5.3. Judikative und Menschenrechte

Es ist die besondere Verantwortung der Rechtspflege, den Menschen- und Grundrechten bei der Verwaltung von sozialen Leistungen zur Geltung zu verhelfen. Die in der Rechtsprechung sichtbar gewordene Enge und Zurückhaltung müsste daher von einer prinzipiell offenen, weil menschen-und grundrechtlichen Perspektive abgelöst werden.

*PD Dr. Constanze Janda, Jena**

Quo vadis, AsylbLG? Möglichkeiten der Neugestaltung der existenzsichernden Leistungen für Personen mit vorübergehendem Aufenthalt nach dem Urteil des BVerfG

Die Entstehungsgeschichte, der Inhalt und die nunmehr beabsichtigte Neufassung des Asylbewerberleistungsgesetzes (AsylbLG) belegen nachdrücklich die Indienstnahme des Sozialrechts für migrationspolitische Zwecke. Am 18.7.2012 hat das Bundesverfassungsgericht das Gesetz in Teilen für verfassungswidrig erklärt. Ein seit dem 4.12.2012 vorliegender Referentenentwurf aus dem Bundesministerium für Arbeit und Soziales (BMAS) verdeutlicht, dass der Gesetzgeber die Entscheidung nur im minimal erforderlichen Maß umzusetzen sucht. Im Folgenden werden die Regelungen des AsylbLG (1.) zunächst kurz dargestellt. Sodann werden vor dem Hintergrund der Erwägungen des BVerfG (2.) der Referentenentwurf skizziert (3.) und die Möglichkeiten und Grenzen einer Anpassung des Gesetzes (4.) diskutiert.

1. Prinzipien des AsylbLG

Die Verabschiedung des AsylbLG war Bestandteil des „Asylkompromisses", der im Dezember 1992 von den Fraktionen CDU/CSU, SPD und FDP verabschiedet und im Laufe des Jahres 1993 durch verschiedene Gesetze[1] umgesetzt wurde. Angesichts steigender Zahlen von Kriegsflüchtlingen aus Jugoslawien und dem Irak waren Forderungen nach einer Eindämmung der vermeintlichen „Flut"[2] von Zuwanderern laut geworden. Als wesentlicher Zuwanderungsanreiz wurden die Leistungen des BSHG ausgemacht, die an Deutsche und Ausländer gleichermaßen gewährt wurden.[3] Neben der Verschärfung des Asylrechts, auf das sich nach dem neu gefassten Art. 16a GG nicht berufen konnte, wer aus einem sicheren Herkunfts- oder Drittstaat in die Bundesrepublik eingereist war, war die Ausgliederung existenzsichernder Leistungen an Asylsuchende aus dem BSHG und ihre Überführung in das AsylbLG wesentlicher Bestandteil des Gesetzespakets.[4]

Der persönliche Anwendungsbereich des Gesetzes geht inzwischen weit über den Kreis der Asylbewerber hinaus. Erfasst sind auch Inhaber einer Duldung, vollziehbar Ausreisepflichtige, Personen, die im Rahmen des so genannten Flughafenverfahrens aus der Bundesrepublik ausgewiesen werden sollen, sowie die Kinder und Ehegatten der genannten Personen. Überdies sind Inhaber einiger aus humanitären Gründen erteilter Aufenthaltstitel in den Geltungsbereich des Gesetzes einbezogen.[5]

Die Leistungen sichern lediglich die physische Existenz: Nahrung, Kleidung, Obdach, Körperpflege sowie eine medizinische Notversorgung für akute Erkrankungen und Schmerzzustände. Der Befriedigung persönlicher Bedürfnisse dient ein gering bemessenes Taschengeld, das zur Barauszahlung vorgesehen ist. Im Übrigen ist das Leistungsrecht des Gesetzes vom Sachleistungsgrundsatz geprägt, § 3 I AsylbLG. Ausnahmen sind nur vorgesehen, wenn die Betroffenen außerhalb von Gemeinschaftsunterkünften leben. Aber auch in diesem Fall sollen Gutscheine und unbare Zahlungsmittel ausgegeben werden. Die Regelsätze lagen schon 1993 unter dem Sozialhilfeniveau. Sie sind entgegen der ausdrücklichen Anordnung in § 3 III AsylbLG nicht an die Entwicklung der Lebenshaltungskosten angepasst worden. Ihre Höhe basiert, wie der Gesetzgeber einräumte, auf Schätzungen. Nach insgesamt vierjährigem Bezug von Leistungen nach dem AsylbLG sind Leistungen analog dem SGB XII zu gewähren, wenn der Berechtigte die Dauer seines Aufenthalts nicht missbräuchlich beeinflusst hat, § 2 AsylbLG.

---

* Die Autorin ist wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl von Prof. Dr. Dr. h.c. *Eberhard Eichenhofer* an der Friedrich-Schiller-Universität Jena.

1 U. a. Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes v. 29.6.1993, BGBl. I 1002; Gesetz zur Änderung asylverfahrens-, ausländer- und staatsangehörigkeitsrechtlicher Vorschriften v. 30.6.1993, BGBl. I 1062; Gesetz zur Neuregelung von Leistungen für Asylbewerber v. 30.6.1993, BGBl. I 1074.

2 Waren solche Metaphern zunächst Wahlkampfrhetorik rechtsradikaler Parteien, sind sie im Laufe der 1980er Jahre im gesellschaftlichen Mainstream angekommen. Vgl. dazu die Dokumentation bei *Jung/Niehr/Böke*, Ausländer und Migranten im Spiegel der Presse, S. 131 ff.

3 BT-Drs. 12/4451, S. 5.

4 Dazu statt vieler *Janda/Wilksch*, SGb 2010, 565 (565 f.).

5 Dies sind Personen, denen eine Aufenthaltserlaubnis aus politischen Gründen (§ 23 AufenthG), zum vorübergehenden Schutz bei Massenzustrom von Flüchtlingen (§ 24 AufenthG) oder aus dringenden humanitären oder persönlichen Gründen oder erheblichen öffentlichen Interessen (§ 25 IV 1 AufenthG) erteilt wird; desgleichen Ausreisepflichtige, die in einem Strafverfahren (§ 25 IVa AufenthG) oder zur Bekämpfung von Schwarzarbeit (§ 25 IVb AufenthG) als Zeugen aussagen sowie Personen, deren Ausreise aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen unmöglich ist (§ 25 V AufenthG).

2. Rechtsprechung des BVerfG zur Bemessung existenzsichernder Leistungen

Dass diese Regelungen verfassungswidrig sind, war spätestens seit dem Urteil des BVerfG zur Ermittlung der Regelsätze in der Grundsicherung für Arbeitsuchende offensichtlich.[6]

2.1. Gesetzgeberischer Gestaltungsspielraum vs. „Schätzung ins Blaue hinein"

In dieser Entscheidung hatte das BVerfG seine bisherige Rechtsprechung bestätigt, dass dem Einzelnen aus der in Art. 1 I GG verankerten Menschenwürdegarantie nicht nur ein Recht auf Sicherung des bloßen Überlebens erwachse, sondern darüber hinaus das soziokulturelle Existenzminimum zu sichern sei. Die Pflege zwischenmenschlicher Beziehungen müsse ebenso ermöglicht werden wie ein Mindestmaß an Teilhabe am gesellschaftlichen, kulturellen und politischen Leben, existiere der Mensch als Person doch notwendig in sozialen Bezügen.[7] Aus dem Sozialstaatsprinzip folge die objektive Verpflichtung zur Gewährung existenzsichernder Sozialleistungen im Rahmen eines gesetzlichen Anspruchs. Deren Höhe dürfe nicht „ins Blaue hinein" geschätzt werden, sondern sei in einem sach- und realitätsgerechten Verfahren aufgrund empirisch nachvollziehbarer Methoden zu ermitteln.[8] Dem Gesetzgeber stehe zwar ein Gestaltungsspielraum zu; dessen Ausübung bedürfe aber einer tragfähigen Rechtfertigung.[9] Er habe sicherzustellen, dass stets der gesamte existenziell notwendige Bedarf der Grundrechtsträger gedeckt sei.[10]

2.2. Existenzsicherung vs. migrationspolitische Erwägungen

Diese Grundsätze hat das BVerfG in seinem Urteil zum AsylbLG wieder aufgenommen. Das Grundrecht auf Sicherung einer menschenwürdigen Existenz sei als Menschenrecht universell und unveräußerlich gewährleistet und nicht durch migrationspolitische Erwägungen zu relativieren.[11] Da das Existenzminimum jederzeit in voller Höhe zu gewährleisten sei, sei eine Unterschreitung auch unter Hinweis auf den lediglich vorübergehenden Aufenthalt der vom AsylbLG erfassten Personen nicht zulässig: „Ausländische Staatsangehörige verlieren den Geltungsanspruch als soziale Individuen nicht dadurch, dass sie ihre Heimat verlassen und sich in der Bundesrepublik Deutschland nicht auf Dauer aufhalten".[12] Nur wenn aus dem vorübergehenden Aufenthalt signifikant geringere Bedarfe resultierten, sei der Gesetzgeber zur Differenzierung bei den Regelsätzen berechtigt. Das BVerfG gab jedoch zu bedenken, dass der weitaus größte Anteil der nach dem AsylbLG Leistungsberechtigten sich tatsächlich seit Langem in der Bundesrepublik aufhalte. Es sei daher nicht gerechtfertigt, generell von einem vorübergehenden Kurzaufenthalt auszugehen, der mit spezifischen Minderbedarfen einhergehe.[13]

2.3. Übergangsregelung

Da die bloße Feststellung der Verfassungswidrigkeit des § 3 AsylbLG den betroffenen Personen jede Mittel zum Lebensunterhalt genommen hätte – Berechtigte nach dem AsylbLG sind sowohl im SGB II als auch im SGB XII von den existenzsichernden Leistungen ausgenommen – sah sich das BVerfG zu einer Übergangsregelung veranlasst, mit der es die bis zu einer Neuregelung zu gewährenden Regelsätze bestimmt hat.[14] Basis der Übergangsregelung ist das RBEG, welches der Ermittlung der Regelsätze der Grundsicherung für Arbeitsuchende zugrunde liegt.[15] Im Grunde hat das BVerfG mit der Übergangsregelung den vom AsylbLG erfassten Personen den Zugang zu den gleichen existenzsichernden Leistungen wie für Personen mit gewöhnlichem Inlandsaufenthalt eröffnet. Damit ist die vor dem „Asylkompromiss" bestehende Rechtslage zumindest bis zur Neuregelung – die das Gericht dem Gesetzgeber unverzüglich aufgegeben hat – wiederhergestellt.[16]

3. Entwurf eines Dritten Gesetzes zur Änderung des Asylbewerberleistungsgesetzes

In einem Referentenentwurf[17] des BMAS schlägt der Gesetzgeber eine auf die vom BVerfG explizit beanstandeten Normen beschränkte Änderung des Gesetzes, nicht aber dessen umfassende Konsolidierung vor.

Der persönliche Anwendungsbereich soll unverändert bleiben. Der Zugang zu den Analogleistungen des SGB XII soll nach 24-monatigem ununterbrochenem Aufenthalt im Inland eröffnet werden (§ 2 AsylbLG-E). Diese Periode wird mit der durchschnittlichen Dauer der Asylverfahren von 20,1 Monaten und der durchschnittlichen Dauer aufenthaltsbeendender Maßnahmen gerechtfertigt. Erst nach Ablauf dieser Zeit bestehe die Aussicht auf einen dauerhaften Aufenthalt, welche die leistungsrechtliche Gleichstellung mit Inländern rechtfertige.[18] Die Leistungssätze sollen nach dem Entwurf signifikant erhöht werden, wenngleich sie unter der vom BVerfG angeordneten Übergangslösung bleiben (§ 3 I 5, II 2, 3 AsylbLG-E). Basis der Neubemessung ist die Einkommens- und Verbrauchsstichprobe (EVS). Die Abweichung zu den Regelsätzen für Leistungen

6 *Haedrich*, ZAR 2010, 227 (231); *Janda/Wilksch*, SGb 2010, 565 (569); *Kingreen*, NVwZ 2010, 558 (560); *Brockmann*, SozSich 2010, 310 (314 ff.); *Classen/Kanalan*, info also 2010, 243 (245); *Görisch*, NZS 2011, 646 (647); *Rothkegel*, ZAR 2012, 357 (357); *Wenner*, SozSich 2012, 277 (277).

7 BVerfGE 125, 175 (223) unter Bezugnahme auf BVerfGE 80, 367 (374); 109, 279 (319); BVerwGE 87, 212 (214).

8 BVerfGE 125, 175 (237).

9 BVerfGE 125, 175 (226).

10 BVerfGE 125, 175 (223).

11 BVerfG, NVwZ 2012, 1024 (1030). So auch bereits *Brockmann*, SozSich 2010, 310 (315); *Görisch*, NZS 2011, 646 (649); *Mahler/Follmar-Otto*, ZAR 2011, 378 (382).

12 BVerfG, NVwZ 2012, 1024 (1029).

13 BVerfG, NVwZ 2012, 1024 (1029).

14 Dazu *Rothkegel*, ZFSH/SGB 2012, 519: das BVerfG betätige sich als „Ersatzgesetzgeber".

15 Unberücksichtigt bleibt lediglich die Abteilung 5 (Innenausstattung, Haushaltsgeräte und -gegenstände) nach § 5 RBEG, denn die notwendigen Kosten des Hausrats werden gem. § 3 II 2 AsylbLG unabhängig von der Grundleistung erbracht.

16 *Eichenhofer*, SGb 2012, 565 (565).

17 Referentenentwurf des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales v. 4.12.2012, abrufbar unter http://www.brak.de/w/files/newsletter_archiv/berlin/2012/pdf/nab_referentenentwurf-asylblg-v.-4.12.2012.pdf.

18 Referentenentwurf des BMAS, S. 9.

nach dem SGB II bzw. SGB XII beruht auf der Herausrechnung einzelner Bedarfspositionen. Der Gesetzgeber erkennt zwar an, dass im Einzelnen höhere Bedarfe bestehen, da die Leistungsberechtigten in der Regel „ohne Hab und Gut" in die Bundesrepublik einreisen. Dieser Bedarf sei jedoch nicht zu berücksichtigen, da jedem Leistungsberechtigten eine Grundausstattung in Form von Sachleistungen zur Verfügung gestellt werde. Unterkunft und Heizung seien ebenso wie im Grundsicherungsrecht Gegenstand gesonderter Leistung.[19] Ferner werden die in der EVS berücksichtigten Auslagen zur Beschaffung eines Personalausweises als nicht regelsatzrelevant eingestuft.[20] Ausgaben für die Gesundheitspflege seien nicht zu berücksichtigen, da sie bei den Leistungsberechtigten, die keinen Zugang zur gesetzlichen Krankenversicherung haben, nicht anfielen.[21] Eine Erhöhung des Barbedarfs für Mobilität und Telekommunikation sei mangels nachgewiesenen unterschiedlichen Verbraucherverhaltens im Vergleich zu Grundleistungsbeziehern nicht erforderlich.[22]

Unverändert bleibt der Vorrang des Sachleistungsgrundsatzes auch außerhalb von Aufnahmeeinrichtungen, § 3 II AsylbLG. Nur die als Barbedarf ausgewiesenen Positionen sind als Geldleistung zu erbringen.[23] Bei den Regelungen zur medizinischen Versorgung nach § 4 AsylbLG sieht der Referentenentwurf ebenfalls keine Anpassung vor. Kindern und Jugendlichen soll nunmehr von Anfang an der Zugang zu den Leistungen des Bildungs- und Teilhabepakets nach §§ 34, 34a SGB XII eröffnet werden (§ 3 III AsylbLG-E). Damit trägt der Entwurf den Bedenken[24] Rechnung, die im Ausschluss von Kindern aus den lernfördernden und anderen Teilhabeleistungen im Hinblick auf ihre Persönlichkeitsentwicklung gründen.

4. Möglichkeiten und Grenzen der Neuregelung

Mit der Entscheidung des BVerfG ist höchstrichterlich anerkannt, dass die das AsylbLG tragenden Erwägungen mit der Realität nicht übereinstimmen und eine Zuwanderungssteuerung im Rahmen existenzsichernder Leistungen sachfremd ist. Dem „Sondersozialhilferecht" in seiner bisherigen Form ist damit die Basis entzogen. Der Gesetzgeber steht vor der Wahl, das AsylbLG abzuschaffen oder aber eine verfassungskonforme Regelung herbeizuführen.

4.1. Prüfungsmaßstab

Das BVerfG hat seine Entscheidung auf Art. 1 I GG i. V. m. Art. 20 I GG gestützt. Der menschenrechtliche Charakter wird dieser Verbürgung unter Hinweis auf ihre Bindung an Art. 20 I GG teilweise abgesprochen. Der Bezug zum Sozialstaatsprinzip habe zur Folge, dass nur die „eingemeindeten Mitglieder der Solidargemeinschaft" ein subjektives Recht auf die für ein menschenwürdiges Dasein notwendigen Mittel hätten.[25] Indes bleibt unklar, wodurch die „Eingemeindung" in die Solidargemeinschaft bewirkt wird – durch die deutsche Staatsangehörigkeit, die Abstammung von Deutschen, die Geburt und das Aufwachsen im Inland, die Erteilung eines befristeten oder unbefristeten Aufenthaltstitels?

Einzig relevanter Bezugsrahmen für die Zugehörigkeit zur Solidargemeinschaft kann die sich aus dem Sinn und Zweck der Leistung ergebende Einstandspflicht eines Staates für das Wohl und Wehe der Bedürftigen sein. Der Staatsangehörigkeit oder Aufenthaltsberechtigung kommt in diesem Zusammenhang allenfalls Indizwirkung zu. Die ohne Zweifel bestehende besondere Verantwortung jedes Staates für die „eigenen" Bürger rechtfertigt jedoch nicht jede Ungleichbehandlung.[26] Stattdessen birgt die Universalität der Menschenwürdegarantie den Maßstab, an dem die Berechtigung zum Zugang zu existenzsichernden Leistungen zu messen ist. Die öffentliche Gewalt ist gegenüber jedem zu Schutz und Achtung seiner Menschenwürde verpflichtet, der sich – sei es rechtmäßig, sei es unrechtmäßig – im Inland aufhält, ungeachtet seiner Staatsangehörigkeit.[27]

Differenzierungen in der Art und Weise der Konkretisierung des Art. 1 I GG immanenten Achtungsanspruchs sind nur vor dem Hintergrund differenzierter Schutzbedürfnisse zulässig.[28] Ist dieser Achtungsanspruch in seiner Ausprägung als Existenzsicherung berührt, kann ein unterschiedliches Schutzbedürfnis nur daraus herrühren, dass anstelle der Bundesrepublik ein anderer Staat – regelmäßig der Herkunftsstaat – zu dessen Erfüllung berufen, d. h. dessen Einstandspflicht eröffnet wäre.[29] Der Umstand, dass den von § 1 AsylbLG erfassten Personen ein „Aufenthaltsstatus"[30] fehle, gibt darüber keinen Aufschluss. Vielmehr legt die rechtliche Situation dieser Personen die Einstandspflicht der Bundesrepublik geradezu zwingend nahe. Als Asylbewerber berufen sie sich auf die Unmöglichkeit der Rückkehr in den Herkunftsstaat aufgrund politischer Verfolgung. Inhaber der in § 1 I Nr. 3 AsylbLG enumerierten Aufenthaltstitel können ebenso wenig wie Geduldete auf die Ausreise verwiesen werden, da ihr Aufenthalt entweder einem öffentlichen Interesse der Bundesrepublik – die Aufklärung von Straftaten oder Schwarzarbeit – dient oder weil Abschiebungshindernisse bestehen, die ihnen das Verlassen der Bundesrepublik weder möglich noch zumutbar machen. Die Situation der Ausreisepflichtigen (§ 1 I Nr. 5 AsylbLG) mag sich insoweit anders darstellen, da ihre Ausreise in absehbarer Zeit erfolgen soll. Indes ist auch hier eine anderweitige Deckung des Lebensbedarfs nicht möglich, da Sozialhilfeleistungen, also auch die des Herkunftsstaates, regelmäßig nur bei Aufenthalt auf dem Gebiet

19 Referentenentwurf des BMAS, S. 9 f.
20 Referentenentwurf des BMAS, S. 11.
21 Gemeint sind Rezeptgebühren und andere Zuzahlungen, Referentenentwurf des BMAS, S. 14.
22 Referentenentwurf des BMAS, S. 12.
23 Begründung des Referentenentwurfs, S. 11 zu § 3 I ee).
24 *Mahler/Follmar-Otto*, ZAR 2011, 378 (380 f.); *Classen/Kanalan*, info also 2010, 243 (244); *Janda/Wilksch*, SGb 2010, 565 (571).
25 *Tiedemann*, NVwZ 2012, 1031 (1032).
26 Vgl. EGMR, ZESAR 2004, 142 (*Poirrez*); *Janda*, Migranten im Sozialstaat, S. 132.
27 *Dreier*, in ders. (Hrsg.), GG, Art. 1, Rn. 45; allgemein zur Menschenwürde als Anknüpfung für die Gewährung sozialer Rechte *Eichenhofer*, Soziale Menschenrechte im Völker-, europäischen und deutschen Recht, S. 91 ff.
28 *Herdegen*, in Maunz/Dürig (Hrsg.), GG, Art. 1, Rn. 54.
29 *Janda* (o. Fn. 25), S. 306.
30 So *Tiedemann*, NVwZ 2012, 1031 (1032). Indes haben auch Geduldete, Ausreisepflichtige oder Asylsuchende einen Aufenthaltsstatus, wenngleich keinen Aufenthaltstitel.

dieses Staates gewährt werden. Denn zum einen orientiert sich deren Höhe an den Lebensbedingungen im zuständigen Staat, zum anderen können Notlagen nur durch schnelle und ortsnahe Hilfe effektiv bewältigt werden.[31] Das Existenzminimum aller von § 1 AsylbLG erfassten Personen ist folglich zwingend durch die Bundesrepublik als Ort des tatsächlichen Aufenthalts zu gewährleisten.

Selbst wenn man die durch Art. 1 I GG i. V. m. Art. 20 I GG begründete Einstandspflicht auf die „eigenen" Bürger beschränkt, sind Differenzierungen in der Existenzsicherung durch die übrigen Grundrechte[32] Grenzen gesetzt.[33] So ist die freie Entfaltung der Persönlichkeit, welche zu sichern ebenfalls Bestandteil eines menschenwürdigen Daseins ist, in Art. 2 I GG jedermann garantiert. Die Möglichkeiten zur Einschränkung dieses Grundrechts stehen unter dem Vorbehalt, dass diese aus Gründen des öffentlichen Interesses geboten sind – was die Frage aufwirft, ob es das öffentliche Interesse erlaubt, aufenthaltsrechtlich gestattete oder ermöglichte Aufenthalte durch sozialrechtliche Regelungen mittelbar zu erschweren. Für die Beurteilung der Gesundheitsleistungen bildet das in Art. 2 II GG als Menschenrecht gewährte Recht auf Schutz des Lebens und der körperlichen Unversehrtheit den Prüfungsmaßstab. Letztlich bedürfen Ungleichbehandlungen, und damit auch ein „Sondersozialhilferecht" für bestimmte Personengruppen im Hinblick auf Art. 3 I GG der sachlichen Rechtfertigung.[34]

4.2. Verfassungskonforme Umgestaltung des AsylbLG

Eine verfassungskonforme Umgestaltung des AsylbLG erfordert zwingend leistungsrechtliche Neutralität im Hinblick auf den Aufenthaltsstatus der Berechtigten. Die Regelsätze dürfen einzig bedarfsbezogene Differenzierungen wiederspiegeln, die aus der kurzfristigen Dauer des Aufenthalts resultieren, sofern diese nachvollziehbar ermittelt sind.

4.2.1. Folgerungen für den persönlichen Anwendungsbereich des AsylbLG

Bereits die Bestimmung eines Personenkreises mit lediglich vorübergehendem Inlandsaufenthalt erweist sich als problematisch. Zwar ordnet der Gesetzgeber den Aufenthaltsstatus der von § 1 AsylbLG erfassten Personen als nicht rechtsbeständig ein, da sie nicht über eine Niederlassungs- oder Aufenthaltserlaubnis verfügen.[35] Dies trifft zwar insofern zu, als die Aufenthaltsgestattung, die Duldung und die in § 1 I Nr. 3 AsylbLG enumerierten Aufenthaltserlaubnisse typischerweise keinen Daueraufenthalt in der Bundesrepublik ermöglichen. Aufgrund der vielfältigen Verlängerungsmöglichkeiten[36] steht aber bereits das AufenthG selbst der Annahme eines Kurzaufenthalts entgegen.[37] Eine isoliert auf dem rechtlichen Status beruhende Zuordnung ist daher nicht sachgerecht. Sie erlaubt allenfalls eine Prognose, die jedoch in Bezug zur tatsächlichen Aufenthaltsdauer zu setzen ist.[38] Auch im Elterngeldrecht hat das BVerfG die ausschließlich formell nach der Art des Aufenthaltstitels differenzierende Ausgliederung einzelner Personengruppen aus dem Leistungssystem verworfen.[39]

Der Gesetzgeber steht damit vor der Aufgabe, Personen zu identifizieren, deren Aufenthalt tatsächlich vorübergehend ist. Dies anhand aufenthaltsrechtlicher Bestimmungen zu generalisieren, dürfte indes schwierig sein. Die Verfahrensdauer bis zur Entscheidung über die Gewährung von Asyl oder subsidiärem Schutz variiert im Einzelfall erheblich.[40] Die Frage, wie schnell Abschiebungshindernisse oder im öffentlichen Interesse liegende Gründe für die Erteilung eines humanitären Aufenthaltstitels wegfallen, ist aufgrund der Ungewissheit solcher tatsächlichen Entwicklungen gänzlich der Pauschalierung entzogen. Daher dürfte der Forderung, den persönlichen Anwendungsbereich des Gesetzes wieder auf die schon 1993 erfassten Personen, i. e. Asylbewerber, vollziehbare Ausreisepflichtige (folglich auch Geduldete) und deren Ehegatten, Lebenspartner oder Kinder zu beschränken,[41] wenig Erfolg beschieden sein.

4.2.2. Zulässigkeit einer Wartezeit

Ist die aus dem rechtlichen Status resultierende Prognose eines vorübergehenden Aufenthalts widerlegt, wäre eine Abgrenzung des Zugangs zu regulären oder zumindest vergleichbaren Grundsicherungs- bzw. Sozialhilfeleistungen durch Wartefristen denkbar.

Im Referentenentwurf des BMAS ist eine Wartezeit von zwei Jahren (§ 2 AsylbLG-E) bis zur Möglichkeit des Bezugs von Analogleistungen nach dem SGB XII vorgesehen, wobei zur Begründung auf die durchschnittliche Dauer eines Asylverfahrens Bezug genommen wird. Personelle und zeitliche Dimension des Entwurfs sind damit offensichtlich inkongruent! Die

31 Vgl. auch § 36 S. 4 SGB II bzw. § 98 I 1 SGB XII, dazu *Wahrendorf*, in Grube/Wahrendorf (Hrsg.), § 98 SGB XII, Rn. 2. Für existenzsichernde Leistungen ist daher selbst im europäischen koordinierenden Sozialrecht die Exportpflicht – eines seiner tragenden Prinzipien – außer Kraft gesetzt, vgl. Art. 3 V lit. a) sowie Art. 70 IV VO (EG) 883/2004, dazu *Kador*, in jurisPK-SGB I, Art. 70 EGVO 883/2004, Rn. 11; *Fuchs*, in ders. (Hrsg.), Europäisches Sozialrecht, Art. 70, Rn. 19; *Otting*, in Hauck/Noftz (Hrsg.), EU-Sozialrecht, Art. 3 VO 883/2004, Rn. 49; *Geiger*, info also 2010, 147 (150).

32 *Mahler/Follmar-Otto*, ZAR 2011, 378 (382) aus völkerrechtlicher Perspektive.

33 Das BVerfG hatte andere Grundrechte nicht als Prüfungsmaßstab herangezogen, da sich aus diesen aufgrund gleicher Maßstäbe keine anderen Resultate ableiten ließen, BVerfGE 125, 175 (Rn. 145) für die Regelsätze nach dem SGB II.

34 Dazu bereits ausführlich *Janda/Wilksch*, SGb 2010, 565, 570.

35 Vgl. *Berlit*, in Berlit/Conradis/Sartorius, Existenzsicherungsrecht, § 12, Rn. 90: „Der Weg in die Sozialhilfe'normalität' des SGB II/SGB XII führt über den Aufenthaltstitel, nicht über die Aufenthaltsdauer."

36 Die genannten Aufenthaltstitel aus humanitären Gründen werden nach § 26 AufenthG für die Dauer von sechs Monaten mit der Möglichkeit der Verlängerung um weitere sechs Monate, für Bürgerkriegsflüchtlinge für bis zu drei Jahre, ebenfalls mit der Möglichkeit der Verlängerung, erteilt. Die Obergrenzen gelten für die Titel nach § 25 IV und V AufenthG nicht, wenn sich der Ausländer bei deren Erteilung bereits länger als 18 Monate im Inland aufgehalten hat.

37 BVerfG, NVwZ 2012, 1024 (1029), Rn. 119; NVwZ-RR 2012, 825 (826), Rn. 44. Vgl. auch den Terminbericht des BSG v. 20.12.2012 – Az. B 7 AY 6/11 R – abrufbar unter www.bundessozialgericht.de zu diesen Bedenken.

38 BVerfG, NVwZ 2012, 1024 (1029).

39 BVerfG, NVwZ-RR 2012, 825 (826).

40 BT-Drs. 17/642, S. 16: Die Verfahrensdauer beträgt teilweise mehr als sechs Jahre.

41 *Deibel*, ZFSH/SGB 2012, 582 (583).

Zweijahresfrist ist nur schwer zu rechtfertigen. Zwar hat der Gesetzgeber einen Gestaltungsspielraum, über welchen Zeitraum er einen Aufenthalt als vorübergehend und rechtsunsicher einstuft.[42] Eine Neufassung müsste jedoch die Systematik sonstiger aufenthalts- sowie existenzsicherungsrechtlicher Normen aufgreifen. Einen Referenzpunkt könnte für Asylbewerber die sechswöchige bis maximal dreimonatige Dauer der Verpflichtung zum Aufenthalt in einer Aufnahmeeinrichtung nach § 47 I AsylVfG bilden. Im Übrigen könnte auf die Legaldefinition in § 6 I 1 Nr. 2 AufenthG (Schengen-Visum) zurückgegriffen werden, die kurzfristige Aufenthalte auf drei Monate beschränkt.[43] Im Existenzsicherungsrecht findet sich mit § 7 I 2 SGB II ebenfalls eine dreimonatige Wartefrist, nach deren Ablauf Ausländer Leistungen der Grundsicherung für Arbeitsuchende in Anspruch nehmen können.

Um den Vorgaben des BVerfG zu genügen, ist jedoch erforderlich, dass während der Wartefrist tatsächlich messbar geringere oder andere Bedarfe bestehen. Denn das sozio-kulturelle Existenzminimum ist ab Beginn des Aufenthalts in der Bundesrepublik Deutschland in voller Höhe zu decken.[44] Als rein formelles Kriterium sind Wartefristen damit nicht zu vereinbaren.

§ 2 AsylbLG in Gänze zu streichen, ist ebenfalls keine Option.[45] Denn damit bliebe der vom Gesetz erfasste Personenkreis auf Dauer in einem Sondersystem existenzsichernder Leistungen verhaftet, ohne dass auf dessen tatsächliche Bedarfe Bezug genommen wird.

4.2.3. Bemessung der Regelsätze in einem transparenten Verfahren

Die Aufrechterhaltung des AsylbLG steht und fällt folglich mit der Möglichkeit des Nachweises erheblicher Minderbedarfe, die aus dem vorübergehenden und rechtlich unsicheren Aufenthaltsstatus resultieren. Bei der Ermittlung der Bedarfe ist auf das sozio-kulturelle Existenzminimum abzustellen, verliert doch der Mensch, auch wenn er sein Heimatland verlässt, um in einem anderen Land Schutz zu suchen, nicht das Wesen eines „sozialen Individuums".[46]

4.2.3.1. Nicht regelsatzrelevante Bedarfspositionen im Referentenentwurf

Der Referentenentwurf legt der Neubestimmung der Leistungssätze nach § 3 AsylbLG die EVS zugrunde, berücksichtigt dabei einzelne Abteilungen jedoch nicht, da diese Bedarfe entweder gar nicht bestünden oder anderweitig gedeckt würden. Bereits die Herangehensweise ist zu kritisieren: dem Gesetzgeber ist aufgegeben, konkrete Bedarfe zu ermitteln, nicht aber fehlende Bedarfe festzustellen.

Die pauschale Nichtberücksichtigung einzelner EVS-Abteilungen wird zudem der Realität nicht gerecht. Zwar können sich tatsächlich abweichende Bedarfe aus aufenthaltsrechtlichen Vorgaben ergeben, beispielsweise aus der Verpflichtung von Asylbewerbern zum Aufenthalt in Aufnahme- oder Gemeinschaftsunterkünften nach § 47 bzw. § 53 AsylVfG.[47] Hausrat wird ihnen dort zur Verfügung gestellt. Andere Personen als Asylsuchende erhalten die Kosten für den Hausrat gemäß § 3 II 2 AsylbLG zusätzlich zur Grundleistung. Indes umfassen die in Abteilung 5 nach §§ 5, 6 RBEG genannten Positionen „Innenausstattung, Haushaltsgeräte und -gegenstände" auch die Verbrauchsgüter des Haushalts.[48] Bleibt die gesamte Abteilung 5, wie im Referentenentwurf vorgesehen, bei der Bemessung der Regelsätze im AsylbLG außer Betracht, werden diese Bedarfe nicht gedeckt.[49]

Auch die Nichtberücksichtigung der in Abteilung 6 erfassten Leistungen für die Aufwendungen zur Gesundheitspflege (einschließlich der Eigenanteile) führt zu Lücken in der Bedarfsdeckung. Der Gesetzgeber begründet deren Entbehrlichkeit mit der Gesundheitsversorgung nach § 4 AsylbLG. Da Erkrankungen im Rahmen dieses gesonderten Systems kostenlos behandelt würden, seien keine zusätzlichen Barmittel erforderlich. Der Umfang der Versorgung im Rahmen von § 4 AsylbLG richtet sich indes lediglich auf die erforderlichen Leistungen zur Behandlung akuter Erkrankungszustände. Insofern gelten die im Krankenversicherungsrecht (SGB V) maßgeblichen Grundsätze entsprechend, so dass auch die Arzneimittelversorgung nur in dem von § 31 SGB V vorgegebenen Rahmen zu leisten ist.[50] Über die Verweisung auf § 34 SGB V führt dies zu einem Leistungsausschluss nicht verschreibungspflichtiger Arzneimittel. Namentlich „Bagatellarzneimittel" sind daher nicht vom Leistungsumfang gedeckt. In der gesetzlichen Krankenversicherung wird dies damit begründet, dass die Versicherten die regelmäßig geringen Kosten zumutbar selbst tragen können. Stehen jedoch existenzsichernde Leistungen in Rede, verfügen die Berechtigten gerade nicht über die notwendigen finanziellen Mittel, um sich entsprechende Arzneimittel – beispielsweise gegen Erkältungskrankheiten – selbst zu beschaffen.[51]

---

42 *Rothkegel*, ZAR 2012, 357 (362).

43 Flüchtlingsrat Berlin, Stellungnahme zum Referentenentwurf des BMAS, S. 13, www.fluechtlingsrat-berlin.de; Deutscher Anwaltverein, Stellungnahme zum Referentenentwurf des BMAS, S. 10, www.anwaltverein.de; BAGFW, Stellungnahme zum Referentenentwurf des BMAS, S. 3, www.bagfw.de.

44 BVerfG, NVwZ 2012, 1024 (1029).

45 So aber *Deibel*, ZFSH/SGB 2012, 582 (588).

46 BVerfG, NVwZ 2012, 1024 (1029), so auch *Brockmann*, SozSich 2010, 310 (316); *Janda/Wilksch*, SGb 2010, 565 (571); *Görisch*, NZS 2011, 646 (649); *Rothkegel*, ZAR 2012, 357 (362); *Janda* (o. Fn. 25), S. 292.

47 *Rothkegel*, ZAR 2012, 357 (362).

48 Reinigungs-, Pflegemittel (auch Waschpulver, Geschirrspül- und Schuhputzmittel) und andere Verbrauchsgüter für die Haushaltsführung, z. B. Papierfilter, Mülltüten, Alufolie, Einweggeschirr, Nadeln, Nägel, Schrauben, Klebstoffe, Zündhölzer, Kerzen, Gummihandschuhe, vgl. Statistisches Bundesamt, Wirtschaftsrechnungen: Einkommens- und Verbrauchsstichprobe Aufwendungen privater Haushalte für den Privaten Konsum, Fachserie 15, Heft 5, S. 12, abrufbar unter www.destatis.de.

49 Flüchtlingsrat Berlin, Stellungnahme zum Referentenentwurf des BMAS, S. 17, www.fluechtlingsrat-berlin.de.

50 *Frerichs*, in jurisPK-SGB XII, § 4 AsylbLG, Rn. 36.

51 Dazu sowie zu weiteren Inkongruenzen in der Bedarfsdeckung durch Sachleistungen sowie die in der EVS enthaltenen Positionen Flüchtlingsrat Berlin, Stellungnahme zum Referentenentwurf des BMAS, S. 16 ff., www.fluechtlingsrat-berlin.de.

4.2.3.2. Gruppenspezifische Bestimmung der Bedarfe

Bereits die generelle Eignung der EVS zur Bedarfsbestimmung ist fraglich.[52] Wenn der persönliche Anwendungsbereich des Gesetzes weiterhin heterogene Personengruppen umfassen soll, sind jeweils gesonderte Vergleichsgruppen zu bestimmen, um den typischen, gruppenspezifischen Bedarf ableiten zu können.[53] Es wäre daher eine EVS gesondert zu erstellen für neu Einreisende (Asylsuchende) und für Personen, die sich bereits länger im Inland aufhalten (Geduldete, vollziehbar Ausreisepflichtige,[54] Inhaber einer Aufenthaltserlaubnis), um zu verifizieren, ob und wie sich deren Bedarfe von denen der Daueraufenthaltsberechtigten unterscheiden. Die Bedarfe können aufgrund der Unsicherheit der Aufenthaltsdauer durchaus höher sein als die der Inlandswohnbevölkerung.[55]

Um Zirkelschlüsse zu vermeiden, dürften in die Gruppen nur die Personen einbezogen werden, die keine Leistungen nach dem AsylbLG beziehen. Für Asylbewerber stellt sich damit das Problem, dass während des ersten Aufenthaltsjahrs keine Daten erhoben werden dürften, da sie in dieser Zeit noch keiner Beschäftigung nachgehen dürfen und somit sämtlich hilfebedürftig sind.[56] Für diese Gruppe steht daher gar keine Datenbasis zur Verfügung und ist auch eher unwahrscheinlich zu generieren.[57] Bei den Inhabern einer Duldung bzw. Aufenthaltserlaubnis ist im Hinblick auf deren Voraufenthalt im Inland durchaus fraglich, ob für sie überhaupt gesonderte Bedarfe feststellbar sind, wenngleich ihre weitere Aufenthaltsdauer ungewiss ist. Die Spielräume zur Abweichung von den Regelsätzen des SGB II und SGB XII sind damit denkbar gering.[58]

4.2.3.3. Besondere Teilhabeleistungen für Kinder und Jugendliche

Dass sich die Bedarfe nicht substanziell von denen der inländischen Wohnbevölkerung unterscheiden, hat der Gesetzgeber zumindest für Kinder und Jugendliche inzwischen erkannt, integriert der Referentenentwurf doch das Bildungs- und Teilhabepaket nach § 28 SGB II bzw. § 34 SGB XII in das AsylbLG.

Die Notwendigkeit dieser Leistungen wird teilweise unter Hinweis auf die nur im Einzelfall nach landesrechtlichen Vorgaben bestehende Schulpflicht verneint.[59] Diese Sichtweise lässt nicht nur die grundlegenden Bedürfnisse von Kindern außer Betracht, sondern verkennt den Gehalt des Bildungs- und Teilhabepakets. Dieses stellt nicht nur die Deckung schulbezogener Bedarfe sicher, sondern gewährleistet auch die Teilhabe von Kindern an Freizeitaktivitäten wie Sport, Musik oder Kunst.[60] Zum anderen eröffnet Art. 28 KRK allen Kindern ein Recht auf Bildung, so dass ihnen der Schulbesuch unabhängig von der landesgesetzlich angeordneten Schulpflicht offenstehen muss.[61] Das Vorenthalten von Bildung und den zu deren Inanspruchnahme erforderlichen materiellen Bedarfe – in Rede stehen Stifte, Papier usw. sowie die Teilnahme am Schulessen! – wirkt sich massiv auf die Persönlichkeitsentwicklung und das weitere Fortkommen des Kindes aus.[62] Wer die Notwendigkeit des Bildungspakets in Abrede stellt, nimmt Armutsbiografien in Kauf. Selbst wenn man also die Gewährung entsprechender Leistungen in das Ermessen des Trägers stellte und auf § 6 AsylbLG verwiese,[63] wäre das Ermessen auf null reduziert. Sie wären dort auch falsch verortet: Spiel, Freizeit, Kultur und Sport sind keine besonderen, sondern allgemeine Bedürfnisse jedes Kindes.

4.2.4. Migrationspolitisch begründetes Leistungsrecht

Die Hürden für eine statistisch nachvollziehbare Bedarfsbemessung sind hoch, die Wahrscheinlichkeit des Nachweises signifikanter Unterschiede überaus gering. Die Möglichkeit einer verfassungskonformen Ausgestaltung des AsylbLG ist damit grundsätzlich in Frage gestellt. Dies gilt umso mehr, als auch andere Spezifika des Gesetzes nicht aufrecht erhalten bleiben können.

4.2.4.1. Sanktionsregelungen

Dies gilt zum einen für den Sanktionstatbestand § 1a AsylbLG. Diese Norm ist nicht nur unverhältnismäßig, da das Leistungsniveau, anders als für die Grundsicherungsleistungen nach § 31b I 3 SGB II, unbefristet auf das unabweisbar Gebotene abgesenkt wird. Sanktionen im Existenzsicherungsrecht sind generell problematisch, wenn der Betroffene keine anderweitigen Möglichkeiten zur Deckung seines Lebensunterhalts hat.[64] Auch zum Zwecke der Disziplinierung darf das zur Sicherung einer menschenwürdigen Existenz Notwendige nicht unterschritten werden. Kein vermeintlich „unwürdiges Verhalten", beispielsweise die Begehung von Straftaten, vermag den Achtungsanspruch des Einzelnen aus Art. 1 I GG zu vermindern.[65]

---

52 BVerfG, NVwZ 2012, 1024 (1030).

53 *Rothkegel*, ZAR 2011, 90 (92); *Rothkegel*, ZAR 2012, 357 (369); *Brockmann*, SozSich 2010, 310 (316); *Mahler/Follmar-Otto*, ZAR 2011, 378 (382 f.).

54 Für diese wäre womöglich eine gesonderte Erfassung der Bedarfe notwendig, da ihr Aufenthalt in absehbarer Zeit beendet wird, was auf die Inhaber einer Duldung oder einer Aufenthaltserlaubnis nicht zutrifft.

55 *Mahler/Follmar-Otto*, ZAR 2011, 378 (380).

56 Die Anzahl der über sonstige Einkünfte oder Vermögen verfügenden Asylsuchenden dürfte zu gering sein, um statistisch verlässliche Aussagen zu treffen.

57 *Steffen*, FD-SozVR 2012, 337581. Der Gesetzgeber selbst lehnt eine Haushaltsbudgeterhebung nur für „Ausländerhaushalte" ab, Referentenentwurf des BMAS zur Änderung des AsylbLG, S. 11.

58 *Steffen*, FD-SozVR 2012, 337581.

59 *Deibel*, ZFSH/SGB 2012, 582 (587).

60 Ob dieses Ziel durch die konkrete Ausgestaltung der Leistungen (Gutscheine oder Direktzahlungen, hoher „Eigenanteil" der Eltern an der Finanzierung der Freizeitangebote) überhaupt erreicht wird, ist umstritten, dazu *Becker*, SGb 2012, 185; *Ruschmeier/Staats*, ZfF 2011, 193; *Groth*, in Berlit/Conradis/Sartorius, Existenzsicherungsrecht, § 27, Rn. 8.

61 *Schmahl*, Art. 28/29 UN-KRK, Rn. 32: Grundschulpflicht und Recht auf weiterführende Bildung besteht für alle Kinder, „die tatsächlich in Deutschland ansässig sind". Zum Recht auf Bildung auch *Eichenhofer* (o. Fn. 26), S. 120 ff.

62 *Mahler/Follmar-Otto*, ZAR 2011, 378 (383); *Janda/Wilksch*, SGb 2010, 565 (571).

63 So *Deibel*, ZFSH/SGB 2012, 582 (587).

64 Kritisch zu den Sanktionsregelungen im SGB II *Richers/Köpp*, DÖV 2010, 997; *Lauterbach*, ZFSH/SGB 2011, 584; *Neskovic/Erdem*, SGb 2012, 134; befürwortend dagegen *Burkiczak*, SGb 2012, 324; vermittelnd *Berlit*, info also 2011, 53, 54 f.; *Berlit*, in Berlit/Conradis/Sartorius, Existenzsicherungsrecht, § 23, Rn. 10 ff.

65 BVerfGE 64, 261 (284); 72, 105 (113); 87, 207 (228); *Herdegen*, in Maunz/Dürig (Hrsg.), GG, Art. 1, Rn. 53; *Dreier*, in ders. (Hrsg.), GG, Art. 1, Rn. 46.

§ 1a AsylbLG bedient sich zudem einer unzulässigen Zweck-Mittel-Relation, wenn auf der Ebene des Leistungsrechts keine sozial-, sondern aufenthaltsrechtliche Ziele – die Verhinderung einer „Einwanderung in die Sozialsysteme" – durchgesetzt werden sollen.[66]

4.2.4.2. Sachleistungsvorrang

Auch der in § 3 I 1 AsylbLG verankerte Sachleistungsvorrang ist nicht haltbar.[67] Zwar hat das BVerfG es dem Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers überantwortet, ob Geld-, Sach- oder Dienstleistungen zur Verfügung gestellt werden. Indes tritt die Auffassung des Gerichts zutage, dass die Zulässigkeit von Sachleistungen davon abhängt, dass diese den Bedarf des Berechtigten auch tatsächlich decken.[68]

Bedenklich ist die Norm nicht nur im Hinblick auf das Recht der freien Entfaltung der Persönlichkeit aus Art. 2 I GG, erlauben sie dem Einzelnen doch nicht, frei über die Art und Weise der Befriedigung körperlicher Grundbedürfnisse – Nahrung, Kleidung, Hygiene – zu entscheiden. Sachleistungen ermöglichen auch nicht den vom BVerfG geforderten „internen Ausgleich". Danach sind existenzsichernde Leistungen so zu bemessen, dass durch Einsparungen in einzelnen Ausgabepositionen Mittel für andere, bei der Bedarfsfestsetzung nicht berücksichtigte Posten oder individuelle Präferenzen freiwerden.[69] Denkbar wäre dies allenfalls durch den Tausch von Nahrungsmitteln, Kleidung oder Kosmetika, der zweifellos den Betroffenen nicht zugemutet werden kann, damit sie ihren Bedarf entsprechend ihren individuellen Bedürfnissen decken.

Der Sachleistungsvorrang ist überdies von unzulässigen Erwägungen getragen, wollte der Gesetzgeber doch verhindern, dass Geldleistungen zur „Subventionierung der Schlepperkriminalität" eingesetzt oder in das Herkunftsland transferiert werden. Diese Erwägungen tragen auch den Referentenentwurf des BMAS, in dem auf die „unveränderte" Fortgeltung des Sachleistungsvorrangs verwiesen wird.[70] Die auf Migrationsverhinderung gerichtete Anordnung von Sachleistungen anstelle der im Existenzsicherungsrecht üblicherweise gewährten Geldleistungen verstößt damit gegen die vom BVerfG etablierten Grundsätze.

4.2.4.3. Medizinische Notversorgung

Letztlich ist die in § 4 AsylbLG angeordnete medizinische Notversorgung, an der der Referentenentwurf des BMAS ebenfalls unverändert festhält, weder mit verfassungs-, noch mit europa- und völkerrechtlichen Vorgaben zu vereinbaren.[71]

4.3. Abschaffung des AsylbLG und notwendige Folgeänderungen

Die Abschaffung des AsylbLG erweist sich damit als methodisch einfachste und verfassungskonforme Lösung. Dieser seit jeher von den Interessenverbänden erhobenen Forderung[72] schließen sich inzwischen einzelne Bundesländer an, wenngleich weniger aus humanitären, als aus finanzpolitischen Gründen, würden die Kommunen damit doch von den Kosten der Grundleistungen nach dem AsylbLG entlastet.[73]

Die Abschaffung zieht einige Folgeänderungen nach sich. Für Erwerbsfähige ist der Zugang zu den Leistungen der Grundsicherung ab dem Zeitpunkt ihrer Einreise zu eröffnen. Erforderlich wäre daher zum einen eine Ausnahmeregelung zu § 7 I 1 Nr. 4 SGB II, welcher die Leistungsberechtigung an den gewöhnlichen Inlandsaufenthalt koppelt. Das Abstellen auf den gewöhnlichen Aufenthalt bei der Grundsicherungsberechtigung gründet in der Zuständigkeitsabgrenzung: die Einstandspflicht des Sozialstaates ist nur für jene Personen begründet, die der Solidargemeinschaft angehören, d. h. für deren Existenzsicherung kein anderer Staat (mehr) zuständig ist. Für die freiwillige Migration bedarf es einer solchen Anknüpfung, nicht zuletzt um Doppelleistungen zu vermeiden. Für die erzwungene Migration bzw. den erzwungenen, nicht ausweichbaren Verbleib in der Bundesrepublik kommt eine solche Verweisung auf die Zuständigkeit eines anderen Staates nicht in Betracht. Sie sind daher von vornherein in den Schutz der inländischen Solidargemeinschaft einzubeziehen.[74] Daher wäre auch die in § 7 I 2 SGB II verankerte dreimonatige Wartefrist zu streichen.

Der Zugang zu den Leistungen des SGB II würde die Selbsthilfemöglichkeiten stärken, ist den Berechtigten doch der Zugang zu Teilhabeleistungen am Arbeitsmarkt eröffnet. Ihre Eingliederung in Erwerbsarbeit würde es ihnen ermöglichen, den Lebensbedarf zumindest teilweise selbst zu decken. Dies bedingt wiederum Änderungen im Arbeitserlaubnisrecht, namentlich die Streichung der einjährigen Wartefrist für Asylbewerber und Geduldete nach § 61 II AsylVfG bzw. § 10 I 1 BeschVerfV. Ohne diese Änderung wären Geduldete und Asylbewerber im ersten Jahr ihres Aufenthalts gemäß § 8 II SGB II nicht erwerbsfähig, so dass sie Leistungen der Sozialhilfe beanspruchen müssten. Dann wäre wiederum eine Sonderregelung – § 23 SGB XII – einschlägig, welche einen Rechtsanspruch lediglich auf Hilfen zum Lebensunterhalt, nicht aber auf Eingliederungsleistungen vermittelt. Ob eine solche Ungleichbe-

66 *Öndül*, jurisPR-SozR 17/2012 Anm. 1; *Rothkegel*, ZAR 2012, 357 (361); *Deibel*, ZFSH/SGB 2012, 582 (589).

67 *Rothkegel*, ZAR 2012, 357 (360).

68 BVerfG, NVwZ 2012, 1024 (1031). Dazu auch *Rothkegel*, ZAR 2012, 357 (364).

69 BVerfGE 125, 175 (253). So auch *Mahler/Follmar-Otto*, ZAR 2011, 378 (382); *Rothkegel*, ZAR 2011, 90 (92); *Rothkegel*, ZAR 2012, 357 (364) sowie der Flüchtlingsrat Berlin in seiner Stellungnahme zum Referentenentwurf des BMAS, S. 6, abrufbar unter www.fluechtlingsrat-berlin.de. Anders *Tammen*, in Berlit/Conradis/Sartorius, Existenzsicherungsrecht, § 14, Rn. 52.

70 Vgl. auch die Stellungnahme von *Tauber* in der Plenardebatte im Rahmen der 211. Sitzung des 17. Deutschen Bundestages zum Antrag von BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN auf Abschaffung des AsylbLG v. 29.11.2012, dokumentiert in Das Parlament Nr. 49/50 v. 3.12.2012, S. 7.

71 *Deibel*, ZFSH/SGB 2012, 582 (585); so bereits *Janda/Wilksch*, SGb 2010, 565 (571 u. 573); *Janda* (o. Fn. 25), S. 292 ff.

72 Vgl. die Stellungnahmen des Flüchtlingsrates Berlin e. V., der Vereinigung demokratischer Juristinnen und Juristen (VDJ), des Deutschen Anwaltvereins (DAV), der Bundesarbeitsgemeinschaft der Freien Wohlfahrtspflege (BAGFW), amnesty international sowie Pro Asyl zur Novellierung der verfassungswidrigen Regelungen des Asylbewerberleistungsgesetzes v. 7.1.2012, alle abrufbar unter www.fluechtlingsrat-berlin.de; dagegen *Deibel*, ZFSH/SGB 2012, 582 (591).

73 BR-Drs. 576/12, S. 4.

74 *Eichenhofer*, SGb 2012, 565, 568.

handlung zulässig wäre, ist fraglich. Denn der eingeschränkte Rechtsanspruch rechtfertigt sich u.a. daraus, dass den Betroffenen aufgrund ihres lediglich tatsächlichen Inlandsaufenthaltes anderweitige Hilfemöglichkeiten offenstehen,[75] namentlich durch die Rückreise in den Herkunftsstaat, die mit dem Hinweis auf die Rückführungs- und Weiterwanderungsprogramme in § 24 IV SGB XII vorausgesetzt wird. Gerade diese Option steht Asylbewerbern und Geduldeten jedoch nicht offen: erstere berufen sich auf Verfolgung durch den Herkunftsstaat, für letztere ist behördlich festgestellt, dass aufenthaltsbeendende Maßnahmen (vorübergehend) auszusetzen sind. Mangels Ausweichmöglichkeiten ist es also nur schwerlich zu rechtfertigen, diesem Personenkreis Leistungen vorzuenthalten, die deutschen Staatsangehörigen oder Daueraufenthaltsberechtigten gewährt werden.

5. Ausblick

Die Unerheblichkeit migrationspolitischer Erwägungen bei der Gewährung von Leistungen sozialer Sicherheit ist in der Literatur vielfach betont worden. Nun hat das BVerfG explizit die „Abwägungsresistenz" der Menschenwürdegarantie[76] festgestellt, so dass Leistungsbeschränkungen auch bei anderen existenzsichernden Leistungen, die mit der Notwendigkeit der Verhinderung einer „Einwanderung in die Sozialsysteme" gerechtfertigt werden, die Grundlage entzogen ist.[77] Sollte der Referentenentwurf des BMAS tatsächlich verabschiedet werden, träfe der Gesetzgeber sehenden Auges eine verfassungswidrige Regelung der existenzsichernden Leistungen für Personen mit „vorübergehendem" Aufenthalt. Nur die Abkehr vom „Sondersozialhilferecht" bietet die hinreichende Sicherheit, dass allein bedarfsbezogene, nicht aber migrationspolitische Erwägungen Eingang in das Gesetz finden.

75 Dazu *Janda* (o. Fn. 25), S. 273.
76 *Rothkegel*, ZAR 2012, 357 (359). Zur Menschenwürde als Grund und Rechtfertigung für soziale Rechte *Eichenhofer* (o. Fn. 26), S. 91 ff.
77 *Eichenhofer*, SGb 2012, 565 (568); *Rothkegel*, ZAR 2012, 357 (359).

*Prof. Dr. Winfried Kluth, Halle**

Soziale Menschenrechte illegal aufhältiger Personen und behördliche Meldepflichten im Aufenthaltsrecht – ein systembedingter Anachronismus?

Mit dem legalen Aufenthalt ist für die Inhaber der entsprechenden Aufenthaltstitel eine in ihrer Reichweite unterschiedliche Integration in die sozialen Sicherungssysteme verbunden. Aber auch Personen, deren Aufenthalt von Beginn an nicht legal war und bei denen der Aufenthaltstitel – aus welchen Gründen auch immer – „abgelaufen" ist, befinden sich in einer Situation, an die das AufenthG eine Ausreisepflicht knüpft. Gleichwohl stehen auch ihnen in einem nicht geringen Umfang soziale Menschenrechte zu. Dazu gehören u. a. das Menschenrecht auf Bildung, auf Ernährung, auf Zugang zur Gesundheitsversorgung und auf Zugang zu arbeitsgerichtlichem Rechtsschutz. Der Beitrag geht der Frage nach, inwieweit die Inanspruchnahme dieser sozialen Rechte durch die in §§ 87, 88 AufenthG normierten Informationspflichten unzulässig beschränkt wird und zeigt auf, welche alternativen Regelungsformen diskutiert werden und wie sie zu beurteilen sind.

1. Recht und Pflicht zur Vermeidung eines illegalen Aufenthalts

1.1. Erscheinungsformen eines illegalen Aufenthalts

Unter dem Begriff des illegalen oder irregulären[1] Aufenthalts werden rechtlich und praktisch verschiedene Formen des Aufenthalts in der Bundesrepublik Deutschland verstanden, bei denen es an dem nach § 4 AufenthG erforderlichen Aufenthaltstitel[2] fehlt.[3] Das hat zur Konsequenz, dass grundsätzlich eine Pflicht zur Ausreise nach § 50 AufenthG besteht, die unter den weiteren Voraussetzungen der §§ 57 ff. AufenthG auch behördlich durchgesetzt werden kann.[4]

Im Hinblick auf die Entstehungsgründe eines illegalen Aufenthalts ist zwischen verschiedenen Fallkonstellationen zu unterscheiden, auf die das Aufenthaltsrecht durchaus differenziert reagiert. Ausgehend von der am schärfsten sanktionierten Fallgruppe der unerlaubten Einreise über die Fälle des nachträg-

* Der Verfasser ist Inhaber einer Professur für Öffentliches Recht an der Universität Halle-Wittenberg und Richter des Landesverfassungsgerichts Sachsen-Anhalt.
1 Zu dieser Terminologie siehe bereits *Cyrus*, ZAR 2010, 317 ff.; *Kluth*, in European Council (Hrsg.), Policies on irregular migrants, Vol. I, Italy and Germany, 2008 S. 71 ff. *Farahat/Groß*, ZAR 2010, 341 (346) sprechen noch technischer von aufenthaltsstatuslosen Menschen, deren Lage pauschal als prekär bezeichnet wird. Rechtsvergleichend zur Thematik *Mimentza Martin*, Die sozialrechtliche Stellung von Ausländern mit fehlendem Aufenthaltsrecht, 2012.
2 Zur Steuerungsfunktion dieser Norm *Krieger*, NVwZ 2007, 165 (170).
3 Zu Systematik und Systemfunktionen von Aufenthaltstiteln und Meldepflicht *Thym*, Migrationsverwaltungsrecht, 2010, S. 335 ff.
4 Dazu im Überblick *Kluth*, Ausländerrecht, in: Ehlers/Fehling/Pünder (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht Bd. III, 3. Aufl. 2013, § 72, Rn. 279 ff.