

sozialrecht justament

kompakt und aktuell – rechtswissen für die existenzsichernde sozialberatung

*Jg.1 / Nr.2
August 2013*

Aktuelles zu Sozialleistungsansprüchen von AusländerInnen

- Arbeitshilfen für die Beratung im Internet – ein Wegweiser 3
- Der gewöhnliche Aufenthalt in der Bundesrepublik Deutschland – eine Leistungsvoraussetzung des SGB II und des 4. Kapitels SGB XII 4
 - o Der „gewöhnliche Aufenthalt“ - zwei Beispiele aus der Behördenpraxis (SGB II und SGB XII) zur Einführung 4
 - o Geänderte SGB II-Rechtsprechung des Bundessozialgerichts zum gewöhnlichen Aufenthalt in der Bundesrepublik Deutschland 5
 - o Bedeutung des gewöhnlichen Aufenthalts für die SGB II-Beratungspraxis 6
 - o Die fachlichen Hinweise der Bundesagentur für Arbeit hierzu sind teilweise rechtswidrig (Stand 15.7.2013) 6
 - o Der „gewöhnliche Aufenthalt im Inland“ - Leistungsvoraussetzung bei BezieherInnen der Grundsicherung im Alter oder bei voller Erwerbsminderung 7
 - o Zur Problematik des Leistungsanspruchs weiterer SGB XII-Leistungen (Sozialhilfe, Hilfe zur Pflege...) im Falle des vorübergehenden Auslandsaufenthalts 8
- Zum SGB II-Leistungsanspruch von EU-BürgerInnen 10
 - o Andeutungen des Bundessozialgerichts 10
- Die „Bleibeperspektive“ – verfassungsrechtliche Voraussetzung für den Bezug von Familienleistungen 11
 - o Die „Bleibeperspektive“, der „legitime Zweck“ des Bundesverfassungsgerichts – eine Kritik 12

Zur zweiten Ausgabe

Die zweite Ausgabe von *sozialrecht justament* beschäftigt sich mit dem Zusammenhang von Aufenthaltsrecht und Sozialrecht.

Im Mittelpunkt der Betrachtung steht der „gewöhnliche Aufenthalt in der Bundesrepublik Deutschland“. Was ist darunter zu verstehen? Wann ist ein Aufenthalt gewöhnlich, wann vorübergehend? Keine unwichtige Frage, bildet er doch die Voraussetzung für den SGB II-Leistungsbezug und die Grundsicherungsleistung nach dem 4. Kapitel des SGB XII (im Alter oder bei Erwerbsminderung auf Dauer)! Spannend ist die Frage auch deshalb, weil das Bundessozialgericht mittlerweile seine Rechtsprechung revidiert hat. Zudem gehe ich auf die neuere SGB XII-Rechtsprechung ein, die sich kritisch mit der leistungsrechtlichen Bedeutung des „tatsächlichen“ Aufenthalts im Zuständigkeitsgebiet des Leistungsträgers bei der Sozialhilfe auseinandersetzt.

In einem kurzen Beitrag würdige ich das letztjährige Urteil des BVerfG zum Bundeselterngeldgesetz. Auch hier stellt sich – allerdings aus verfassungsrechtlicher Perspektive – die Frage, ob der Anspruch von Familienleistungen an bestimmte Aufenthaltstitel gebunden sein darf. Schon die momentane Fassung der aufenthaltsrechtlichen Voraussetzungen des Anspruchs auf Kindergeld, Elterngeld und Unterhaltsvorschuss ist Resultat einer Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahr 2004. Nun hat das BVerfG auch eine der Neuregelungen für nichtig erklärt.

Schließlich versuche ich möglichst kurz und verständlich darzustellen, warum der SGB II-Ausschluss von EU-BürgerInnen, die sich allein zur Arbeitssuche in der Bundesrepublik Deutschland aufhalten, europarechtswidrig ist. Offenbar hegen auch die beiden zuständigen Senate des Bundessozialgerichts große europarechtliche Bedenken, ohne dass deshalb der Ausgang der anhängigen Verfahren schon vorauszu-sehen wäre. Immer wieder werde ich gefragt, was ich von dem Vorbehalt halte, den die Bundesregierung bezüglich der Anwendbarkeit des Europäischen Fürsorgeabkommens erklärt hat. Tatsächlich habe ich den Rückgriff auf das Europäische Fürsorgeabkommen nie für sinnvoll erachtet. Die laufende „Musik“ spielt im Kontext des europäischen Rechts und nicht in einem überholten Abkommen, das für die neuen EU-Staaten keine Rolle spielt.

Bitte beachten Sie die nebenstehenden Fortbildungen in Frankfurt/M. und Nürnberg, ohne die diese Ausgabe nicht möglich ist.

Weitere Hinweise zu Fortbildungen meinerseits finden Sie auch auf der folgenden Seite. Hier finden Sie auch hilfreiche Links zum Themenschwerpunkt.

Bernd Eckhardt

AUSLÄNDERRECHT UND SOZIALRECHT

Der SGB II-Anspruch von EU-BürgerInnen

(...und anderer StaatsbürgerInnen - Darstellung der europäischen und deutschen Rechtsprechung)

Weitere Themen der Fortbildung

- **Ausländerrechtliche Sonderregelungen im Sozialrecht**
(beim Kindergeld, Elterngeld, UVG, Wohngeld...)
- **Auswirkungen des Bezugs von Sozialleistungen auf die Aufenthaltserlaubnis**
(Aufenthaltsrecht für die Sozialberatung – ein Überblick für die Sozialberatung)

Frankfurt/M

Montag, 28. Oktober 2013

9.00 – 16.00 Uhr

Im Spenerhaus Frankfurt

Dominikanergasse 5

60311 Frankfurt

Stuttgart

Montag, 9. Dezember 2013

9.00 – 16.00 Uhr

Haus der Katholischen Kirche

Königstraße 7

70173 Stuttgart

BECKHÄUSER + ECKHARDT

FORTBILDUNGEN

SEMINARE UND SUPERVISION
FÜR DIE SOZIALPÄDAGOGISCHE PRAXIS

Nähere Infos und Anmeldeformular unter:

www.sozialpaedagogische-beratung.de

info@sozialpaedagogische-beratung.de

weitere Fortbildungen siehe nächste Seite

Arbeitshilfen und Internetseiten zum Umgang mit dem SGB II-Leistungsausschluss von EU-BürgerInnen

Von den folgenden Broschüren empfehle ich als besonders praxisnah die Handreichung des Deutschen Paritätischen Wohlfahrtsverbandes (DPWV). Die Handreichung der Diakonie ist ebenfalls gut für nichtjuristische Praktiker aufgebaut. (Bei ihr ist allerdings zu bedenken, dass sie schon im Oktober 2011 erschienen ist und daher den erst danach erklärten Vorbehalt der Bundesrepublik Deutschland bezüglich der eingeschränkten Anwendung des Europäischen Fürsorgeabkommens nicht berücksichtigt). Die Arbeitshilfe des Caritasverbandes hat stärker einen fachjuristischen Stil mit den entsprechenden Vor- und Nachteilen. Die genannten Broschüren können unter folgenden Links heruntergeladen werden (ich hoffe, dass sie noch gültig sind, wenn Sie dieses lesen):

www.caritas.de/fuerprofis/fachthemen/migration/rechtvoneu-buergerindeutschland

www.fluechtlingsinfo-berlin.de/fr/pdf/Handreichung_Unionsbuerger_DPWV.pdf

www.diakonie.de/media/Texte_12_2011_Sozialleistungen_fuer_Unionsbuerger.pdf

Aktuelle Informationen finden sich immer auch auf den sehr empfehlenswerten Seiten des Flüchtlingsrates Berlin:

www.fluechtlingsrat-berlin.de/

und auf den Seiten des gemeinsamen Informationsverbands Asyl und Migration der Wohlfahrtsverbände:

www.asyl.net

Übersichten zu Aufenthaltstiteln und Sozialleistungsansprüchen

Für ausländerrechtliche Laien sehr gut geeignet sind die Aufarbeitungen der GGAU-Flüchtlingshilfe aus Münster (Gemeinnützige Gesellschaft zur Unterstützung Asylsuchender e.V.).

Die Arbeitshilfen zu Aufenthaltstiteln und Sozialleistungsansprüchen finden sich hier:

<http://www.einwanderer.net/UEbersichten-und-Arbeitshilfen.277.0.html>

Hier findet sich auch die besonders hervorzuhebende Arbeitshilfe des Paritätischen Wohlfahrtsverbands Deutschland (Rechtsstand Januar 2013):

http://www.einwanderer.net/fileadmin/downloads/tabellen_und_uebersichten/A4_sozialleistungen-fluechtlinge_web.pdf

http://www.einwanderer.net/fileadmin/downloads/kindergeld_und_elterngeld/ggua_kindergeld.pdf

Ein Urteil zur Europarechtswidrigkeit des Leistungsausschlusses von EU-BürgerInnen, die sich nur zur Arbeitssuche in der Bundesrepublik Deutschland aufhalten

Die sorgfältigste mir bekannte Begründung der Europarechtswidrigkeit des SGB II-Leistungsausschlusses hat bisher das Sozialgericht Berlin (S 55 AS 18011/12 vom 19.12.2012) vorgelegt. Die Entscheidung ist mittlerweile nach erfolgter Sprungrevision beim Bundessozialgericht anhängig (B 4 AS 9/13 R) Die Berliner Entscheidung findet sich unter:

<https://sozialgerichtsbarkeit.de/sgb/esgb/show.php?modul=esgb&id=158557>

Fortbildungsveranstaltung SGB II: Alles zur Anrechnung von Einkommen im SGB II

In der ganztägigen Fortbildung wird systematisch die Anrechnung von Einkommen dargestellt. Es wird aufgezeigt, wie die Anrechnung errechnet wird und welche Fehler Jobcenter hierbei häufig machen. Ausführlich wird die sogenannte „Zuflusstheorie“ behandelt, die mittlerweile zum Maßstab des Behördenhandelns und der Sozialgerichte geworden ist. Auch die Problematiken von „fiktivem“ Einkommen, einmaligem Einkommen, Ausnahmen bei der Anrechnung, Überzahlungen und Rückforderungen sind Teil des Seminars. Umfangreiche aktuelle Seminarunterlagen zur „Zuflusstheorie“ und eine Darstellung der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts zur Einkommensanrechnung erhalten alle TeilnehmerInnen in einem spiralgebundenen Skript.

Termine:

Kosten: 85 Euro Teilnahmegebühr

München: 25. November 2013

Nürnberg: 27. November 2013

Anmeldung und Infos über e-mail: info@sozialpaedagogische-beratung.de (Anmeldeflyer auch auf unserer homepage)

Der gewöhnliche Aufenthalt in der Bundesrepublik Deutschland als Leistungsvoraussetzung des SGB II und des 4. Kapitels SGB XII

Der „gewöhnliche Aufenthalt in der Bundesrepublik Deutschland“ bildet eine Leistungsvoraussetzung des SGB II. Auch Leistungen nach dem 4. Kapitel des SGB XII (Grundsicherung im Alter und bei dauerhafter Erwerbsminderung) erfordern den Aufenthalt im Inland. Europarechtlich spielt bei der Koordination der sozialen Sicherungssysteme der gewöhnliche Aufenthalt ebenfalls eine wichtige Rolle. SGB II-Leistungen und Leistungen nach dem 4. Kapitel des SGB XII gelten europarechtlich als nicht „exportierbare“ Leistungen, die an den gewöhnlichen Aufenthalt im leistungsgewährenden Mitgliedsstaat gebunden sind. Der Begriff des „gewöhnlichen Aufenthalts“ wird im SGB I definiert. Lange Zeit ist das Bundessozialgericht davon ausgegangen, dass diese Allgemeindefinition für die jeweiligen Sozialgesetzbereiche spezifisch „eingefärbt“ zu erweitern sei. Hiervon ist das Bundessozialgericht in der jüngsten SGB II-Rechtsprechung abgerückt (siehe unten).

Vor dem Hintergrund der aktuellen Diskussion des Sozialrechts ist aus europarechtlicher Sicht zu ergänzen, dass gegenüber der Legaldefinition des SGB I die ähnlich gefasste europäische Definition des gewöhnlichen Aufenthalts für das SGB II (und 4. Kapitel SGB XII) vorrangig anzuwenden ist.

An Beispielen wird die praktische Bedeutung der Auslegung des Begriffs „gewöhnlicher Aufenthalt“ deutlich.

Der „gewöhnliche Aufenthalt“ - zwei Beispiele aus der Behördenpraxis zur Einführung

Folgende Beispiele zeigen die Bedeutung, die der gewöhnliche Aufenthalt für sozialrechtliche Ansprüche hat. Beispiel eines Leistungsausschlusses beim Jobcenter:

Eine in Deutschland geborene und lebende alleinerziehende Bosnierin, Frau K., verfügt über eine Niederlassungserlaubnis. Sie und ihr Sohn aus erster Ehe erhalten SGB II-Leistungen. In Bosnien hat sie ihren neuen Partner, Herrn G., kennengelernt, von dem sie im Oktober 2012 in Deutschland eine Tochter A. bekommen hat. Kraft Gesetzes hat die Tochter A. die deutsche Staatsangehörigkeit. Am 5. November 2012 reist Herr G. zwecks Familienzusammenführung nach Deutschland ein. Am nächsten Tag meldet Frau K. den Einzug von Herrn G. beim Jobcenter Stadt N. Die Ausländerbehörde stellt Herrn G. eine Fiktionsbescheinigung aus, die Gültigkeit hat, bis über die Aufenthaltserlaubnis zum Zweck der Familienzusammenführung entschieden wird. In der Fiktionsbescheinigung steht, dass derzeit die Aufnahme einer Erwerbstätigkeit nicht erlaubt sei.

Mit Bescheid vom 7. November 2012 hebt das Jobcenter die Leistungen für Frau K. und ihren Sohn teilweise auf. Die Kosten der Unterkunft werden nunmehr nur noch zu zwei Dritteln übernommen, da Herr G. seinen Anteil selbst tragen muss. Eine Leistung bekommt Herr G. nicht zugesprochen. In der Begründung des Aufhebungsbescheids wird lediglich darauf verwiesen, dass Herr G. in den Haushalt aufgenommen wurde. Einzelheiten der Berechnung der Leistung seien dem Änderungsbescheid zu entnehmen. Im Änderungsbescheid findet sich von Herrn G. allerdings nichts.

Frau G. glaubt an einem Irrtum und spricht beim Jobcenter vor. Dort wird ihr gesagt, dass Herr G. nicht leistungsberechtigt sei, weil er momentan quasi wie ein Tourist bei ihr wohnen würde. Entscheidend sei, dass er keinen gewöhnlichen Aufenthalt in N. habe, da er derzeit noch über keinen entsprechenden Aufenthaltstitel verfüge. Auch wenn Herr G. die Absicht habe, dauerhaft in der Bundesrepublik Deutschland zu verweilen, so sei doch die Entscheidung über seinen Antrag auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis völlig offen. Das Jobcenter könne der Entscheidung der Ausländerbehörde nicht vorgreifen. Entscheidend sei ein Aufenthaltstitel, aus dem hervorgeht, dass der gewöhnliche Aufenthalt in der Bundesrepublik Deutschland sei. Am 20. Januar 2013 erhält Herr G. den Aufenthaltstitel zwecks Familiennachzugs zu Deutschen. Das Jobcenter gewährt nun Leistungen.

Hatte Herr G. seinen gewöhnlichen Aufenthalt in der Bundesrepublik Deutschland in der Zeit vom 5. November bis 19. Januar 2013? Ist Herr G. in dieser Zeit leistungsberechtigt gewesen?

Beispiel eines Leistungsausschlusses bei RentnerInnen, die Grundsicherungsleistungen nach SGB XII erhalten:

Ein türkisches Rentnerpaar lebt mit Daueraufenthaltsrecht (Niederlassungserlaubnis) in N. und erhält aufstockend Leistungen der Grundsicherung nach dem 4. Kapitel SGB XII. Die drei Sommermonate verbringen sie gerne in der Türkei, zumal ihnen bei den Verwandten keine größeren Kosten entstehen.

Die Grundsicherungsstelle der Stadt N. vertritt die Meinung, dass bei einem Auslandsaufenthalt von mehr als einem Monat der gewöhnliche Aufenthalt vorübergehend nicht mehr im Inland liegt. Daher wird die Leistung bei Auslandsaufenthalten von mehr als einem Monat für die Zeit der Abwesenheit vollständig versagt.

Ist der Leistungsausschluss korrekt? Ist der Leistungsausschluss europarechtlich durch die Möglichkeit des „Exportierverbots“ gedeckt?

Beide Beispiele sind nicht konstruiert, sondern stammen aus der aktuellen Beratung des Jahres 2013. In beiden Beispielen stellt sich die Frage, was unter einem „gewöhnlichen Aufenthalt in der Bundesrepublik Deutschland“ zu verstehen ist. Wie jede/r sich leicht vorstellen kann, ist diese Frage komplizierter, als sie auf den ersten Blick scheint.

In § 30 Abs. 3 S. 2 SGB I wird der Begriff für alle Sozialleistungsbereiche des Sozialgesetzbuches definiert: „Den gewöhnlichen Aufenthalt hat jemand dort, wo er sich unter Umständen aufhält, die erkennen lassen, dass er an diesem Ort oder in diesem Gebiet nicht nur vorübergehend verweilt.“ Welcher Art sind nun diese Umstände?

Europarechtlich spielt der gewöhnliche Aufenthalt in der für die sozialen Sicherungssysteme so wichtigen Verordnung 883/2004 auf den ersten Blick keine große Rolle, da hier immer der „Wohnort“ leistungsrelevant ist. Was ist nun der Wohnort? Ganz einfach: Unter Artikel 1 „Begriffsbestimmungen“ heißt es: „Für die Zwecke dieser Verordnung bezeichnet der Ausdruck "Wohnort" den Ort des gewöhnlichen Aufenthalts einer Person“. Näheres hierzu findet sich dann in Art. 11 VO 987/2009. Da das Alg II der VO 883/2004 als nicht „exportierbare“ steuerfinanzierbare Leistung unterliegt, ist die Anwendung der europarechtlichen Norm und ihre Auslegung zwingend, wenn sie für betroffene EU-BürgerInnen günstiger ist als die nationale Regelung des SGB I.

Geänderte SGB II-Rechtsprechung des Bundessozialgerichts zum gewöhnlichen Aufenthalt

Das Bundessozialgericht hat die eigene Auslegung des Begriffs des gewöhnlichen Aufenthaltes in der SGB II-Rechtsprechung mittlerweile grundlegend revidiert. In § 30 Abs. 3 S. 2 SGB I wird der Begriff für alle Sozialleistungsbereiche des Sozialgesetzbuches definiert. Das Bundessozialgericht vertrat bis vor kurzem die Auffassung, dass der im SGB I definierte Begriff des „gewöhnlichen Aufenthalts“ durch den Zeck der jeweiligen Sozialgesetzbücher „eingefärbt“ werden kann. Europarechtliche Überlegungen zum „gewöhnlichen Aufenthalt“ spielten bis zur Entscheidung vom 30.1.2013 bei SGB II-Entscheidungen keine Rolle.

Noch in einer Entscheidung vom 16.05.2007 machte das Bundessozialgericht das Vorhandensein eines Aufenthaltstitels bei AusländerInnen zur Voraussetzung des gewöhnlichen Aufenthalts:

„An diesem Rechtszustand, nämlich, dass Ausländer nur dann ihren gewöhnlichen Aufenthalt (§ 7 Abs 1 Satz 1 Nr 4 SGB II) in Deutschland haben, wenn sie über einen Aufenthaltstitel verfügen, der den persönlichen Aufenthalt zulässt, hat auch der durch das Gesetz vom 24. März 2006 (BGBl I 558) mit Wirkung ab 1. April 2006 neu gefasste Satz 2 des § 7 Abs 1 SGB II nichts geändert.“
(B 11b AS 37/06 R)

Dreieinhalb Jahre später rückt der 14. Senat des Bundessozialgerichts am 19.10.2010 in einer nicht entscheidungserheblichen Passage der Urteilsbegründung von der aufenthaltsrechtlichen Bestimmung des gewöhnlichen Aufenthalts vorsichtig ab:

Offen bleiben kann hier, ob der an tatsächlichen Umständen zu messende Begriff des gewöhnlichen Aufenthaltes bei Ausländern durch zusätzliche rechtliche Voraussetzungen eingeschränkt wird
(B 14 AS 23/10 R)

In einer Entscheidung vom 30.1.2013 verwirft der 4. Senat des Bundessozialgerichts schließlich die bisher häufig verwendete „Einfärbungslehre“:

„Jedenfalls für den Bereich des SGB II läuft es der Vereinheitlichung des Begriffs des gewöhnlichen Aufenthalts zuwider, wenn unter Berufung auf eine sog Einfärbungslehre vor allem des früheren 4. Senats des BSG (...) dem Gesetzeswortlaut nicht zu entnehmende Tatbestandsmerkmale im Sinne von rechtlichen Erfordernissen zum Aufenthaltsstatus aufgestellt werden (...) und damit einzelnen Personengruppen der Zugang zu existenzsichernden Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts versperrt wird. Zudem hat der Gesetzgeber diese Rechtsprechung nur in Teilbereichen, etwa beim Kinder-, Erziehungs- und Elterngeld, aufgegriffen und einen Anspruch von einem definierten Aufenthaltsstatus abhängig gemacht (...). Ein diesen Regelungen entsprechendes, also zu dem

gewöhnlichen Aufenthalt hinzutretendes Anspruchsmerkmal im Sinne des Innehabens einer bestimmten Freizügigkeitsberechtigung nach dem FreizügG/EU bzw eines bestimmten Aufenthaltstitels nach dem AufenthG fehlt im SGB II. Vielmehr hat der Gesetzgeber mit § 7 Abs 1 S 2 Nr 2 SGB II in einer anderen Regelungssystematik ein Ausschlusskriterium von SGB II-Leistungen nur für diejenigen Ausländer vorgesehen, deren "Aufenthaltsrecht sich allein aus dem Zweck der Arbeitsuche ergibt".(B 4 AS 54/12 R vom 30.1.2013)

Damit scheint aktuell geklärt, dass der „gewöhnliche Aufenthalt“ allein durch die Legaldefinition des SGB I bestimmt ist. Einschränkend könnte hier nur vorrangiges Europarecht wirken. Im Europarecht werden soziale Leistungen aber auch vom *faktischen* Wohnort abhängig gemacht. Da das BSG die Anmerkungen von Frings zur europarechtlichen Abgrenzung von legalem Aufenthalt („legal residence in Directive 2004/38“) zum faktischen Wohnort („factual residence in Regulation 883/2004“) ebenfalls zustimmend zitiert, ist es m.E. auch angebracht, bei der rechtlichen Begründung auf die europarechtliche Bestimmung des gewöhnlichen Aufenthalts hinzuweisen (vgl. Frings, Dorothee, Grundsicherungsleistungen für Unionsbürger unter dem Einfluss der VO (EG) Nr. 883/2004 in ZAR 9/2012, 317-327). Das Gleiche gilt auch für Leistungen der Grundsicherung nach dem vierten Kapitel SGB XII. Diese sind ausdrücklich in den Anhang zur EU-Verordnung 883/2004 aufgenommen worden.

Bedeutung des gewöhnlichen Aufenthalts für die SGB II-Beratungspraxis

Bei Fiktionsbescheinigungen:

Bedeutung hat die am *Faktischen* orientierte Auslegung des gewöhnlichen Aufenthalts in erster Linie für Personen, die nur über eine Fiktionsbescheinigung verfügen, da über ihr Aufenthaltsrecht noch nicht entschieden wurde. Dieses ist oft in den ersten Monaten bei Familiennachzug zu deutschen StaatsbürgerInnen der Fall („Erlaubnisfiktion“). Da beim Familiennachzug der dreimonatige Leistungsausschluss nach § 7 Abs.1 Satz 2 Nr.1 SGB II nicht anzuwenden ist (BSG B 4 AS 37/12 R vom 30.1.2013), wird der Leistungsausschluss von den Jobcentern regelmäßig mit dem aufgrund der Fiktionsbescheinigung angeblich fehlenden „gewöhnlichen Aufenthalt“ begründet. Gleiches gilt für die sogenannte „Fortsetzungsfiktion“, wenn die Verlängerung eines abgelaufenen Aufenthaltstitels rechtzeitig beantragt, aber noch nicht bewilligt wurde.

Anders verhält es sich bei der sogenannten „Duldungsfiktion“, wenn eine Aufenthaltsgenehmigung erst nach Ablauf des Visums beantragt wird. Hier können im Regelfall nur Leistungen nach dem Asylbewerberleistungsgesetz bezogen werden, es sei denn, es handelt sich um Familienangehörigen von Flüchtlingen, die europäischen subsidiären Schutz genießen. In diesen Fällen existiert aufgrund europarechtlicher Gründe ein SGB II Anspruch – so das Sozialgericht Köln (S 12 AS 427/12 ER vom 22.03.2012, rechtskräftig), ebenso LSG NRW für Familienangehörige von europäischen subsidiären Schutz Genießenden, die aufgrund ihres Aufenthalts (§ 25 Abs. 5 AufenthG) nach nationalem Recht Asylbewerberleistungen erhalten würden, nach europäischem Recht aber wie Inländer behandelt werden müssen (L 20 AY 48/08 vom 27.02.2012, nicht rechtskräftig, Revision anhängig B 7 AY 4/12 R).

Bei SaisonarbeiterInnen aus EU-Staaten:

Eine weitere praktische Bedeutung erwächst dem am Faktischen orientierten Begriff des „gewöhnlichen Aufenthalts“ bei SaisonarbeiterInnen, die die Möglichkeit der Saisonarbeit nutzen, um tatsächlich ihren Wohnsitz in der Bundesrepublik Deutschland zu nehmen. Die Möglichkeit der Saisonarbeit wird vor allem von RumänInnen und BulgarInnen genutzt, weil hier keine Einschränkungen bezüglich der Arbeitserlaubnis gelten und entsprechende Arbeiten oft angeboten werden. Auch SaisonarbeiterInnen können ihren gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland begründen. Verbleiben SaisonarbeiterInnen nach Beendigung der Saisonarbeit in Deutschland, haben sie befristet für sechs Monate den Arbeitnehmerstatus und können daher unstrittig Arbeitslosengeld II beziehen. Die prinzipielle Ablehnung wegen fehlenden „gewöhnlichen Aufenthalts“ aufgrund der vorhergehenden Saisonarbeit ist rechtswidrig. Entscheidend ist, ob der gewöhnliche Aufenthalt faktisch im Sinne des § 30 SGB I und des Art. 11 VO 987/2009 EU vorliegt. Saisonbeschäftigte aus Drittstaaten (nach § 15a BeschV) haben nur einen befristeten Aufenthaltstitel, der für sich allein keinen gewöhnlichen Aufenthalt begründet.

Fachliche Hinweise der Bundesagentur für Arbeit (Stand 15.7.2013) hierzu sind teilweise rechtswidrig

Die fachlichen Hinweise der Bundesagentur für Arbeit zum § 7 SGB II sind vor dem Hintergrund der gewandelten höchstrichterlichen Rechtsprechung als rechtswidrig anzusehen. In der Fassung vom 21.5.2012, die

derzeit (15.7.2013) noch Verwendung findet, heißt es unter der **Randziffer 7.2. gewöhnlicher Aufenthalt** (bei AusländerInnen, die nicht aus den EU-Staaten kommen):

„[...]“

(5) Für die Feststellung des gewöhnlichen Aufenthaltes ist für Personen, die nicht die deutsche Staatsangehörigkeit besitzen, zusätzlich die Rechtmäßigkeit des Aufenthaltes erforderlich. Der jeweilige Kunde hat die Rechtmäßigkeit seines Aufenthalts durch Vorlage eines entsprechenden Aufenthaltstitels nachzuweisen.“

Genau hieran orientiert sich die mir bekannte Behördenpraxis: Ohne Aufenthaltstitel werden keine Leistungen gewährt. Fiktionsbescheinigungen – egal welcher Art – begründen nach Ansicht der Behörde keinen gewöhnlichen Aufenthalt. Gerade hier sind aber die unter der Randziffer 7.2e weiter unten stehenden fachlichen Hinweise der Bundesagentur durchaus korrekt. Sie stehen zweifelsohne in einem gewissen Widerspruch zu der gerade zitierten Passage, nach der zwingend ein Aufenthaltstitel vorliegen müsse. Da die Bundesagentur hier eine rechtmäßige Bewertung der Fiktionsbescheinigungen vornimmt, zitiere ich diese hier (**Fachliche Hinweise zu § 7, Randziffer 7.2e**):

„Beantragen Drittstaatsangehörige, die sich rechtmäßig in Deutschland aufhalten, aber keinen Aufenthaltstitel besitzen, erstmals einen Aufenthaltstitel, so gilt der Aufenthalt bis zur Entscheidung der Ausländerbehörde als erlaubt („Erlaubnisfiktion“ gem. § 81 Abs. 3 Satz 1 AufenthG). In diesen Fällen ist einzelfallbezogen zu prüfen, inwiefern die Annahme des gewöhnlichen Aufenthalts in Deutschland gerechtfertigt ist.“

Dieses ist in der Regel der Fall, wenn eine Bleibeperspektive von mindestens einem Jahr vorhanden ist.

„Beantragen Drittstaatsangehörige, welche einen befristeten Aufenthaltstitel besitzen, die Verlängerung ihres Aufenthaltstitels rechtzeitig, so gilt bis zur Entscheidung der Ausländerbehörde der bisherige Aufenthaltstitel als fortbestehend und der Aufenthalt somit als erlaubt (§ 81 Abs. 4 AufenthG). Der gewöhnliche Aufenthalt in Deutschland kann in diesen Fällen angenommen werden.“

Gleiches muss m.E. natürlich auch dann gelten, wenn die Verlängerung nicht rechtzeitig beantragt wurde, die Ausländerbehörde aber die Fortgeltungswirkung des bisherigen Aufenthaltstitels bis zur Entscheidung über den Antrag anordnet, um unbillige Härten zu vermeiden.

Die Duldungsfiktion nach § 81 Abs. 3 Satz 2 Aufenthaltsgesetz („Wird der Antrag [auf einen Aufenthaltstitel] verspätet gestellt, gilt ab dem Zeitpunkt der Antragstellung bis zur Entscheidung der Ausländerbehörde die Abschiebung als ausgesetzt“) berechtigt zu Leistungen nach dem Asylbewerberleistungsgesetz. Ein SGB II-Anspruch besteht hier nicht, es sei denn ein Familienangehöriger genießt den sogenannten europarechtlichen subsidiären Schutz. In diesen Ausnahmefällen sind Familienangehörige, die geduldet sind, mit den Familienangehörigen, die subsidiären Schutz genießen, sozialrechtlich gleichgestellt (siehe oben SG Köln AS 427/12 ER vom 22.03.2012).

Der „gewöhnliche Aufenthalt im Inland“ - Leistungsvoraussetzung bei BezieherInnen der Grundsicherung im Alter oder bei voller Erwerbsminderung

Das Erfordernis des gewöhnlichen Aufenthalts im Inland ist im § 41 SGB XII gefasst, ohne näher bestimmt zu sein. In der Kommentarliteratur wird im Falle des 4. Kapitels SGB XII eine großzügige Auslegung favorisiert. So hält Thie in LPK SGB XII (9. Aufl.) auch einen längeren Aufenthalt im Ausland für unschädlich, „solange Umstände fortbestehen, die darauf schließen lassen, dass er [der Wohnsitz] beibehalten und (selbst) genutzt wird“ (LPK SGB XII, § 41, Rz. 10).

Dieser Rechtsauffassung folgt auch die Rechtsprechung. Ein dreimonatiger Auslandsaufenthalt wurde als unschädlich angesehen, da allein schon aufgrund des gebuchten Rückfluges von einem nur vorübergehenden Aufenthalt ausgegangen werden kann (vgl. ausführlich SG Duisburg S 2 SO 175/09 vom 12.8.2010, bestätigt durch LSG NRW, ebenso: L 12 (20) SO 3/09).

Auch wenn die mir bekannte Rechtsprechung nicht europarechtlich argumentiert, so weise ich dennoch darauf hin, dass die Leistungen des 4. Kapitels SGB XII dem gegenüber nationalem Recht vorrangigen Artikel 70 VO (EG) 883/2004 unterliegen. Sie sind ausdrücklich im Anhang X der Verordnung aufgezählt. Absatz 4 des Artikels 70 macht den Leistungsanspruch von einem Wohnort (Ort des gewöhnlichen Aufenthalts) im leistungsgewährenden Staat abhängig. Dieser Wohnort wird wiederum in Art. 11 der dazugehörigen

Durchführungsverordnung VO (EU) 987/2009 in weiter Auslegung bestimmt, wobei bei Unsicherheiten auch der Wille des Betroffenen ausschlaggebend sein kann.

Eine Leistungseinstellung bei vorübergehendem, auch mehrmonatigem Auslandsaufenthalt ist im Bereiche der Grundsicherung somit rechtswidrig.

In den Bayerischen Sozialhilferichtlinien wurde bis 2010 prinzipiell der gewöhnliche Aufenthalt im Inland bestritten, wenn Leistungsberechtigte mehr als einen Monat am Stück im Ausland weilten. Mittlerweile heißt es etwas unklar:

„Bei Leistungsberechtigten, die sich zusammenhängend länger als einen Monat im Ausland aufhalten, ist zu prüfen, ob sie dort einen gewöhnlichen Aufenthalt begründen und demzufolge keinen Anspruch auf Grundsicherungsleistungen haben.“ (SHR 41.05 Abs. 3)

Diese Formulierung lässt zwar rechtskonformes Verwaltungshandeln zu, fördert es aber nicht unbedingt.

Zur Problematik weiterer SGB XII-Leistungen (Sozialhilfe, Hilfe zur Pflege...) im Falle des vorübergehenden Auslandsaufenthalts

Ein Beispiel zur Verdeutlichung: Aufgrund fehlender Erwerbstätigkeit erhält Herr Luigi statt der bisherigen SGB II-Leistung eine winzige Rente wegen Erwerbsminderung auf Zeit und aufstockende SGB XII-Leistungen zum Lebensunterhalt. Wie bisher möchte er gerne drei Wochen zu seinen Verwandten nach Italien fahren. Da er nun nicht mehr dem Arbeitsmarkt zur Verfügung stehen muss, glaubt er sogar, dass er dieses Jahr fünf Wochen bleiben kann. Im Juli stellt er seinen Antrag auf Sozialhilfe und teilt leutselig seine Absicht dem Sozialamt mit. Dort erfährt er dann, dass er keine Leistungen bekommen könne, wenn er in Italien sei. Im Sozialamt wird ihm gesagt, dass er allerhöchstens einen Monat fahren könne. Selbst in diesem Fall hätte er zwar keinen rechtlichen Anspruch auf Fortzahlung der Hilfe, würde sie aber aus Kulanzgründen noch weiter erhalten.

Bei allen Leistungen des SGB XII - außer denen des 4. Kapitels - spielt der gewöhnliche Aufenthalt - zumindest dem Wortlaut nach - keine Rolle. In § 98 Absatz 1 SGB XII heißt es aber:

„Für die Sozialhilfe örtlich zuständig ist der Träger der Sozialhilfe, in dessen Bereich sich die Leistungsberechtigten tatsächlich aufhalten. Diese Zuständigkeit bleibt bis zur Beendigung der Leistung auch dann bestehen, wenn die Leistung außerhalb seines Bereichs erbracht wird.“

Hieraus wurde noch zu BSHG-Zeiten gefolgert, dass prinzipiell der Sozialhilfeanspruch an den tatsächlichen Aufenthalt im regionalen Bereich des zuständigen Trägers geknüpft sei. Allenfalls ambulante und teilstationäre Hilfen, die nicht unter die Regelungen des § 98 Absatz 2 fallen, seien nach § 98 Abs. 1 Satz 2 auch außerhalb des engen Bereichs der Zuständigkeit zu erbringen. Von dieser rigiden Praxis, die früher dazu geführt hat, dass auch bei kurzen Urlaubsaufenthalten außerhalb des örtlichen Zuständigkeitsbereichs die Hilfe eingestellt wurde, ist aufgrund einer Bundesverwaltungsgerichtsprechung (BVerwG, 5 C 12/97 vom 5.3.1998) abgerückt worden. Überschreitet aber die örtliche vorübergehende Abwesenheit den Zeitraum eines Monats, wird die Sozialhilfe nach wie vor grundsätzlich eingestellt.

In einer meines Erachtens wichtigen Entscheidung hat das Sozialgericht Hamburg (S 56 SO 350/06 vom 12.10.2007) die Bedeutung des tatsächlichen Aufenthalts als Leistungsvoraussetzung erheblich reduziert. Sinn des § 98 SGB XII sei es, die örtliche Zuständigkeit zu regeln. Hierbei hat der Gesetzgeber auf den tatsächlichen Aufenthalt nur deshalb abgestellt, weil die Sozialhilfe gerade auch die Möglichkeit haben muss, Menschen, die derzeit keinen gewöhnlichen Aufenthalt haben, Hilfe zu gewähren. Sinn der die Zuständigkeit regelnden Rechtsnorm sei es aber nicht, eine weitere Leistungsvoraussetzung aufzustellen. Solange ein Auslandsaufenthalt nur vorübergehender Natur ist und der Wohnsitz beibehalten wird, besteht auch der Leistungsanspruch fort.

Nach meinem Dafürhalten legitimieren die Regelungen der örtlichen Zuständigkeit nicht, die Leistungen bei einem vorübergehenden Auslandsaufenthalt einzustellen. Neben dem genannten Grund, bei der klassischen Sozialhilfe die Zuständigkeit am tatsächlichen Aufenthalt festzumachen, gibt es kein Argument, warum SozialhilfeempfängerInnen anders als EmpfängerInnen der Grundsicherung behandelt werden sollen, zumal beide nicht der Vermittlung in den Arbeitsmarkt zur Verfügung stehen müssen.

Aus dem Urteil des SG Hamburg:

„Auch der Vorschrift über die örtlichen Zuständigkeit in § 98 Abs. 1 Satz 1 SGB XII lässt sich nicht entnehmen, dass ein Leistungsanspruch nur bei tatsächlichem Aufenthalt im Inland besteht. Zwar hat das BVerwG in seinem Urteil vom 22.12.1998 (Az.: 5 C 21/97) aus der Tatsache, dass bei Auslandsreisen, die den gewöhnlichen Aufenthalt im Inland unberührt lassen, ein zuständiger Sozialhilfeträger fehlt, gefolgert, dass dem Hilfebedürftigen in diesen Fällen eine sozialhilferechtliche Versorgung für einen Bedarf, der nicht schon vor der Abreise gegenwärtig war sondern erst im Ausland entsteht, nicht zusteht. Dem kann jedoch –

unter ausdrücklicher Aufgabe der vom erkennenden Gericht im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes vertretenen Auffassung – nicht gefolgt werden. Dies ergibt sich daraus, dass § 98 SGB XII nur Fragen der örtlichen Zuständigkeit regelt und als Zuständigkeitsvorschrift keine Entscheidung über das Bestehen materiell-rechtlicher Ansprüche treffen will (ebenso OVG Hamburg, Urteil vom 4.7.1991, Az.: Bf IV 45/90, DÖV 1993, S. 39). § 98 SGB XII bestimmt lediglich, welcher von mehreren theoretisch in Betracht kommenden Sozialhilfeträgern für die jeweilige Leistung zuständig ist. Unter welchen Voraussetzungen ein Leistungsanspruch besteht, ist der Vorschrift hingegen nicht zu entnehmen. Es ist auch nicht Sinn und Zweck von Zuständigkeitsvorschriften, zusätzliche materiell-rechtliche Anspruchsvoraussetzungen aufzustellen. Im Übrigen erscheint es auch inkonsequent, § 98 SGB XII im Fall eines längeren Auslandsaufenthaltes eine anspruchsausschließende Wirkung zuzusprechen, bei kürzerer Abwesenheit der dem Wortlaut nach gleichfalls fehlenden Zuständigkeit hingegen keine Bedeutung beizumessen.“

Die Regelungen des gewöhnlichen oder tatsächlichen Aufenthalts treffen grundsätzlich Deutsche und AusländerInnen gleichermaßen. In der Praxis sind es aber meist AusländerInnen, die trotz Sozialhilfe- oder Grundsicherungsleistungen einen mehrmonatigen „Auslandsurlaub“ machen. Faktisch handelt es sich um Besuche bei Verwandten, so dass sich der „Urlaub“ auch mit Sozialhilfeleistungen bewerkstelligen lässt. Das vor Gericht vorgetragene Argument des beklagten Grundsicherungsträgers, „dass die Mehrzahl der Steuerzahler in der Bundesrepublik, aus deren Steueraufkommen die Sozialhilfe und die Grundsicherung finanziert werde, kaum Auslandsurlaube von mehr als 3 bis maximal 4 Wochen finanzieren könne“, ist wohl eher nicht rechtlicher Natur gewesen (z.n. SG Duisburg S 2 SO 175/09 vom 12.8.2010). Es zeigt aber deutlich, welches Denken handlungsleitend gewesen ist.

Zum SGB II-Leistungsanspruch von EU-BürgerInnen

Die Frage, ob der SGB II-Ausschluss von EU-BürgerInnen, die sich allein zur Arbeitssuche in Deutschland aufhalten, europarechtswidrig ist, kann zweifelslos als derzeit wichtigste beim Bundessozialgericht anhängige Rechtsfrage betrachtet werden.

Worum es europarechtlich geht, ist Folgendes: Ist das SGB II im Wesentlichen als eine Form der **Sozialhilfe** anzusehen, dann ist der Ausschluss Arbeitssuchender rechtmäßig, denn in der Unionsbürgerrichtlinie 2004/38/EG wird diese Ausschlussmöglichkeit im Bereich der Sozialhilfe den Mitgliedsstaaten als Option eröffnet. Der Ausschluss ist aber **nur** bei einer sozialhilferechtlichen Fürsorgeleistung möglich. Stellt das SGB II allerdings eine steuerfinanzierte Leistung dar, die Leistungen der **Arbeitslosenversicherung** ersetzt oder ergänzt, unterliegt das SGB II der Verordnung (EG) Nr. 883/2004. In diesem Fall muss die Leistung allen EU-BürgerInnen offenstehen. Da das SGB II explizit im Anhang X der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 genannt wird, spricht einiges für die Europarechtswidrigkeit.

Die Verordnung stellt unmittelbar anzuwendendes, vorrangiges Europarecht dar. Nun ist es spannend, wie das Bundessozialgericht das SGB II charakterisieren wird. Der Europäische Gerichtshof hat die Klärung der Frage vorläufig den nationalen Gerichten überlassen:

„Es ist Sache der zuständigen nationalen Behörden und gegebenenfalls der innerstaatlichen Gerichte, nicht nur das Vorliegen einer tatsächlichen Verbindung mit dem Arbeitsmarkt festzustellen, sondern auch die grundlegenden Merkmale dieser Leistung zu prüfen, insbesondere ihren Zweck und die Voraussetzungen ihrer Gewährung.“

(EuGH, Urteil vom 4. 6. 2009 - C-22/08 Vatsouras (C-22/08), Josif Koupatantze (23/08), nach Vorlage des SG Nürnberg)

Im Jahr 2010 hat das Bundessozialgericht entschieden, dass bezüglich des SGB II das Fürsorgeabkommen anzuwenden sei. Daraus haben manche auf eine Qualifizierung des SGB II als Sozialhilfeleistung geschlossen. Andere wiederum vertreten die These, dass das SGB II in zwei Teile zerfällt: Die Leistungen zum Lebensunterhalt seien eine Sozialhilfeleistung, die Leistungen zur Arbeitsmarktintegration folgen dagegen dem Prinzip der Arbeitslosenversicherung. Die Aufnahme des SGB II im Anhang X der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 spricht dagegen für die Europarechtswidrigkeit des Ausschlusses. Selbst 4 Jahre nach dem EuGH-Urteil zum SGB II sind die nationalen Behörden und Gerichte nicht viel weiter gekommen. Wann das Bundessozialgericht in den anhängigen Verfahren entscheiden wird, ist nicht bekannt.

Andeutungen des Bundessozialgerichts

Bei der Beantragung von „**einstweiligem Rechtsschutz**“, durch den von den meisten Sozialgerichten und Landessozialgerichten den antragstellenden EU-BürgerInnen Leistungen vorläufig zugesprochen werden, ist es wichtig darauf hinzuweisen, dass gegen den Ausschluss „**erhebliche europarechtliche Bedenken**“ bestehen. Von zentraler Bedeutung ist hierbei natürlich immer, wer diese Bedenken trägt. Zweckdienlich ist hier meines Erachtens folgende Passage eines erst kürzlich veröffentlichten Urteils des Bundessozialgerichts:

„Trotz des Kontextes, in welchem die Regelung des § 7 Abs 1 S 2 Nr 2 SGB II erlassen wurde, nämlich der Erweiterung der Freizügigkeit von Arbeitnehmern zu einer allgemeinen Freizügigkeit für alle Unionsbürger durch die RL 2004/38/EG, wollte der bundesdeutsche Gesetzgeber neben den von Art 24 Abs 2 RL 2004/38/EG unstreitig erfassten Sozialhilfeleistungen auch SGB II-Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts ausschließen. Deren Einordnung als Sozialhilfeleistungen iS von Art 24 Abs 2 RL 2004/38/EG ist allerdings fraglich. Die beiden für die Grundsicherung für Arbeitsuchende zuständigen Senate des BSG haben die Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts entsprechend ihrer Aufnahme in den Anhang der VO (EG) Nr 883/2004 als "besondere beitragsunabhängige Geldleistungen" nach Art 4 iVm Art 70 VO (EG) Nr 883/2004, nicht jedoch als Leistungen der "sozialen Fürsorge" iS von Art 3 Abs 5a) VO (EG) Nr 883/2004 angesehen. Sie haben darauf hingewiesen, dass durch das Erfordernis der Erwerbsfähigkeit ein Bezug zu den Leistungen bei Arbeitslosigkeit bestehe. (... [verschieden Verweise, B.E.]“

*Ungeachtet der insofern bestehenden Zweifel an der europarechtlichen Zulässigkeit des nicht nach dem Grad der Verbindung des arbeitssuchenden Unionsbürgers zum Arbeitsmarkt des Aufnahmestaats und seinem beruflich möglichen Zugang zum Arbeitsmarkt differenzierenden sowie zeitlich unbefristeten Ausschlusses der arbeitssuchenden Unionsbürger von SGB II-Leistungen ist § 7 Abs 1 S 2 Nr 2 SGB II als Ausschlussregelung von existenzsichernden Sozialleistungen jedenfalls **eng auszulegen**.“* (Bundessozialgericht B 4 AS 54/12 R vom 30.1.2013)

Die „Bleibeperspektive“ – europarechtliche und verfassungsrechtliche Voraussetzung für den Bezug von Familienleistungen

Ebenso, wie formale Aufenthaltsgenehmigungen bei der Bestimmung der Leistungsvoraussetzung des gewöhnlichen Aufenthalts in der Bundesrepublik Deutschland an Bedeutung verloren haben, ist das Bestehen eines Aufenthaltstitels als Voraussetzung des Bezugs von Familienleistungen in Frage gestellt worden.

Schon im Jahr 2004 hat das Bundesverfassungsgericht festgestellt, dass der Gesetzgeber nicht willkürlich bestimmte Personengruppen vom Bezug von Familienleistungen ausschließen darf. **Den Bezug einer Familienleistung an das Bestehen bestimmter formaler Aufenthaltsgenehmigungen zu knüpfen, sei verfassungswidrig.** Legitim sei allenthalben, Familienleistungen vom Vorhandensein einer bestimmten „Bleibeperspektive“ abhängig zu machen.

Ähnlich entschied auch der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte in Straßburg (EGMR) im Jahr 2005. Zuerst stellte der EGMR fest, dass gewährte Familienleistungen (im verhandelten Fall Kindergeld) Ausdruck des Art. 8 der europäischen Menschenrechtskonvention sind und damit die Zuständigkeit des Gerichts gegeben ist:

„Durch die Gewährung von Kindergeld können die Staaten unter Beweis stellen, dass sie das Familienleben im Sinne des Artikels 8 der Konvention achten; das Kindergeld fällt deshalb in den Anwendungsbereich dieser Bestimmung.“

Dieser Gedanke ist grundlegend und hat meines Erachtens wichtige Konsequenzen. Sobald allgemeine Menschenrechtskonventionen in spezielle Leistungen konkretisiert werden, müssen sich diese Leistungen auch an den egalitären Zielen der Konvention messen lassen. Diese Leistungen unterliegen dann dem Diskriminierungsverbot. Allerdings ist das Diskriminierungsverbot des Art. 14 der Konvention nach Maßgabe des EGMR kein absolutes Verbot, sondern:

„Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs ist eine unterschiedliche Behandlung im Sinne von Artikel 14 der Konvention diskriminierend, wenn es für sie „keine objektive und angemessene Rechtfertigung gibt“, d.h. wenn mit ihr kein „legitimes Ziel“ verfolgt wird oder „die eingesetzten Mittel zum angestrebten Ziel nicht in einem angemessenen Verhältnis stehen“. Die Vertragsstaaten haben einen gewissen Ermessensspielraum bei der Beurteilung der Frage, ob und inwieweit Unterschiede bei ansonsten ähnlichen Situationen eine unterschiedliche Behandlung rechtfertigen (vgl. u. a. Rechtssache Willis, a. a. O., Nr. 39).“ (EGMR, 25.10.2005 Nr. 59140/00)

Der EGMR hat in zitiertem Urteil nur im **negativen Sinne** festgestellt, dass der Anspruch auf Kindergeld **nicht** von einer vorliegenden dauerhaften Aufenthaltsgenehmigung abhängig gemacht werden darf. Das Bundesverfassungsgericht sieht im **positiven Sinne** eine ungleiche Behandlung dann für gerechtfertigt an, wenn keine „Bleibeperspektive“ besteht. Die fehlende „Bleibeperspektive“ rechtfertigt nach Meinung des BVerfG einen Ausschluss von Familienleistungen. Wenn das BVerfG (1 BvL 2/10 vom 10.7.2012) mittlerweile unterstellt, der EGMR würde hier die gleiche Rechtsauffassung wie das Bundesverfassungsgericht vertreten, lässt sich dieses dem Urteilstext des EGMR nicht entnehmen.¹

Der Gesetzgeber hat versucht, den Vorgaben des BVerfG aus dem Jahr 2004 zu folgen. Im Gesetz zur Anspruchsberechtigung von Ausländern wegen Kindergeld, Erziehungsgeld und Unterhaltsvorschuss (**AuslAnsprBerG**) wurde der Kreis der Anspruchsberechtigten erweitert. Verschiedene Voraussetzungen sollen seitdem auch bei Aufenthaltstiteln, die keinen Daueraufenthalt garantieren, Indiz dafür sein, dass eine **anspruchsbegründende Bleibeperspektive** bestehen würde. Wem eine Aufenthaltserlaubnis nach § 23 Abs. 1 (wegen eines Krieges in seinem Heimatland) oder nach den §§ 23a, 24, 25 Abs. 3 bis 5 des Aufenthaltsgesetzes erteilt wird, kann auch Familienleistungen beziehen. Dies gilt aber nur, wenn sich der/die Betroffene schon mindestens drei Jahre in Deutschland aufhält. Zusätzlich müssen die Betroffenen **eine feste Verbindung zum Arbeitsmarkt vorweisen** können. Hierzu zählt neben der **Erwerbstätigkeit** der Bezug **von Arbeitslosengeld I**

¹ Im Gegenteil heißt es dort explizit:

„Der Gerichtshof ist nicht aufgefordert, grundsätzlich zu entscheiden, inwieweit es gerechtfertigt ist, bei Sozialleistungen zwischen Inhabern verschiedener Arten von Aufenthaltsgenehmigungen zu unterscheiden. Der Gerichtshof muss sich vielmehr auf die Frage beschränken, ob das deutsche Kindergeldrecht, wie es im vorliegenden Fall angewandt wurde, die Rechte der Beschwerdeführer aus der Konvention verletzt hat.“ (EGMR, 25.10.2005 Nr. 59140/00)

(also mind. 12 monatige vorhergehende Beschäftigung) oder die **Elternzeit** während eines bestehenden Arbeitsverhältnisses.

Am 10.7.2012 hat das BVerG entschieden 1 (BvL 2/10 vom 10.7.2012; Leitsätze):

1. *Der Ausschluss ausländischer Staatsangehöriger, denen der Aufenthalt aus völkerrechtlichen, humanitären oder politischen Gründen erlaubt ist und die keines der in § 1 Abs. 6 Nr. 3 Buchstabe b BErzGG 2006 und § 1 Abs. 7 Nr. 3 Buchstabe b BEEG genannten Merkmale der Arbeitsmarktintegration erfüllen, vom Bundeserziehungsgeld und vom Bundeselterngeld verstößt gegen Art. 3 Abs. 1 und Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG.*
2. *Eine Regelung, die weder an das Geschlecht anknüpft noch Merkmale verwendet, die von vornherein nur Frauen oder nur Männer treffen können, die aber Frauen aufgrund rechtlicher oder tatsächlicher Umstände der Mutterschaft gegenüber Männern benachteiligt, unterliegt nach Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG strengen Rechtfertigungsanforderungen.*

Für das **Elterngeld** ist damit entschieden, dass das zusätzliche Erfordernis der Arbeitsmarktintegration nichtig ist. Im Unterhaltsvorschussgesetz und EStG (Kindergeld) besteht aber weiterhin das Erfordernis. Das ist nach meinem Dafürhalten verfassungswidrig.

Die „Bleibeperspektive“, der „legitime Zweck“ des Bundesverfassungsgerichts – eine Kritik

Das Bundesverfassungsgericht hat den gesetzgeberischen Willen, das Elterngeld nicht allen in Deutschland lebenden Eltern zu gewähren, nicht kritisiert. Mit dem Elterngeld verfolgt der Gesetzgeber laut Bundesverfassungsgericht einen legitimen Zweck, nämlich die Bevölkerungsentwicklung zu fördern.

„Erziehungs- und Elterngeld ausschließlich den Eltern zu gewähren, die voraussichtlich dauerhaft in Deutschland bleiben, verfolgt indes einen legitimen Zweck, soweit der Gesetzgeber mit diesen Leistungen eine nachhaltige Bevölkerungsentwicklung in Deutschland fördern will, weil dieses Ziel bei Gewährung an Personen, die das Bundesgebiet bald wieder verlassen, verfehlt würde.“
(BVerfG, 1 BvL 2/10 vom 10.7.2012, Absatz-Nr. 42)

Dieser Zweck kann m.E. **nicht** auf Leistungen, wie das Kindergeld und den Unterhaltsvorschuss übertragen werden. Das Kindergeld dient als Sozialleistung dem Unterhalt des Kindes und mithin dem Schutz der Familie (nach der weiten Auslegung des EMGR). Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hat klargestellt, dass allein durch die Zuordnung des Kindergeldes zum Steuerrecht nicht der Charakter einer Sozialleistung verlorengeht (EGMR, 01.04.2010 - 12852/08). Der Bundesfinanzgerichtshof (BFH) hat zwar mehrfach entschieden, dass sich nach seiner Meinung keine verfassungsrechtlichen Bedenken beim Ausschluss von AusländerInnen ergeben würden (z.B. BFH Urteil vom 7. April 2011 Az. III R 72/09). Die Argumentation des BFH ist aber nicht überzeugend und nach dem Urteil des BVerfG vom 10. Juli 2012 nicht mehr haltbar. Erstens geht der BFH ohne weitere Begründung davon aus, dass sich die Ungleichbehandlung bezüglich des Kindergeldanspruchs durch die unterschiedliche „Bleibeperspektive“ begründen ließe. Zweitens hält er dann die Frage, ob ein Kindergeldanspruch bestehen würde, für irrelevant, da das Kindergeld ohnehin beim Bezug anderer unterhaltssichernder Sozialleistungen angerechnet werden würde. Wäre dieses Argument stichhaltig, hätte das BVerfG ebenso im Bereich des Elterngeldgesetzes entschieden. Das BVerfG sieht es aber für zwingend an, dass auch BezieherInnen von Sozialleistungen elterngeldberechtigt sind, auch wenn das Elterngeld auf die Sozialleistung angerechnet wird.

Bildungs- und Teilhabeleistungen erhalten mittlerweile alle Kinder, die von existenzsichernden Sozialleistungen leben. Auch Kinder von AsylbewerberInnen sind von den Leistungen nicht ausgenommen. Der Gesetzgeber hatte diese Kinder bei der Einführung der Leistungen vergessen, aber der § 6 AsylbLG eröffnete die Möglichkeit, auch den Kindern von AsylbewerberInnen die Leistungen zu gewähren. Mit der letztjährigen Verfassungsgerichtsentscheidung zur Verfassungswidrigkeit der Leistungen des Asylbewerberleistungsgesetzes ist klargestellt, dass Sozialleistungen stets in Höhe des soziokulturellen Existenzminimums gewährt werden müssen. Dieses muss meines Erachtens auch für das Kindergeld gelten.

Der Ausschluss von Kindergeldleistungen kann nicht durch einen legitimen Zweck, wie den der „nachhaltigen Bevölkerungsentwicklung“, begründet werden. Wenn aber die „Bleibeperspektive“ keine Ungleichbehandlung des Kindergeldanspruchs begründen kann, verliert auch das zweite Argument des BFH an Wert. Der Kreis der Kindergeldberechtigten würde nicht nur um den Kreis der Sozialleistungsbeziehenden erweitert werden. Auch AusländerInnen, die sich noch nicht drei Jahre in der Bundesrepublik Deutschland aufhalten, könnten kindergeldberechtigt werden, ebenso AusländerInnen mit zweckgebundenem befristeten Aufenthalt (z.B. für eine Ausbildung).