gewöhnlichen Aufenthalts von mindestens fünf Jahren ab Meldung bei der Meldebehörde auszugehen, ist diese Voraussetzung im Falle der Antragstellerin erfüllt, denn diese ist seit dem 16.04.2011 durchgehend in X gemeldet.

k) LSG Berlin – Brandenburg, Beschluss vom 21.03.2017 – L 18 AS 526/17 B ER –
Die Antragstellerin war hier italienische Staatsangehörige.

Die Bundesregierung hat bezogen auf die Vorschriften der Hilfe zum Lebensunterhalt nach dem SGB XII keinen Vorbehalt zum Europäischen Fürsorgeabkommen (EFA) erklärt. Voraussetzung für die Gleichstellung mit deutschen Staatsangehörigen nach Artikel 1 EFA ist ein erlaubter Aufenthalt im Bundesgebiet im Sinne einer materiellen Freizügigkeitsberechtigung nach dem Freizügigkeitsgesetz/EU oder einem anderen Aufenthaltsrecht. Schließlich ist auch darauf zu verweisen, dass das BSG, dem das Beschwerdegericht folgt, unmissverständlich auf der Grundlage der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts einen Anspruch auf Grundlage des Grundrechts auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums, das heißt unmittelbar Kraft Verfassungsrecht bekräftigt hat. Dies gilt unverändert auch in Ansehung der seit dem 29. Dezember 2016 erfolgten gesetzlichen Neuregelung, die sich ebenfalls am Grundgesetz messen lassen muss.

l) SG Berlin, Urteil vom 31.03.2017 – S 37 AS 4687/16 WA –

Antragsteller waren hier eine Bedarfs- bzw. Einstandsgemeinschaft polnischer Staatsangehörigkeit, denen Leistungen nach dem SGB II zugesprochen worden sind. Das Gericht äußerte sich hier zur Frage einer möglichen Ausreise als Selbsthilfeobliegenheit, zur Frage eines möglichen Anspruches auf Leistungen gem. dem SGB XII für erwerbsfähige Personen sowie zu den Neuregelungen ab dem 29.12.2016 wie folgt:

Das erkennende Gericht folgt insoweit der Rechtsprechung des BSG, die unter Beachtung der Entscheidungen des BVerfG zum Grundrecht auf Existenzsicherung überzeugt. Denn nach BVerfG gewährt Art. 1 GG einen Anspruch auf Absicherung des Existenzminimums für Menschen, die legal im Bundesgebiet leben, wie hier die Kläger. Das Grundrecht aus Art. 1 GG ist nur gewährt, wenn der elementare Lebensbedarf eines Menschen in dem Augenblick befriedigt wird, in dem er entsteht (vgl BVerfG, 09.02.2010, 1 BvL 1/09, BVerfGE 125, 175 <225>). „Bei der Prüfung der Hilfebedürftigkeit als Voraussetzung eines Anspruchs auf Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts (§ 7 Abs. 1 S 1 Nr. 3, § 9 SGB 2) ist daher auf die gegenwärtige tatsächliche Situation der Antragsteller abzustellen.“ (BVerfG vom 6.8.2014 – 1 BvR 1453/12).

Dieser Beurteilungsmaßstab schließt eine vollständige Versagung von Leistungen mit Verweis auf mutmaßliche Hilfen im Herkunftsstaat aus. Die aufenthaltsrechtlich nicht geschuldete Rückkehr ins Herkunftsland mit ungeklärter Perspektive ist kein bereites Mittel i. S. von § 2 SGB XII.

Gäbe es eine solche Selbsthilfeobliegenheit, müssten sich auch nicht allein wegen der Arbeitsuche freizügigkeitsberechtigte Personen hierauf verweisen lassen, eine Auffassung, die in der juristischen Auseinandersetzung mit der BSG-Rechtsprechung niemand vertritt.

Warum nur arbeitssuchende EU-Bürger im Hilfefall ausreisen sollen, ist daher unverständlich, es sei denn, man knüpft die Sozialhilfegewährung an bestimmte, aufenthaltsrechtliche Zusatzvoraussetzungen, die es vor Neufassung von § 23 SGB XII zum 29.12.2016 indes gar nicht gab. Bis dahin ist der Verweis auf vorrangige Hilfen im Heimatland nicht mehr als eine „sozialpolitische Forderung ohne inhaltlich-argumentativen Bezug zu den verfassungsrechtlichen Vorgaben“ (so zutreffend LSG NRW vom 30.11.2015 – L 6 AS 1480/15 B ER).

Im Übrigen können Hilfesuchende nur auf zumutbaren Selbsthilfebemühungen verwiesen werden, was jedenfalls hier – rückblickend – eine Selbsthilfe durch Rückkehr ausschließt. Denn bis zur Entscheidung des EuGH in Sachen Alimanovic war der Alg II-Leistungsausschluss höchst umstritten. Die Kläger hatten keine Veranlassung, sich wegen der aus ihrer Sicht fehlerhaften Leistungsablehnung durch Ausreise aus dem Bundesgebiet ihrer Ansprüche zu begeben.

Das BSG wahrt mit seiner Rechtsprechung die Grenzen verfassungskonformer Auslegung. § 21 SGB XII hat nur in der einseitigen Lesart einiger Instanzgerichte eine Sperrwirkung.

Seit Inkrafttreten des SGB II und des SGB XII gibt es (sozialmedizinisch) erwerbsfähige Personen mit Leistungsansprüchen nach dem 3. Kapitel SGB XII (stationäre Unterbringung, Haft, Rentenbezug), ohne dass dies mit einer fingierten Erwerbsunfähigkeit begründet werden müsste.

Dasselbe gilt umgekehrt für Arbeitsmarktrentner und langjährig obdachlose Menschen; obwohl ohne jede Vermittlungschance, werden sie einem System zugeordnet, das auf Eingliederung in den Arbeitsmarkt setzt. Einer Fiktion der Erwerbschance bedarf es nicht.

Die Entscheidung für zwei Sozialhilfe-Systeme bedingt unter der verfassungsrechtlichen Pflicht zur Existenzsicherung zwangsläufig eine Zuordnungsregelung, die angesichts der Vielfältigkeit der Bedarfslagen nicht streng dichotomisch angelegt ist.

Sofern abweichende Instanzgerichte auf den Willen des Gesetzgebers, erwerbsfähige Personen dem Rechtskreis des SGB II zuzuordnen, abstellen, missachten sie methodische Standards der Auslegung. Denn wie schon ein erster Blick auf die Gesamtsystematik des SGB II zeigt, hat sich der vermeintliche Wille nicht im Gesetz niedergeschlagen. Sonst wäre z. B. die Regelung des § 31b Abs. 2 SGB II und die entsprechenden Vorgängerregelung sinnlos, ginge der Gesetzgeber konsequent davon aus, dass erwerbsfähige Personen generell keine Sozialhilfe beanspruchen können. Zum 1.8.2016 hat der Gesetzgeber „klargestellt“, dass Freigänger, die einer Erwerbstätigkeitsnachgehen, von SGB II-Leistungen ausgeschlossen sind. Im Bedarfsfall bekommen sie ergänzende Sozialhilfe. Die Fiktion, sie seien erwerbsunfähig, ist hier geradezu absurd.

Schließlich sollte anerkannt und respektiert werden, dass der Gesetzgeber dem BSG mit dem „Gesetz zur Regelung von Ansprüchen ausländischer Personen“ vom 22.12.2016 im Ergebnis folgt, wenn auch mit einer verfassungsrechtlich höchst riskanten Leistungsbegrenzung.

Der wirklich problematische Aspekt der BSG-Rechtsprechung ist die Abschwächung des Grundrechts auf Existenzsicherung für Arbeitsuchende auf eine Ermessensleistung, was hier aber nicht näher vertieft werden muss, da zweifelsfrei ein Fall der Ermessensreduktion auf Null vorliegt.

Dass die Kläger dem Grunde nach einen Rechtsanspruch auf Sozialhilfe haben, kann daher nicht ernsthaft bestritten werden und wird auch von beiden SO-Senaten des LSG Berlin-Brandenburg so gesehen.

m) LSG Berlin – Brandenburg, Beschluss vom 05.04.2017 – L 15 SO 353/16 B ER –

In diesem bemerkenswerten und der Situation eines wohnungslosen, zum Teil auf der Straße lebenden Menschen in besonderer Weise gerecht werdenden Beschluss, war der Antragsteller ein bereits seit längerer Zeit (seit 2009) wohnungsloser litauischer Staatsangehöriger, der u.a. in Berlin, zum Teil auf der Straße lebte und seinen Lebensunterhalt mit Hilfe einer kleinen Rente aus Litauen in Höhe von 167,74 Euro mtl., 9,50 Euro Fahrkostenerstattung aus Litauen im Monat sowie eine Entschädigung der Kosten für medizinische Behandlung (Fürsorge) in Höhe von zurzeit 112,00 Euro monatlich bestritt. Seinen weiteren Bedarf deckte er mit dem Sammeln von Pfandflaschen bzw. dem Aufsuchen niedrigschwelliger Einrichtungen der Wohnungslosenhilfe wie Tagesstätten, Suppenküchen, Notübernachtungen, etc. Dem Antragsteller sind Leistungen der Grundsicherung für Arbeitssuchende gem. SGB II unter Berücksichtigung seiner Einkünfte zugesprochen worden.

Seit dem 27. Oktober 2009 war er zwar in Berlin gemeldet, im Verfahren gab er jedoch an, dass dies nur eine Scheinadresse war und er dort niemals gewohnt habe, sodass es ihm an einem hinreichenden Nachweis eines Daueraufenthaltes gem. § 23 Abs. 3 Satz 7 SGB XII n.F. fehlte. Er konnte lediglich Bestätigungen der von ihm aufgesuchten Einrichtungen und Diensten vorlegen wonach er dort regelmäßig Gast/Patient war. Vorliegend ging es also um die Frage, ob aufgrund der sich darstellenden Gesamtumstände davon auszugehen war, dass sich der Antragsteller bereits seit mindestens fünf Jahren ohne wesentliche Unterbrechung in Berlin aufgehalten hat. Hierzu führte das Gericht aus:

Der Antragsteller ist Ausländer (Litauer) ohne erkennbares anderweitiges Freizügigkeits- oder Aufenthaltsrecht. Er hat aber glaubhaft gemacht, dass er seit mindestens fünf Jahren seinen gewöhnlichen Aufenthalt im Bundesgebiet hat. Nach § 7 Abs. 1 Satz 5 SGB II beginnt die Fünfjahresfrist mit der Anmeldung bei der zuständigen Meldebehörde, hier also am 27. Oktober 2009. Unbeachtlich ist, dass der Antragsteller unter der Meldeanschrift nach eigenen Angaben nie gewohnt hat, der Gesetzeswortlaut knüpft allein an die Meldung an. Nach dem Gesetzentwurf der Bundesregierung, Drucksache 18/10211 vom 7. November 2016, B. Zu Artikel 1, dort zu Nummer 2 (§ 7 SGB II), Seite 14, dokumentieren die Betroffenen durch die verpflichtende Meldung bei der Meldebehörde ihre Verbindung zu Deutschland, die Voraussetzung für eine Aufenthaltsverfestigung ist. Durch die Bescheinigung der C-Ambulanz vom 9. September 2016 ist auch glaubhaft gemacht, dass der Antragsteller sich im Jahr 2009 und dann wieder ab mindestens Januar 2014 bis fortlaufend tatsächlich in Berlin aufgehalten hat. Für die Zeit ab Januar 2015 geht dies auch aus den beim Beigeladenen zu 1) und dem Antragsgegner vorgelegten Kontoauszügen hervor. Er hat durch eine eidesstattli-

che Erklärung auch glaubhaft gemacht, dass er Kontoauszüge für die Zeit vorher nicht vorlegen kann, was ggfs. im Hauptsacheverfahren zu überprüfen sein wird. Für die Zwischenzeit, also Dezember 2009 bis Dezember 2013 ist der Aufenthalt in Deutschland durch die vorgelegte eidesstattliche Versicherung glaubhaft gemacht. Die von dem Antragsteller gegebene Erklärung ist plausibel. Für die Zeit, in der er sich als Obdachloser in verschiedenen Städten Deutschlands aufgehalten hat, ist auch nachvollziehbar, dass er hierfür nur schwer Nachweise erbringen kann. Auch die Erklärung, aus welchen Gründen er sich nicht in Litauen aufhalten konnte oder wollte, ist nachvollziehbar. In dem Erörterungstermin vom 1. Februar 2017 hat der Antragsteller angegeben, er sei in Deutschland, weil er drei Mal am Tag Essen und Medikamente einnehmen müsse. Dies gehe in Litauen nicht. In Deutschland bekomme er etwas von den Missionen. In Litauen gebe es diese nur auf dem Papier, in der Realität jedoch nicht. Alles werde so gemacht, dass die Obdachlosen das Land verließen. Wenn sie das nicht täten, würden sie verhungern oder an Krankheiten eingehen. Es sei ein Unterschied wie Tag und Nacht. Die von ihm beschriebenen Zustände in Litauen entsprechen denen, die in der Studie „Die wirtschaftliche und soziale Lage in den Baltischen Staaten: Litauen“, erstellt von Prof. Dr. Boguslavas Gruzevskis und Dr. habil. Inga Blaziene, herausgegeben vom Referat Besuchergruppen/Veröffentlichungen des Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschusses, Brüssel 2013, zu finden unter <http://www.eesc.europa.eu/resources/docs/ge-30-12-150-de-c.pdf>, dargestellt werden. Dort (Seite 9) wird ausgeführt, dass die stark ausgeprägte wirtschaftliche Ungleichheit in der Bevölkerung bei geringem Lebensstandard Ursachen für die große Zahl der Menschen sind, die in Armut und sozialer Ausgrenzung leben. Nach Angaben von Eurostat waren 2010 über 33% der Menschen in Litauen von Armut und sozialer Ausgrenzung betroffen – einer der höchsten Werte in der EU. Zwar beträgt das Durchschnitts- und Mindesteinkommen in Litauen nur ein Fünftel bis die Hälfte dessen, was in vielen EU-Staaten verdient wird, aber die Preise für zahlreiche wichtige Waren und Dienstleistungen liegen nur 10-30% unter dem EU-Durchschnitt. Der allgemeine Preisindex in Litauen wird nur durch geringere Preise für Wohnungen, Bildung und Gesundheitsversorgung (von denen bekanntlich nur ein geringer Teil statistisch erfasst ist) gedrückt. Allerdings liegen auch diese Preise bei etwa 40% des EU-Durchschnitts, während Arbeitslöhne, Renten und Sozialhilfen um ein Vielfaches geringer sind als in den übrigen EU-Ländern. Nach einer Umfrage der Technischen Universität K von 2011, an der 1187 Einwohner Litauens teilgenommen haben, sind mehr als 70% der Befragten der Ansicht, der litauische Staat versäume es, Unterstützung und Hilfeleistungen für ein vollwertiges Leben von Menschen mit Behinderungen bereitzustellen.

Der fünfjährige Aufenthalt in Deutschland muss auch nicht erlaubt gewesen sein, d.h., es muss keine materiell-rechtliches Aufenthaltsrecht bestanden haben, wie sich aus den Materialien zum GrSiAusIG ergibt. Nach dem Gesetzentwurf der Bundesregierung, Drucksache 18/10211 vom 7. November 2016, B. Zu Artikel 1, dort zu Nummer 2 (§ 7 SGB II), Seite 14, ist diese Frist angelehnt an den Erwerb eines Daueraufenthaltsrechts, setzt jedoch im Gegensatz zu diesem keine materielle Freizügigkeitsberechtigung voraus. Der Gesetzgeber wollte mit der Möglichkeit des Bezuges von Leistungen ohne ein Aufenthaltsrecht offenbar der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG, vgl. Urteil vom 18. Juli 2012 – 1 BvL 10/10 u.a. –, dokumentiert in juris und in NVwZ 2012, 1024), Rechnung tragen. Dabei nimmt der Gesetzgeber allerdings den Zeitraum eines „kurzfristigen Aufenthalts“ mit fünf Jahren deutlich länger an als z.B. das BSG. Dieses ist davon ausgegangen, dass nach Ablauf von regelmäßig sechs Monaten ein durch ein Vollzugsdefizit des Ausländerrechts bewirktes Faktum eines verfestigten tatsächlichen Aufenthalts des Unionsbürgers im Inland vorliegt (BSG, Urteil vom 03. Dezember 2015 – B 4 AS 44/15 R –, juris Rn. 56 = SozR 4-4200 § 7 Nr. 43). Da der Antragsteller jedenfalls glaubhaft gemacht hat, dass er sich seit

(mehr als) fünf Jahren gewöhnlich in Deutschland aufhält, kann an dieser Stelle dahinstehen, nach welcher Zeit nicht mehr von einem Kurzaufenthalt auszugehen ist.

n) LSG Berlin – Brandenburg, Beschluss vom 10.05.2017 – L 31 AS 517/17 B ER –

In dieser wohl eher restriktiven Entscheidung war die Antragstellerin polnische Staatsangehörige, die einer geringfügigen Beschäftigung gegen Aufwandsentschädigung nachging, welche aus Sicht des erkennenden Gerichts die Arbeitnehmereigenschaft nicht erfüllte. Insofern wurde die Klage abgewiesen. Der zuständige Träger der Sozialhilfe wurde nicht beigegeben. Zur neuen Rechtslage im SGB XII führte das Gericht aus:

Soweit nach dem SGB XII Leistungen „bis zur Ausreise“ in Betracht kommen (§ 23 Abs. 3 Satz 3 SGB XII), sind diese bei der zuständigen Behörde zu beantragen. Der Senat hat bereits entschieden, dass ausgeschlossenen, hilfebedürftigen EU-Bürgern im Rahmen der Selbsthilfe (§§ 2, 9 SGB II) die Ausreise in ihr Heimatland zumutbar ist, um dort Sozialhilfeleistungen in Anspruch zu nehmen (Beschluss vom 9. Juni 2016, L 31 AS 1158/16 B ER).

4. Zur Frage der Verfassungsmäßigkeit der Regelung:

Schwabe hält die Regelung unter Bezugnahme auf die oben zitierte Entscheidung des SG Bremen für nicht verfassungswidrig.¹³ Berlit hingegen hält die Regelung für mit der derzeitigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Grundrecht auf ein menschenwürdiges Existenzminimum unvereinbar.¹⁴

5. Einzelfall beim Bezirksamt Neukölln:

In diesem Fall handelte es sich um ein Ehepaar polnischer Staatsangehörigkeit die noch keine fünf Jahre ununterbrochen in Deutschland gelebt haben und dem Anspruchsausschluss nach § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 lit. b SGB II unterfielen. Auf den Antrag auf Gewährung von Leistungen der Hilfe zum Lebensunterhalt nach dem Dritten Kapitel SGB XII gem. § 23 Abs. 1 Satz 3 (Ermessensleistung) hat das Amt für Soziales zunächst Überbrückungsleistungen gem. § 23 Abs. 3 Satz 5 SGB XII bewilligt.

Im Rahmen eines Weiterbewilligungsantrages machten die Antragsteller geltend, dass die Antragstellerin schwer psychisch erkrankt und nicht reisefähig sei. Der zuständige Sozialpsychiatrische Dienst hatte hierzu Stellung genommen und ausgeführt, dass die Antragstellerin längerfristig nicht reisefähig ist. Insofern musste davon ausgegangen werden, dass der Zeitraum der krankheitsbedingt fehlenden Reisefähigkeit nicht absehbar war. Bei der Beurteilung des möglichen Zeitrahmens kann auf die Bestimmungen des § 43 Abs. 2 SGB VI/§ 8 Abs. 1 SGB II zurückgegriffen werden, wonach davon auszugehen war, dass die Antragstellerin für mindestens sechs Monate nicht reisefähig sein wird.

¹³ Schwabe: Hinweise zu den Änderungen des SGB II und des SGB XII ab 29.12.2016 zur Leistungsgewährung an ausländische Personen in Zeitschrift für das Fürsorgewesen 2017, Seite 29 ff.

¹⁴ Berlit: Die Regelung von Ansprüchen ausländischer Personen in der Grundsicherung für Arbeitssuchende und in der Sozialhilfe. Ein erste rechtliche Bewertung in Nachrichtendienst des Deutschen Vereins 2017, Seite 67 ff.

Entsprechend den Bestimmungen des § 23 Abs. 3 Satz 6 SGB XII werden, soweit dies im Einzelfall besondere Umstände erfordern, Leistungsberechtigten nach Satz 3 zur Überwindung einer besonderen Härte andere Leistungen im Sinne von Absatz 1 gewährt; ebenso sind Leistungen über einen Zeitraum von einem Monat hinaus zu erbringen, soweit dies im Einzelfall auf Grund besonderer Umstände zur Überwindung einer besonderen Härte und zur Deckung einer zeitlich befristeten Bedarfslage geboten ist.

In der Gesetzesbegründung wird hierzu ausgeführt: „Ebenso können bei Vorliegen besonderer Umstände Bedarfe, die entstehen, soweit im Einzelfall eine Ausreise binnen eines Monats nicht möglich oder zumutbar ist, gedeckt werden. Hierbei handelt es sich um eine Regelung, die lediglich bei Vorliegen besonderer Umstände eingreift, um im Einzelfall für einen begrenzten Zeitraum unzumutbare Härten zu vermeiden, nicht um eine Regelung, mit der ein dauerhafter Leistungsbezug ermöglicht wird. Von einer Unmöglichkeit der Ausreise ist insbesondere auszugehen, wenn eine amtsärztlich festgestellte Reiseunfähigkeit vorliegt.“

So liegt der Fall hier, die Reiseunfähigkeit ist im vorliegenden Fall amtsärztlicherseits festgestellt. Da nun vorübergehend von einem längerem Aufenthalt der Antragstellerin auszugehen ist, erscheint es verfassungsrechtlich nicht haltbar, die Antragstellerin vom soziokulturellen Existenzminimum weiter auszunehmen. Insoweit sind ab Kenntnis der längerfristigen Reiseunfähigkeit die vollen Regelleistungen zu erbringen. Dies betrifft auch den Ehegatten, da unter Hinweis auf Artikel 6 Abs. 1 Grundgesetz nicht verlangt werden kann, dass der Ehegatte allein ausreist.

Die Leistung war zunächst auf sechs Monate zu befristen. Hiernach ist der zuständige Sozialpsychiatrische Dienst ggf. erneut um Stellungnahme zu bitten.