

Einwanderungsrecht

Das Recht der Arbeits- und Bildungsmigration

Bearbeitet von

Von Dr. Frederik Harbou, und Dr. Esther Weizsäcker, Bearbeitet von Prof. Dr. Stamatia Devetzi, Dr. Bjarney Friðriksdóttir, Prof. Dr. Thomas Groß, Prof. Dr. Elspeth Guild, Stefan Hank, Sven Hasse, Rechtsanwalt, Prof. Dr. Holger Hoffmann, Kathleen Neundorf, Katja Ponert, Rechtsanwältin, Constanze Rogge, Dr. Anne Walter, und Ünal Zeran, Rechtsanwalt

1. Auflage 2018. Buch. XXII, 304 S. Kartoniert

ISBN 978 3 406 72334 6

Format (B x L): 14,1 x 22,4 cm

[Recht > Öffentliches Recht > Verwaltungsrecht > Ausländerrecht, Asyl, Staatsangehörigkeit](#)

Zu [Inhalts-](#) und [Sachverzeichnis](#)

schnell und portofrei erhältlich bei

The logo for beck-shop.de features the text 'beck-shop.de' in a bold, red, sans-serif font. Above the 'i' in 'shop' are three red dots of increasing size. Below the main text, the words 'DIE FACHBUCHHANDLUNG' are written in a smaller, red, all-caps, sans-serif font.

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.

1. Feststellung des Nichtbestehens eines Freizügigkeitsrechts

Bei der Feststellung des Nichtbestehens eines Freizügigkeitsrechts handelt es sich um ein Verfahren, das die **Rechtmäßigkeitsvermutung** des Aufenthalts eines Unionsbürgers oder seiner Familienangehörigen **beseitigt**. 95

Eine solche Feststellung ist nach dem Wortlaut von § 5 Abs. 4 FreizügG/EU nur **innerhalb von fünf Jahren** nach Begründung des ständigen rechtmäßigen Aufenthalts möglich. Mit guten Gründen wird insofern vertreten, dass eine Nichtbestehensfeststellung nach diesem Zeitpunkt auch dann ausscheidet, wenn die Freizügigkeitsvoraussetzungen bereits früher nicht mehr vorlagen, jedoch keine Feststellung getroffen wurde.⁷⁵ Nach anderer Auffassung soll entsprechend dem Sinn und Zweck der Vorschrift eine Verlustfeststellung so lange möglich sein, bis ein Daueraufenthaltsrecht entstanden ist.⁷⁶ 96

Ein **Sozialleistungsausschluss** gilt für Unionsbürger dann nicht, wenn sie sich fünf Jahre tatsächlich im Bundesgebiet aufgehalten haben (→ Rn. 122). 97

Mit der Feststellung des Nichtbestehens des Rechts auf Einreise und Aufenthalt wird die **Ausreisepflicht** begründet (§ 7 Abs. 1 FreizügG/EU) und auf den Unionsbürger finden die Regelungen des Aufenthaltsgesetzes Anwendung (§ 11 Abs. 2 FreizügG/EU). Die Feststellung hat keine Einreisesperre zur Folge. Der Unionsbürger kann bei Vorliegen eines Freizügigkeitsrechts erneut einreisen. Er kann sich nun allerdings nicht mehr auf die Freizügigkeitsvermutung berufen und trägt die Darlegungslast dafür, dass ein Freizügigkeitsrecht vorliegt. Die Ausländerbehörde hätte eine etwaige Nichtbestehensfeststellung dann ex nunc aufzuheben. 98

Die **Klage** gegen den Feststellungsbescheid hat **aufschiebende Wirkung**. Bei angeordnetem Sofortvollzug lässt ein Antrag nach § 80 Abs. 5 VwGO die Vollziehbarkeit der Ausreisepflicht von Gesetz wegen entfallen (§ 7 Abs. 1 S. 4 FreizügG). 99

Unionsbürger ohne Aufenthaltsrecht unterfallen unabhängig von der Durchführung eines ausländerbehördlichen Verfahrens auf Nichtbestehen eines Freizügigkeitsrechts dem **Ausschluss von Sozialleistungen** in § 7 Abs. 1 S. 2 SGB II/§ 23 Abs. 3 SGB XII (→ Rn. 119). Mit Vollziehbarkeit der Ausreisepflicht ist das Asylbewerberleistungsgesetz anwendbar. 100

2. Verlustfeststellung nach § 6 FreizügG/EU („Ausweisung“)

Unionsbürger, die eine **Gefahr für die öffentliche Sicherheit, Ordnung oder Gesundheit** darstellen, können unten den Voraussetzungen des § 6 FreizügG/EU „ausgewiesen“ werden. Eine solche „Ausweisung“ ist nur aus spezialpräventiven Gründen zulässig. Es ist eine Gefahrenprognose zu erstellen, aus der sich das Vorliegen einer tatsächlichen und hinreichend schweren Gefährdung ergibt, die ein Grundinteresse der Gesellschaft berührt. Bei der Entscheidung 101

⁷⁵ VG Saarlouis Urt. v. 30.3.2017 – 6 K 1758/15; VG Karlsruhe Beschl. v. 3.1.2017 – 1 K 4531/16; BeckOK AuslR FreizügG/EU § 5 Rn. 14.

⁷⁶ Hailbronner AuslR FreizügG/EU § 5 Rn. 22.

F. Freizügigkeit von Unionsbürgern

sind insbesondere die Dauer des Aufenthalts in Deutschland, das Alter, der Gesundheitszustand, die familiäre und wirtschaftliche Lage, die soziale und kulturelle Integration in Deutschland und das Ausmaß der Bindungen zum Herkunftsstaat zu berücksichtigen. Nach Erwerb eines Daueraufenthaltsrechts bedarf eine Verlustfeststellung „schwerwiegender Gründe“. Nach einem Aufenthalt von zehn Jahren und bei minderjährigen Unionsbürgern ist eine Verlustfeststellung nur bei „zwingenden Gründen der öffentlichen Sicherheit“ möglich, die regelmäßig erst bei Verurteilungen zu Freiheitsstrafen von insgesamt fünf Jahren anzunehmen sind. Rechtmäßige Verlustfeststellungen kommen daher vor allem bei erheblichen Straftaten mit Wiederholungsgefahr in Betracht.

- 102 Mit der Verlustfeststellung wird die **Ausreisepflicht** begründet (§ 7 Abs. 1 FreizügG/EU) und auf den Unionsbürger finden die Regelungen des Aufenthaltsgesetzes Anwendung (§ 11 Abs. 2 FreizügG/EU). Mit der Feststellung geht eine **Einreisesperre** einher, die von Amts wegen zu befristen ist. Eine Höchstfrist gibt es nicht. Der Befristungsentscheidung ist eine individuell begründete Gefährdungsprognose zu Grunde zu legen.⁷⁷ Bei Eintreten günstiger Umstände kann nachträglich eine Neubefristung beantragt werden.
- 103 Die **Klage** gegen den Feststellungsbescheid hat **aufschiebende Wirkung**. Bei angeordnetem Sofortvollzug lässt ein Antrag nach § 80 Abs. 5 VwGO die Vollziehbarkeit der Ausreisepflicht von Gesetz wegen entfallen (§ 7 Abs. 1 S. 4 FreizügG).
- 104 Wenn die Ausreisepflicht vollziehbar ist, unterfällt der Unionsbürger dem Asylbewerberleistungsgesetz. Die Ausreisepflicht ist nicht vollziehbar, so lange ein Rechtsmittel aufschiebende Wirkung hat oder ein zulässiger Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung (§ 80 Abs. 5 VwGO) gegen die Anordnung der sofortigen Vollziehung gestellt wurde. Ob in dieser Zeit **Sozialleistungsansprüche** nach SGB II oder SGB XII bestehen, hängt davon ab, ob ein Ausschlussstatbestand nach § 7 Abs. 1 S. 2 SGB II/§ 23 Abs. 3 SGB XII vorliegt.

3. Verlustfeststellung nach § 2 Abs. 7 FreizügG/EU (Missbrauchsfälle)

- 105 Mit § 2 Abs. 7 FreizügG/EU macht der Gesetzgeber von der Möglichkeit des Art. 35 UnionsbRL Gebrauch, Maßnahmen gegen **Rechtsmissbrauch und Betrug** zu erlassen. Rechtsmissbrauch liegt demnach vor, wenn feststeht, dass das Vorliegen einer Freizügigkeitsvoraussetzung durch die Verwendung gefälschter Dokumente oder Vorspiegelung falscher Tatsachen vorgetäuscht oder eine Scheinehe eingegangen wurde. Die Beweislast trifft hier die Behörde. Anders als im Aufenthaltsgesetz trifft den Unionsbürger keine Mitwirkungsverpflichtung.⁷⁸ § 82 Abs. 1 AufenthG, der als Rechtsgrundlage für getrennte Befragungen der Ehegatten zur Ermittlung von „Scheinehen“ dient, ist auf die

⁷⁷ BVerwG Urt. v. 25.3.2015 – 1 C 18.14.

⁷⁸ Zu weitgehend daher OVG Berlin-Brandenburg Beschl. v. 28.11.2016 – OVG 12 N 13.16.

V. Sozialleistungsrechtliche Besonderheiten

dem FreizügG/EU unterfallenden Personen nicht anwendbar. Ein entsprechender Verweis findet sich in § 11 Abs. 1 FreizügG/EU nicht.

Liegen die tatbestandlichen Voraussetzungen vor, kann das Nichtbestehen des Rechts auf Einreise und Aufenthalt festgestellt werden. Hierzu ist ebenso **Ermessen** auszuüben wie bei der Frage, ob der Missbrauchsvorwurf eine **Einreisesperre** rechtfertigt. Bei wiederholtem Vortäuschen soll im Regelfall eine Einreisesperre verhängt werden. Die Frist darf fünf Jahre nicht überschreiten. 106

Die **Klage** gegen den Feststellungsbescheid hat **aufschiebende Wirkung**. Bei angeordnetem Sofortvollzug lässt ein Antrag nach 80 Abs. 5 VwGO die Vollziehbarkeit der Ausreisepflicht von Gesetz wegen entfallen (§ 7 Abs. 1 S. 4 FreizügG). 107

Für etwaige Sozialleistungsansprüche gilt dasselbe wie für Verlustfeststellung nach § 6 FreizügG/EU (→ Rn. 105). 108

V. Sozialleistungsrechtliche Besonderheiten bei Unionsbürgern

Zwar ist der Aufenthalt von Unionsbürgern und ihren Familienangehörigen rechtmäßig, solange die Ausländerbehörde weder den Verlust oder das Nichtbestehen des Aufenthaltsrechts festgestellt hat.⁷⁹ Allerdings soll allein die Tatsache, dass sich ein Unionsbürger und seine Familienangehörigen rechtmäßig im Bundesgebiet aufhalten, nicht automatisch zu einem Sozialleistungsanspruch führen. Der Gesetzgeber hat mit § 7 Abs. 1 S. 2 SGB II, § 8 Abs. 2 SGB II und § 23 Abs. 3 SGB XII spezielle **Ausschlussstatbestände** für Ausländer und ihre Familienangehörigen geschaffen, die Leistungen auch bei rechtmäßigem Aufenthalt ausschließen. Der Leistungsbehörde kommt daher die undankbare Aufgabe zu, den Aufenthaltswitz zu ermitteln und festzustellen, ob dieser zu einem Leistungsausschluss führt. Hierfür ist die Kenntnis der Freizügigkeitstatbestände und – im Hinblick auf die Meistbegünstigungsklausel (§ 11 Abs. 1 S. 11 FreizügG/EU) – auch der Aufenthaltsansprüche des Aufenthaltsgesetzes erforderlich. 109

Bei folgenden Aufenthaltswitzungen besteht kein Anspruch auf existenzsichernde Sozialleistungen nach SGB II und SGB XII: Nach § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 SGB II sind Ausländer **für die ersten drei Monate** ihres Aufenthalts von SGB II-Leistungen ausgeschlossen, wenn sie in Deutschland weder Arbeitnehmer, Selbständige oder verbleibeberechtigte frühere Arbeitnehmer/Selbständige sind, dasselbe gilt für ihre Familienangehörigen (→ Rn. 114). Nach § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2b SGB II sind zudem Ausländer von SGB II-Leistungen ausgeschlossen, wenn sich ihr Aufenthaltsrecht allein aus dem Zweck der **Arbeitsuche** ergibt (→ Rn. 116). Seit Ende 2016 stellt ferner § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2a SGB II klar, dass auch Ausländer, die sich im Bundesgebiet aufhalten **ohne ein Aufenthaltsrecht** zu besitzen, von Leistungen ausgeschlossen sind (→ Rn. 119). Ebenfalls ausgeschlossen sollen Ausländer sein, die ihr Freizügigkeitsrecht allein oder neben einem Freizügigkeitsrecht zur Arbeitssuche auf **Art. 10 Freizügigkeits-VO** gründen können (→ Rn. 120). 110

⁷⁹ BSG Urt. v. 19.10.2010 – B 14 AS 23/10 R, Rn. 14.

- 111 Der Leistungsausschluss greift aber dann nicht mehr ein, wenn der Ausländer seit mindestens **fünf Jahren** seinen gewöhnlichen **Aufenthalt** im Bundesgebiet hat und keine Feststellung des Verlusts des Freizügigkeitsrechts erfolgt ist (→ Rn. 122).
- 112 Eine dem SGB II entsprechende Regelung findet sich in **§ 23 Abs. 3 SGB XII**. Hiernach sind Ausländer ebenfalls von SGB XII-Leistungen ausgeschlossen, wenn sie eingereist sind, um Sozialhilfe zu erlangen, sich noch nicht länger als drei Monate im Bundesgebiet aufhalten oder sich das Aufenthaltsrecht allein aus dem Zweck der Arbeitssuche oder Art. 10 Freizügigkeits-VO ergibt (→ Rn. 125). Eine Ausnahme gilt auch hier bei fünfjährigem Voraufenthalt ohne wesentliche Unterbrechungen (→ Rn. 132).
- 113 Dem **Asylbewerberleistungsgesetz** unterfällt ein Unionsbürger oder seine Familienangehörigen erst, wenn sie „vollziehbar ausreisepflichtig“ sind (§ 1 Abs. 1 Nr. 5 AsylbLG). Das ist erst dann der Fall, wenn ein Verlustfeststellungsbescheid bestandskräftig ist oder die sofortige Vollziehung angeordnet und kein Eilrechtsschutz beantragt wurde (→ Rn. 107).

1. Leistungsausschluss in den ersten drei Monaten

- 114 Der SGB II-Ausschluss in den ersten drei Monaten des Aufenthalts (§ 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 SGB II) soll grundsätzlich verhindern, dass während der Ausübung des **voraussetzungslosen Aufenthaltsrechts** Leistungsansprüche bestehen. Dieser Leistungsausschluss ist mit Europarecht vereinbar.⁸⁰
- 115 Der Ausschlussstatbestand gilt nicht für **Arbeitnehmer, Selbständige und verbleibeberechtigte ehemalige Erwerbstätige und ihre Familienangehörigen**. Der Unionsbürger, der in den ersten drei Monaten seines Aufenthalts eine Erwerbstätigkeit aufnimmt, ist daher nicht von ergänzenden SGB II-Leistungen ausgeschlossen. Das gleiche gilt für die Familienangehörigen von Erwerbstätigen. Reist beispielsweise die Ehefrau eines Unionsbürgers nach, sobald dieser eine Erwerbstätigkeit aufgenommen hat, stehen ihr in der Bedarfsgemeinschaft von Beginn an SGB II-Leistungen zu. Der Leistungsausschluss greift entgegen seinem Wortlaut auch nicht in **aufenthaltsrechtlichen Anspruchsfällen**. Sofern für die Einreise kein gesicherter Lebensunterhalt gefordert wird (zB beim Nachzug zum deutschen Ehegatten⁸¹ oder dem privilegierten Familiennachzug zu anerkannten Flüchtlingen⁸²), kann eine Versagung von SGB II-Leistungen auch nicht mit § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 SGB II begründet werden.

2. Leistungsausschluss bei Arbeitssuche

- 116 Die Anwendung des Ausschlussstatbestandes bei Arbeitssuche (§ 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2b SGB II; § 23 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 SGB XII) erfordert die Prüfung, ob ein Aufenthaltsrecht allein zum Zweck der Arbeitssuche bestand oder daneben auch **andere Aufenthaltsw Zwecke** den Aufenthalt des Unionsbürgers im Inland

⁸⁰ EuGH Ur. v. 25.2.2016 – C.299/142.

⁸¹ BSG Ur. v. 30.1.2013 – B 4 AS 37/12 R; Nr. 7.14.

⁸² SG Berlin 16.7.2015 – S 175 AS 13627/15 ER – FW BA § 7 SGB II Nr. 7.48a.

rechtfertigen konnten. Die Norm ist eng auszulegen und es muss positiv festgestellt werden, dass dem Ausländer ein Aufenthaltsrecht allein zur Arbeitssuche zusteht.⁸³

Ein anderes Aufenthaltsrecht kann sich aus einem anderen Freizügigkeitsrecht aber auch aus einem **nationalen Aufenthaltsrecht** ergeben,⁸⁴ wie etwa der bevorstehenden Geburt eines deutschen Kindes.⁸⁵ **117**

Der Leistungsausschluss in SGB II verstößt nicht gegen **Europarecht**. Der EuGH geht davon aus, dass schon die UnionsbRL ein abgestuftes System für die Aufrechterhaltung der Erwerbstätigeneigenschaft schafft, mit dem das Aufenthaltsrecht und der Zugang zu Sozialleistungen gesichert werden soll. Darin sind verschiedene Faktoren wie die jeweiligen persönlichen Umstände, insbesondere die Dauer der Ausübung einer Erwerbstätigkeit, bereits berücksichtigt. Das Europarecht erfordert daher keine individuelle Prüfung des Einzelfalles. Wer sich nicht rechtmäßig iSd UnionsbRL aufhält, kann sich nicht auf den Gleichbehandlungsgrundsatz in Art. 24 Abs. 1 UnionsbRL berufen. Für den Arbeitssuchenden enthält Art. 24 Abs. 2 UnionsbRL die europarechtliche Rechtsgrundlage für den Leistungsausschluss.⁸⁶ **118**

3. Leistungsausschluss bei fehlendem Aufenthaltsrecht

Für Unionsbürger, die sich auf kein Aufenthaltsrecht berufen können, sich aber dennoch im Bundesgebiet aufhalten, gilt seit Ende 2016 ein **expliziter Leistungsausschluss** (§ 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2a SGB II; § 23 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 SGB XII). Diese Ergänzung der Ausschlussgründe dient lediglich der Klarstellung, da die Rechtsprechung auch schon zuvor davon ausgegangen war, dass Unionsbürger, die nicht arbeiten können oder wollen, vom Leistungsausschluss bei der Arbeitssuche „erst recht“ umfasst sind.⁸⁷ **119**

4. Leistungsausschluss bei Aufenthaltsrecht nach Art. 10 Freizügigkeits-VO

Auch Ausländer, die ein Aufenthaltsrecht allein auf Art. 10 Freizügigkeits-VO gründen (→ Rn. 82) oder daneben nur arbeitsuchend sind, unterfallen seit Ende 2016 einem Leistungsausschluss (§ 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2c SGB II; § 23 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 SGB XII). Dies ist bemerkenswert, da der EuGH mehrfach klargestellt hat, dass dieses Aufenthaltsrecht gerade nicht davon abhängig ist, dass der Lebensunterhalt gesichert ist. Das Kind eines früheren Unionsbürger-Arbeitnehmers und sein sorgeberechtigter Elternteil dürfen sich somit zwar bis zum Abschluss der Ausbildung im Bundesgebiet aufhalten, so dass der Ausländerbehörde die Aufenthaltsbeendigung verwehrt ist. Im Falle der Bedürftigkeit soll jedoch ausschließlich ein Anspruch auf einmonatige Überbrückung **120**

⁸³ BSG Urt. v. 30.1.2013 – B 4 AS 54/12 R, Rn. 24 ff.

⁸⁴ BSG Urt. v. 25.1.2012 – B 14 AS 138/11 R.

⁸⁵ BSG Urt. v. 30.1.2013 – B 4 AS 54/12 R.

⁸⁶ EuGH Urt. v. 15.9.2015 – C.67/14.

⁸⁷ BSG Urt. v. 3.12.2015 – B 4 AS 44/15 R; EuGH Urt. v. 11.11.2014 – C-333/13.

F. Freizügigkeit von Unionsbürgern

ckungsleistungen bis zur Ausreise bestehen (§ 23 Abs. 3 S. 2 SGB XII; → Rn. 127). Die Rechtmäßigkeit dieses Leistungsausschlusses wird daher europa- und verfassungsrechtlich kontrovers diskutiert (→ Rn. 132 ff.).

- 121 Der Leistungsausschluss betrifft nach seinem klaren Wortlaut im Übrigen nicht den Fall, dass ein Kind ein weiteres Aufenthaltsrecht nach dem **Tod oder Wegzug** eines freizügigkeitsberechtigten **Unionsbürgers** besitzt (Art. 12 Abs. 3 UnionsbRL; § 3 Abs. 4 FreizügG/EU). Insofern sind Kinder eines früheren EU-Arbeitnehmers beim Verbleib ihres Elternteils schlechter gestellt als bei dessen Wegzug oder Tod.

5. Kein Leistungsausschluss nach fünfjährigem Aufenthalt

- 122 Nicht von Leistungen ausgeschlossen sind Unionsbürger, die seit mindestens fünf Jahren ihren gewöhnlichen Aufenthalt im Bundesgebiet haben, wenn der **Verlust** des Rechts auf Einreise und Aufenthalt **nicht festgestellt** wurde (§ 7 Abs. 1 S. 4 SGB II; § 23 Abs. 3 S. 7 SGB XII).

- 123 Anders als für das Entstehen eines Daueraufenthaltsrechts kommt es leistungsgesetzlich demnach nicht darauf an, ob ein fünfjähriger Aufenthalt durchgehend von einem Aufenthaltsrecht nach der UnionsbRL legitimiert ist.⁸⁸ Derjenige, der sich seit fünf Jahren tatsächlich im Inland aufhält, ohne dass die Ausländerbehörde die Ausreisepflicht festgestellt hat, hat ohne weitere Voraussetzungen einen SGB II-Anspruch. Somit erübrigt sich nach fünfjährigem Aufenthalt für die Leistungsbehörde eine Prüfung der Voraussetzungen des Daueraufenthaltsrechts oder des Aufenthaltszwecks. Die **Fünfjahresfrist** beginnt allerdings erst mit der meldebehördlichen Anmeldung. Dies soll der rechtssicheren Fristbestimmung dienen. Ein Unionsbürger der sich nachweislich länger als fünf Jahre im Bundesgebiet aufgehalten hat, ohne meldebehördlich erfasst zu sein, kommt damit aber nicht in den Genuss dieser Regelung. Kommt es während des Fünfjahreszeitraums zu einer Meldeunterbrechung, soll der weitere gewöhnliche Aufenthalt jedoch auch anders nachgewiesen werden können.⁸⁹ Nach der Gesetzesbegründung sind unwesentliche Abwesenheitszeiten durch einen kurzen Auslandsaufenthalt, wie zB Klassenfahrten, Besuche von Angehörigen oder die Teilnahme an Beerdigungen, bei der Ermittlung des Fünfjahreszeitraums unschädlich. Neben der Dauer des Aufenthalts sei zu berücksichtigen, wodurch der Auslandsaufenthalt veranlasst war und welches Gewicht diese Gründe für den Betroffenen haben.⁹⁰

- 124 Wurde durch die Ausländerbehörde das **Nichtbestehen oder der Verlust des Freizügigkeitsrechts festgestellt**, bleibt der Unionsbürger auch dann von SGB II-Leistungen ausgeschlossen, wenn er sich fünf Jahre tatsächlich im Bundesgebiet aufhält. Liegt zwar ein fünfjähriger tatsächlicher Aufenthalt, jedoch kein Daueraufenthaltsrecht vor, soll die Ausländerbehörde prüfen können, ob das Nichtbestehen eines Freizügigkeitsrechts festgestellt werden kann. Die Ausländerbehörde erhält durch eine neu eingeführte Meldepflicht Kenntnis vom

⁸⁸ So auch die Gesetzesbegründung BR-Ds. 587/16, 9.

⁸⁹ BR-Drs. 587/16, 9 mit Verweis auf § 60 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 SGB I.

⁹⁰ BR-Drs. 587/16, 11.

V. Sozialleistungsrechtliche Besonderheiten

Leistungsbezug (§ 87 Abs. 2 Nr. 2a AufenthG), die Leistungsbehörde wiederum erhält durch Zugang zum Ausländerzentralregister Kenntnis von der Verlustfeststellung (§ 18a Nr. 4 AZRG; § 18b Nr. 4 AZRG). Streittig ist allerdings, ob nach fünfjährigem tatsächlichem Aufenthalt eine Nichtbestehensfeststellung überhaupt noch zulässig ist (→ Rn. 97).

6. Leistungsausschlüsse im SGB XII

An sich haben die nach dem SGB II ausgeschlossenen Personen grundsätzlich keinen Zugang zu Leistungen für den Lebensunterhalt nach SGB XII, da sie als Erwerbsfähige „dem Grunde nach“ SGB II-leistungsberechtigt sind (§ 21 SGB XII). Dies gilt nach Auffassung des Bundessozialgerichts jedoch **nicht**, wenn der Unionsbürger einem **ausländerrechtlichen Leistungsausschluss** in § 7 Abs. 1 S. 2 SGB II unterfällt.⁹¹ 125

Der Gesetzgeber hat als Reaktion auf diese Rechtsprechung die **Leistungsausschlüsse des SGB II in § 23 Abs. 3 SGB XII weitgehend wiederholt**. Auch im SGB XII bestehen somit keine Leistungsansprüche für Unionsbürger und ihre Familienangehörigen 126

- in den ersten drei Monaten des Aufenthalts, sofern der Unionsbürger nicht Arbeitnehmer, Selbständiger oder Verbleibeberechtigter ist,
- für Arbeitssuchende
- bei einem Aufenthaltsrecht nach Art. 10 Freizügigkeits-VO.

Hier kann inhaltlich auf die Ausführungen zum SGB II verwiesen werden (→ Rn. 110 ff.).

Die von den Leistungsausschlüssen Betroffenen sollen lediglich reduzierte Leistungen erhalten, um den Zeitraum bis zur Ausreise zu überbrücken (sog. **Überbrückungsleistungen**). Mit dieser Neuregelung wollte der Gesetzgeber der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts die Grundlage entziehen, wonach vom Leistungsausschluss umfasste Personen einen Anspruch auf Ermessensleistungen nach § 23 Abs. 1 S. 3 SGB haben, so lange sie sich tatsächlich im Bundesgebiet aufhalten. Überbrückungsleistungen sind beschränkt: 127

- auf längstens einen Monat,
- darüber hinaus, soweit dies im Einzelfall aufgrund besonderer Umstände zur Überwindung einer besonderen Härte und zur Deckung einer zeitlich befristeten Bedarfslage geboten ist,
- auf einen einmaligen Bezug innerhalb von zwei Jahren.

Die Rechtsprechung geht überwiegend davon aus, dass Überbrückungsleistungen **explizit beantragt** werden müssen und diese nicht in einem Antrag auf Hilfen zum Lebensunterhalt enthalten sind („Aliud“, nicht „Minus“).⁹² Da die Leistungen „die Zeit bis zur Ausreise“ überbrücken sollen, soll eine Gewäh- 128

⁹¹ BSG Urt. v. 3.12.2015 – B 4 AS 44/15 R.

⁹² LSG Nordrhein-Westfalen Beschl. v. 5.7.2017 – L 9 SO 213/17 B ER und L 9 SO 314/17 B; LSG Berlin-Brandenburg Beschl. v. 14.3.2017 – L 15 SO 321/16 B ER; LSG Bayern Beschl. v. 2.8.2017 – L 8 SO 130/17 B.

rung voraussetzen, dass die Antragsteller überhaupt den Willen äußern, ausreisen zu wollen.⁹³

129 Bei den Überbrückungsleistungen handelt es sich um **reduzierte Leistungen**, die an § 1a AsylBLG erinnern. Sie umfassen:

- Leistungen zur Deckung der Bedarfe für Ernährung, Körper- und Gesundheitspflege,
- Leistungen zur Deckung der Bedarfe für Unterkunft und Heizung in angemessener Höhe,
- die zur Behandlung akuter Erkrankungen und Schmerzzustände erforderliche Behandlung und Versorgung mit Arznei- und Verbandsmitteln und
- Hilfe bei Schwangerschaft und Mutterschaft

Liegt aufgrund „besonderer Umstände im Einzelfall“ eine „**besondere Härte**“ vor, sind auch andere Leistungen zu gewähren und der Leistungszeitraum über einen Monat hinaus zu verlängern (§ 23 Abs. 3 S. 6 SGB XII). Zu denken ist hier etwa an Kranke oder Schwangere im Mutterschutz.

130 Entsprechend der Regelung des SGB II endet der Leistungsausschluss bei **Anwesenheit von fünf Jahren**. Beginn des Zeitraumes soll auch hier die meldebehördliche Registrierung sein (§ 23 Abs. 3 S. 7 f. SGB XII).

131 Über die Überbrückungsleistungen hinaus sind die angemessenen **Kosten der Rückreise** zu gewähren; allerdings **darlehensweise** (§ 23 Abs. 3a SGB XII). Die in den meisten Fällen wohl erfolglose **Geltendmachung** von Rückzahlungsansprüchen dürfte wohl zu einem nicht verhältnismäßigen Verwaltungsaufwand führen.

7. Verfassungsrechtliche Bedenken

132 Mit der Neuregelung wollte der Gesetzgeber eine Ende 2015 ergangene **Entscheidung des Bundessozialgerichts**⁹⁴ korrigieren. Hierin hatte das Gericht festgestellt, dass eine verfassungskonforme Auslegung die Ausübung von Ermessen iRd § 23 Abs. 1 S. 3 SGB XII erfordert, ob und in welcher Höhe Leistungen im Einzelfall geboten sind. Ab dem sechsten Monat des Aufenthalts sah das BSG einen Anspruch jedenfalls auf Hilfen zum Lebensunterhalt; das Ermessen sei insoweit auf Null reduziert. Diese Rechtsprechung hatte bei den Untergerichten heftigen Widerspruch erzeugt.⁹⁵

133 Begründet hat das Bundessozialgericht seine Auffassung mit **verfassungsrechtlichen Bedenken gegen einen Leistungsausschluss** für Personen, die sich rechtmäßig (zB zur Arbeitssuche oder wegen der fortdauernden Ausbildung ihres Kindes) im Bundesgebiet aufhalten. Diese Bedenken sind auch durch die ge-

⁹³ SG Dortmund Beschl. v. 31.1.2017 – S 62 SO 628/16 ER; SG München Beschl. v. 8.3.2017 – S 53 SO 25/17 ER.

⁹⁴ BSG Urt. v. 3.12.2015 – B 4 AS 44/15 R.

⁹⁵ LSG Niedersachsen-Bremen Beschl. v. 22.2.16 – L 15 AS 185/15 B ER; Beschl. v. 7.3.16 – L 9 AS 1335/15 B ER; LSG Rheinland Pfalz Beschl. v. 10.2.16 – L 3 AS 668/15 B ER; LSG Nordrhein-Westfalen, Beschl. v. 7.3.2016 – L 12 SO 79/16 B ER; wie BSG, jedoch auch nach sechs Monaten Ermessen: LSG Berlin-Brandenburg Beschl. v. 13.4.16 – L 15 SO 53/16 B ER und L 23 SO 46/16 B.