

## Die neue Rechtsprechung des Bundessozialgerichts zu § 2 AsylbLG

RA Sascha Kellmann, Göttingen\*

Am 17. Juni 2008 hat sich der nunmehr dafür zuständige 8. Senat des Bundessozialgerichts (BSG) in insgesamt neun Entscheidungen zu verschiedensten Rechtsfragen im Asylbewerberleistungsrecht geäußert. Hier soll insbesondere die Grundsatzentscheidung B 8/9b AY 1/07 R<sup>1</sup> im Fokus stehen und die in den weiteren Entscheidungen noch behandelten Rechtsfragen – beispielsweise die Anwendbarkeit von § 44 SGB X im Asylbewerberleistungsrecht – ausgeblendet bleiben.

In den Entscheidungen des BSG stehen zwei in der Rechtsprechung heftig diskutierte Fragen hinsichtlich der Regelung des § 2 AsylbLG im Mittelpunkt. Zum einen war umstritten, wie der unbestimmte Rechtsbegriff des »Rechtsmissbrauchs« in § 2 Abs. 1 AsylbLG zu verstehen ist. Zum anderen war höchststrichterlich nicht geklärt, ob es für das Erreichen der zeitlichen Voraussetzungen des § 2 Abs. 1 AsylbLG ausreicht, wenn man über einen Zeitraum von mehr als 48 Monaten generell öffentliche Leistungen bezogen hat, ob also beispielsweise Zeiten des Bezugs von Leistungen nach dem SGB II, dem BSHG oder nach § 2 Abs. 1 AsylbLG a. F. mit berücksichtigt werden müssen.

### 1. Rechtsmissbräuchliche Selbstbeeinflussung der Aufenthaltsdauer

Der für Rechtsfragen nach dem AsylbLG früher zuständige 9b. Senat des BSG hatte zur Frage des Rechtsmissbrauchs i. S. d. § 2 Abs. 1 AsylbLG ausgeführt:<sup>2</sup>

»Unter rechtsmissbräuchlicher Selbstbeeinflussung der Aufenthaltsdauer versteht § 2 Abs. 1 AsylbLG nach Auffassung des Senats auch eine von der Rechtsordnung missbilligte, subjektiv vorwerfbare und zur Aufenthaltsverlängerung führende Nutzung der Rechtsposition, die ein Ausländer durch vorübergehende Aussetzung der Abschiebung (Duldung) erlangt hat. Darunter fällt auch der Verbleib eines Ausländers in Deutschland, dem es möglich und zumutbar wäre, auszureisen (...).«

Danach war eine rechtsmissbräuchliche Selbstbeeinflussung der Aufenthaltsdauer dann ausgeschlossen, wenn dem leistungsberechtigten Ausländer die Ausreise entweder – aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen – nicht möglich oder ihm die Wahrnehmung dieser Möglichkeit nicht zuzumuten war. Dabei ging der 9b. Senat des BSG davon aus, dass einem Ausländer die Ausreise insbesondere dann nicht zuzumuten sei, wenn er entweder derart gut in die hiesigen Verhältnisse integriert ist, dass er als sog. »faktischer Inländer« anzusehen ist,<sup>3</sup> oder aber eine Ausreise aus krankheitsbedingten Gründen nicht zuzumuten ist.

War von vielen Gerichten ein Rechtsmissbrauch in erster Linie bei einem aktiven Verhalten zur Aufenthaltsverlängerung angenommen worden – Täuschung über die eigene Identität, Passvernichtung zur Verhinderung der Abschiebung, fehlende oder unzureichende Mitwirkung bei der Passbeschaffung – so stellte der 9b. Senat in seinen Entscheidungen bei der Frage des Vorliegens eines Rechtsmissbrauchs auf ein Unterlassen der Ausreise trotz Möglichkeit und Zumutbarkeit ab.

Nicht geklärt hat der 9b. Senat eine Reihe weiterer grundsätzlicher Fragen zum Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtsmissbrauchs i. S. d. § 2 Abs. 1 AsylbLG. Heftig umstritten war beispielsweise die Frage, wie lange ein etwaiges rechtsmissbräuchliches Verhalten aus der Vergangenheit fortwirken kann. Auch war umstritten, ob eine Zurechnung eines rechtsmissbräuchlichen Verhaltens von Eltern gegenüber ihren Kindern möglich ist. Schließlich hat sich auch in vielen Fällen die Frage gestellt, ob sich ein rechtsmissbräuchliches Verhalten überhaupt konkret auf die Aufenthaltsdauer auswirken muss oder ob es für die Annahme eines Rechtsmissbrauchs i. S. d. § 2 Abs. 1 AsylbLG ausreicht, wenn ein Verhalten vorliegt, das zumindest abstrakt geeignet ist, die eigene Aufenthaltsdauer in der Bundesrepublik zu verlängern, selbst wenn dieses Verhalten im konkreten Fall gar keine Auswirkungen auf den weiteren Verbleib hat.

### a) Neue Definition durch den 8. Senat

Der 8. Senat hat sich nun von der bisherigen Rechtsprechung des 9b. Senats verabschiedet, nach der zumindest grundsätzlich von einem Rechtsmissbrauch i. S. d. § 2 Abs. 1 AsylbLG bei einem Ausnutzen der Rechtsposition der Duldung durch Unterbleiben der freiwilligen Ausreise ausgegangen wurde. Für das Vorliegen eines Rechtsmissbrauchs verlangt der 8. Senat vielmehr ein sozialwidriges Verhalten (Identitätstäuschung, Passvernichtung etc.) und prüft das Vorliegen der Voraussetzungen des § 2 Abs. 1 AsylbLG wie eine strafrechtliche Norm mit objektivem und subjektivem Tatbestand, Rechtfertigungs- und Verschuldenselement.

Auf Tatbestandsebene verlangt das BSG nunmehr für das Vorliegen eines Rechtsmissbrauchs ein unredliches, von der Rechtsordnung missbilligtes Verhalten, dem angesichts des Sanktionscharakters des § 2 Abs. 1 AsylbLG und dessen Auswirkungen nach § 2 Abs. 3 AsylbLG auch auf minderjährige Kinder vor dem Hintergrund des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes aber ein »erhebliches Gewicht« beizumessen sein muss. Wann ein sozialwidriges Verhalten von »erheblichem Gewicht« vorliegt, hat der 8. Senat leider nicht

\* Sascha Kellmann arbeitet als Rechtsanwalt in der Kanzlei Waldmann-Stocker & Coll. in Göttingen.

<sup>1</sup> ASYLMAGAZIN 10/2008, S. 38.

<sup>2</sup> BSG, Urteile vom 8.2.2007 - B 9b AY 1/06 R - ASYLMAGAZIN 5/2007, S. 38 und B 9b AY 2/06 R - (8 S., M10069).

<sup>3</sup> Vgl. dazu insbesondere VG Stuttgart, Urteile vom 11.10.2005 - 11 K 5363/03 - ASYLMAGAZIN 12/2005, S. 29 und vom 22.11.2005 - 12 K 2469/04 - ASYLMAGAZIN 1-2/2006, S. 41.

weiter ausgeführt. Bedeutsam dürfte diese Einschränkung insbesondere in den Fällen sein, in denen die Leistungsbehörde dem Ausländer die fehlende oder unzureichende Mitwirkung bei der Passbeschaffung oder aber falsche Angaben zur eigenen Person vorwirft. Ist ein ausgefüllter Antrag auf Ausstellung von Passersatzpapieren verspätet abgegeben worden oder hat ein Ausländer zwar Namen und Geburtsort zutreffend, jedoch einen falschen Geburtsmonat angegeben, dürfte dies die Schwelle zu einem rechtsmissbräuchlichen Verhalten i. S. d. § 2 Abs. 1 AsylbLG noch nicht überschreiten.

Ein sozialwidriges Verhalten kann also sowohl in einem aktiven Tun (Identitätstäuschung etc.) als auch in einem Unterlassen (fehlende Mitwirkung bei der Passbeschaffung etc.) liegen. Allein das Unterlassen der freiwilligen Ausreise erweist sich nach der Rechtsprechung des 8. Senats jedoch nicht als sozialwidrig.<sup>4</sup>

Eine weitere Einschränkung erfährt das Merkmal des Rechtsmissbrauchs durch die subjektive Komponente, die der 8. Senat in der Regelung des § 2 Abs. 1 AsylbLG erblickt. Er verlangt insofern einen sog. »Doppelvorsatz«. Der Vorwurf eines Rechtsmissbrauchs setze, so das BSG, sowohl Vorsatz hinsichtlich der Umstände, als auch bezüglich der Beeinflussung der Aufenthaltsdauer voraus. Ein fahrlässiges Verhalten wird vom 8. Senat als nicht ausreichend angesehen. Praktische Auswirkungen kann dies insbesondere im Rahmen des Vorwurfs der Identitätstäuschung haben. Nicht selten kommt es während eines Asylverfahrens vor, dass hier Angaben des Ausländers zur Identität nicht zutreffend in den Behördenakten wiedergegeben werden, sei es, dass es verschiedene Namensschreibweisen gibt, sei es, dass dem Ausländer die Unterschiede zwischen Staats-, Volks- und Religionszugehörigkeit nicht hinreichend deutlich gemacht werden.

Ein tatbestandlich rechtsmissbräuchliches Verhalten kann nach Ansicht des 8. Senats aber auch gerechtfertigt sein, und zwar als »eine Reaktion auf oder eine vorbeugende Maßnahme gegen objektiv zu erwartendes Fehlverhalten des Staates«. Das BSG verweist an dieser Stelle ausdrücklich auf die strafrechtliche Rechtfertigungs- und Irrtumslehre. Praktisch bedeutsam dürfte diese Einschränkung insbesondere in den Mitwirkungsfällen bei der Passbeschaffung sein. In der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung ist geklärt, dass die Beschaffung von Pass- oder sonstigen Heimreisedokumenten nicht ausschließlich vom Ausländer betrieben werden muss.<sup>5</sup> Kommt die Ausländerbehörde den ihr bei der Passbeschaffung obliegenden Pflichten nicht hinreichend nach, kann dem Ausländer kein Vorwurf des Rechtsmissbrauchs wegen seinerseits unzureichender Mitwirkung bei der Passbeschaffung gemacht werden.<sup>6</sup>

Eine weitere Einschränkung bei der Frage des Vorliegens eines Rechtsmissbrauchs nimmt der 8. Senat auf der Verschuldensebene vor. Einen Rechtsmissbrauch i. S. d. § 2 Abs. 1 AsylbLG kann demnach nur begehen, wer die nötige Einsichtsfähigkeit in sein Handeln und die Auswirkungen besitzt, was insbesondere für das Verhalten von Kindern gilt.

Insgesamt, so der 8. Senat, sei für den Vorwurf eines Rechtsmissbrauchs eine hohe Hürde und insbesondere ein weit strengerer Maßstab anzulegen, als dies bei der bis zum 31. Dezember 2004 geltenden Gesetzesfassung der Fall war.

### b) Zurechnung rechtsmissbräuchlichen Verhaltens

Bisher war die Zurechnung rechtsmissbräuchlichen Verhaltens innerhalb einer Bedarfsgemeinschaft in der Rechtsprechung Gegenstand nur weniger Entscheidungen. Das SG Hildesheim hat beispielsweise die Ansicht vertreten, dass auch im Bereich des AsylbLG der allgemeine sozialrechtliche Grundsatz gelte, dass das Verhalten des gesetzlichen Vertreters grundsätzlich minderjährigen Kindern zuzurechnen sei.<sup>7</sup> Anders hat beispielsweise das SG Düsseldorf unter Verweis auf den Wortlaut von § 2 Abs. 1 AsylbLG (»rechtsmissbräuchlich selbst beeinflusst«) die Regelung des § 2 Abs. 3 AsylbLG gesehen.<sup>8</sup>

Das BSG hat sich in seinen Entscheidungen vom 17. Juni 2008 dem SG Düsseldorf angeschlossen. Demnach scheidet eine Zurechnung des sozialwidrigen Verhaltens auf Mitglieder der Bedarfsgemeinschaft aus. Der Gesetzgeber hat mit der Schaffung der Regelung des § 2 Abs. 3 AsylbLG selbst festgelegt, in welchen Grenzen die Versagung von Leistungen nach § 2 Abs. 1 AsylbLG auf die übrigen Mitglieder der Bedarfsgemeinschaft angezeigt ist. Die subjektiven wie objektiven Voraussetzungen eines Rechtsmissbrauchs i. S. d. § 2 Abs. 1 AsylbLG (vgl. unter a) müssen also in der Person des Leistungsberechtigten selbst verwirklicht sein, eine Zurechnung über den § 2 Abs. 3 AsylbLG hinaus scheidet aus.

Nicht beantwortet hat das BSG hingegen die Frage, inwieweit ein minderjähriges Kind innerhalb einer Bedarfsgemeinschaft – soweit es selbst die Voraussetzungen des § 2 Abs. 1 AsylbLG erfüllt – gleichwohl weiterhin auf Leistungen nach § 3 AsylbLG verwiesen werden kann, wenn nämlich beide Eltern aufgrund ihres ausländerrechtlichen Status nicht Leistungen nach § 2 Abs. 1 AsylbLG, sondern etwa Leistungen nach dem SGB II oder XII erhalten.<sup>9</sup>

### c) Fortwirkung und konkrete Auswirkung des sozialwidrigen Verhaltens

Hefig umstritten ist die Frage, ob ein sozialwidriges Verhalten, das unter Umständen viele Jahre zurückliegt und

<sup>4</sup> »Nicht in dem Nichtausreisen des Ausländers trotz (formaler) Ausreisepflicht (Duldung) liegt ein Rechtsmissbrauch, sondern allenfalls in den Gründen, die hierzu geführt haben.«, S. 13 des Urteils.

<sup>5</sup> Vgl. VG Bremen, Beschluss vom 20.7.2006 - S 4 V 307/06 - ASYLMA-GAZIN 9/2006, S. 34; SG Hildesheim, Beschluss vom 25.5.2005 - S 34 AY 8/05 ER - (9 S., M6605).

<sup>6</sup> »Auf Rechtsmissbrauch kann sich der Staat dann nicht berufen, wenn er sich selbst rechtswidrig oder rechtsmissbräuchlich verhält.«, S. 13.

<sup>7</sup> SG Hildesheim, Beschluss vom 28.2.2008 - S 40 AY 55/06 ER - m. w. N.

<sup>8</sup> SG Düsseldorf, Urteil vom 21.5.2007 - S 29 AY 9/06 - ASYLMA-GAZIN 10/2007, S. 39.

<sup>9</sup> Vgl. zu diesem Problem SG Freiburg, Urteil vom 24.1.2008 - S 4 SO 5144/06 - (6 S., M12577).

möglicherweise bereits seit langer Zeit aufgeklärt werden konnte, dem Ausländer bis zum Ende des Leistungsbezuges nach dem AsylbLG vorgehalten werden kann. Bejahendenfalls kann dies sogar bedeuten, dass ein leistungsberechtigter Ausländer trotz erteilter Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 4 oder 5 AufenthG auf Dauer – zumindest bis zum Erhalt der Niederlassungserlaubnis – vom Bezug privilegierter Leistungen nach § 2 Abs. 1 AsylbLG ausgeschlossen ist.

Weiterhin hat sich die Frage gestellt, wie Fälle zu behandeln sind, in denen zwar von einem sozialwidrigem Verhalten auszugehen ist, sich dieses Verhalten aber nicht konkret auf den Verbleib im Bundesgebiet ausgewirkt hat. Hier sei beispielhaft der Fall genannt, in dem der Leistungsberechtigte zwar nicht bei der Passbeschaffung mitwirkt, aber wegen Reiseunfähigkeit ohnehin nicht hätte abgeschoben werden können.

Das LSG Niedersachsen-Bremen vertritt dazu die Ansicht, dass das rechtsmissbräuchliche Verhalten konkret ursächlich für die Aufenthaltsdauer sein muss.<sup>10</sup> Allein die abstrakte Möglichkeit, dass sich die Verhaltensweise generell auf die Aufenthaltsdauer auswirken kann,<sup>11</sup> genügt nicht. Zudem stellt das LSG zwar bei der Prüfung des Rechtsmissbrauchs auf die gesamte Aufenthaltsdauer ab, verlangt aber für eine Versagung privilegierter Leistungen nach § 2 Abs. 1 AsylbLG, dass das vorgeworfene Verhalten noch im streitgegenständlichen Verhalten noch fortwirkt. Demnach ist von einem Rechtsmissbrauch i. S. d. § 2 Abs. 1 AsylbLG nur dann auszugehen, wenn sich das Verhalten im streitgegenständlichen Zeitraum noch auswirkte und das Verhalten überhaupt geeignet war, die Aufenthaltsdauer konkret und kausal zu beeinflussen.

Das BSG ist dieser Rechtsauffassung nur mit Einschränkungen gefolgt. Grundsätzlich sei die gesamte Dauer des Aufenthalts für die Frage des Vorliegens eines Rechtsmissbrauchs maßgeblich, unabhängig davon, ob das sozialwidrige Verhalten einmalig oder auf Dauer angelegt war oder sich gar wiederholt hat. Entscheidend sei aber, dass zwischen dem Fehlverhalten und der Aufenthaltsdauer eine Verknüpfung bestehe, so dass sonstiges Fehlverhalten des Ausländers ohne jeden Bezug zur Aufenthaltsdauer jedenfalls den Tatbestand des Rechtsmissbrauchs i. S. d. § 2 Abs. 1 AsylbLG nicht erfüllt. Soweit einige Sozialgerichte einen Rechtsmissbrauch im Hinblick auf den in § 2 Abs. 1 AsylbLG innewohnenden Integrationsgedanken bereits bei sonstigem Fehlverhalten des Ausländers – z. B. Straffälligkeit, ungenügender Schulbesuch der Kinder etc. – angenommen und die Versagung von Leistungen nach § 2 Abs. 1 AsylbLG durch die Behörde mit der Begründung bestätigt haben, dass eben die Integration, die Grund für die gegenüber § 3 AsylbLG privilegierte Leistungsgewährung sei, nicht gelungen sei,<sup>12</sup> so ist diese Rechtsauffassung spätestens jetzt nicht mehr haltbar.

Soweit das BSG in diesem Zusammenhang dann aber von einer »kausalen Verknüpfung« spricht, ist dies insbesondere vor dem Hintergrund der oben benannten Rechtsauffassung des LSG Niedersachsen-Bremen irreführend. Das BSG geht nämlich davon aus, dass das sozialwid-

rige Verhalten zumindest generell und abstrakt (»typisierend«) geeignet sein muss, die Aufenthaltsdauer zu beeinflussen. Gleichwohl macht das BSG von dieser abstrakt-generellen Betrachtungsweise eine Ausnahme dahingehend, dass ein Rechtsmissbrauch ausgeschlossen sein soll, wenn sich das abstrakt-generell zur Aufenthaltsbeeinflussung geeignete Verhalten konkret deshalb nicht auf die Aufenthaltsdauer auswirkt, weil eine Abschiebung im relevanten Zeitraum auch aus anderen, vom Ausländer nicht zu vertretenden Gründen nicht möglich ist. Als Beispiel nennt das BSG den Fall eines generellen Abschiebungsstopps.

Im Ergebnis folgt damit das BSG der Rechtsauffassung des LSG Niedersachsen-Bremen, allerdings mit dem Unterschied, dass es nicht auf die aktuellen Verhältnisse abstellt, sondern dem Ausländer auch ein mitunter Jahre zurückliegendes sozialwidriges Verhalten vorwirft. In der Praxis wird es daher in solchen Fällen darauf ankommen zu belegen, dass selbst bei einem entsprechenden Fehlverhalten eine Abschiebung im Zeitraum vom Fehlverhalten bis heute aus sonstigen, vom Ausländer nicht zu vertretenden Gründen nicht möglich war bzw. ist.

Zufriedenstellend ist die Sichtweise des BSG aber bereits deshalb nicht, weil sie den grundgesetzlich verankerten Grundsatz der Verhältnismäßigkeit außer Acht lässt. Immerhin hat das BSG § 2 Abs. 1 AsylbLG bzw. das Merkmal des Rechtsmissbrauchs als Sanktionstatbestand erkannt. Eine zeitlich unbegrenzte Sanktionierung von menschlichem Fehlverhalten ohne Aussicht auf eine mögliche Aussetzung der Sanktion kennt aber nicht einmal das Strafrecht.<sup>13</sup>

## 2. 48-monatige Vorbezugsdauer

In zeitlicher Hinsicht verlangt die Neufassung des § 2 Abs. 1 AsylbLG einen Vorbezug von Leistungen nach § 3 AsylbLG über einen Zeitraum von 48 Monaten. Das BSG hat nunmehr entschieden, dass diese zeitlichen Vorgaben nur erfüllt, wer auch tatsächlich über den benannten Zeitraum Leistungen nach § 3 AsylbLG erhalten hat. Es ist damit nicht der bis zu diesem Zeitpunkt in der Rechtsprechung herrschenden Meinung<sup>14</sup> gefolgt und rechnet auf die Frist auch nicht die Zeiten des Bezuges anderer sozialer Leistungen an.

Grundsätzlich hat das BSG zur Berechnung der zeitlichen Vorgaben des § 2 Abs. 1 AsylbLG darauf hingewiesen, dass die Zeiten des Bezuges zu addieren sind, selbst wenn der Bezug – wie lange auch immer – unterbrochen

<sup>10</sup> LSG Niedersachsen-Bremen, Beschluss vom 11.7.2007 - L 11 B 3/06 AY - ASYLMAGAZIN 10/2007, S. 38 stellvertretend für diverse Entscheidungen.

<sup>11</sup> So noch der 7. Senat des OVG Niedersachsen-Bremen, Urteil vom 20.12.2005 - L 7 AY 40/05 - (5 S., M8507).

<sup>12</sup> SG Nordhausen, Urteil vom 17.12.2007 - S 15 AY 1931/06 -.

<sup>13</sup> BVerfG, Urteil vom 21.6.1977 - 1 BvL 14/76 - BVerfGE 45, 187.

<sup>14</sup> Vgl. LSG Niedersachsen-Bremen, Beschluss vom 18.3.2008 - L 11 AY 82/07 ER u. a. - ASYLMAGAZIN 6/2008, S. 39; LSG Hessen, Beschluss vom 21.3.2007 - L 7 AY 14/06 ER u. a. - (13 S., M10001); SG Hildesheim, Beschluss vom 30.10.2007 - S 40 AY 108/07 ER - ASYLMAGAZIN 12/2007, S. 36 m. w. N.

war. Konsequenter setzt das BSG damit auch den Wortlaut der Norm um, der von einem Vorbezug von »insgesamt« 48 Monaten spricht. Unbeantwortet lässt das BSG die umstrittene Frage, ob die Frist des § 2 Abs. 1 AsylbLG neu zu laufen beginnt, wenn der Leistungsberechtigte untergetaucht war oder nach zwischenzeitlicher Rückkehr in das Heimatland wieder in das Bundesgebiet eingereist ist.<sup>15</sup>

Der Ansicht des BSG, dass für das Erfüllen der zeitlichen Voraussetzungen des § 2 Abs. 1 AsylbLG allein ein 48-monatiger Vorbezug von Leistungen nach § 3 AsylbLG entscheidend sein soll und Zeiten des Bezuges anderer Sozialleistungen – insbesondere solcher nach § 2 AsylbLG – auf die Frist nicht anzurechnen wären, kann nicht gefolgt werden. Einerseits scheint zwar der Wortlaut des § 2 Abs. 1 AsylbLG die Ansicht des BSG zu bestätigen. Andererseits missachtet das Gericht dann aber insbesondere die Vorgaben von Art. 3 GG.

Ausgangspunkt bei der Schaffung des Leistungssystems nach dem AsylbLG war die Überlegung, dass alle Ausländer, die sich typischerweise nur vorübergehend im Bundesgebiet aufhielten, keine Leistungen auf Höhe des Sozialhilfeniveaus erhalten sollten.<sup>16</sup> Dies stellt dann auch den sachlichen Grund dar, diese Gruppe von Ausländern in sozialrechtlicher Hinsicht schlechter zu stellen als Ausländer mit auf längere Sicht sicherem Aufenthaltsstatus.

Der Gesetzgeber hat dann aber erkannt, dass es in bestimmten Fällen dazu kommen kann, dass Ausländer, die vom Grundsatz her nur nach dem Asylbewerberleistungsgesetz leistungsberechtigt sein sollten, doch über längere Zeit unverschuldet mit vergleichsweise unsicherem Aufenthaltsstatus im Bundesgebiet verbleiben können. Ein sachlicher Grund, diese Gruppe von Ausländern auf Dauer in sozialrechtlicher Hinsicht schlechter zu stellen als Ausländer mit mitunter auch nur befristetem Aufenthaltsrecht, ist nämlich nur dann gegeben, wenn die erste Gruppe den Grund für den längeren Verbleib rechtsmissbräuchlich selbst schafft.

Ausländerrechtlich ist in verschiedener Weise versucht worden, mit diesem Problem umzugehen – jeweils mehr oder weniger erfolgreich. An dieser Stelle sei nur auf den Versuch hingewiesen, mit der Schaffung des § 25 Abs. 5 AufenthG die Figur der »Kettenduldung« zu beseitigen. Eine Reaktion auf dieses Dilemma stellt auch die Schaffung der sog. Altfallregelung (§ 104 a und b AufenthG) dar.

Der Gesetzgeber des AsylbLG hat darauf mit der Schaffung des § 2 Abs. 1 AsylbLG (vormals § 1 a AsylbLG) reagiert. Er hat erkannt, dass nach einem mehrjährigen (zunächst zwei, dann drei und mittlerweile vier Jahre) unverschuldeten Aufenthalt der Ausländer derart in die hiesigen Verhältnisse integriert ist, dass er dann nicht mehr auf Leistungen unterhalb des Niveaus der Sozialhilfe verwiesen werden kann.<sup>17</sup>

Der Gesetzgeber will erst nach vier Jahren einen erleichterten Zugang zum Arbeitsmarkt für insbesondere die Ausländer, die auch in § 1 AsylbLG genannt werden. Dann macht es nämlich keinen Sinn, diese Gruppe eben die ersten vier Jahre auf Gutscheine mit dem Argument zu verwei-

sen, so das BSG, dass damit der Anreiz der Arbeitsaufnahme gesteigert wird. Auch dürfte die Nichtanrechnung gerade von Zeiten der Erwerbstätigkeit auf die Frist des § 2 Abs. 1 AsylbLG nicht unbedingt den Anreiz zur Aufnahme einer Arbeitstätigkeit verstärken, sieht man einmal davon ab, dass ein noch nicht lange im Bundesgebiet aufhältiger aber erwerbstätiger Ausländer doch gerade gut in die hiesigen Verhältnisse integriert sein dürfte.

Ebenso nicht überzeugend zur Begründung des vom BSG gefundenen Ergebnisses ist die Argumentation, dass eine Anrechnung anderer Sozialleistungen auf die Frist des § 2 Abs. 1 AsylbLG deshalb unterbleiben müsse, um Ausländern einen Anreiz zum weiteren Verbleib im Bundesgebiet zu nehmen. Um einen Zuzug allein in das hiesige Sozialleistungssystem zu verhindern, hat der Gesetzgeber schließlich die Vorschrift des § 1 a Nr. 1 AsylbLG geschaffen. Auch hat er durch die Schaffung des Merkmals des »Rechtsmissbrauchs« den sozialwidrigen Verbleib im Bundesgebiet im Zusammenhang mit der Gewährung öffentlicher Leistungen hinreichend sanktioniert. Obwohl das BSG sogar ausdrücklich auf die neueren Gesetzesmaterialien hinweist, hat es aber im Ergebnis doch verkannt, dass der sachliche Grund für die Besserstellung eines Teils der Leistungsberechtigten nach § 1 AsylbLG nach nunmehr vierjährigem Voraufenthalt vom Gesetzgeber noch immer in der besseren sozialen Integration im Hinblick auf eine nach diesem Voraufenthalt bestehenden Aufenthaltsperspektive gesehen wird. Dann aber muss sich die Ungleichbehandlung zwischen Leistungsberechtigten nach § 2 und § 3 AsylbLG – und zwar im selben Zeitpunkt des Aufenthalts – eben an diesem Grund messen lassen. Allein das Argument, dass alle Leistungsberechtigten nach § 1 AsylbLG deshalb gar nicht ungleich behandelt würden, da schließlich alle die nunmehr gesetzlich normierten Vorbezugszeiten erfüllen müssten, greift nicht durch.

Ausweislich der Gesetzesmaterialien ist der Gesetzgeber schließlich nicht davon ausgegangen, dass die – quasi als Regelvermutung – in Rede stehende Integration gerade durch den Bezug von Gutscheineleistungen über einen gewissen Zeitraum erreicht wird, sondern eben durch den Aufenthalt im Bundesgebiet an sich.

Stellt man also die Frage nach einem Verstoß gegen Art. 3 GG, so muss man einen zweistufigen Vergleich anstellen: Eine Schlechterstellung von Leistungsberechtigten nach dem AsylbLG gegenüber Ausländern, die Leistungen nach dem SGB II oder SGB XII erhalten, sieht der Gesetzgeber eben wegen der nach vierjährigem Voraufenthalt erfolgten Integration – bei rechtstreuem Verhalten – nur für

<sup>15</sup> Vgl. hierzu: OVG Niedersachsen, Beschluss vom 27.3.2001 - 12 MA 1012/01 -; SG Nordhausen, Beschluss vom 3.7.2006 - S 15 AY 585/06 ER - (6 S., M8406).

<sup>16</sup> BT-Drucks 13/2746, S. 13

<sup>17</sup> Vgl. insofern sehr anschaulich zum Gesetzeszweck LSG Rheinland-Pfalz, Beschluss vom 27.3.2006 - L 3 ER 37/06 AY - ASYLMAGAZIN 5/2006, S. 31; LSG Hamburg, Beschluss vom 27.4.2006 - L 4 B 84/06 ER AY - ASYLMAGAZIN 7-8/2006, S. 54.

diesen Zeitraum sachlich gerechtfertigt. Dieser Zeitraum beginnt mit der Einreise und nicht erst mit dem Bezug von Leistungen nach § 3 AsylbLG. Vergleicht man aber einen Leistungsberechtigten, der die ersten vier Jahre nach seiner Einreise Leistungen nach § 3 AsylbLG bezogen hat mit einem solchen, der die ersten vier Jahre womöglich Leistungen nach dem SGB II erhielt, erscheint es sachlich nicht gerechtfertigt, der ersten Person nach diesen vier Jahren Leistungen nach § 2 Abs. 1 AsylbLG zu gewähren, die zweite aber für weitere vier Jahre auf Gutscheinkleistungen zu verweisen. Integriert im Sinne der Überlegungen des Gesetzgebers zu § 2 AsylbLG dürften beide Personen nach vier Jahren Aufenthalt im gleichen Maße sein. Folglich wäre im Rahmen des § 2 Abs. 1 AsylbLG eigentlich sogar auf die Aufenthaltsdauer an sich, nicht aber auf den Vorbezug öffentlicher Leistungen abzustellen. Eine solche Auslegung dürfte der Wortlaut der Norm aber tatsächlich nicht mehr zulassen und zumindest ein Anknüpfen an einen vierjährigen Bezug öffentlicher Leistungen (welcher Art auch immer) gebieten.

Das Argument des BSG, dass der Gesetzgeber auch im Rahmen der nunmehr erfolgten Änderung ganz bewusst an der Formulierung festgehalten habe, die auf einen Vorbezug allein von Leistungen nach § 3 AsylbLG abstellt, kann auch nicht überzeugen. Hätte der Gesetzgeber immer ein entsprechendes Problembewusstsein bei anstehenden Gesetzesänderungen, hätte schließlich längst der Euro in die Regelung des § 3 Abs. 2 Satz 2 AsylbLG Einzug gehalten. Auch das BSG dürfte nämlich davon ausgehen, dass der Gesetzgeber Leistungsberechtigte nach dem AsylbLG eben nicht ganz bewusst noch immer auf die Deutsche Mark verweist.

Gerade in den Fällen, in denen die betroffenen Ausländer aber bereits über einen Zeitraum von 36 Monaten Leistungen nach § 3 AsylbLG, danach über mehr als zwölf Monate Leistungen nach § 2 Abs. 1 AsylbLG a. F. erhalten hatten und nunmehr wieder – zur Erfüllung der 48-Monatsfrist – auf Leistungen nach § 3 AsylbLG verwiesen werden, stellt sich auch die Frage des Vertrauensschutzes in Form des sog. Rückwirkungsverbot. Das Grundgesetz erlaubt nur ausnahmsweise, dass durch eine Gesetzesänderung eine erlangte Rechtsposition wieder entzogen werden kann.

Das BSG geht davon aus, dass ein Leistungsberechtigter nach § 2 Abs. 1 AsylbLG nicht darauf vertrauen darf, dass ihm dieses Leistungsniveau auf Dauer verbleibt, immerhin seien Leistungen nach dem AsylbLG keine rentengleichen Leistungen; sie würden vielmehr ständig neu berechnet und gezahlt. Zutreffend ist dies, soweit man davon ausgeht, dass sich die Leistungshöhe jederzeit ändern kann, wenn ein rechtsmissbräuchliches Verhalten hinzutritt oder der Leistungsanspruch wegen der Aufnahme einer Erwerbstätigkeit sinkt oder ganz erlischt. Stellt man aber auch hier wieder auf die Intention des Gesetzgebers ab, durch eine Art Regelvermutung nach einer gewissen Aufenthaltsdauer von einer derartigen Integration des Ausländers auszugehen, die – bei rechtstreuem Verhalten – einen Leistungsanspruch auf Sozialhilfeniveau gebietet, ist wohl davon auszu-

gehen, dass zumindest diese – in zeitlicher Hinsicht eben vor Gesetzesänderung auf 36 Monate festgelegte – Integrationskomponente von all denjenigen Leistungsberechtigten als schutzwürdige Rechtsposition erworben wurde, die eben nach Ablauf der 36-Monats-Frist bereits in den Genuss von Leistungen nach § 2 Abs. 1 AsylbLG a. F. gelangt waren. Insofern wären – ähnlich der Vorschrift des § 104 AufenthG – Übergangsvorschriften im Zuge der Neuregelung des § 2 AsylbLG zwingend nötig gewesen.

### 3. Fazit

Offensichtlich hat man seitens des BSG versucht, möglichst viele Rechtsprobleme im Bereich des AsylbLG im Rahmen einiger weniger Entscheidungen zu lösen, dies im Rahmen der hier im Vordergrund stehenden Entscheidung in besonderem Maße. Durchwegs zufriedenstellende Lösungen sind dem BSG dabei nur bedingt geglückt. Viele Fragen sind darüber hinaus auch noch unbeantwortet geblieben.

Für die Praxis bleibt insbesondere im Hinblick auf den Vorwurf eines Rechtsmissbrauchs festzuhalten, dass die Behörde im Einzelnen den Rechtsmissbrauch als anspruchsausschließende Tatsache darlegen und beweisen muss. Legt aber die Behörde ein sozialwidriges Verhalten des Ausländers nachweislich dar, so muss nunmehr der Leistungsberechtigte darlegen, dass dieses Fehlverhalten eben nicht konkret auf die Aufenthaltsdauer durchschlägt.

Es bleibt aber dabei, dass die Frage des Vorliegens eines Rechtsmissbrauchs immer nur unter dem Blickwinkel der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung zum Ausländer- und Asylrecht beantwortet werden kann. Darin liegt dann aber auch das Dilemma in der Behördenpraxis: Die Sozialbehörde mag zwar wissen, wie das BSG eine rechtsmissbräuchliche Selbstbeeinflussung der Aufenthaltsdauer i. S. d. § 2 Abs. 1 AsylbLG definiert. Aber weiß sie auch, welche Mitwirkungshandlungen dem Ausländer bei der Passbeschaffung nach ober- und höchstrichterlicher Rechtsprechung zuzumuten sind?