

SOZIALRECHT-JUSTAMENT

Rechtswissen für die existenzsichernde Sozialberatung (Jg.7 / Nr. 10)

Oktober 2019

Die Rechtsprechung zum **SGB II/SGB XII-Ausschluss von EU-BürgerInnen** in der Fassung vom 29.12.2016 ist Thema der Oktober-Ausgabe von **SOZIALRECHT-JUSTAMENT**. In keinem anderen sozialrechtlichen Bereich sind die Entscheidungen der Sozialgerichtsbarkeit so disparat. Ich stelle hier die unterschiedlichen Positionen dar, damit nachvollziehbar wird, um welche Rechtsauffassungen gestritten wird. In meiner Fortbildung »Recht prekär! Sozialleistungsansprüche von EU-BürgerInnen« wird dagegen der Schwerpunkt auf die oft übersehenen Freizügigkeitsrechte gelegt, die einen Sozialleistungsanspruch begründen können. Die Fortbildung (siehe Seite 2) ist damit auch eine gründliche Einführung in das europäische Freizügigkeitsrecht.

Sozialrechtliche Fortbildungen Herbst/Winter 2019	2
Das SGB II-Praxisseminar 2020 - »Das ABC des SGB II«	2
Leistungen für Familien – Neuregelungen (»Starke-Familien-Gesetz« und »Gute-KiTa-Gesetz«) und neues aus der Rechtsprechung	2
Recht prekär! Sozialleistungen für EU-Bürger 2019– Leistungsausschlüsse, rechtliche Änderungen und die aktuelle Rechtsprechung	2
Disparate Rechtsprechung bei den Leistungsausschlüssen von EU-BürgerInnen im SGB II/SGB XII	5
Die letzten rechtlichen Änderungen vom 29.12.2016 und ihre Vorgeschichte	5
Der Gesetzgeber »korrigiert« die BSG-Entscheidung ab dem 29.12.2016	6
Die verfassungsrechtliche Grundsatzfrage	6
Die einzelnen Streitfragen: eine Übersicht	8
1. Können oder müssen SGB II-Leistungen vorläufig gewährt werden, wenn der jeweilige Leistungsausschluss in einem Vorlagebeschluss beim EuGH oder Bundesverfassungsgericht bezüglich seiner Rechtmäßigkeit anhängig ist?	8
2. Können vom SGB II ausgeschlossene EU-BürgerInnen aus den Unterzeichnerstaaten des Europäischen Fürsorgeabkommens Leistungen des SGB XII erhalten? Und wenn ja, unter welchen Voraussetzungen?	10
3. Ist der seit dem 29.12.2016 bestehende Ausschluss von EU-BürgerInnen, die Ihr Aufenthaltsrecht aus Art. 10 der VO (EU) 492/2011 ableiten europarechtskonform?	11
4. Können sorgeberechtigte Elternteile, die selbst über kein Freizügigkeitsrecht verfügen, dieses nach § 28 AufenthG von minderjährigen Kindern ableiten, wenn diese ein Freizügigkeitsrecht als Familienangehörige haben?.....	11
5. Besteht bei der Verlustfeststellung der Freizügigkeit durch die Ausländerbehörde ein Anspruch auf Leistungen nach dem Asylbewerberleistungsgesetz? Ist das erst der Fall, wenn die Verlustfeststellung bindend bzw. rechtskräftig geworden ist?	12
6. Erfordert die »Rückausnahme« nach fünfjährigem Aufenthalt eine durchgängige Meldung in Deutschland? Welche Unterbrechungen sind unbedenklich?	14
7. Müssen »Überbrückungsleistungen« extra beantragt werden?.....	15
8. Sind »Überbrückungsleistungen« vom Ausreisewillen abhängig?.....	15
Überbrückungsleistungen bis zur bestandskräftigen Verlustfeststellung aus verfassungsrechtlichen Gründen zwingend notwendig? – das erste beim Bundessozialgericht anhängige Verfahren	16
Vorläufiges Fazit.....	16
Politische Perspektiven	17

Die nächsten sozialrechtlichen Fortbildungen finden Sie auf der Seite 2 und natürlich auf:

www.sozialrecht-justament.de

Die Seminare meiner Frau Martina Beckhäuser auf der Seite 3 und auf:

www.martina-beckhaeuser.de

Sozialrechtliche Fortbildungen 2019/Anfang 2020

Neu! Nürnberg

18./19. Februar 2020

Das SGB II-Praxisseminar 2020 - »Das ABC des SGB II«

Das bewährte zweitägige Einführungsseminar habe ich nochmals komplett überarbeitet. Es ist ideal für EinsteigerInnen. Aber auch erfahrene PraktikerInnen mit längerer SGB II-Beratungserfahrung können hier Neues erfahren oder Bekanntes auffrischen. Beim Überarbeiten habe auch ich wieder Neues gelernt...

Nürnberg

22. Januar 2020

**Weitere Termine/
Orte in Planung**

Leistungen für Familien – Neuregelungen (»Starke-Familien-Gesetz« und »Gute-KiTa-Gesetz«) und neues aus der Rechtsprechung

Inhalt der Fortbildung: Die Neuregelungen zum **Kinderzuschlag** (ab Juli 2019 bzw. Januar 2020) werden verständlich dargestellt. In der Fortbildung wird an Beispielen gezeigt, wann die Beantragung von Kinderzuschlag ratsam ist. Auf die Aufforderung des Jobcenters, höheren Kinderzuschlag und Wohngeld zu beantragen, kann nicht vertraut werden. In der Fortbildung stelle ich eine **Arbeitshilfe zum Erkennen eines möglichen Kinderzuschlagsanspruchs** vor. Natürlich wird auch gezeigt, wie der Kinderzuschlag exakt berechnet wird. Ab Juli 2019 ist es oftmals wichtig, in welchem Monat die Beantragung von Kinderzuschlag am besten erfolgen sollte. Auch darauf geht die Fortbildung ein.

Die **Neuregelungen zu den Leistungen zur Bildung und Teilhabe** sind ebenso Teil der Fortbildung wie die Neuerungen bei der **Befreiung von der Kostenbeteiligung** bei Kita-Gebühren.

In der Fortbildung wird aufgezeigt, was sogenanntes **»Kinderwohngeld«** beinhaltet und wann die Beantragung von »Kinderwohngeld« sinnvoll ist. Hierbei werde ich die für 2020 geplanten Änderungen beim Wohngeldrecht (so die Regierung noch besteht) berücksichtigen. Ein zuverlässiger Wohngeldrechner wird vorgestellt und Tipps zu dessen Bedienung. Weitere Themen sind: Probleme bei der Beantragung von **Unterhaltsvorschuss** bei Kindern ab 12 Jahre und wie sie gelöst werden können. Welche MigrantInnen von Familienleistungen ausgeschlossen sind. Auch auf den von mir und der überwiegenden Mehrheit der juristischen ExpertenInnen für europarechtswidrig eingestufte Ausschluss bestimmter EU-BürgerInnen vom **Kindergeld** wird in der Fortbildung eingegangen. Weiteres Thema: Rückforderungen der Familienkasse.

Nur in München und Nürnberg wird auch das Bayerische Familiengeld betrachtet: Die Anrechnung im SGB II gehört mittlerweile der Vergangenheit an. Besonderheiten beim Familiengeld für EU-BürgerInnen und die Einschränkungen des Zugangs zum Familiengeld bei MigrantInnen mit »ungeklärter Identität« sind aber wichtige, oft unbeachtete Punkte.

Weiteres Thema: Rückforderungen der Familienkasse.

Frankfurt/M.

30. Oktober 2019

München

5. November 2019

Nürnberg

6. Februar 2020

**Weitere Termine/
Orte in Planung**

Recht prekär! Sozialleistungen für EU-Bürger 2019– Leistungsausschlüsse, rechtliche Änderungen und die aktuelle Rechtsprechung

Das Seminar ist eine gründliche **Einführung in die sozialrechtliche Situation von EU-BürgerInnen**. Im Seminar wird das Freizügigkeitsgesetz/EU mit seinen europarechtlichen und sozialrechtlichen Bezügen systematisch dargestellt. **Ein Ziel des Seminars ist es, die Teilnehmenden zu befähigen, oftmals übersehene Freizügigkeitsrechte zu erkennen.**

Auch gibt das Seminar Antworten auf grundsätzliche Fragen, die sich Beratende immer wieder stellen: Was sind EU-Richtlinien, was EU-Verordnungen? Welche Bedeutung hat das Europäische Fürsorgeabkommen? Welche Lösungen gibt die Rechtsprechung vor? Welche Fragen sind höchstrichterlich offen? Welche Möglichkeiten gibt der einstweilige Rechtsschutz bei prekären Leistungsansprüchen?...

Das Seminar richtet sich an alle, die EU-BürgerInnen sozialrechtlich beraten. Aufgrund der Entwicklungen in der Rechtsprechung und Gesetzgebung ist das Seminar auch für diejenigen interessant, die an meinen Seminaren zu sozialrechtlichen Ansprüchen von EU-BürgerInnen in den vergangenen Jahren teilgenommen haben. **Das Seminar hat den aktuellen Rechtsstand und geht auch auf den neu eingeführten Ausschluss von EU-BürgerInnen mit bestimmten Freizügigkeitsrechten vom Kindergeld ein.**

Bei allen Seminaren gibt es ausführliche spiralgebundene Skripte! **Neu, ab Herbst 2020 im Farbdruck!** Ausschreibungen finden Sie auf www.sozialrecht-justament.de Anmeldungen und Anfragen sind auch formlos per E-Mail möglich: bernd.eckhardt@sozialrecht-justament.de

recht·prekär¶

¶
¶

·Der strittige Sozialleistungsausschluss ·
·neuzugewanderter EU-BürgerInnen ·¶

¶
¶
¶
¶
¶
¶
¶
¶

Übersehene Freizügigkeitsrechte /
aktuelle Rechtsprechung¶

¶
¶

6. Februar 2020 in Nürnberg, weitere Termine / Orte in Planung —
aktuelle Informationen hierzu auf www.sozialrecht-justament.de¶

Seminare meiner Frau Martina Beckhäuser



Martina Beckhäuser

Dipl.-Sozialpädagogin (FH), Systemische Therapeutin/Familietherapeutin (DGSF), IFS-Therapeutin (CSL), Supervisorin (DGSF) und Lehrsupervisorin (DGSF) Kommunikationstrainerin, Kunsttherapie/Gestaltungstherapie (DAGTP Berlin), Analytische Psychologie und Kunsttherapie (C.G. Jung Institut Stuttgart), Lehrtherapeutin (DGSF) am Miramis-Institut für Systemische Theorie und Praxis in Nürnberg, Lehrtrainerin am IIFS Institut für Integrative Systemische Therapie mit dem inneren Familien-System in München. Seit 2003 eigene Praxis für Systemische Therapie + Supervision



Zweitägige Einführungsworkshops

»Systemische Therapie mit der „Inneren Familie“ - IFS«

Samstag/Sonntag, 14. + 15. März 2020

Samstag/Sonntag, 17. + 18. Oktober 2020

Nürnberg

Nähere Informationen zu den Seminaren von Martina Beckhäuser auf www.martina-beckhaeuser.de

Disparate Rechtsprechung bei den Leistungsausschlüssen von EU-BürgerInnen im SGB II/SGB XII

Der Leistungsausschluss von EU-BürgerInnen aus dem SGB II/SGB XII beschäftigt seit Jahren die Sozialgerichtsbarkeit. In kaum einer anderen Rechtsfrage gehen die Entscheidungen der Sozialgerichte so weit auseinander wie in den Entscheidungen zum Leistungsausschluss von EU-BürgerInnen. In vorliegendem Aufsatz möchte ich skizzieren, welche Fragen derzeit ungeklärt sind.

Die letzten rechtlichen Änderungen vom 29.12.2016 und ihre Vorgeschichte

Der Ausschluss bestimmter EU-BürgerInnen von Leistungen des SGB II/SGB XII wurde zuletzt mit Inkrafttreten des 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 am 29.12.2016 geändert. Motiv der Änderung war, die Rechtsprechung des Bundessozialgerichts vom 3. Dezember 2015 (BSG, B 4 AS 44/15 R) zu korrigieren. Die Entscheidung des Bundessozialgerichts war auch in der Sozialgerichtsbarkeit hoch umstritten. Das BSG hielt aber in der Folge daran fest, weil nur durch diese Auslegung die ausschließenden Regelungen im SGB II verfassungskonform seien. Die Argumentation des Bundessozialgerichts möchte ich hier kurz skizzieren. Sie ist keineswegs nur historisch und durch die neue Gesetzeslage obsolet, sondern schwingt auch in den aktuellen Entscheidungen mit. Die Argumentation des Bundessozialgerichts lässt sich in zwei Argumentationsschritte zusammenfassen.

Der erste Argumentationsschritt des Bundessozialgerichts: Der SGB II-Ausschluss eröffnet SGB XII-Zugang, auch wenn Erwerbsfähigkeit vorhanden ist

Vom SGB II ausgeschlossene EU-BürgerInnen sind grundsätzlich, wie vom EuGH zuvor bestätigt, auch europarechtskonform vom SGB II ausgeschlossen und können daher SGB XII-Leistungen erhalten, argumentierte das Bundessozialgericht. § 21 Satz 1 SGB XII lautet zwar:

Personen, die nach dem Zweiten Buch als Erwerbsfähige oder als Angehörige dem Grunde nach leistungsberechtigt sind, erhalten keine Leistungen für den Lebensunterhalt.

EU-BürgerInnen sind aber gerade nicht dem Grunde nach leistungsberechtigt. Wer im Grunde leistungsberechtigt ist regelt § 7 Abs. 1 SGB II. Und schon in diesem Absatz sind EU-BürgerInnen ausgeschlossen. Das

unterscheidet sie z.B. von Studierenden, die zunächst nach § 7 Abs. 1 SGB II zu dem leistungsberechtigten Personenkreis gehören und nur nach § 7 Abs. 5 SGB II persönlich ausgeschlossen sind. Eine alleinerziehende Studierende kann daher SGB II-Leistungen für Ihr Kind beantragen. Nur sie selbst erhält keine Leistungen für den Lebensunterhalt. Ein ausgeschlossener EU-Bürger kann dagegen keine Leistung für sein Kind beantragen. Die Eröffnung des SGB XII-Zugangs von erwerbsfähigen Hilfebedürftigen haben nicht alle Sozialgerichte nachvollzogen. Der Gesetzgeber hat hier aber keine gesetzlichen Änderungen vorgenommen, sondern die Rechtsprechung des Bundessozialgerichts akzeptiert. Ansonsten würden die seit dem 29.12.2016 vorgesehenen Überbrückungsleistungen in § 23 SGB XII erwerbsfähigen EU-BürgerInnen nicht zur Verfügung stehen, was aber offensichtlich gewollt ist. Mittlerweile dürfte sich – auch aufgrund des gesetzgeberischen Handelns – die Rechtsauffassung des BSG fast bei allen Gerichten durchgesetzt haben. Ausnahmen gibt es aber auch hier: Eine negative Entscheidung des 29. Senats des LSG Berlin-Brandenburg (L 29 AS 2670/13 vom 22.06.2017) wurde im Revisionsverfahren durch das BSG korrigiert (B 14 AS 32/17 R vom 09.08.2018).

Der zweite Argumentationsschritt des Bundessozialgerichts: Bei verfestigtem Aufenthalt sind SGB XII-Leistungen im Rahmen des Ermessens in gesetzlicher Höhe zu erbringen (Ermessensreduktion auf Null)

In einem zweiten Argumentationsschritt hat das Bundessozialgericht existenzsichernde Leistungen zum Lebensunterhalt nach § 23 Abs. 1 Satz 3 SGB XII zugesprochen. Der Satz lautet unverändert:

Im Übrigen kann Sozialhilfe geleistet werden, soweit dies im Einzelfall gerechtfertigt ist.

Das BSG hat das nicht leichtfertig getan und den Anspruch (Ermessensreduktion auf Null) an einen verfestigten Aufenthalt geknüpft. Von einem solchen sei auf jeden Fall nach einem sechsmonatigen Aufenthalt auszugehen. Nur der Zugang zum SGB XII ermöglicht, dass der SGB II-Ausschluss verfassungsgemäß ist. Das hat das BSG mehrfach klargestellt (BSG, B 14 AS 18/17 R vom 12.09.2018.):

Auch Verfassungsrecht steht dem SGB II-Leistungsausschluss nicht entgegen. Dieser ist mit dem Grundrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums aus Art 1 Abs 1 GG iVm dem Sozialstaatsprinzip des Art 20

*Abs 1 GG vereinbar, **weil** die Kläger grundsätzlich Zugang zu existenzsichernden Leistungen nach dem SGB XII haben.*

Auch der zweite Argumentationsschritt hat viele Sozialgerichte nicht überzeugt. Manchen Gerichten erschien die grundgesetzlich motivierte »Rettung« des Leistungsausschlusses durch diese Ermessensreduktion vollkommen unnötig. EU-BürgerInnen könnten auf die Rückreise in ihr Heimatland verwiesen werden, ohne dass dies eine Gefährdung von Grundrechten darstellt. Andere Gerichte hielten die »Rettung« des Ausschlusses für nicht verfassungskonform, zumal der Ausschluss in den ersten sechs Monaten weiterhin besteht. Der Gesetzgeber hat auf die Bundessozialgerichtsentscheidung reagiert. Die Anwendbarkeit von § 23 Abs. 1 Satz 3 SGB XII wurde ausgeschlossen, der verfestigte Aufenthalt gesetzlich definiert und eingeschränkte Leistungsansprüche geschaffen, um trotz Nichtanwendbarkeit von § 23 Abs. 1 Satz 2 SGB XII den Ausschluss verfassungskonform auszugestalten.

Der Gesetzgeber »korrigiert« die BSG-Entscheidung ab dem 29.12.2016

Die erste grundlegende Änderung des Gesetzgebers bewirkt, dass die gesetzliche Grundlage, nach der das Bundessozialgericht SGB XII-Leistungen als Ermessensleistung zugesprochen hat, nun verwehrt ist. Leistungen nach dem unveränderten § 23 Absatz 1 SGB XII sind für ausgeschlossene EU-BürgerInnen gesetzlich ausgeschlossen. Das hat weitreichende Folgen nicht nur für ausgeschlossene EU-BürgerInnen selbst, sondern auch für Einrichtungen, die Hilfen nach dem SGB XII für EU-BürgerInnen zur Verfügung stellen. Hilfen für obdachlose EU-BürgerInnen, die im Rahmen des SGB XII – egal ob als Hilfen zu Überwindung besonderer sozialer Schwierigkeiten oder auch als Eingliederungshilfe für Behinderte - erbracht werden, können seit dem 29.12.2016 nicht mehr nach § 23 Abs. 1 S. 3 SGB XII erbracht werden.

Die verfassungsrechtliche Grundsatzfrage

Kann der grundrechtlich verbrieft Anspruch auf die Sicherung des sozialhilferechtlichen Existenzminimums dadurch garantiert werden, dass Menschen, die im Geltungsbereich des Grundgesetzes leben, auf die Möglichkeit diesen Geltungsbereich zu verlassen, verwiesen werden? Die disparate Auslegung durch die Sozialgerichtsbarkeit hat viel mit einer **Grundhaltung zur Garantie des sozialhilferechtlichen Existenzminimums** zu tun. Diese zeigt sich in der unterschiedlichen Beantwortung der Frage. Die zwei am weitesten auseinanderliegenden Positionen können folgendermaßen skizziert werden.

Die erste Position beantwortet die Frage der Garantie des sozialhilferechtlichen Existenzminimums kurz und

Die zweite grundlegende Änderung ist, dass ein verfestigter gewöhnlicher Aufenthalt erst nach 5 Jahren des Aufenthalts vorliegt. Die festgeregelt **5-Jahresfrist** beginnt mit der erstmaligen Meldung zu laufen. Sind die Voraussetzungen des gewöhnlichen Aufenthalts erfüllt, besteht bei Erwerbsfähigen ein regulärer SGB II-Anspruch. Allerdings ist das Jobcenter verpflichtet, in diesem Fall eine Meldung an die Ausländerbehörde (ABH) zu machen. Die ABH kann dann ggf. den Verlust der Freizügigkeit feststellen, wenn kein Freizügigkeitsrecht nach dem FreizügG/EU vorliegt.

Die dritte grundlegende Änderung besteht darin, dass beim kompletten Leistungsausschluss und bestehender Hilfebedürftigkeit „Überbrückungsleistungen“ erbracht werden und die Heimreise als Darlehen übernommen wird. Die dritte Änderung soll sicherstellen, dass der komplette Ausschluss verfassungsgemäß ist.

Eine weitere Änderung betrifft nicht den Kern der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts. Das Bundessozialgericht und der Generalanwalt Melchior Wathelet (Schlussanträge im EuGH-Verfahren C-67/14 Alimanovic, 15.9.2015) haben die Rechtsauffassung vertreten, dass ein Aufenthaltsrecht nach Art. 10 der VO (EU) 492/2011 ein Freizügigkeitsrecht begründet, das zum SGB II-Anspruch führt. Art. 10 der sogenannten Arbeitnehmerfreizügigkeitsverordnung besagt, dass Kinder von Arbeitnehmern oder ehemaligen Arbeitnehmern unter den gleichen Bedingungen wie InländerInnen die Ausbildung fortsetzen dürfen. Mit den Änderungen zum 29.12.2016 werden nun auch EU-BürgerInnen, die nur ein abgeleitetes Freizügigkeitsrecht nach Art. 10 VO (EU) 492/2011 haben, ausdrücklich von SGB II und SGB XII-Leistungen ausgeschlossen.

knapp: EU-BürgerInnen können auf ihre Herkunftsländer verwiesen werden, weil diese für die Erfüllung der Garantie des Existenzminimums nicht nur zuständig sind, sondern dazu auch verpflichtet sind. Demnach ist der Ausschluss von allen Sozialleistungen unproblematisch, da immer der Weg ins Heimatland eine mögliche Selbsthilfe darstellt. Hierbei wird oftmals auf ein Urteil des Bundesverfassungsgerichts verwiesen, in dem begründet wird, dass das Grundgesetz keinen von dem Hilfebedürftigen möglichen **Mitwirkungshandlungen** losgelöst, allein aus der faktischen Hilfebedürftigkeit und dem tatsächlichen Aufenthalt im Bundesgebiet resultierenden Anspruch auf Sicherung des Existenzminimums fordert. In diesem Urteil (BVerfG, 08.10.2014 - 1 BvR 886/11) ging

es um den SGB II-Anspruch eines Studenten, der die BAföG-Altersgrenze überschritten hatte. Da der Anspruchsausschluss durch Abbruch des Studiums beendet werden kann, bestand nach Auffassung des BVerG kein Verstoß gegen den Anspruch auf Sicherung des Existenzminimums. Die Ausreise ins Heimatland stellt nach dieser Rechtsauffassung eine entsprechende **Mitwirkungshandlung** dar. Ob die Selbsthilfe durch die Heimreise gelingt, wird in diesen Entscheidungen nicht hinterfragt, sondern in der Regel einfach behauptet.

Sozialgerichte verweisen hier gerne auf Art. 13 der Europäischen Sozialcharta. So z.B. Sozialgericht Halle (Saale) S 25 AS 73/13 ER vom 22.02.2017:

Allerdings besteht hier die Besonderheit, dass ein Unionsbürger seinen Existenzsicherungsanspruch auch in seinem Herkunftsland geltend machen kann, da in der EU gewisse soziale Mindeststandards bestehen, auf die sich die Mitgliedstaaten geeinigt haben (Sozialcharta). Nach Art 13 der Europäischen Sozialcharta vom 18. Oktober 1961 verpflichten sich die Vertragsparteien sicherzustellen, dass jedem der nicht über ausreichende Mittel verfügt und sich diese auch nicht selbst oder von anderen verschaffen kann, ausreichende Unterstützung gewährt wird.

Was offenbar dem Sozialgericht nicht klar ist: Die Sozialcharta selbst ist kein EU-Recht, sondern eine Vereinbarung der Staaten, die dem Europarat angehören. Das Gebiet geht weit über den Bereich der EU hinaus. So ist z.B. auch Aserbaidschan Unterzeichnerstaat der Sozialcharta. Bei der Verfügung eines Abschiebungsverbots hat das Verwaltungsgericht Augsburg in einem Urteil die Auskunft der deutschen Botschaft indirekt zitierend festgestellt (VG Augsburg, Urteil v. 27.06.2018 – Au 6 K 17.34233):

Da das offizielle Existenzminimum in Aserbaidschan 144 AZN (ca. 70 Euro) beträgt, die monatlichen Sozialleistungen aber nur 50 AZN bis 90 AZN (25–45 Euro) betragen, wäre der Kläger außer Stande, durch Sozialleistungen sein Existenzminimum zu sichern, geschweige denn, die zusätzlichen Medikamenten- und Behandlungskosten aufzubringen.

Natürlich gehört Aserbaidschan nicht zur EU. Das Verfahren zeigt aber, dass der Verweis auf die Sozialcharta keineswegs dafür geeignet ist, im Einzelfall nachzuweisen, dass das Existenzminimum im Heimatland gesichert wäre. Im Gegensatz zur Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) kann die/der Einzelne die in der Charta gewährleisteten Rechte nicht selbst geltend machen, was das SG Halle fälschlicherweise behauptet. Es besteht also gerade kein individueller Rechtsanspruch.

Die zweite entgegengesetzte Position argumentiert dagegen, dass sich **die vollumfängliche Garantie der Sicherung des sozialhilferechtlichen Existenzminimums auf alle Menschen im Bereich der Geltung des Grundgesetzes erstreckt**. Die Ausschlüsse sind demnach verfassungswidrig. Der gravierende Unterschied der Mitwirkungshandlung des vom BAföG aufgrund seines Alters ausgeschlossenen Studierenden, der gezwungen ist sein Studium abzubrechen, von EU-BürgerInnen, die gezwungen sind, **den Geltungsbereich des Grundgesetzes zu verlassen**, erlaubt keine Analogie.

Die grundgesetzliche Argumentation, dass der Leistungsausschluss verfassungswidrig sei, wird in der Regel eingeschränkt: **Solange** sich Personen im Bereich des Grundgesetzes aufhalten, muss das grundgesetzlich garantierte sozialhilferechtliche Existenzminimum gelten. Das Recht des Staates, den Aufenthalt zu verbieten und aufenthaltsbeendende Maßnahmen zu ergreifen, wird demnach nicht eingeschränkt. Abschiebungsverbote gibt es bei einer begründeten konkreten Gefahr für »Leib und Leben«, nicht aber bei der Gefährdung des soziokulturellen Existenzminimums. Dass die Würde des Menschen unantastbar sei, wie es in Artikel 1 des Grundgesetzes heißt, ist »kontrafaktisch«. Sie wird angetastet und das natürlich auch mit Zustimmung des Bundesverfassungsgerichts, wie zahlreiche abgelehnte Beschwerdeverfahren im Bereich der Abschiebungen zeigen. Gestritten wird nur darüber, unter welchen Voraussetzungen sie angetastet werden darf und in welchem Maße.

Zwischen der ersten Position, dass der Ausschluss von Leistungen zur Sicherung des sozialhilferechtlichen Existenzminimums grundgesetzlich vollkommen unproblematisch sei und der zweiten Position, die den Ausschluss prinzipiell als verfassungswidrig ablehnt, gibt es zahlreiche Zwischenpositionen. Durch weite Auslegung der Überbrückungsleistungen oder auch einem vorläufigem Leistungszuspruch aufgrund vorhandener verfassungsrechtlicher Bedenken, werden in Einzelfällen Leistungen zugesprochen, ohne aber insgesamt eine Verletzung der Verfassung durch die bestehenden gesetzlichen Regelungen festzustellen. Diese Entscheidungen werde ich weiter unten darstellen.

Sozialgerichte, die den SGB II-Leistungsausschluss von EU-BürgerInnen als verfassungswidrig ansehen, sind in der Minderheit (SG Speyer, Beschluss v. 17.08.2017 - S 16 AS 908/17 ER; Vorlagebeschluss des SG Mainz an das BVerfG: SG Mainz, 18.04.2016 - S 3 AS 149/16). Allerdings gibt es eine größere Anzahl von Sozialgerichten, die verfassungsrechtliche Bedenken im einstweiligen Rechtsschutz äußern (z.B.: LSG NRW, L 7 AS 1085/18 B vom 16. Januar 2019; LSG Berlin-Brandenburg, L 18 AS 884/18 B ER vom 7. Juni 2018;

LSG Berlin-Brandenburg, L 25 AS 337/18 B ER vom 8. März 2018).

Die einzelnen Streitfragen: eine Übersicht

In welchen Fragen - neben der grundsätzlichen Frage der Verfassungsmäßigkeit des Leistungsausschlusses - die Sozialgerichtsbarkeit zu vollkommen unterschiedlichen Entscheidungen kommt, sind (mindestens) die folgenden:

1. Können oder müssen SGB II-Leistungen vorläufig gewährt werden, wenn der jeweilige Leistungsausschluss in einem Vorlagebeschluss beim EuGH oder beim Bundesverfassungsgericht bezüglich seiner Rechtmäßigkeit anhängig ist?
2. Können vom SGB II ausgeschlossene EU-BürgerInnen aus den Unterzeichnerstaaten des Europäischen Fürsorgeabkommens Leistungen des SGB XII erhalten? Und wenn ja, unter welchen Voraussetzungen?
3. Ist der seit dem 29.12.2016 bestehende Ausschluss von EU-BürgerInnen, die ihr Aufenthaltsrecht aus Art. 10 der VO (EU) 492/2011 ableiten europarechtskonform?
4. Können sorgeberechtigte Elternteile, die selbst über kein Freizügigkeitsrecht verfügen, dieses nach § 28 AufenthG von minderjährigen Kindern ableiten, wenn diese ein Freizügigkeitsrecht als Familienangehörige haben?
5. Besteht bei der Verlustfeststellung der Freizügigkeit durch die Ausländerbehörde ein Anspruch auf Leistungen nach dem Asylbewerberleistungsgesetz? Ist das erst der Fall, wenn die Verlustfeststellung bindend bzw. rechtskräftig geworden ist? Ist eine Verlustfeststellung der Freizügigkeit auch für rückwirkende Zeiträume aufzuheben, wenn ein neues Freizügigkeitsrecht entsteht?
6. Erfordert die »Rückausnahme« nach fünfjährigem Aufenthalt eine durchgängige Meldung in Deutschland? Welche Unterbrechungen sind unbedenklich?
7. Müssen »Überbrückungsleistungen« extra bean-

tragt werden?

8. Sind »Überbrückungsleistungen« vom Ausreisewilligen abhängig? Oder: Können »Überbrückungsleistungen« auch auf Dauer gewährt werden und alle Leistungen des SGB XII einschließen?

Die folgende Darstellung der strittigen Rechtsfragen sollte ursprünglich eine Skizze werden, ohne zu sehr in die Tiefe der jeweiligen Argumentation zu gehen. Dies ist nur zum Teil gelungen. Häufig muss die Argumentation der Gerichte ausführlicher dargelegt oder zitiert werden, um zu verstehen, wie sich die unterschiedlichen Positionen begründen.

Aufgrund der disparaten Entscheidungen bleibt der Ausgang eines Verfahrens offen. Wie sich das jeweilige Sozialgericht positioniert, kann oft nicht vorhergesagt werden. Das mag in anderen Rechtsfragen manchmal auch der Fall sein, aber in keinen anderen Fragestellungen im Rechtskreis des SGB II stehen sich die Positionen so unversöhnlich gegenüber. Immerhin – und auch das kam vor: Vertritt ein Landessozialgericht eine Rechtsauffassung, die der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts und des damit argumentierenden Antragstellenden widerspricht, kann es aber die Prozesskostenhilfe nicht mit der Begründung »mutwilligen Prozessierens« ablehnen. (vgl. BVerfG, - 1 BvR 2507/16 - vom 14.02.2017).

Wer sich einen Überblick zumindest über die halbwegs positive Rechtsprechung seit dem 29.12.2016 verschaffen will, findet diesen auf der Seite der GGUA Flüchtlingshilfe e. V:

https://www.einwanderer.net/fileadmin/downloads/unionsbuergerInnen/rechtsprechung_Unionsbuerger.pdf

Im Folgenden werde ich allerdings auch die Argumentation der negativen Entscheidungen darstellen und zum Teil zitieren. Schließlich sind das die Positionen, mit denen sich auseinandergesetzt werden muss.

1. Können oder müssen SGB II-Leistungen vorläufig gewährt werden, wenn der jeweilige Leistungsausschluss in einem Vorlagebeschluss beim EuGH oder Bundesverfassungsgericht bezüglich seiner Rechtmäßigkeit anhängig ist?

§ 41a Abs. 7 Satz 1 SGB II lautet:

„Über die Erbringung von Geld- und Sachleistungen **kann** vorläufig entschieden werden, wenn

1. 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 oder

2. *eine entscheidungserhebliche Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung Gegenstand eines Verfahrens beim Bundessozialgericht ist.*“

Anhängig sind derzeit folgende Fragen: beim BVerfG die Frage, ob der SGB II-Ausschluss verfassungsgemäß ist (siehe oben), und beim EuGH die Frage, ob der Ausschluss von Personen, die ihr Aufenthaltsrecht aus Art. 10 VO (EU) 492/2011 ableiten, mit Europarecht vereinbar ist. Das Verfahren beim BVerfG aus dem Jahr 2016 bezieht sich zwar auf die Rechtslage vor dem 29.12.2016 hätte aber bei entsprechendem Ausgang auch Auswirkungen auf die verschärfte neuere Regelung. Da § 41a Abs. 7 Satz 1 SGB II eine **Ermessensentscheidung** erfordert, können Gerichte in der Regel nur prüfen, ob das Ermessen fehlerhaft ausgeübt worden ist. Nur in den Fällen, in denen das Ermessen allein zu einem Ergebnis führen kann (»Ermessensreduktion auf Null«), kann das Gericht das eigene Ermessen anstelle des Behördenermessens stellen.

So hat z.B. das LSG Bayern (LSG Bayern, L 7 AS 427/17 B ER vom 24.07.2017) mit Bezug auf den Vorlagebeschluss des SG Mainz ein Jobcenter verpflichtet, vorläufig SGB II-Leistungen nach § 41a SGB II zu erbringen. Nach wie vor habe der Vorlagebeschluss auch für das aktuelle Recht Bedeutung:

Auch wenn die Vorlage des SG zum § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II alter Fassung ergangen ist, ist er auch für die ab 29.12.2016 geltende Fassung von Bedeutung, da die Vorschrift bzgl. des Leistungsausschlusses bei einem allein aus dem Zweck der Arbeitssuche sich ergebenden Aufenthaltsrecht im Wesentlichen unverändert geblieben ist.

Weiterhin hat das Gericht argumentiert:

„Vor diesem Hintergrund ist der Senat der Auffassung, dass der Bf gegenüber dem Bg einen Anspruch auf vorläufige Leistungen nach § 41a Abs. 7 Nr. 1 SGB II hat. Das Ermessen hinsichtlich der Entscheidung, vorläufig Leistungen zu bewilligen, ist vorliegend auf Null reduziert (...). Dies folgt aus dem existenzsichernden Charakter der begehrten Leistungen und aus Art. 1 Abs. 1 GG i.V.m. dem Sozialstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 1 GG abgeleiteten Grundrechts auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums.“

Die vorläufige Leistungserbringung nach § 41a Abs. 7 SGB II in Form einer Ermessensreduktion auf Null erfordert nach den Entscheidungen einiger Sozialgerichte

allerdings oft noch eine besondere Notsituation (z.B. Krankheit, die im Heimatland nicht adäquat behandelt wird).

Weitere Entscheidungen, die sich auf § 41a Abs. 7 SGB II beziehen: LSG Niedersachsen-Bremen, L 8 SO 344/16 B ER vom 16.02.2017; LSG Berlin-Brandenburg, L 7 AS 1357/17 B ER vom 02.08.2017; LSG Baden-Württemberg, L 1 AS 854/17 B ER vom 26.04.2017; LSG Nordrhein-Westfalen, L 19 AS 249/18 B ER Beschlüsse vom 26.02.2018, L 6 AS 2086/14 B vom 29.01.2015)

Viele Sozialgerichte folgen aber nicht dieser Argumentation. Es wird z.T. bestritten, dass das Vorlageverfahren des SG Mainz beim Bundesverfassungsgericht zur alten Rechtslage für die neue gesetzliche Regelung von Relevanz ist. Zudem sei keine Ermessensreduktion auf Null vorzunehmen.

Der 7. Senat des LSG Nordrhein-Westfalen wendet sich prinzipiell gegen eine vorläufige Zusprechung von Leistungen im einstweiligen Rechtsschutz über den Umweg des § 41a Abs. 7 SGB II und dem feststellen der Ermessensreduktion auf Null (vgl. allgemein zur Nicht-Anwendung von § 41a Abs. 7 SGB II im einstweiligen Rechtsschutz Landessozialgericht Nordrhein-Westfalen L 7 AS 987/19 B ER vom 17.07.2019). In einer früheren Entscheidung hat der gleiche Senat betont, dass es eines Umwegs über § 41a Abs. 7 SGB II bei einer vorläufigen Entscheidung eines Sozialgerichts gar nicht bedarf:

Aus dem Gebot effektiven Rechtsschutzes kann sich die Verpflichtung ergeben, entgegen einer gesetzlichen Norm vorläufigen Rechtsschutz zu gewähren, also eine Gesetzesvorschrift nicht anzuwenden (Landessozialgericht Nordrhein-Westfalen vom 21.12.2017, L 7 AS 2044/17 B Er)

Die Argumentation: Verfassungs- und europarechtliche Bedenken berechtigt das Gericht im einstweiligen Rechtsschutz zu Entscheidungen gegen die gesetzliche Norm, ohne dass überhaupt Verfahren anhängig sind. Solche Verfahren können allenfalls Bedenken auslösen, aber nicht die Entscheidung relevant bestimmen.

Die Frage, ob bei höchsten Gerichten anhängige Verfahren zur Rechtmäßigkeit gesetzlicher Regelungen eine vorläufige Leistungsbewilligung nach § 41a Abs. 7 SGB II zwingend erfordern, wird unterschiedlich beantwortet. Als Argument kann es angeführt werden. Letztendlich wird ein Gericht aber nur dann Leistungen zusprechen, wenn es selbst die Bedenken gegen die Rechtmäßigkeit teilt.

2. Können vom SGB II ausgeschlossene EU-BürgerInnen aus den Unterzeichnerstaaten des Europäischen Fürsorgeabkommens Leistungen des SGB XII erhalten? Und wenn ja, unter welchen Voraussetzungen?

Im Europäischen Fürsorgeabkommen (EFA) ist geregelt, dass BürgerInnen aus den Unterzeichnerstaaten inländergleich Sozialleistungen erhalten können. Die Bundesrepublik Deutschland hat aber einen Vorbehalt eingelegt, nach dem Leistungen des SGB II und Leistungen des SGB XII zur Überwindung sozialer Schwierigkeiten ausdrücklich ausgenommen sind. Dieser Vorbehalt ist nach der Rechtsauffassung des Bundessozialgerichts rechtmäßig. Damit scheint alles klar zu sein, ist es aber nicht:

Voraussetzung der Anwendung des EFA ist ein erlaubter Aufenthalt. Das Bundessozialgericht hat entschieden, dass es sich um einen im Sinne des Freizügigkeitsrechts »materiell« rechtmäßigen Aufenthalt handeln muss. Wer nur über ein formales Freizügigkeitsrecht verfügt, weil die Ausländerbehörde keinen Verlust festgestellt hat, kann sich nicht auf das EFA berufen. Auch das voraussetzungslose Freizügigkeitsrecht für die ersten drei Monate begründe keinen erlaubten Aufenthalt im Sinne des EFA, wenn nicht gleichzeitig Arbeit gesucht wird (Bundessozialgericht, B 14 AS 32/17 R vom 09.08.2018):

Für den zur Anwendung des Gleichbehandlungsgebots des Art 1 EFA erforderlichen erlaubten Aufenthalt genügt nicht die von den materiellen Freizügigkeitsberechtigungen zu unterscheidende generelle Freizügigkeitsvermutung für EU-Ausländer (...). Nach ihr ist der tatsächliche Aufenthalt des Klägers, der von der Ausländerbehörde faktisch geduldet wird, zwar als rechtmäßig anzusehen. Diese Vermutung beinhaltet indes keine "Erlaubnis" des Aufenthalts im Sinne des EFA, die den Zugang zur Inländergleichbehandlung eröffnet und für die eine materielle Freizügigkeitsberechtigung oder ein anderes Aufenthaltsrecht erforderlich ist (...). Gleiches gilt für das voraussetzungslose Aufenthaltsrecht nach § 2 Abs 5 FreizügG/EU in den ersten drei Monaten des Aufenthalts von EU-Ausländern, das als solches keine materielle Freizügigkeitsberechtigung ist des § 2 Abs 2 FreizügG/EU und in diesem Sinne keine "Erlaubnis" des Aufenthalts ist des Art 11 EFA zum Inhalt hat.

Der 15. Senat des Landessozialgericht Berlin-Brandenburg folgt dem Bundessozialgericht nicht:

Solange bei EU-BürgerInnen keine Verlustfeststellung der Freizügigkeit durch die Ausländerbehörde getroffen worden ist, gilt deren Aufenthalt als erlaubt. Die Entscheidung des BSG sei hier nicht maßgeblich (Landessozialgericht Berlin-Brandenburg, L 15 SO 15/19 B ER vom 14.03.2019):

Dies widerspricht jedoch nach Auffassung des Senats der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts (BVerwG) als für die Frage von Aufenthaltsrechten von Ausländern zuständigem obersten Bundesgericht. Nach dessen Rechtsprechung spricht bei Unionsbürgern eine Vermutung für ein Freizügigkeitsrecht, welche (erst dann) nicht greift, wenn gegen die Betroffenen eine bestandskräftige und weiterhin wirksame Ausweisungsverfügung ergangen ist, die mit einem Einreise- und Aufenthaltsverbot verknüpft ist.

Auch hier gibt es also eine abweichende Rechtsprechung, die allerdings eine Minderheitenmeinung bildet.

Die meisten Sozialgerichte sprechen vom SGB II ausgeschlossenen EU-BürgerInnen aus den EFA-Staaten Leistungen nach dem SGB XII zu, wenn sie über ein »materielles« Freizügigkeitsrecht verfügen. Aber auch hier gibt es einige Landessozialgerichte, die einen Leistungsanspruch über das EFA ablehnen. Sie argumentieren: Erwerbsfähige Inländerinnen können keine SGB XII-Leistungen zum Lebensunterhalt erhalten. Daher würde dies nach dem EFA-Prinzip der Inländergleichbehandlung auch für BürgerInnen aus den EFA-Staaten gelten. Dass diese BürgerInnen im Gegensatz zu InländerInnen keinen Anspruch auf SGB II-Leistungen haben, sei unbeachtlich (so argumentierend: Landessozialgericht Niedersachsen-Bremen, L 13 AS 43/19 B ER vom 14.03.2019; Landessozialgericht Berlin-Brandenburg, L 31 AS 1431/16 ZVW vom 30.11.2017; Landessozialgericht Niedersachsen-Bremen, L 11 AS 1013/17 B ER vom 22.05.2018, Landessozialgericht Baden-Württemberg, L 7 AS 1875/17 vom 18.01.2018; ausdrücklich offengelassen LSG Baden-Württemberg Beschluss vom 3.12.2018, L 7 SO 4027/18 ER-B).

Damit ist auch die Rechtsprechung zur Anwendung des EFA vollkommen disparat.

3. Ist der seit dem 29.12.2016 bestehende Ausschluss von EU-BürgerInnen, die Ihr Aufenthaltsrecht aus Art. 10 der VO (EU) 492/2011 ableiten europarechtskonform?

Diese Frage ist mittlerweile beim EuGH anhängig. Bis der EuGH entschieden hat, werden weiterhin die Sozialgerichte höchst unterschiedlich entscheiden. Viele Sozialgerichte sprechen im einstweiligen Rechtsschutz Leistungen zu, und ein Großteil der Rechtskommentare sieht hier eine Verletzung des Europarechts. Dennoch gibt es auch aktuelle Entscheidungen, die den neuen Leistungsausschluss für europarechtskonform halten (so LSG Hessen, L 7 AS 285/19 B ER vom 21.08.2019). Der 7. Senat des LSG Hessen entscheidet (nicht nur hier) vollkommen entgegengesetzt zum 9. Senat des LSG Hessen (vorläufige Leistungsbewilligung aufgrund europarechtlicher Bedenken: LSG Hessen, L 9 AS 462/18 B ER vom 12.10.2018). Ob Leistungen in Hessen zugesprochen werden, hängt davon ab, bei welchem Senat der Fall verhandelt wird.

Immerhin hat das Bundesverwaltungsgericht mittlerweile geklärt, dass ein aus Art. 10 VO (EU) 492/2011

abgeleitetes Freizügigkeitsrecht ein (fast) vollwertiges Freizügigkeitsrecht im Sinne der Freizügigkeitsrichtlinie ist. Das hat eine große Bedeutung für den Leistungsbezug aufgrund der »Rückausnahme-Regelung« nach fünfjährigem Aufenthalt in Deutschland. Wenn die Kinder in Ausbildung sind und zuvor schon einmal die Arbeitnehmereigenschaft bestand, gilt der Aufenthalt als erlaubt. Eine Verlustfeststellung ist hier nicht möglich (BVerwG, 1 C 48.18 vom 11.9.2019, nach Pressemitteilung, da Volltext noch nicht vorliegt). Ein Leistungsbezug aufgrund der »Rückausnahme-Regelung« ist dann ausländerrechtlich ungefährlich. Allerdings kann ein nur aus Art. 10 VO (EU) 492/2011 abgeleitetes Freizügigkeitsrecht nicht bei der Voraussetzung des fünfjährigen ständig rechtmäßigen Aufenthalts zur Begründung eines Daueraufenthalts nach § 4a FreizügigG/EU berücksichtigt werden (BVerwG a.a.O.). Somit handelt es sich doch nicht um ein ganz vollwertiges Freizügigkeitsrecht.

4. Können sorgeberechtigte Elternteile, die selbst über kein Freizügigkeitsrecht verfügen, dieses nach § 28 AufenthG von minderjährigen Kindern ableiten, wenn diese ein Freizügigkeitsrecht als Familienangehörige haben?

Die Problematik gibt es oft bei unverheirateten EU-BürgerInnen mit Kindern, wenn ein Elternteil die Erwerbstätigeneigenschaft hat. Die Kinder und der erwerbstätige Elternteil sind dann anspruchsberechtigt, der andere Elternteil nicht. Ihm fehlt ein materielles Freizügigkeitsrecht. Nach § 11 Abs. 1 Satz 11 FreizügG/ EU können sich EU-BürgerInnen auf das Aufenthaltsgesetz beziehen, wenn dieses eine günstigere Rechtsposition vermittelt. Der 19. Senat des LSG Nordrhein-Westfalen vertritt vehement die Position, dass der sorgeberechtigte Elternteil ein Aufenthaltsrecht aus § 28 Abs. 1 AufenthG ableiten kann. Die Regelung bezieht sich zwar dem Wortlaut nach auf den Nachzug zu deutschen Kindern, sei aber aufgrund des europarechtlichen Diskriminierungsverbots auf EU-BürgerInnen zu erweitern. Ein - wenn auch kleiner - Teil der Sozialgerichtsbarkeit folgt dem 19. Senat (Landesozialgericht Nordrhein-Westfalen, L 19 AS 1472/18 B ER vom 30.10.2018):

§ 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 AufenthG sieht vor, dass einem ausländischen Elternteil eines minderjährigen ledigen Deutschen zur Ausübung der Personensorge - auch ohne Existenzsicherung i.S.v. § 5 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG (§ 28 Abs. 1 S. 2 AufenthG) - eine Aufenthaltserlaubnis zu erteilen ist, wenn der Deutsche seinen gewöhnlichen Aufenthalt im Bundesgebiet hat. § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 AufenthG

findet aufgrund des in Art. 18 Abs. 1 AEUV statuierten Verbots der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit auf minderjährige Unionsbürger, die über ein Aufenthaltsrecht nach dem FreizügG/EU verfügen, und ihre Eltern Anwendung (vgl. Beschlüsse des Senats vom 30.11.2015 - L 19 AS 1713/15 B ER, vom 20.01.2016 - L 19 AS 1824/15 B ER, vom 22.06.2016 - L 19 AS 924/16 B ER und vom 01.08.2017 - L 19 AS 1131/17 B ER; Urteil des Senats vom 01.06.2015 - L 19 AS 1923/14; LSG NRW, Beschluss vom 26.09.2017 - L 6 AS 380/17 B ER; LSG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 29.06.2016 - L 25 AS 1331/16 B ER; Dienelt in Bergmann/Dienelt, Ausländerrecht, 12. Aufl. 2017, § 11 FreizügG/EU, Rn. 38 f.; a.A. LSG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 22.05.2017 - L 31 AS 1000/17 B ER; LSG NRW, Beschluss vom 27.07.2017 - L 21 AS 782/17 B ER; SG Berlin, Urteil vom 09.07.2018 - S 135 AS 23938/15).

Ebenso unklar ist, ob zumindest die vollen Unterkunftskosten übernommen werden, wenn ausgeschlossene EU-BürgerInnen mit anspruchsberechtigten eine Bedarfsgemeinschaft bilden. Hierfür spricht die Rechtsprechung des Bundessozialgerichts zur Übernahme der vollen Unterkunftskosten beim Ausschluss einiger BG-Mitglieder aufgrund von Sanktio-

nen oder Ortsabwesenheit. Das BSG hat in einer weiteren Entscheidung zur Abweichung vom Kopfteilprinzip bei den Unterkunftskosten klargestellt (Bundessozialgericht, B 14 AS 17/17 R, 14.02.2018):

Diese Abweichung vom Kopfteilprinzip und die aus ihr folgende Erhöhung der Einzelsprüche auf Leistungen für Unterkunft und Heizung setzt voraus, dass sie aus bedarfsbezogenen Gründen geboten ist.

Eine Ausnahme vom sogenannten Kopfteilprinzip im Falle ausgeschlossener EU-BürgerInnen sieht z.B. das SG Leipzig, S 17 AS 1584/13 vom 10.10.2016 und das Sozialgericht Berlin, S 37 AS 18431/15 vom

11.03.2016, anderer Ansicht aber Landessozialgericht Berlin-Brandenburg, L 29 AS 939/16 vom 31.05.2018 (Das LSG Berlin-Brandenburg argumentiert, dass die Übernahme der vollen Unterkunftskosten den Leistungsausschluss gewissermaßen unterwandern würde. Diese Argumentation würde aber auch bei den BSG-Entscheidungen zur Abweichung vom Kopfteilprinzip zu Ergebnissen führen, die den BSG-Urteilen widersprechen. Sanktionen würden unterlaufen werden, ebenso der Leistungsausschluss aufgrund von Ortsabwesenheit. Das BSG hat aber den leistungsberechtigten BG-Mitgliedern die volle Leistung zugesprochen, weil ihnen Nachteile durch den Leistungsausschluss anderer nicht zumutbar sind).

5. Besteht bei der Verlustfeststellung der Freizügigkeit durch die Ausländerbehörde ein Anspruch auf Leistungen nach dem Asylbewerberleistungsgesetz? Ist das erst der Fall, wenn die Verlustfeststellung bindend bzw. rechtskräftig geworden ist?

Vollziehbar ausreisepflichtige EU-BürgerInnen unterfallen dem Aufenthaltsgesetz. Nach dem Wortlaut des Asylbewerberleistungsgesetzes sind sie Leistungsberechtigte des Gesetzes:

Leistungsberechtigt nach diesem Gesetz sind Ausländer, die sich tatsächlich im Bundesgebiet aufhalten und die [...] vollziehbar ausreisepflichtig sind, auch wenn eine Abschiebungsandrohung noch nicht oder nicht mehr vollziehbar ist

Die sozialrechtliche Wirkung der Verlustfeststellung der Freizügigkeit durch die Ausländerbehörde wird ganz unterschiedlich bewertet

Das Landessozialgericht Niedersachsen-Bremen (L 8 SO 109/19 B ER vom 28.05.2019) betont, dass bei eingelegten Rechtsmitteln und fehlender sofortiger Vollziehbarkeit eine Verlustfeststellung nicht sozialrechtliche Wirksamkeit entfaltet. Ein SGB II-Anspruch aufgrund der Rückausnahme-Regelung nach 5-jährigem Aufenthalt würde daher nicht gefährdet werden, solange Rechtsmittel eingelegt sind und die sofortige Vollziehbarkeit nicht angeordnet ist, bzw. gegen eine solche Anordnung einstweiliger Rechtsschutz eingelegt wird:

Der Senat hält an seiner Rechtsprechung fest, nach der die Ausnahme nach § 7 Abs. 1 Satz 4 Halbsatz 1 SGB II [=»Rückausnahme« nach fünfjährigem Aufenthalt] von den Leistungsausschlüssen nach § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II eingreifen kann, wenn der Verlust des Freizügigkeitsrechts nach § 2 Abs. 1 FreizügG festgestellt wurde, aber gegen die Feststellung Widerspruch erhoben worden ist und der Widerspruch aufschiebende Wirkung hat.

Der Verlustfeststellung kommt insoweit keine Tatbestandswirkung zu (Senatsbeschluss vom 6. November 2017 - L 8 SO 262/17 B ER - juris Rn. 29 f.; Hess. LSG, Beschluss vom 10. Juli 2018 - L 9 AS 142/18 B ER - juris Rn. 12; Sächs. LSG, Beschluss vom 20. März 2018 - L 3 AS 73/18 B ER - juris Rn. 39 ff.; Siefert in jurisPK-SGB XII, 2. Aufl. 2014, § 23 Rn. 83 m.w.N.; a.A.: LSG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 19. März 2018 - L 19 AS 133/18 B ER, L 19 AS 134/18 B - juris Rn. 9; LSG Hamburg, Beschluss vom 28. September 2017 - L 4 SO 55/17 B ER - juris Rn. 6; LSG Niedersachsen-Bremen, Beschluss vom 26. Mai 2017 - L 15 AS 62/17 B ER - juris Rn. 11 f. und vom 25. November 2016 - L 11 AS 567/16 B ER - juris Rn. 17).

Das LSG Hessen argumentiert dagegen, dass bei der »Rückausnahme« der 5-Jahres-Regelung die bloße Verlustfeststellung entscheidend ist und zum Leistungsausschluss führt. Dies gehe aus dem Wortlaut der Regelung hervor. Allerdings sei auch im Umkehrschluss **nur im Falle der »Rückausnahme«** eine Verlustfeststellung von sozialrechtlicher Bedeutung. In allen anderen Fällen muss das Sozialgericht in eigenständiger Zuständigkeit das Vorliegen eines »materiellen« Freizügigkeitsrechts prüfen. Im verhandelten Fall stellte das LSG Hessen ein materielles Freizügigkeitsrecht fest, obwohl eine Klage gegen die Verlustfeststellung durch die Ausländerbehörde noch nicht entschieden war (Hessisches Landessozialgericht, L 4 SO 160/19 B ER vom 9.10.2019):

*Mithin sollte klargestellt werden, dass Sozialleistungsträger und die Sozialgerichte **zur eigenständigen Prüfung der materiellen Rechtslage ermächtigt sind**; sie sollten gerade nicht vom Erlass der Verlustfeststellung abhängig sein. Die*

gesetzlich angeordnete materielle Betrachtungsweise setzt sich in umgekehrter Richtung auch gegen eine rechtswidrig gewordene Verlustfeststellung durch, nämlich dort, wo das Gesetz nicht auf die Verlustfeststellung selbst – wie etwa in § 23 Abs. 3 Satz 7 SGB XII [=Rückausnahme] – sondern allein auf das materielle Recht abstellt.

Die Verlustfeststellung beendet auch nicht den gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland, der Voraussetzung des Bezugs von SGB II-Leistungen ist:

*Der Antragsteller hat nach wie vor seinen gewöhnlichen Aufenthalt in der Bundesrepublik Deutschland. **Allein der Erlass einer Verlustfeststellung beendet nicht die Zukunftsoffenheit des Aufenthalts** (a.a.o.)*

Ganz anders argumentiert dagegen der 19. Senat des LSG Nordrhein-Westfalen. Auch eine angefochtene Verlustfeststellung beendet die Freizügigkeitsvermutung und damit den Zugang zu SGB II oder SGB XII-Leistungen. Damit entsteht aber unmittelbar ein Anspruch auf Asylbewerberleistungen (Landessozialgericht Nordrhein-Westfalen, L 19 AS 1434/18 B ER vom 14.11.2018):

Hat die zuständige Ausländerbehörde eine Verlustfeststellung erlassen und ist diese wirksam, ist den Sozialleistungsträgern wie auch den Gerichten der Sozialgerichtsbarkeit eine eigenständige Prüfung der materiellen aufenthaltsrechtlichen Lage verwehrt.

Weiter argumentiert das Gericht:

Diese förmliche Verlustfeststellung - wie hier - nach § 5 Abs. 4 FreizügG/EU bzw. § 6 Abs. 1 FreizügG/EU beendet den rechtmäßigen Aufenthalt (...), widerlegt also die Freizügigkeitsvermutung und begründet nach § 7 Abs. 1 S. 1 FreizügG/EU die sofortige Ausreisepflicht. Voraussetzung hierfür ist lediglich, dass die Verlustfeststellung wirksam geworden ist. Dies ist - wie festgestellt - hier der Fall. Um diese Rechtsfolgen auszulösen, muss die Verlustfeststellung hingegen nicht vollziehbar, also weder bestandskräftig noch für sofort vollziehbar erklärt worden sein.

Daraus ergibt sich nach der Rechtsauffassung des 19. Senats des LSG Nordrhein-Westfalen ein Anspruch auf Leistungen des Asylbewerberleistungsgesetzes gerade auch in dem Zeitraum des Verfahrens, in dem über die Rechtmäßigkeit der Verlustfeststellung gestritten wird.

Aufgrund des Bestehens der Ausreisepflicht und den insofern möglicherweise durch die noch zu erhebende Klage vor dem Verwaltungsgericht eintretenden Suspensiveffekt hat der Antragstel-

ler einen Anspruch auf Verfahrensduldung für die Dauer des Verfahrens vor dem Verwaltungsgericht. Damit hat er Anspruch auf Leistungen nach § 1 Abs. 1 Nr. 5 AsylbLG.

Vollkommen entgegengesetzt argumentiert der 20. Senat des gleichen Gerichts. Er schließt Leistungen des AsylbLG für EU-BürgerInnen prinzipiell aus (LSG NRW, L 20 AY 15/19 B ER vom 30.05.2019). Einem EU-Bürger, dem die Freizügigkeit bestandskräftig aberkannt worden ist und dessen Aufenthalt aufgrund vorliegender Abschiebehindernisse lediglich vorübergehend nach § 60a AufenthG geduldet ist, seien dagegen Überbrückungsleistungen in Höhe der Sozialhilfe nach dem 3. Kapitel SGB XII zu gewähren.

Erledigt sich die Verlustfeststellung bei Entstehen eine neuen Freizügigkeitsrechts »ex tunc« oder »ex nunc«?

Was hier gerne in lateinische Begriffe gefasst wird ist die Frage, ob eine Änderung rückwirkend wirkt (»ex tunc«) oder eben erst ab dem Zeitpunkt, in dem sie eingetreten ist (»ex nunc«). Beispiel: Während über die Verlustfeststellung gerichtlich gestritten wird, nimmt jemand eine Beschäftigung auf und ist unstrittig als Arbeitnehmer freizügigkeitsberechtigt. Damit erledigt sich die Verlustfeststellung unstrittig ab dem Zeitpunkt der Aufnahme der Tätigkeit, also ex nunc. Für die Ausländerbehörde ist die Frage, ob die Verlustfeststellung nun auch rückwirkend »ex tunc« entfällt vollkommen belanglos. Aufenthaltsbeendende Maßnahmen können schlecht für einen vergangenen Zeitraum ergriffen werden, wenn zwischenzeitlich wieder ein Aufenthaltsrecht besteht. Für die Prüfung der Frage, ob ein Daueraufenthaltsrecht nach mehr als fünfjährigem durchgehend rechtmäßigen Aufenthalt besteht, ist eine Entscheidung über die Verlustfeststellung nicht notwendig. Hier wird ohnehin geprüft, ob der Aufenthalt immer rechtmäßig im Sinne des Vorliegens eines materiellen Freizügigkeitsrechts gewesen ist. Die bloße Freizügigkeitsvermutung aufgrund einer fehlenden Verlustfeststellung allein reicht nicht aus. Sollte die Verlustfeststellung aber insgesamt rückwirkend (»ex tunc«) aufgehoben werden, wenn ein neues Freizügigkeitsrecht während eines Verfahrens entsteht, hätte das weitreichende Folgen für die »Rückausnahme« 5-Jahresregelung. Auch für den vergangenen Zeitraum, für den die Verlustfeststellung zum damaligen Zeitraum rechtmäßig gewesen wäre, müssten Leistungen im Nachhinein erbracht werden, wenn die Verlustfeststellung auch für diesen Zeitraum entfallen würde.

Eine interessante Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts vom 11.9.2019

Interessant (und m.E. aus sozialrechtlicher Sicht folgerichtig) zum Verfahren der Verlustfeststellung ist

eine Rechtsauffassung, zu der offensichtlich das BVerwG mit seiner Entscheidung 1 C 48.18 vom 11.9.2019 tendiert (Volltext liegt noch nicht vor). Schon immer gilt: Bei Anfechtung des festgestellten Verlusts des Freizügigkeitsrechts wird im Rechtschutzverfahren nach den Tatsachen zum Zeitpunkt der rechtlichen Entscheidung geurteilt. Ansonsten könnte es – wie schon oben erwähnt – zu Abschiebungen kommen, obwohl zum Zeitpunkt der Abschiebung ein Freizügigkeitsrecht vorliegen würde. Das BVerwG sieht nun die Möglichkeit, dass die gerichtliche Aufhebung der Verlustfeststellung aufgrund der Tatsachen zum Zeitpunkt der Entscheidung **die Verlustfeststellung insgesamt aufhebt, also auch für Zeiten, in denen vorübergehend kein Freizügigkeitsrecht materiell vorlag**. Ausländerrechtlich hat der vorübergehende Verlust der Freizügigkeit im Nachhinein keine Bedeutung, aber sozialrechtlich. Besonders folgenreich ist diese Rechtsauffassung im Falle der SGB II-Leistungsgewährung im Rahmen der »Rückausnahme-Regelung« nach fünfjährigem Aufenthalt. Die Verlustfeststellung führt hier zum Leis-

tungsausschluss. Eine aufgehobene Verlustfeststellung stellt den Leistungsanspruch dann wieder auch für die Vergangenheit her.

Eine solche Rechtsauffassung ist gerade dann sozialrechtlich sinnvoll, wenn die Position vertreten wird, dass bei eingelegten Rechtsmitteln die Verlustfeststellung nicht zum Verlust von SGB II-Leistungen aufgrund der Rückausnahme-Regelung führt. Würde die Verlustfeststellung für vergangene strittige Zeiträume bestandskräftig werden, müssten die SGB II-Leistungen für diesen Zeitraum zurückgezahlt werden, obwohl der Aufenthalt weiterhin verfestigt wäre. Daher ist die Auffassung, die Verlustfeststellung insgesamt aufzuheben aus sozialrechtlicher Sicht systematisch richtig: der gewöhnliche Aufenthalt ist im Nachhinein auch dann gegeben, wenn die Freizügigkeit zwischenzeitlich materiell nicht gegeben war, aber aufenthaltsbeendende Maßnahmen nicht ergriffen wurden (bzw. werden konnten) und anschließend der Aufenthalt wieder durch ein materielles Recht gesichert ist.

6. Erfordert die »Rückausnahme« nach fünfjährigem Aufenthalt eine durchgängige Meldung in Deutschland? Welche Unterbrechungen sind unbedenklich?

Die Frist der »Rückausnahme« nach fünfjährigem Aufenthalt beginnt mit der ersten Meldung. Eine durchgehende Meldung ist laut LSG Hamburg (L 4 AS 34/19 B ER vom 20. Juni 2019) nicht notwendig. Weitergehend kann laut LSG Berlin-Brandenburg auch ohne Meldung der Nachweis erbracht werden, sich durchgehend seit 5 Jahren in Deutschland aufzuhalten (LSG Berlin-Brandenburg Landessozialgericht Berlin-Brandenburg, L 15 SO 353/16 B ER vom 05.04.2017). Das entspricht zwar nicht dem Wortlaut des Gesetzes (*„Die Frist nach Satz 4 beginnt mit der Anmeldung bei der zuständigen Meldebehörde“*), folge aber aus verfassungsrechtlichen Überlegungen, nach denen bei einem verfestigten Aufenthalt Sozialleistungen zu gewähren sind. Das Schleswig Holsteinische LSG, L 6 AS 59/18 B ER vom 4. Mai 2018, hält dagegen eine durchgängige Meldung für erforderlich.

Wie Unterbrechungen innerhalb des 5 Jahreszeitraums zu werten sind, kann ebenfalls strittig sein. Das Landessozialgericht NRW (19. Senat), Beschluss vom 15. März 2017; L 19 AS 32/17 B ER hat hierzu ausgeführt:

„An dem verfestigten Aufenthalt der Antragstellerin ändert sich auch nichts dadurch, dass sie nach eigenem Bekunden zwischen Oktober 2014 und Juni 2015 zur Pflege ihrer Mutter zwischen X und Polen gependelt ist und sich in diesem Zeitraum für etwa vier Monate in Polen aufgehalten

hat. Mit Blick auf § 30 Abs. 3 S. 2 SGB I hat das Bundessozialgericht entschieden, für die Beurteilung des „gewöhnlichen Aufenthaltes“ seien maßgebend ein zeitliches Element („nicht nur vorübergehend“), der Wille der Person als subjektives Element und die objektiven Gegebenheiten („unter Umständen“) mit einer vorausschauenden Betrachtung künftiger Entwicklungen, die eine gewisse Stetigkeit und Regelmäßigkeit des Aufenthaltes erfordern, nicht jedoch eine Lückenlosigkeit“

Das SG Mainz hat nachvollziehbar entschieden, **dass die 5-Jahresfrist nicht für Kinder unter 5 Jahren, die in Deutschland geboren wurden**, anzuwenden ist, wenn die Eltern die 5-Jahresfrist erfüllen (SG Mainz, S 14 AS 260/19 vom 30.07.2019). Den Kindern steht dann sofort das gleiche Recht wie den Eltern zu. Auch Unterbrechungen durch Haft im EU-Ausland unterbrechen den gewöhnlichen Aufenthalt nicht (SG Mainz a.a.O., letztendlich offengelassen, weil es für die Entscheidung nicht leistungserheblich war):

Die Unterbrechung aufgrund der Reise nach Rumänien und des Gefängnisaufenthalts in Spanien sieht die erkennende Kammer unter Berücksichtigung des Rechtsgedankens aus § 4a Abs. 6 FreizügG/EU als unbeachtlich an.

Nach diesem Rechtsgedanken sind Unterbrechungen bis zu 6 Monaten im Jahr unbedenklich.

7. Müssen »Überbrückungsleistungen« extra beantragt werden?

Seit Einführung der sogenannten »Überbrückungsleistungen« gehen viele Sozialgerichte davon aus, dass es sich hierbei nicht um normale Sozialhilfeleistungen handeln würde, sondern um etwas anderes, ein „aliud“, das extra geltend gemacht werden muss. Oftmals wurde ein Rückreisewille als Voraussetzung der Überbrückungsleistungen angesehen. Die Rechtsauffassung des Mainstreams wurde zuletzt vom LSG Hessen, L 7 AS 285/19 B ER vom 21.08.2019, formuliert:

Die Überbrückungsleistungen nach § 23 Abs. 3 Sätze 3, 5 und 6 SGB XII stellen jedoch gegenüber den beim Beklagten beantragten und im gerichtlichen Verfahren geltend gemachten Leistungen nach dem SGB II nach Auffassung des Senats, die sich in Übereinstimmung mit der gefestigten Rechtsprechung der Landessozialgerichte befindet, ein aliud dar (Landessozialgericht Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 14. November 2018, L 19 AS 1434/18 B ER, Juris, Rdnr. 25 m.w.N.; Bayerisches Landessozialgericht, Beschluss vom 2. August 2017, L 8 SO 130/17 B ER, Juris, Rdnr. 64 m.w.N.; Landessozialgericht Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 26. Februar 2018, L 19 AS 249/18 B ER, Juris, Rdnr. 35 m.w.N.; Landessozialgericht Niedersachsen-Bremen, Beschluss vom 26. Mai 2017, L 15 AS 62/17 B ER, Juris, Rdnr. 21 f. m.w.N.; vgl. auch Landessozialgericht Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 13. Februar 2017, L 23 SO 30/17 B ER, Juris, Rdnrn. 46, 48 m.w.N.; a.A. lediglich LSG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 28. Januar 2018, L 7 AS 2299/17 B, Juris, Rdnr. 15), so dass

eine Beiladung des Sozialhilfeträgers nicht erfolgen muss (Landessozialgericht Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 26. Februar 2018, L 19 AS 249/18 B ER, Juris, Rdnr. 35; Landessozialgericht Niedersachsen-Bremen, Beschluss vom 26. Mai 2017, L 15 AS 62/17 B ER, Juris, Rdnr. 21). Denn der Bezug der Überbrückungsleistungen ist - anders als bei laufenden Leistungen - auf eine kurze überbrückbare Absicherung des Aufenthalts bis zur Ausreise gerichtet und dient der Vorbereitung dieser Ausreise aus dem Bundesgebiet und besitzt Ausnahmecharakter.

Ich teile nicht die Auffassung vom 7. Senat des Hessischen Landessozialgerichts. Zudem gibt es mehrere Entscheidungen, die von dieser Rechtsauffassung abweichen. Mit den Überbrückungsleistungen verfolgt der Gesetzgeber augenscheinlich das Ziel, den Leistungsausschluss von EU-BürgerInnen verfassungsgerecht auszugestalten. Diesem Ziel kann er nicht gerecht werden, wenn das Gericht in Notlagen nicht in eigenem Entschluss auf Überbrückungsleistungen zurückgreifen kann (vgl. so z.B. LSG NRW, L 20 AY 15/19 B ER vom 30.05.2019, statt begehrt Asylbewerberleistungen wurden unbefristet Überbrückungsleistungen in Höhe des 3. Kapitels des SGB XII zugesprochen oder Urteil des LSG Berlin-Brandenburg, L 15 SO 181/18 vom 11.07.2019, siehe weiter unten). Ursache dafür, dass Gerichte so unterschiedlich entscheiden, ist die Haltung, die sie zur Frage haben, ob der komplette Leistungsausschluss mit Verweis auf Leistungen im Heimatland verfassungswidrig, zumindest verfassungsrechtlich bedenklich oder vollkommen unproblematisch ist.

8. Sind »Überbrückungsleistungen« vom Ausreisewillen abhängig?

Viele Sozialämter und einige Sozialgerichte gehen davon aus, dass Überbrückungsleistungen nur zu gewähren sind, wenn nachweislich ein Ausreisewille vorhanden ist, bzw. zumindest dargelegt wird. So z.B. Landessozialgericht Berlin-Brandenburg, L 23 SO 279/18 B ER vom 07.01.2019:

Wie bereits dargelegt, beabsichtigt der Antragsteller im vorliegenden Fall nicht die Ausreise. Dementsprechend besteht auch kein Anspruch auf die Gewährung von - die Überbrückungsleistungen modifizierenden bzw. verlängernden - Leistungen nach der Härtefallregelung.

Dagegen Landessozialgericht Nordrhein-Westfalen, L 7 AS 1085/18 B vom 16.01.2019:

Der Anspruch auf Leistungen nach § 23 Abs. 3 Satz 6 SGB XII setzt nicht voraus, dass ein Ausreisewille feststellbar ist.

Zumindest in Fällen, in denen eine Ausreise nicht zumutbar ist, kann ein Ausreisewille sinnvoll im Rahmen der Leistungserbringung aus Härtefallgründen nicht verlangt werden. Damit hat sich gründlich das LSG Hamburg auseinandergesetzt. Die Überlegungen des Gerichts (Landessozialgericht Hamburg, L 4 SO 10/18 B ER vom 21.02.2018):

Auch nach Auffassung des Senats ist es nicht Voraussetzung eines derartigen Anspruchs, dass sich ein Ausreisewille positiv feststellen lässt (wie hier Coseriu, jurisPK-SGB XII, § 23 Rn. 4.13, LSG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 20.6.2017 – [L 15 SO 104/17 B ER](#) u.a.; Hessisches LSG, Be-

schluss vom 13.6.2017 – [L 4 SO 79/17 B ER](#) und Beschluss vom 20.6.2017 – [L 4 SO 70/17](#); a.A. BayLSG, Beschluss vom 24.4.2017 – [L 8 SO 77/17 B ER](#); LSG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 13.2.2017 – [L 23 SO 30/17 B ER](#)). Der Wortlaut der Vorschrift gibt dies nicht her, vielmehr verlangt er nur das Vorliegen besonderer Umstände des Einzelfalls und einer besonderen Härte. Ferner widerspricht das Erfordernis eines feststellbaren Ausreisewillens dem Sinn und Zweck der Vorschrift. Der Leistungsausschluss von Ausländern nach § 23 Abs. 3 Satz 1 SGB XII basiert darauf, dass die ausgeschlossenen Personen die Möglichkeit haben, in ihren Heimatstaat zurückzukehren und dort existenzsichernde Leistungen in Anspruch zu nehmen (siehe die Gesetzesbegründung, [BT-Drs. 18/10211, S. 14](#) zur Parallelregelung in § 7 Abs. 1 Satz 2 Zweites Buch Sozial-

gesetzbuch – SGB II). Diese Erwägung greift jedoch nicht ein bei Ausländern, denen eine Rückreise in das Heimatland nicht möglich oder nicht zumutbar ist. Der besonderen Situation dieser Personen trägt die Härtefallregelung Rechnung, die gerade Fälle erfassen soll, in denen eine Ausreise binnen eines Monats nicht möglich oder nicht zumutbar ist (so die Gesetzesbegründung, [BT-Drs. 18/10211, S. 16](#)). Personen, von denen eine (zeitnahe) Ausreise nicht verlangt werden kann, sollen weiter Leistungen beanspruchen können. **Kann aber aufgrund der konkreten Umstände des Einzelfalls eine Ausreise ohnein nicht verlangt werden, so kommt es auf einen Ausreisewillen nicht mehr an. Einen subjektiven Willen zu verlangen, der nicht umgesetzt werden kann bzw. dessen Umsetzung nicht erwartet wird, erscheint unsinnig.**

Überbrückungsleistungen bis zur bestandskräftigen Verlustfeststellung aus verfassungsrechtlichen Gründen zwingend notwendig? – das erste beim Bundessozialgericht anhängige Verfahren

Da Überbrückungsleistungen im Regelfall nur für einen Monat gewährt werden, stellt sich die Frage, was sozialrechtlich passiert, wenn der Monat vorbei ist und Betroffene nicht die Ausreise antreten, aber die Ausländerbehörde auch keinen Verlust der Freizügigkeit festgestellt hat. Wenn keine besondere einzelfallbezogene Härte vorliegt, die Überbrückungsleistungen für einen längeren Zeitraum ermöglichen, stellt sich wieder die Frage, wie das verfassungsrechtlich geschützte Existenzminimum garantiert wird. Die gleiche Frage stellt sich auch, wenn innerhalb von zwei Jahren Überbrückungsleistungen wiederholt notwendig wären. Die wiederholte Erbringung von Überbrückungsleistungen innerhalb von 2 Jahren ist ausgeschlossen. Eine Wiedereinreisesperre ist bei EU-BürgerInnen, denen nichts weiter vorgeworfen werden kann, als dass sie sich ohne materielles Freizügigkeitsrecht oder nur mit dem Freizügigkeitsrecht zur Arbeitssuche in Deutschland aufhalten, nicht möglich. Vor diesem Hintergrund spricht Einiges für die Verfassungswidrigkeit der Neuregelung, es sei denn die Überbrückungsleistungen werden sehr weit ausgelegt.

Der 15. Senat des LSG Berlin Brandenburg sieht die Neuregelungen zum Ausschluss von EU-BürgerInnen

Vorläufiges Fazit

Viele Rechtsfragen um den Leistungsausschluss von EU-BürgerInnen sind seit Jahren strittig. Die Neuregelung zum 29.12.2016 hat keine Klarheit gebracht, sondern zu weiteren strittigen Fragen geführt. Die Ausschlussregelungen betreffen oft besonders benachteiligte Personengruppen. Die Durchsetzung von Leistungsansprüchen über die Sozialgerichtsbarkeit ist

nur als verfassungsgemäß an, wenn sie extrem weit ausgelegt werden. Der Leitsatz des Urteils lautet (LSG Berlin-Brandenburg, [L 15 SO 181/18](#) vom 11.07.2019):

Unionsbürger ohne objektiv bestehendes materielles Aufenthaltsrecht haben - bei verfassungskonformer Auslegung der Vorschrift - solange Anspruch auf Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach § 23 Abs. 3 Satz 6 Halbs. 2 SGB XII in der ab 29. Dezember 2016 geltenden Fassung (Überbrückungsleistungen), wie die Ausländerbehörde gegen sie keine bestandskräftige und weiterhin wirksame Ausweisungsverfügung erlassen hat, die mit einem Einreise- und Aufenthaltsverbot verknüpft ist.

*Der Ausschluss von Unionsbürgern ohne materielles Aufenthaltsrecht von den regulären Leistungen der Sozialhilfe nach § 23 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 SGB XII in der ab 29. Dezember 2016 geltenden Fassung ist **unter diesen Umständen** weder europarechtlich noch nach nationalem Verfassungsrecht zu beanstanden.*

Eine Revision ist beim BSG unter dem Aktenzeichen B 8 SO 7/19 R anhängig.

nicht selten der einzige Weg, Leistungen zu erhalten. Die disparate Rechtsprechung der Sozialgerichtsbarkeit macht auch den Rechtsweg oft problematisch. Der Gesetzgeber sollte die Leistungsansprüche verfassungskonform regeln. Solange der Aufenthalt in Deutschland geduldet wird, muss das Existenzminimum garantiert werden. Das Bundessozialgericht hat

dies schon einmal angemahnt, aber nicht konsequenterweise in einem Vorlagebeschluss dem Bundesverfassungsgericht vorgelegt.

Politische Perspektiven

Der Leistungsausschluss von EU-BürgerInnen wird durch eine Politik flankiert, die die Inanspruchnahme von Leistungen als Sozialleistungsmissbrauch anprangert. Im Jahr 2019 wurden drei Gesetze zu Leistungen für Familien verabschiedet. Zwei davon wurden mit wohlklingenden Namen versehen: das »Gute-Kita-Gesetz« und das »Starke-Familien-Gesetz«. Das dritte hieß dagegen: »Gesetz gegen illegale Beschäftigung und Sozialleistungsmissbrauch«. Die Ansprüche für EU-BürgerInnen auf Kindergeld wurden eingeschränkt. Das ist wahrscheinlich europarechtswidrig. Politisch fragwürdig ist es zudem, die Inanspruchnahme des bisherigen Rechts als Sozialleistungsmissbrauch zu bezeichnen.

Rechtlich wird oft mit der unverhältnismäßigen Inanspruchnahme von Sozialleistungen argumentiert, die das Sozialleistungssystem Deutschlands überfordern könnten. Es wird sich auf einen in der Freizügigkeitsrichtlinie/EU genannten »Erwägungsgrund« bezogen, der den Einschränkungsmöglichkeiten beim diskriminierungsfreien Zugang zu Sozialleistungen zugrunde liegt. M.E. kann diese Verhältnismäßigkeit aber nicht isoliert vom sogenannten »Brain Drain« betrachtet werden, dem die südosteuropäischen Länder seit Jahren ausgesetzt sind. Die Beschäftigungsquote bei den jungen Zuwanderern entspricht fast der von der einheimischen Bevölkerung. Viele Unternehmen investieren z.B. nicht in Rumänien mit der Begründung, dass durch die hohe Auswanderung gerade qualifizierte Fachkräfte fehlen würden (vgl. <https://www.wiwo.de/politik/europa/exodus-suedosteuroopa-verliert-den-kampf-um-kluge-koepfe/24701516.html>) Gesundheitsminister Spahn reiste jüngst durch Südosteuropa und besuchte dort eine Pflegeschule, die Pflegekräfte für Deutschland ausbilden soll. Gymnasiasten eines Gymnasiums bekamen deutsche Ausbildungsverträge angeboten. Mittlerweile arbeiten über 4.000 Ärzte aus Rumänien in Deutschland. Seit dem EU-Beitritt Rumäniens haben insgesamt 14.000 Ärzte das Land verlassen. Bei den Pflegekräften dürften es 2-3 mal so viele sein (Infos aus <https://www.aerzteblatt.de/archiv/170944/Rumaenien-Der-weisse-Aderlass>)

Nach Angaben der Bundesärztekammer bilden rumänische Ärzte die größte Gruppe ausländischer Ärzte in Deutschland. Die meisten arbeiten in deutschen Krankenhäusern. Das Gesundheitswesen Rumäniens steht mittlerweile aufgrund von Personalmangel vor dem Kollaps. Die Kosten des Humanmedizinstudiums betragen in Deutschland über 150.000 Euro, hinzu kommt zuvor die schulische Ausbildung. Die medizini-

sche Ausbildung in manchen Universitäten Rumäniens genießt einen guten Ruf...

Die übermäßige Belastung des deutschen Sozialleistungssystems kann nur behauptet werden, wenn das Maß benannt wird, auf das sich die Übermäßigkeit bezieht. Im Verhältnis zum Humankapital, das südosteuropäischen Ländern durch Migration entzogen wird, dürfte diese Belastung kaum übermäßig sein.