

Beitrag aus dem Asylmagazin 7–8/2018, S. 233–242

David Werdermann

Die Schließung des »Ausbildungsförderungs-Lochs«

Existenzsichernde Leistungen für Asylsuchende
während Schule, Ausbildung und Studium

© Informationsverbund Asyl und Migration e.V., Juli 2018. Vervielfältigung und Nachdruck sind nur mit Genehmigung des Autors sowie des Informationsverbunds Asyl und Migration gestattet.

Asylmagazin, Zeitschrift für Flüchtlings und Migrationsrecht

Das Asylmagazin liefert die wichtigsten Hintergrundinformationen zu den rechtlichen Fragen rund um die Themen Flucht und Migration:

- Aktuelle Rechtsprechung und Länderinformationen,
- Beiträge zu aktuellen rechtlichen Entwicklungen und Hinweise für die Beratungspraxis,
- Nachrichten, aktuelle Stellungnahmen und Literaturhinweise.

Das ASYLMAGAZIN erscheint im von Loeper Literaturverlag/Ariadne Buchdienst. Der Abonnement-Preis beträgt 62 € für regelmäßig neun Ausgaben pro Jahr. Ein Bestellformular und weitere Informationen zum Abonnement finden Sie unter

www.ariadne.de/engagiert/zeitschrift-asylmagazin/

Dokumente, die sich zur Veröffentlichung im ASYLMAGAZIN eignen, senden Sie bitte an den Informationsverbund Asyl und Migration.



In Kooperation mit



Die Schließung des »Ausbildungsförderungs-Lochs«

Existenzsichernde Leistungen für Asylsuchende während Schule, Ausbildung und Studium

Inhalt

- I. Problembeschreibung
- II. Lösungsansätze
 - 1. »Gute Bleibeperspektive« nach § 132 Abs. 1 SGB III
 - a. Auslegung von § 132 Abs. 1 SGB III
 - b. Auseinandersetzung mit entgegenstehender Rechtsprechung
 - 2. Analoge Anwendung von § 59 Abs. 2 SGB III und § 8 Abs. 2a BAföG
 - 3. Härtefall nach § 22 Abs. 1 S. 2 SGB XII
 - 4. Grundleistungen nach § 3 AsylbLG
 - 5. Verfassungswidrigkeit des § 22 SGB XII
- III. Handlungsempfehlungen und Ausblick

Das Zusammenspiel verschiedener Normen in AsylbLG, SGB XII, SGB III und BAföG führt seit einiger Zeit dazu, dass Asylsuchende, die zur Schule gehen, eine Ausbildung machen oder studieren und sich seit 15 Monaten rechtmäßig in der Bundesrepublik aufhalten, keine existenzsichernden Leistungen erhalten. Die Rede ist von der »BaföG-Falle«¹, einer »Förderlücke«² und einem »Ausbildungsförderungs-Loch«³, das Asylsuchende mitunter zum Abbruch einer bereits aufgenommenen Ausbildung zwingt.

Zu der Problematik hat der Paritätische Gesamtverband eine Arbeitshilfe herausgegeben, die von Claudius Voigt (GGUA Münster/Projekt Q) verfasst wurde.⁴ In diesem Beitrag werden einige Aspekte, die in der Arbeitshilfe beschrieben werden, vertiefend dargestellt. Insbesondere werden die verschiedenen Lösungsansätze, mit denen das Loch gestopft werden kann, mithilfe einer detaillierten Auswertung der Rechtsprechung diskutiert. In diesem Beitrag nicht thematisiert werden mögliche weitere Hilfen (z.B. Wohngeld oder Leistungen der Jugendhilfe), die für die vom Leistungsausschluss betroffenen Personen

infrage kommen können. Für diese ergänzenden Unterstützungsmöglichkeiten sei auf die Arbeitshilfe des Paritätischen verwiesen.

I. Problembeschreibung

Asylsuchende haben nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 AsylbLG einen Anspruch auf Leistungen nach dem AsylbLG. Diese umfassen insbesondere die Grundleistungen nach § 3 AsylbLG, die der Existenzsicherung dienen. Trotz Anpassung an SGB II/SGB XII Leistungen bleiben die AsylbLG-Sätze hinter ersteren zurück, weil bestimmte Bedarfe ausgenommen wurden. Wenn sich Asylsuchende aber seit 15 Monaten ohne wesentliche Unterbrechung im Bundesgebiet aufgehalten haben und die Dauer des Aufenthalts nicht rechtsmissbräuchlich selbst beeinflusst haben, dann ist nach § 2 Abs. 1 AsylbLG das SGB XII entsprechend anzuwenden. Die Betroffenen erhalten dann sogenannte Analogleistungen, die der Sozialhilfe des SGB XII entsprechen.

Dies führt allerdings auch zur Anwendung des § 22 SGB XII, nach dem Auszubildende, deren Ausbildung im Rahmen des BAföG oder des SGB III dem Grunde nach förderungsfähig ist, keinen Anspruch auf Hilfe zum Lebensunterhalt haben. Eine »dem Grunde nach förderungsfähige« Ausbildung liegt auch dann vor, wenn die Ausbildung an sich förderungsfähig ist, die auszubildende Person jedoch aus in ihrer Person liegenden Gründen keine Leistungen nach dem BAföG oder dem SGB III erhält. Der Ausschluss von Leistungen entsprechend dem § 22 SGB XII gilt somit auch für Asylsuchende, obwohl sie wegen der strengen Voraussetzungen der § 8 Abs. 3 BAföG und § 59 Abs. 3 SGB III (mehrjähriger Voraufenthalt) in der Regel keinen Zugang zu den besonderen Systemen der Ausbildungsförderung haben. Die Folge dieser gesetzlichen (Fehl-)Konstruktion ist, dass Asylsuchende ab dem Beginn der Ausbildung bzw. nach 15 Monaten Aufenthalt weder Leistungen nach dem BAföG bzw. dem SGB III noch Sozialhilfe nach dem SGB XII oder Grundleistungen nach dem AsylbLG beanspruchen können.

Die Förderungslücke ist schon lange im deutschen Sozialrecht angelegt. Verschiedene rechtliche und tatsächliche Entwicklungen haben jedoch in den letzten Jahren dazu geführt, dass mehr Personen von ihr betrof-

* David Werdermann ist Rechtsreferendar am Kammergericht Berlin. E-Mail: david.werdermann@mailbox.org.

¹ Informationsverbund Asyl und Migration, Hg. (Autorin: Barbara Weiser), Recht auf Bildung für Flüchtlinge, 2. Auflage 2016, S. 47 ff., abrufbar auf asyl.net unter »Publikationen«.

² BR-Drs. 123/18(B).

³ Weizsäcker, Hochschulzugang für Asylsuchende, Asylmagazin 3/2016, 65, 68.

⁴ Der Paritätische Gesamtverband, Hg. (Autor: Claudius Voigt), Sicherung des Lebensunterhalts während einer Ausbildung für junge Menschen mit Aufenthaltsgestattung oder Duldung, Arbeitshilfe 2018, abrufbar auf asyl.net unter »Publikationen«.

fen sind. 2015 wurde der erforderliche Voraufenthalt für Analogleistungen von vier Jahren auf 15 Monaten herabgesetzt.⁵ Gleichzeitig ist die Dauer von Asylverfahren in den letzten Jahren gestiegen. Zuletzt lag die durchschnittliche Dauer bis zu einer behördlichen Entscheidung bei 10,7 Monaten.⁶ Fehlerhafte, teilweise schlampig erstellte Asylbescheide machen in vielen Fällen zudem ein verwaltungsgerichtliches Verfahren erforderlich, sodass Asylsuchende oft jahrelang auf eine rechtskräftige Entscheidung warten.⁷ Die Anzahl der Asylsuchenden mit Anspruch auf Analogleistungen ist daher deutlich gestiegen. Parallel zu dieser Entwicklung wurde der Zugang zu Studium und Ausbildung deutlich erleichtert: Aufenthaltsrechtliche Studierverbote werden – soweit ersichtlich – nicht mehr erteilt.⁸ Weil der Zugang zu abhängiger Beschäftigung gelockert wurde, dürfen Asylsuchende grundsätzlich bereits nach drei Monaten, spätestens jedoch nach sechs Monaten, eine betriebliche Ausbildung aufnehmen.⁹

Die Kombination von Ausweitung des Kreises der Analogleistungsberechtigten einerseits und Lockerung des Zugangs zu Studium und Ausbildung andererseits hat dazu geführt, dass der bislang eher unbedeutende § 22 SGB XII verstärkt zur Anwendung kommt. Anders als im SGB II¹⁰ hat man den dort geregelten Leistungsausschluss jedoch nicht gelockert.

II. Lösungsansätze

Zur Schließung der Förderungslücke gibt es verschiedene Möglichkeiten. Asylsuchende in betrieblicher Ausbildung können sich auf die Übergangsvorschrift des § 132 Abs. 1 SGB III berufen, die den Zugang zu Berufsausbildungsbeihilfe bei einer »guten Bleibeperspektive« eröffnet (1). Zur Vermeidung einer Schlechterstellung gegenüber Geduldeten kommt zudem eine analoge Anwendung von § 59 Abs. 2 SGB III und § 8 Abs. 2a BAföG in Betracht, die Ausbildungsförderung bei Duldung vorsehen (2). Die Förderungslücke kann auch über das AsylbLG bzw. SGB XII geschlossen werden. Ein Teil der Verwaltungspraxis und Rechtsprechung will die beim Leistungsausschluss vor-

gesehene Härtefallklausel des § 22 Abs. 1 S. 2 SGB XII anwenden (3). Vereinzelt wird auch § 2 AsylbLG so ausgelegt, dass weitere Grundleistungen nach § 3 AsylbLG gewährt werden (4). Schließlich wirft der vollständige Ausschluss von existenzsichernden Leistungen die Frage nach der Verfassungsmäßigkeit des § 22 SGB XII auf (5).

1. »Gute Bleibeperspektive« nach § 132 Abs. 1 SGB III

§ 132 Abs. 1 SGB III

(1) ¹Ausländerinnen und Ausländer, bei denen ein rechtmäßiger und dauerhafter Aufenthalt zu erwarten ist, gehören nach Maßgabe der folgenden Sätze zum förderungsfähigen Personenkreis nach § 59 für Leistungen

1. nach den §§ 51, 75 und 130, wenn ihr Aufenthalt seit mindestens drei Monaten gestattet ist, und
2. nach den §§ 56 und 122, wenn ihr Aufenthalt seit mindestens 15 Monaten gestattet ist.

²Bei einer Asylbewerberin oder einem Asylbewerber, die oder der aus einem sicheren Herkunftsstaat nach § 29a des Asylgesetzes stammt, wird vermutet, dass ein rechtmäßiger und dauerhafter Aufenthalt nicht zu erwarten ist. [...]

Für Asylsuchende in einer betrieblichen Ausbildung wurde mit § 132 Abs. 1 SGB III eine Sonderregel geschaffen, die bis Ende 2018 gilt und voraussichtlich bis Ende 2019 verlängert wird.¹¹ Förderungsfähig sind danach Asylsuchende, deren Aufenthalt seit mindestens drei Monaten gestattet ist und bei denen ein rechtmäßiger und dauerhafter Aufenthalt zu erwarten ist. Diese sogenannte »gute Bleibeperspektive« liegt nach Auffassung der Bundesagentur für Arbeit jedoch nur bei Asylsuchenden aus Syrien, Irak, Iran, Eritrea und Somalia vor. Das wird mit der Gesamtschutzquote begründet, also dem Anteil der Schutzberechtigungen, die das BAMF gewährt, die nur bei diesen Ländern bei über 50 % liege.

Dieses Vorgehen stößt zu Recht auf Kritik, weil die Gesamtschutzquote nur bedingt aussagekräftig in Hinblick auf die Bleibeperspektive ist¹² und weil auch andere, individuelle Umstände bei der Prognose zu berücksichtigen sind.¹³ So weist das SG Köln darauf hin, dass die Gesamtschutzquote aus verschiedenen Gründen Schwankungen unterworfen sein kann. Eine gute Bleibeperspektive für

⁵ Gesetz zur Änderung des Asylbewerberleistungsgesetzes und des Sozialgerichtsgesetzes vom 10. Dezember 2014, BGBl I, S. 2187.

⁶ Vgl. BT-Drs. 19/1631, S. 3 ff. Bei Asylerstanträgen von unbegleiteten Minderjährigen lag sie sogar bei 12,1 Monaten.

⁷ Überblick von Pro Asyl, Was im Asylverfahren passiert – und was dabei alles falsch läuft, 15.2.2016, proasyl.de; siehe auch Memorandum für faire und sorgfältige Asylverfahren, November 2016, abrufbar auf asyl.net unter »Publikationen«.

⁸ Von Harbou, Der Zugang Asylsuchender und Geduldeter zu Erwerbstätigkeit und Bildung, NVwZ 7/2016, S. 421.

⁹ Vgl. § 61 AsylG zur Dauer des Arbeitsverbots, insbesondere bei Verpflichtung nach § 47 Abs. 1 AsylG in einer Erstaufnahmeeinrichtung zu wohnen.

¹⁰ Der Ausschluss des § 7 Abs. 5 SGB II gilt seit 2016 nicht mehr für Ausbildungen, die nach §§ 51, 57 und 58 SGB III förderungsfähig sind.

¹¹ BT-Drs. 19/2072. Maßgeblich ist der Beginn der Ausbildung (§ 132 Abs. 4 Nr. 1 SGB III).

¹² Voigt, Die »Bleibeperspektive«, Asylmagazin 8/2016, S. 245.

¹³ Dazu näher unten unter II.1.a).

afghanische Flüchtlinge, deren Gesamtschutzquote zuletzt knapp unter 50 % lag, hält das Gericht daher zumindest für möglich und gewährte im einstweiligen Rechtsschutz ausbildungsbegleitende Hilfen.¹⁴

Eine gute Bleibeperspektive kann sich nach einem Teil der Rechtsprechung jedoch auch aus der aufgenommenen Ausbildung selbst ergeben. Den Auftakt zu dieser Rechtsprechung machte das SG Potsdam.¹⁵ Die gute Bleibeperspektive ergebe sich daraus, dass Auszubildende im Falle der Ablehnung des Asylantrags zunächst einen Anspruch auf Duldung nach § 60a Abs. 2 S. 3, S. 4 AufenthG hätten. Im Anschluss an die Ausbildung würden sie voraussichtlich eine Aufenthaltserlaubnis nach § 18a Abs. 1 Nr. 1 Bst. a AufenthG erhalten, sofern es sich um eine qualifizierte Berufsausbildung in einem staatlich anerkannten oder vergleichbar geregelten Ausbildungsberuf handelt.

Der Beschluss wurde zunächst vom 14. Senat des LSG Berlin-Brandenburg aufgehoben und der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung abgelehnt.¹⁶ Dem schloss sich auch der 18. Senat des LSG Berlin-Brandenburg in einem parallelen Verfahren an.¹⁷ Gegen diesen Beschluss legte der Antragsteller erfolgreiche Verfassungsbeschwerde ein. Das Bundesverfassungsgericht stellte fest, dass der Antragsteller in seinem Recht auf den gesetzlichen Richter verletzt wurde, indem der Beschluss des LSG allein durch den Senatsvorsitzenden getroffen wurde. Es wies dabei darauf hin, dass eine »ungeklärte sozialrechtliche Rechtslage« vorliege, weil es keine »gefestigte sozialgerichtliche Rechtsprechung zur Auslegung von § 132 SGB III« gebe.¹⁸ Der 18. Senat änderte daraufhin in rechtmäßiger Besetzung seine Rechtsprechung. Er stellte fest, dass »ein Anspruch des Klägers jedenfalls nicht offensichtlich ausgeschlossen sein dürfte« und bejahte den Anordnungsanspruch im Hinblick auf die verfassungsrechtlich gebotene Folgenabwägung.¹⁹ Auch der 14. Senat des LSG Berlin-Brandenburg revidierte daraufhin seine Rechtsprechung. Die Anwendung des § 132 SGB III werfe ungeklärte Rechtsfragen auf, »insbesondere die Rechtsfrage, unter welchen Voraussetzungen im Rahmen des § 132 Abs. 1 SGB III anzunehmen ist, dass bei einem Ausländer oder einer Ausländerin ein rechtmäßiger Aufenthalt (im Bundesgebiet) zu erwarten ist«.²⁰

Im Ergebnis hält die Rechtsprechung aus Berlin-Brandenburg inzwischen einen Anspruch auf Berufsausbildungsbeihilfe zumindest für möglich. Dass die Aufnahme einer qualifizierten Ausbildung tatsächlich einen dauerhaften und rechtmäßigen Aufenthalt erwarten lässt, soll im Folgenden anhand der Auslegung von § 132 Abs. 1 SGB III gezeigt werden (a). Die entgegenstehende Rechtsprechung überzeugt hingegen nicht (b).

a) Auslegung von § 132 Abs. 1 SGB III

Der Wortlaut von § 132 Abs. 1 SGB III enthält keine Anhaltspunkte dafür, dass die Schutzquote für das Herkunftsland das allein bestimmende Kriterium sein soll. Vielmehr ist allgemein davon die Rede, dass »ein rechtmäßiger und dauerhafter Aufenthalt zu erwarten ist«.²¹ Woraus sich diese Erwartung ergeben kann, wird offen gelassen. Sie kann sich somit auch aus einer aufgenommenen Ausbildung ergeben.²²

Zweck von § 132 Abs. 1 SGB III ist es, Personen, die voraussichtlich dauerhaft in Deutschland bleiben werden, frühzeitig in Gesellschaft und Arbeitsmarkt zu integrieren, wie sich aus der Entwurfsbegründung zum Integrationsgesetz ergibt: Es gehe darum, »die unterschiedlichen Voraussetzungen und Perspektiven der Schutzsuchenden zu berücksichtigen und dafür passende Maßnahmen und Leistungen anzubieten sowie im Gegenzug Integrationsbemühungen zu unterstützen und einzufordern, um eine schnelle und nachhaltige Integration zu ermöglichen«. Dabei liege der Schwerpunkt auf einer dem deutschen Arbeitsmarkt gerecht werdenden Qualifizierung der betroffenen Menschen. Je früher damit begonnen werde, umso höher seien die Erfolgsaussichten.²³ Dieser Zweck gilt unabhängig von dem Grund des Verbleibens.

Nach der Begründung des Gesetzentwurfs zu § 44 Abs. 4 S. 2 Nr. 1 AufenthG, der den Zugang zu Integrationskursen regelt und mit § 132 Abs. 1 SGB III identisch ist, sind Asylsuchende erfasst, »die aus einem Land mit einer hohen Anerkennungsquote kommen oder bei denen eine belastbare Prognose für einen erfolgreichen Asylantrag besteht«.²⁴ Die Formulierung zeigt zunächst, dass nicht allein auf den Herkunftsstaat abzustellen ist, sondern auch andere, individuelle Umstände, die eine »belastbare Prognose« ermöglichen, in die Entscheidungsfindung einzube-

¹⁴ SG Köln, Beschluss vom 22.5.2018 – S 20 AL 204/18 ER – asyl.net: M26284, ausführlich zitiert in diesem Heft ab S. 281.

¹⁵ SG Potsdam, Beschluss vom 29.3.2017 – S 6 AL 13/17 ER – asyl.net: M24882.

¹⁶ LSG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 3.5.2017 – L 14 AL 52/17 B ER (Asylmagazin 7–8/2017, S. 313 f.) – asyl.net: M25176.

¹⁷ LSG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 12.6.2017 – L 18 AL 78/17 B ER –, juris.

¹⁸ BVerfG, Beschluss vom 28.9.2017 – 1 BvR 1510/17 (Asylmagazin 3/2018, S. 102 f.) – asyl.net: M25979.

¹⁹ LSG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 16.11.2017 – L 18 AL 182/17 B ER ZVW (Asylmagazin 3/2018, S. 103) – asyl.net: M25672.

²⁰ LSG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 24.1.2018 – L 14 AL 5/17 B ER – asyl.net: M25961.

²¹ Anders etwa § 6 Abs. 6 Landeshochschulgebührengesetz Baden-Württemberg, in dem ausdrücklich auf die Gesamtschutzquote des Herkunftslandes abgestellt wird.

²² Röder, Anmerkung zum Beschluss des VGH Bayern vom 21.2.2017 zum Zugang zu Integrationskursen (19 CE 16.2204), InfAuslR 1/2018, S. 35, 37, Anm. online abrufbar auf asyl.net über M24910.

²³ BT-Drs. 18/8615, S. 1. Vgl. auch Wappler, Sozialrechtliche Leistungen der Bildungsförderung für junge Flüchtlinge, RdJB 3/2016, S. 345, 358.

²⁴ BT-Drs. 18/8615, S. 48.

ziehen sind.²⁵ Die Nennung ist jedoch nicht abschließend zu verstehen. Auch Umstände jenseits des Asylverfahrens können eine Bleibeperspektive begründen. Dass die Entwurfsbegründung diese nicht nennt, liegt daran, dass der Gesetzgeber bei der Gruppe der Personen mit Aufenthaltsgestattung vorrangig eine Bleibeperspektive vor Augen hatte, die sich aus dem Asylverfahren ergibt. Das bedeutet jedoch nicht, dass der Gesetzgeber andere Gründe ausschließen wollte.²⁶ Das ergibt sich auch aus den Wertungen von § 59 Abs. 2 SGB III und § 132 Abs. 2 und Abs. 3 SGB III, durch die der förderungsfähige Personenkreis auch auf Geduldete und Personen mit bestimmten Aufenthaltstiteln ausgeweitet wurde.²⁷ Zudem ging der Gesetzgeber offenbar davon aus, dass auch Geduldete eine gute Bleibeperspektive haben können.²⁸ Diese kann sich denklogisch nicht aus einem erfolgreichen Asylverfahren ergeben. Selbst wenn der Gesetzgeber gewollt hätte, dass nur Personen zugelassen werden, deren Bleibeperspektive sich aus dem Ergebnis des Asylverfahrens ergibt, so wäre dies unbeachtlich, weil dieser unterstellte Wille in keiner Weise im Gesetz zum Ausdruck kommt.²⁹

Nach § 132 Abs. 1 S. 2 SGB III wird bei Asylsuchenden, die aus einem sicheren Herkunftsstaat nach § 29a AsylG stammen, vermutet, dass ein rechtmäßiger und dauerhafter Aufenthalt nicht zu erwarten ist. Im Umkehrschluss gibt es eine entsprechende gesetzliche Vermutung für Asylsuchende aus anderen Staaten nicht. Sie darf auch nicht eigenmächtig durch die Verwaltung aufgestellt werden. Vielmehr ist bei Personen, die nicht aus einem sicheren Herkunftsstaat kommen, nach den Umständen des Einzelfalls zu ermitteln, ob ein rechtmäßiger und dauerhafter Aufenthalt zu erwarten ist.³⁰ Die Bundesagentur für Arbeit stellt jedoch nicht nur eigenmächtig und systemwidrig die Vermutung auf, dass Personen aus Staaten mit einer Gesamtschutzquote von weniger als 50 % keine gute Bleibeperspektive hätten, sie geht sogar darüber hinaus, indem sie eine Widerlegung dieser Vermutung praktisch nicht zulässt.³¹

²⁵ Vgl. Röder, InfAuslR 1/2018, a. a. O. (Fn. 22), S. 37.

²⁶ An anderer Stelle wird das eigentlich relevante Kriterium (der dauerhafte Verbleib in der Bundesrepublik) genannt, s. BT-Drs. 18/8615, S. 31.

²⁷ Vgl. zu § 44 AufenthG Röder, InfAuslR 1/2018, a. a. O. (Fn. 22), S. 37 f.

²⁸ Vgl. BT-Drs. 18/6185, S. 27: »Asylbewerber sowie Geduldete mit jeweils guter Bleibeperspektive müssen frühzeitig Deutsch lernen, damit sie sich in die Gesellschaft und die Arbeitswelt integrieren können.«

²⁹ Zum Verhältnis von Wortlaut und »Wille des Gesetzgebers« vgl. BVerfG, Urteil vom 21.5.1952 – 2 BvH 2/52 –, Rn. 53 (BVerfGE 1, 299, 312). Falsch ist daher auch die Aussage des LSG Nordrhein-Westfalen, der Gesetzgeber habe die gute Bleibeperspektive definiert, vgl. LSG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 19.4.2018 – L 9 AL 227/17 –, asyl.net: M26325, Rn. 7.

³⁰ Röder, InfAuslR 1/2018, a. a. O. (Fn. 22), S. 37; Schmidt-De Caluwe, in: Mutschler/Schmidt-De Caluwe/Coseriu, Sozialgesetzbuch III, 6. Aufl. 2016, § 132, Rn. 10; Mutschler, ebd., § 421, Rn. 10.

³¹ Vgl. Lehner, Gehen oder bleiben? Der Gesetzgeber kann sich nicht entscheiden, 6.6.2016, verfassungsblog.de.

Noch etwas anderes lässt sich der Vermutungsregelung für Menschen aus sicheren Herkunftsstaaten entnehmen. Die in § 132 Abs. 1 S. 2 SGB III vorgenommene gesetzliche Konstruktion einer widerlegbaren Vermutung schließt ein, dass es auch eine realistische Möglichkeit geben muss, die Behörden vom Gegenteil zu überzeugen, also davon, dass eine gute Bleibeperspektive besteht. Dass eine schutzsuchende Person aus einem sicheren Herkunftsstaat die Bundesagentur für Arbeit davon überzeugen kann, der Asylantrag werde entgegen der gesetzlichen Vermutung des § 29a Abs. 1 AsylG Erfolg haben, ist jedoch allenfalls eine theoretische Möglichkeit.³² Da die Bundesagentur für Arbeit in diesen Fragen weder zuständig noch sachkundig ist, wäre es auch nicht sinnvoll, sie mit der detaillierten Prüfung der Erfolgsaussichten des Asylantrags zu befassen und sie so gleichsam zu einer Neben-Asylbehörde zu machen. Sie kann zu diesen Fragen nur eine summarische Prüfung vornehmen, die aber nicht allein ausschlaggebend sein darf. Die Norm ist also so zu verstehen, dass die Widerlegung der Vermutung unter Berufung auf Gründe, die außerhalb des Asylverfahrens im allgemeinen Aufenthaltsrecht angesiedelt sind, möglich sein muss.³³ Wenn aber Menschen aus sicheren Herkunftsstaaten sich zur Widerlegung der gesetzlichen Vermutung auf das allgemeine Aufenthaltsrecht berufen können, muss das für andere Personen, für die es keine gesetzliche Vermutung gibt, erst recht möglich sein.

b) Auseinandersetzung mit entgegenstehender Rechtsprechung

Eine durch die Aufnahme einer Ausbildung begründete gute Bleibeperspektive wird bisher vom SG Karlsruhe, vom LSG Nordrhein-Westfalen sowie vom SG Köln abgelehnt.

In zwei Hauptsacheentscheidungen hat das SG Karlsruhe einen Anspruch auf Ausbildungsförderung abgelehnt.³⁴ Es bezieht sich im Wesentlichen auf die inzwischen revidierte Rechtsprechung des LSG Berlin-Brandenburg sowie auf ein Urteil des VGH Bayern vom Februar 2017.³⁵ Im Verfahren beim VGH ging es um eine afghanische Asylsuchende, der die Zulassung zu einem Integrationskurs mit der Begründung verweigert worden war, dass sie nicht aus einem Land mit hoher Schutzquote stamme. Die Beschwerde der Antragstellerin wies der VGH ab.

³² Vgl. Schmidt-De Caluwe, a. a. O. (Fn. 30), Rn. 9.

³³ Hailbronner, Ausländerrecht, 98. Aktualisierung Oktober 2016, § 44 AufenthG, Rn. 17c, der auf die nationalen Abschiebeverbote und faktische oder rechtliche Abschiebungshindernisse hinweist.

³⁴ SG Karlsruhe, Urteil vom 24.1.2018 – S 2 AL 3795/17 –, juris; SG Karlsruhe, Urteil vom 16.5.2018 – S 2 AL 715/18 –, juris.

³⁵ VGH Bayern, Beschluss vom 21.2.2017 – 19 CE 16.2204 – asyl.net: M24910, mit Anmerkung, a. a. O. (Fn. 22).

Diese – aus verschiedenen Gründen zweifelhafte³⁶ – Entscheidung ist nicht ohne Weiteres auf die Begründung einer Bleibeperspektive durch eine aufgenommene Ausbildung übertragbar. Laut dem VGH Bayern ist selbst die Tatsache, dass die betroffene Asylsuchende zur Zeit als alleinstehende Frau überhaupt nicht von einer Abschiebung nach Afghanistan bedroht ist, kein Kriterium zur Beurteilung der Bleibeperspektive, weil der von Bundesländern erklärte Verzicht auf Abschiebungen keiner rechtlichen Überprüfung unterliege.³⁷ Bei der Aufnahme einer Ausbildung liegt der Fall aber anders. Auszubildende haben nach § 60a Abs. 2 S. 4 AufenthG einen Anspruch auf eine Duldung. Die Erteilung unterliegt der vollen gerichtlichen Kontrolle. Dasselbe gilt für die Aufenthaltserlaubnis nach § 18a Abs. 1 Nr. 1 Bst. a AufenthG.

Das SG Karlsruhe hat zudem darauf verwiesen, dass noch nicht beurteilt werden könne, ob der Kläger die Voraussetzungen für die Ausbildungsduldung erfüllen werde. Namentlich hält das Gericht es für möglich, dass die Behörde aufenthaltsbeendende Maßnahmen ergreift oder der Kläger Straftaten begeht, was zum Ausschluss der Ausbildungsduldung nach § 60a Abs. 2 S. 4 bzw. S. 6 AufenthG führen würde. Bezogen auf die Aufenthaltserlaubnis nach § 18a AufenthG sei noch völlig offen, ob der Kläger die dafür erforderlichen Voraussetzungen erfüllen wird. Das Gericht verkennt dabei, dass die Beurteilung der Bleibeperspektive naturgemäß ein prognostisches Element enthält, sodass zwangsläufig Unsicherheiten bestehen. Auch die vom Gericht selbst vorgenommene Beurteilung nach der Gesamtschutzquote beinhaltet Ungewissheiten. So ist beispielsweise möglich, dass sich die Lage im Herkunftsland ändert oder die asylsuchende Person straffällig wird, was auch bei Asylanerkennung die Ausweisung und unter Umständen sogar die Abschiebung nach sich ziehen kann (vgl. § 53 Abs. 3, § 60 Abs. 8 AufenthG).

Wenn es also keine Sicherheit geben kann, muss eine hinreichende Wahrscheinlichkeit hinsichtlich des dauerhaften, rechtmäßigen Aufenthalts genügen. Eine solche liegt vor, wenn eine qualifizierte Ausbildung aufgenommen wurde: Aufenthaltsbeendende Maßnahmen können von der Ausländerbehörde nicht ergriffen werden, wenn – wie in der Regel zu erwarten ist – der Antrag auf Ausbildungsduldung unmittelbar nach rechtskräftigem Abschluss des Asylverfahrens gestellt wird. Der Hinweis auf etwaige zukünftige Straftaten ist reine Spekulation. Dasselbe gilt für das Fehlen der Voraussetzungen des § 18a Abs. 1 AufenthG. Die Bundesagentur für Arbeit wird die Zustimmung nach § 39 AufenthG erteilen müssen, zumal nach § 18a Abs. 2 AufenthG von einer Vorrangprüfung abgesehen wird. Der Berücksichtigung der zu erwartenden Aufenthaltserlaubnis nach § 18a AufenthG kann auch

nicht entgegengehalten werden, dass diese befristet ist.³⁸ Denn dies ist nach § 26 Abs. 1 AufenthG auch bei einem erfolgreichen Asylantrag der Fall, der unbestritten eine gute Bleibeperspektive begründet.

Nach summarischer Prüfung ist somit bei Aufnahme einer qualifizierten Ausbildung in der Regel mit hinreichender Wahrscheinlichkeit von einem dauerhaften, rechtmäßigen Aufenthalt auszugehen. Mit den Einzelheiten setzt sich das SG Karlsruhe jedoch nicht auseinander. Stattdessen verweist es pauschal auf offene Fragen und verlangt damit eine absolute Sicherheit, die es im Rahmen einer Prognoseentscheidung nicht geben kann.

Berücksichtigt man die Ausbildung bei der Bestimmung der Bleibeperspektive, führt das auch keineswegs dazu, dass alle antragstellenden Personen einen Anspruch auf Ausbildungsförderung hätten, wie das SG Karlsruhe³⁹ und das SG Köln⁴⁰ behaupten. So wird man für eine gute Bleibeperspektive verlangen müssen, dass es sich um eine qualifizierte Ausbildung handelt, die die Möglichkeit einer Ausbildungsduldung sowie der sich daran anschließenden Aufenthaltserlaubnis eröffnet. Das Kriterium der guten Bleibeperspektive in § 132 Abs. 1 SGB III wird daher durch die hier vertretene Auffassung nicht überflüssig.

Das SG Karlsruhe erkennt, dass die von der Bundesagentur für Arbeit vorgenommene Unterscheidung nach dem Herkunftsland eine gleichheitsrechtlich problematische Typisierung darstellt.⁴¹ Einen Verstoß gegen den Gleichheitssatz des Art. 3 GG verneint es gleichwohl unter Berufung auf den Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers und die Verwaltungspraktikabilität. Dabei verkennt es, dass es nicht der Gesetzgeber war, der die Gesamtschutzquote zum alleinigen Kriterium gemacht hat, sondern die Bundesagentur für Arbeit. Der Verwaltung steht jedoch kein Gestaltungsspielraum zu,⁴² zumal ein strenger Rechtfertigungsmaßstab⁴³ für die Ungleichbehandlung gilt, weil mit der Staatsangehörigkeit an ein grundsätzliches unverfügbares Merkmal angeknüpft wird⁴⁴ und die Ungleichbehandlung zur Verweigerung von existenzsichernden Leistungen führt.⁴⁵

Auch das LSG Nordrhein-Westfalen beruft sich auf Praktikabilitätsabwägungen, wenn es ausführt, dass von der Bundesagentur für Arbeit nicht erwartet werden kön-

³⁸ So aber Bienert, Anspruch von Asylbewerbern auf Berufsausbildungsbeihilfe, info also 3/2018, S. 104, 108.

³⁹ SG Karlsruhe, Urteil vom 16.5.2018, a. a. O. (Fn. 34), Rn. 72.

⁴⁰ SG Köln, Beschluss vom 22.5.2018, a. a. O. (Fn. 14).

⁴¹ SG Karlsruhe, Urteil vom 24.1.2018, a. a. O. (Fn. 34), Rn. 62.

⁴² Britz, Einzelfallgerechtigkeit versus Generalisierung, 2008, S. 44, m. w. N.

⁴³ Ausführlich dazu Werdermann, Die Vereinbarkeit von Sonderrecht für Asylsuchende und Geduldete aus sicheren Herkunftsstaaten mit Art. 3 GG, ZAR 1/2018, S. 11, 12 ff.

⁴⁴ BVerfGE 111, 160, 169 f.; 130, 240, 255; Britz, a. a. O. (Fn. 42), S. 45 f.

⁴⁵ Vgl. BVerfG, Beschluss vom 28.9.2017, a. a. O. (Fn. 18), Rn. 22. Zur Prüfungsintensität bei Berührung des Sozialstaatsprinzips: BVerfG, Beschluss vom 22.6.1977 – BvL 2/74 –, Rn. 43 (BVerfGE 45, 376, 387).

³⁶ Röder, InfAuslR 1/2018, a. a. O. (Fn. 22), S. 35.

³⁷ VGH Bayern, Beschluss vom 21.2.2017, a. a. O. (Fn. 35), Rn. 20.

ne, die Einzelheiten des Ausländer- und Asylrechts zu prüfen.⁴⁶ Die Betrachtung des Einzelfalls ist gewiss mit einem gewissen Aufwand verbunden. Von der Behörde wird eine summarische Vorabprüfung der Erfolgsaussichten des Asylantrags bzw. anderer Anträge verlangt. Dies ist jedoch die logische Konsequenz der vom Gesetzgeber geschaffenen Figur der Bleibeperspektive. Zudem kennen wir die individuelle, summarische Prüfung von Erfolgsaussichten auch aus anderen Verfahren, etwa zur Prozesskostenhilfe oder dem einstweiligen Rechtsschutz.⁴⁷

Selbst wenn eine Typisierung durch die Verwaltung im Hinblick auf die Bleibeperspektive zulässig sein sollte, muss die Frage gestellt werden, wie diese ausgestaltet werden darf. So wäre zumindest erforderlich, dass der Einzelfallgerechtigkeit stärker Rechnung getragen wird, indem andere Merkmale als die Staatsangehörigkeit (in ebenfalls typisierender Weise) mit herangezogen werden. Im Hinblick auf einen Asylantrag könnte beispielsweise berücksichtigt werden, ob die antragstellende Person einer bestimmten Volksgruppe angehört oder besonders schutzbedürftig ist.⁴⁸ Die Aufnahme einer Ausbildung ist ebenfalls ein leicht zu ermittelndes Merkmal, das auch bei einer typisierenden Betrachtung in die Prognose einzu-beziehen wäre. Es zu vernachlässigen, verletzt die Betroffenen in ihrem Gleichbehandlungsanspruch nach Art. 3 Abs. 1 GG.

Wenn das LSG Nordrhein-Westfalen darüber hinaus meint, dass die Bejahung einer Bleibeperspektive für Asylsuchende in Ausbildung zu einer Besserstellung gegenüber Personen führen würde, die bereits im Besitz einer Duldung nach § 60a AufenthG sind,⁴⁹ dann legt es eine veraltete Rechtslage zugrunde.⁵⁰ Geduldete haben gemäß § 59 Abs. 2 SGB III in der seit dem 1. August 2016 geltenden Fassung nach einem Voraufenthalt von 15 Monaten nahezu uneingeschränkten Zugang zur Ausbildungsförderung. § 132 Abs. 2 Nr. 2 SGB III erweitert – anders als das LSG Nordrhein-Westfalen meint – lediglich die Förderung auf berufsvorbereitende Maßnahmen.⁵¹ Die Berücksichtigung der zukünftigen Ausbildungsduldung führt daher nicht zu einer Besserstellung gegenüber Personen, die bereits eine Duldung haben. Vielmehr werden durch die gegenwärtige Praxis der Bundesagentur für Arbeit Asylsuchende gegenüber Geduldeten verfassungswidrig benachteiligt, wie im Folgenden gezeigt wird.⁵²

2. Analoge Anwendung von § 59 Abs. 2 SGB III und § 8 Abs. 2a BAföG

Da Geduldete nach einem Voraufenthalt von 15 Monaten nach § 59 Abs. 2 SGB III und § 8 Abs. 2a BAföG während der Ausbildung gefördert werden, während Gestattete grundsätzlich von Leistungen ausgeschlossen sind, liegt eine Ungleichbehandlung aufgrund der aufenthaltsrechtlichen Situation vor. Eine Duldung wird nach § 60a Abs. 2 AufenthG erteilt, wenn die Person ausreisepflichtig ist, aber die Abschiebung aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen nicht möglich ist. Die Duldung stellt keinen Aufenthaltstitel dar und berechtigt auch nicht zum Aufenthalt. Anders verhält es sich bei der Aufenthaltsgestattung, die zwar auch kein Aufenthaltstitel ist, aber zum Aufenthalt während des Asylverfahrens berechtigt. Die Regelungen in SGB III und BAföG führen also dazu, dass Personen, deren Aufenthalt gestattet ist, schlechter gestellt werden als Personen, deren Aufenthalt bloß geduldet wird.⁵³ Diese Schlechterstellung führt in der Praxis dazu, dass Asylsuchende gezwungen sind, ihren grund-, völker- und unionsrechtlich geschützten Asylantrag zurückzunehmen, um Ausbildungsförderung zu erhalten.

Diese Ungleichbehandlung unterliegt ebenfalls strengen Rechtfertigungsanforderungen. Ob ein Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG vorliegt, hängt davon ab, ob für die getroffene Differenzierung Gründe von solchem Gewicht bestehen, dass sie die Ungleichbehandlung rechtfertigen können.⁵⁴ Die Bleibeperspektive kann jedenfalls kein entscheidendes Kriterium für die Unterscheidung zwischen Geduldeten und Gestatteten sein. Die Aufenthaltsgestattung ist zwar ein seiner Natur nach vorübergehender Aufenthaltstitel. Dies gilt jedoch grundsätzlich auch für die Duldung. Sie wird nur erteilt, solange die Abschiebung aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen unmöglich ist (§ 60a Abs. 2 S. 1 AufenthG) oder wenn die vorübergehende Anwesenheit im Bundesgebiet für sachgerecht erachtet wird oder erforderlich ist (§ 60a Abs. 2 S. 2 AufenthG). Eine über einen längeren Zeitraum erteilte bzw. verlängerte Duldung (sogenannte Kettenduldung) ist zwar nicht unüblich, grundsätzlich soll dies jedoch entweder durch den Vollzug der Ausreisepflicht oder durch die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis, etwa nach § 25 Abs. 5, § 25a, § 25b AufenthG, vermieden werden. Geduldete haben daher jedenfalls keine bessere Bleibeperspektive als Gestattete, bei denen eine Aufenthaltsbeendigung zumindest für die Dauer des Asylverfahrens ausgeschlossen ist. Die Schlechterstellung von Gestatteten verstößt daher gegen den Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG.

⁴⁶ LSG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 19.4.2018, a. a. O. (Fn. 29), Rn. 16.

⁴⁷ Vgl. Werdermann, ZAR 1/2018, a. a. O. (Fn. 43), 15; Röder, InfAuslR 1/2018, a. a. O. (Fn. 22), S. 37.

⁴⁸ Vgl. Voigt, Asylmagazin 8/2016, a. a. O. (Fn. 12), S. 249, der auf die hohe Bleibewahrscheinlichkeit von unbegleiteten minderjährigen Flüchtlingen hinweist.

⁴⁹ LSG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 19.4.2018, a. a. O. (Fn. 29), Rn. 17.

⁵⁰ Vgl. ebd., Rn. 4.

⁵¹ BT-Drs. 18/8615, S. 32 f.

⁵² Siehe folgenden Abschnitt II.2.

⁵³ Vgl. Weizsäcker, Asylmagazin 3/2016, a. a. O. (Fn. 3), S. 67 f.; Bienert, info also 3/2018, a. a. O. (Fn. 38), S. 109.

⁵⁴ Vgl. BVerfG, Beschluss vom 6.7.2004 – 1 BvL 4, 5, 6/97 –, Rn. 45 ff. (BVerfGE 111, 160, 169 f.); EGMR, Urteil vom 25.10.2005, Okpisz v. Deutschland – Nr. 59140/00 –, Rn. 26 ff.

Aber selbst wenn man die einmal erteilte Duldung als Indiz dafür ansieht, dass die Person zumindest für einen gewissen Zeitraum in der Bundesrepublik verbleiben wird, rechtfertigt dies nicht in jedem Fall die Benachteiligung von Gestatteten. Diese würden in vielen Fällen nämlich ebenfalls eine Duldung erhalten, wenn sie ausreisepflichtig wären.⁵⁵ Das gilt namentlich in den Fällen, in denen die aufgenommene Ausbildung zur Erteilung einer Ausbildungsduldung nach § 60a Abs. 2 S. 4 AufenthG führen würde. Bei Schülerinnen und Schülern sowie Studierenden kann eine Ermessensduldung nach § 60a Abs. 2 S. 3 AufenthG erteilt werden, wenn der Abschluss bevorsteht. In beiden Fällen scheitert die Erteilung der Duldung einzig daran, dass Personen mit Aufenthaltsgestattung nicht ausreisepflichtig sind. Die fehlende Ausreisepflicht darf ihnen jedoch nicht zum Nachteil gereichen.⁵⁶

Die genannte Schlechterstellung von Asylsuchenden kann bei der Auslegung von § 132 Abs. 1 SGB III⁵⁷ berücksichtigt werden. Bei Asylsuchenden, die sich seit 15 Monaten ununterbrochen rechtmäßig, gestattet oder geduldet im Bundesgebiet aufhalten, ist danach davon auszugehen, dass ein rechtmäßiger und dauerhafter Aufenthalt zu erwarten ist. Das gilt jedenfalls dann, wenn die Voraussetzungen für die Duldung – abgesehen von der Ausreisepflicht – vorliegen. Insofern kann § 59 Abs. 2 SGB III als gesetzlich normierte gute Bleibeperspektive verstanden werden, dessen Rechtsgedanke im Rahmen des § 132 Abs. 1 SGB III auch auf Gestattete angewendet werden muss.

Eine verfassungskonforme Lösung über § 132 Abs. 1 SGB III erfasst jedoch nicht Ausbildungen, die unter das BAföG fallen. Stimmiger ist es daher, die Lösung über eine analoge Anwendung von § 59 Abs. 2 SGB III und § 8 Abs. 2a BAföG zu suchen. Eine planwidrige Regelungslücke hinsichtlich aller Asylsuchender liegt zwar angesichts der ausdrücklichen Erwähnung der Aufenthaltsgestattung in § 132 SGB III nicht vor. Die spezielle Gruppe der Asylsuchenden, die alle Voraussetzungen für eine Duldung außer die Ausreisepflicht erfüllen, dürfte der Gesetzgeber hingegen nicht bedacht haben. Bei einer solchen fiktiven Duldung ist daher eine Analogie zulässig und auch verfassungsrechtlich geboten.

Gegen eine Berücksichtigung von Duldungsgründen im Rahmen von § 132 Abs. 1 SGB III oder im Rahmen einer analogen Anwendung von § 59 Abs. 2 SGB III bzw. § 8 Abs. 2a BAföG spricht auch nicht, dass ihr Vorliegen grundsätzlich durch die Ausländerbehörde zu prüfen ist. Denn zum einen ist es in § 132 Abs. 1 SGB III angelegt, dass die Sozialbehörden sich summarisch mit der

aufenthaltsrechtlichen Situation befassen müssen. Zum anderen müssen die Sozialbehörden ohnehin in vielen Fällen die Voraussetzungen der Duldung prüfen, da die Voraussetzung eines geduldeten Aufenthalts im Sinne des § 59 Abs. 2 SGB III bzw. § 8 Abs. 2a BAföG auch erfüllt ist, wenn eine Duldung hätte erteilt werden müssen.⁵⁸

3. Härtefall nach § 22 Abs. 1 S. 2 SGB XII

§ 22 Abs. 1 SGB XII

(1) ¹Auszubildende, deren Ausbildung im Rahmen des Bundesausbildungsförderungsgesetzes oder der §§ 51, 57 und 58 des Dritten Buches dem Grunde nach förderungsfähig ist, haben keinen Anspruch auf Leistungen nach dem Dritten und Vierten Kapitel. ²In besonderen Härtefällen können Leistungen nach dem Dritten oder Vierten Kapitel als Beihilfe oder Darlehen gewährt werden.

Zur Schließung der Förderungslücke wird mitunter auch eine Lösung über das SGB XII vorgeschlagen. Der Leistungsausschluss nach § 22 SGB XII ist zwar auch bei Analogleistungen nach dem AsylbLG anwendbar.⁵⁹ In der Praxis wird teilweise jedoch § 22 Abs. 1 S. 2 SGB XII angewendet, nach dem in besonderen Härtefällen Leistungen als Beihilfe oder Darlehen gewährt werden können. Unterstützung findet diese Praxis in der Rechtsprechung des LSG Niedersachsen-Bremen.⁶⁰

Das LSG fragt zunächst, ob der im SGB XII verankerte Ausschluss in § 22 Abs. 1 SGB XII möglicherweise im Hinblick auf das SGB II planwidrig zu weit ist.⁶¹ Auszubildende in einer förderungsfähigen Berufsausbildung bzw. in einer berufsvorbereitenden Bildungsmaßnahme sind seit dem 1. August 2016 nicht mehr in § 7 Abs. 5 SGB II genannt, sodass sie seitdem aufstockend Arbeitslosengeld II unter Anrechnung von Ausbildungsvergütung und Ausbildungsförderung erhalten können. Das LSG Niedersachsen-Bremen ist der Auffassung, dass für die Parallelvorschrift § 22 SGB XII nichts anderes gelten dürfte, weil andernfalls eine möglicherweise verfassungsrechtlich bedenkliche Ungleichbehandlung vorliege. Diese Ungleichbehandlung sei nicht vom Gesetzgeber beabsichtigt, sodass eine analoge Anwendung des § 7 Abs. 5 SGB II

⁵⁵ Vgl. Bienert, info also 3/2018, a. a. O. (Fn. 38), S. 110, der daher eine Erweiterung des § 132 Abs. 1 S. 1 SGB III vorschlägt.

⁵⁶ Kritisch hinsichtlich der Schlechterstellung von Personen mit einer Aufenthaltserlaubnis auch Steinweg, in: Ramsauer/Stallbaum, BAföG, 6. Aufl. 2016, § 8, Rn. 50.

⁵⁷ S. o. unter II.1.

⁵⁸ Vgl. Wagner, in: Mutschler/Schmidt-De Caluwe/Coseriu, a. a. O. (Fn. 30), § 59, Rn. 52; BVerwG, Urteil vom 25.3.2014 – 5 C 13/13 –, Rn. 16, juris.

⁵⁹ LSG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 19.2.2018 – L 20 AY 4/18 B ER –, Rn. 27 ff., asyl.net: M26067, m. w. N.

⁶⁰ LSG Niedersachsen-Bremen, Beschluss vom 13.2.2018 – L 8 AY 1/18 B ER – asyl.net: M26058.

⁶¹ Ebd., Rn. 29 ff.

naheliege (also eine Bewilligung der Leistungen auf dieser Grundlage, auch wenn dies im Gesetz nicht ausdrücklich so vorgesehen ist). Zur Begründung könne angeführt werden, dass der Gesetzgeber die entsprechenden Vorschriften (§ 7 Abs. 5, 6 SGB II und § 22 Abs. 1, 2 SGB XII) bewusst parallel gestaltet habe. Dass § 22 SGB XII nicht geändert worden sei, beruhe wahrscheinlich auf einem redaktionellen Versehen. Die Norm habe nur geringe praktische Bedeutung gehabt, weil im Wesentlichen nur noch voll erwerbsgeminderte Menschen und Menschen im Rentenalter von § 22 SGB XII betroffen sein könnten. Erst durch die Verkürzung der Zeitspanne, die vergehen muss, um Analogleistungen nach § 2 AsylbLG beziehen zu können, habe die Vorschrift neue Bedeutung erlangt, was vom Gesetzgeber jedoch offensichtlich nicht beachtet worden sei.

Im Ergebnis wendet das LSG Niedersachsen-Bremen § 7 Abs. 5 SGB II auf Leistungsberechtigte nach dem SGB XII an. Dafür wählt es jedoch nicht den Weg der Analogie, sondern die Härtefallklausel des § 22 Abs. 1 S. 2 SGB XII.⁶² Zur Begründung der besonderen Härte verweist es zum einen auf den Perspektivwechsel, den der Gesetzgeber durch die Änderung des § 7 Abs. 5 SGB II vollzogen habe: Hilfebedürftige junge Menschen sollen danach vorrangig eine Berufsausbildung aufnehmen bzw. beenden, auch wenn sie infolgedessen unter Umständen für mehrere Jahre auf staatliche Hilfe angewiesen seien. Zum anderen verweist das Gericht auf den durch das Integrationsgesetz eingeführten Anspruch auf Erteilung einer Ausbildungsduldung nach § 60a Abs. 2 S. 4 AufenthG. Damit verfolge der Gesetzgeber das Ziel, die Integration von Geduldeten stärker zu fördern und gleichzeitig dem Interesse der Wirtschaft an zusätzlichen Fachkräften Rechnung zu tragen. Dieses politische Ziel, das ebenfalls in den neu eingefügten Vorschriften §§ 18a, 25a und 25b AufenthG zum Ausdruck komme, würde konterkariert, wenn Asylsuchende ihre Ausbildung abbrechen müssten, weil sie ihren Lebensunterhalt nicht bestreiten können.

Mit der Anwendung der Härtefallklausel kommt das LSG zu einem verfassungskonformen Ergebnis. Denn für eine Ungleichbehandlung von Auszubildenden, die unter das SGB XII fallen, gegenüber Leistungsberechtigten nach dem SGB II fehlt es tatsächlich an einem sachlichen Grund. Wenn Leistungen nach dem SGB II während einer Ausbildung gewährt werden, muss dies für Leistungen nach dem SGB XII sogar erst recht gelten.⁶³

Die Entscheidung des LSG Niedersachsen-Bremen löst jedoch nur einen Teil des Problems. Die analoge Anwendung des gelockerten § 7 Abs. 5 SGB II bzw. eine damit begründete Anwendung der Härtefallklausel des § 22 SGB XII vermag einen Leistungsanspruch nur bei einer betrieblichen Berufsausbildung zu begründen. Die vom Gericht ebenfalls zur Begründung herangezogene Ausbil-

dungsduldung umfasst zwar auch schulische Ausbildungen, jedoch nicht einen Schulbesuch oder das Studium. Hier kann über anderweitige Begründungen eines Härtefalls nachgedacht werden. Der Ausschluss von Schülerinnen und Schülern sowie Studierenden ist jedenfalls im Hinblick auf ihre Grundrechte nicht minder problematisch.⁶⁴

4. Grundleistungen nach § 3 AsylbLG

Einen anderen Weg schlägt das SG Dresden ein.⁶⁵ Es stellt ohne nähere Ausführungen fest, dass der Antragsteller dem Leistungsausschluss des § 22 SGB XII unterfällt. Das Vorliegen eines besonderen Härtefalles nach § 22 Abs. 1 S. 2 SGB XII habe er nicht glaubhaft gemacht. Allerdings gebiete eine verfassungskonforme Auslegung des AsylbLG, dass dem Antragsteller derzeit jedenfalls Leistungen nach § 3 AsylbLG zustehen. Dies folge aus der überragenden Bedeutung des Grundrechts auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums. Der Antragsteller könne dieses Grundrecht derzeit außerhalb des AsylbLG nicht einlösen, weil er von Leistungen nach dem SGB II und dem SGB XII ausgeschlossen sei. Innerhalb der ersten 15 Monate des Aufenthalts in Deutschland hätte er trotz Teilnahme an der von ihm absolvierten Ausbildung ohne Weiteres Anspruch auf Leistungen nach § 3 AsylbLG. Es sei kein sachlicher Grund ersichtlich, Asylsuchende nach einer gewissen Aufenthaltsdauer von Leistungen auszuschließen, die ihnen bei einem kürzeren Aufenthalt zustünden. Die Vorschrift des § 2 Abs. 1 AsylbLG sei daher verfassungskonform einschränkend dahingehend auszulegen, dass im Falle eines Ausschlussgrundes nach dem SGB XII die Inanspruchnahme von Leistungen nach § 3 AsylbLG unbenommen bleibt.

Diese einschränkende Auslegung des § 2 AsylbLG überzeugt. Es verstößt gegen den Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG, Asylsuchende wegen ihres längeren Aufenthalts zu benachteiligen. Noch offensichtlicher ist die gleichheitswidrige Konsequenz einer streng am Wortlaut orientierten Anwendung des § 2 AsylbLG, wenn man dessen zweite Voraussetzung in den Blick nimmt. Asylsuchende erhalten nämlich auch dann keine Analogleistungen nach § 2 AsylbLG, wenn sie die Dauer des Aufenthalts rechtsmissbräuchlich selbst beeinflusst haben. Diese Regelung in Verbindung mit dem Leistungsausschluss nach § 22 SGB XII setzt Anreize, die Aufenthaltsdauer rechtsmissbräuchlich zu beeinflussen, um auch während einer Ausbildung Grundleistungen nach § 3 AsylbLG zu erhalten. Ein Ergebnis, das vom Gesetzgeber nicht gewollt sein kann, und Personen, die nicht rechtsmissbräuchlich handeln, ohne sachlichen Grund benachteiligt.

⁶² Ebd., Rn. 41 ff.

⁶³ S. u. unter II.5.

⁶⁴ S. u. unter II.5.

⁶⁵ SG Dresden, Beschluss vom 16.1.2018 – S 20 AY 46/17 ER – asyl.net: M26339.

Die teleologische Reduktion des § 2 AsylbLG – also die einschränkende Auslegung nach Sinn und Zweck der Norm –, wie sie das SG Dresden vorgenommen hat, wird vom LSG Berlin-Brandenburg ausdrücklich abgelehnt.⁶⁶ Es will stattdessen den Ausschluss des § 22 SGB XII analog auch auf Grundleistungen nach § 3 AsylbLG anwenden. Daher fehle es laut LSG bereits an einer Schlechterstellung von Analogleistungsberechtigten gegenüber Grundleistungsberechtigten. Aber auch wenn § 22 SGB XII auf Grundleistungen nicht anwendbar wäre, scheide eine teleologische Reduktion aus, da ansonsten eine Besserstellung von Leistungsberechtigten nach dem AsylbLG gegenüber dem vom SGB XII direkt erfassten Personenkreis bewirkt werde. § 2 AsylbLG bezwecke die Gleichbehandlung von Berechtigten nach dem AsylbLG mit längerer Vorbezugszeit und allen anderen Personen, die Leistungen der Sozialhilfe nach dem SGB XII begehren. Diese leistungsrechtliche Gleichstellung verbiete es geradezu, den für alle potenziell Sozialhilfeberechtigten geltenden Leistungsausschluss bei Betreiben einer dem Grunde nach förderungsfähigen Ausbildung durch Gewährung abgesenkter Leistungen nach § 3 AsylbLG zu umgehen. Der Wertungswiderspruch zwischen dem Sozialhilferecht und dem Asylbewerberleistungsrecht dürfe nicht durch Auslegung des § 2 AsylbLG entgegen seinen klaren Wortlaut perpetuiert werden.

Ähnlich argumentiert das LSG Nordrhein-Westfalen.⁶⁷ Es räumt zwar ein, dass der Leistungsausschluss des § 22 Abs. 1 SGB XII auf Grundleistungsberechtigte nach § 3 AsylbLG keine (unmittelbare oder entsprechende) Anwendung finden dürfe. Dies dürfe jedoch nicht dazu führen, dass Analogleistungsberechtigte privilegiert und – abweichend von der in § 2 Abs. 1 AsylbLG angeordneten entsprechenden Anwendung des SGB XII – insofern gleichgestellt werden. Allenfalls wäre diese Regelungslücke im Wege einer Analogie des § 22 SGB XII zu Lasten der zu Grundleistungen Berechtigten zu schließen.

Die Entscheidungen des LSG Berlin-Brandenburg und des LSG Nordrhein-Westfalen werfen die berechtigte Frage auf, warum das SGB XII überhaupt einen Leistungsausschluss für Personen in einer dem Grunde nach förderungsfähigen Ausbildung enthält, das AsylbLG jedoch nicht. Doch diese Ungleichbehandlung rechtfertigt jedenfalls nicht die Ungleichbehandlung zwischen Grundleistungsberechtigten einerseits und Analogleistungsberechtigten andererseits. Durch eine einschränkende Auslegung des § 2 AsylbLG werden Wertungswidersprüche nicht perpetuiert, sondern lediglich die Grenzen der Ungleichbehandlung verschoben. Analogleistungsberechtigten kann nicht entgegengehalten werden, dass Sozialhilfeberechtigte ebenfalls gegenüber Grundleistungsberechtigten

benachteiligt werden. Die Ungleichbehandlung kann auch nicht durch eine analoge Anwendung des § 22 SGB XII auf Grundleistungsberechtigte vermieden werden. Denn insofern fehlt es an einer planwidrigen Regelungslücke im AsylbLG.⁶⁸ Widersprüche zwischen SGB XII und AsylbLG stehen der Gewährung von Grundleistungen an eigentlich Analogleistungsberechtigten daher nicht entgegen.

5. Verfassungswidrigkeit des § 22 SGB XII

Im Gegensatz zu den oben dargestellten Entscheidungen lehnt die überwiegende Rechtsprechung hingegen sowohl Analogleistungen nach § 2 AsylbLG als auch Grundleistungen nach § 3 AsylbLG für auszubildende Asylsuchende ab.⁶⁹ Dieser vollständige Ausschluss von existenzsichernden Leistungen müsste die Frage nach der Vereinbarkeit des § 22 SGB XII mit dem Recht auf ein menschenwürdiges Existenzminimum nach Art. 1 Abs. 1 GG in Verbindung mit dem Sozialstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 1 GG aufwerfen. Das Grundrecht umfasst sowohl die physische Existenz des Menschen als auch die Sicherung der Möglichkeit zur Pflege zwischenmenschlicher Beziehungen und ein Mindestmaß an Teilhabe am gesellschaftlichen, kulturellen und politischen Leben. Das Grundrecht steht deutschen und ausländischen Staatsangehörigen gleichermaßen zu, auch wenn sie sich nur vorübergehend in der Bundesrepublik aufhalten, und ist »dem Grunde nach unverfügbar«.⁷⁰

Das SG Mainz hat aus diesem Grund die Parallelvorschrift des § 7 Abs. 5 SGB II dem Bundesverfassungsgericht zur Überprüfung vorgelegt. Es folgert aus der Unverfügbarkeit der Menschenwürde, dass die Gewährung von existenzsichernden Leistungen nicht von der Erfüllung von Verhaltenserwartungen abhängig gemacht werden kann.⁷¹ Zudem weist es darauf hin, dass durch den Abbruch der Ausbildung oder des Studiums die Hilfebedürftigkeit weder beseitigt noch verringert wird.⁷²

Das BSG und das BVerfG haben Leistungsausschlüsse für Auszubildende und Studierende jedoch bisher unbeanstandet gelassen. In zwei jüngeren Entscheidungen bestätigte das BVerfG den Ausschluss von Leistungen nach

⁶⁶ LSG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 15.1.2010 – L 23 AY 1/07 –, Rn. 38 ff., juris.

⁶⁷ LSG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 19.2.2018, a. a. O. (Fn. 59), Rn. 33, 41.

⁶⁸ OVG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 15.6.2001 – 12 B 795/00 –, Rn. 2 ff., juris; LSG Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 19.9.2008 – L 8 B 32/08 AY ER –, Rn. 26, juris.

⁶⁹ LSG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 15.1.2010, a. a. O. (Fn. 11); LSG Baden-Württemberg, Beschluss vom 17.1.2017 – L 7 AY 18/17 ER-B –, juris; LSG Schleswig-Holstein, Beschluss vom 24.11.2017 – L 9 AY 156/17 B ER –, juris; LSG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 19.2.2018, a. a. O. (Fn. 59).

⁷⁰ Vgl. BVerfG, Urteil vom 18.7.2012 – 1 BvL 10/10, 1 BvL 2/11 – asyl.net: M19839 (BVerfGE 132, 134, 159 ff.).

⁷¹ SG Mainz, Beschluss vom 18.4.2016 – S 3 AS 149/16 –, Rn. 273 ff., asyl.net: M24233. Vgl. dazu Kempny/Krüger, Menschenwürde jenseits des Abwehrrechts, SGB 7/2013, S. 384, 388 ff. m. w. N.

⁷² SG Mainz, Beschluss vom 18.4.2016, a. a. O. (Fn. 71), Rn. 573.

dem SGB II für Studierende.⁷³ Zur Begründung führte das Gericht aus, dass nach § 2 Abs. 2 S. 2 SGB II erwerbsfähige Leistungsberechtigte ihre Arbeitskraft zur Beschaffung des Lebensunterhalts einsetzen müssten, was die betroffene Person nicht tue, wenn sie studiere.⁷⁴ Auch das BSG begründet die Verfassungsmäßigkeit von § 7 Abs. 5 SGB II damit, dass das SGB II »der Existenzsicherung von Personen dient, die auf dem allgemeinen Arbeitsmarkt Einkommen erzielen wollen und nur wegen des Fehlens einer Erwerbsmöglichkeit (vorübergehend) der Unterstützung bedürfen«. Studierende seien hingegen kaum in der Lage, ihren Lebensunterhalt durch eine von der Bundesagentur für Arbeit vermittelte Erwerbstätigkeit selbst zu sichern.⁷⁵

Die Argumentation zeigt, dass die Rechtsprechung von BVerfG und BSG zur Verfassungsmäßigkeit des § 7 Abs. 5 SGB II, selbst wenn man sie für überzeugend hält,⁷⁶ nicht ohne Weiteres auf § 22 SGB XII übertragbar ist, weil eine entsprechende Obliegenheit zur Aufnahme einer Erwerbstätigkeit im SGB XII nicht enthalten ist. Personen, die originär unter das SGB XII fallen, können bereits wegen des Vorrangs des SGB II nach § 21 SGB II nicht erwerbsfähig sein. Warum aber sollen beispielsweise Menschen im Rentenalter, die auf aufstockende Sozialhilfe angewiesen sind, durch § 22 SGB XII von einem Studium im Alter abgehalten werden? Kapazitätsengpässen an den Hochschulen kann gegebenenfalls durch geeignete hochschulrechtliche Zulassungskriterien Rechnung getragen werden.

Bei Personen, die Analogleistungen nach § 2 AsylbLG erhalten, beruht der Ausschluss von der Grundsicherung für Arbeitssuchende nach dem SGB II auf einer politischen Entscheidung: Die Betroffenen sind zwar in der Regel erwerbsfähig und haben auch eingeschränkten Zugang zum Arbeitsmarkt, von Leistungen nach dem SGB II sind sie gleichwohl ausgeschlossen. Wenn sie also nicht über das SGB II in den Arbeitsmarkt integriert werden sollen, besteht auch bei ihnen kein Grund, sie von einer Ausbildung abzuhalten. Dies gilt umso mehr, als dass der Verzicht auf eine Ausbildung nicht unmittelbar die Bedürftigkeit entfallen lässt, in der Regel sogar zu stärkerer und längerer Bedürftigkeit führen dürfte.⁷⁷ Daher kann der Ausschluss auch nicht mit dem Selbsthilfegrundsatz⁷⁸ begründet werden, nach dem jeder Mensch in die Lage

versetzt werden soll, seinen Lebensunterhalt selbst zu bestreiten.

III. Handlungsempfehlungen und Ausblick

Betroffenen Asylsuchenden ist zu raten, sich auf die geschilderten Lösungsansätze zur Schließung der Förderungslücke zu berufen. Dafür ist ein zweigleisiges Vorgehen erforderlich. Berufsausbildungsbeihilfe ist bei der Agentur für Arbeit zu beantragen, BAföG beim zuständigen BAföG-Amt. Bei einer zu erwartenden Ablehnung (und erfolglosem Widerspruch) kann Klage und Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung beim Sozialgericht bzw. wegen BAföG beim Verwaltungsgericht eingereicht werden.⁷⁹ Daneben sind Analogleistungen nach § 2 AsylbLG sowie hilfsweise Grundleistungen nach § 3 AsylbLG beim zuständigen Sozialamt zu beantragen. In manchen Bundesländern kann man sich dabei auf einschlägige Erlasse bzw. Anwendungshinweise berufen.⁸⁰ Bei einer Ablehnung ist der Weg zu den Sozialgerichten eröffnet.

Es ist zu hoffen, dass sich die Politik in Kürze der unbefriedigenden Rechtslage annimmt.⁸¹ Statt die Übergangsvorschrift des § 132 SGB III um ein Jahr zu verlängern,⁸² sollten Asylsuchende dauerhaft Zugang zu Leistungen nach SGB III und BAföG erhalten. Dabei sollte auf das problematische Kriterium der »guten Bleibeperspektive« verzichtet werden, um die verfassungswidrige Schlechterstellung gegenüber Geduldeten zu beenden und unter Umständen umständliche Einzelfallprüfungen zu vermeiden. Zusätzlich ist der bildungsfeindliche § 22 SGB XII ersatzlos zu streichen.⁸³

⁷³ BVerfG, Beschluss vom 3.9.2014 – 1 BvR 1768/11 –, juris; BVerfG, Beschluss vom 8.10.2014 – 1 BvR 886/11 –, juris.

⁷⁴ Ebd., Rn. 13.

⁷⁵ BSG, Urteil vom 6.9.2007 – B 14/7b AS 28/06 R –, SozR 4-4200 § 7 Nr. 8, Rn. 29.

⁷⁶ Kritisch SG Mainz, Beschluss vom 18.4.2016, a. a. O. (Fn. 71), Rn. 577 ff.

⁷⁷ Für eine restriktive Auslegung der Vorgängervorschrift des § 22 SGB XII daher Felix, Ausschluss der Hilfe zum Lebensunterhalt für Studenten durch das BVerwG, NVwZ 3/1995, S. 245; Marschner, Der Ausschluss von Sozialhilfeleistungen für Auszubildende, NVwZ 9/1995, S. 870.

⁷⁸ Berlit, Sanktionen im SGB II, info also 5/2013, S. 195, 200.

⁷⁹ Eine Vorlage des Autors für eine Klage auf Berufsausbildungsbeihilfe findet sich auf der Seite des Paritätischen Gesamtverbands, Kurzlink: <https://is.gd/DCcQr5>.

⁸⁰ Siehe die Hinweise in der Arbeitshilfe des Paritätischen Gesamtverbands, a. a. O. (Fn. 1), S. 10.

⁸¹ Hoffnung machen das Protokoll der 13. Integrationsministerkonferenz 2018, S. 34, Kurzlink: <https://is.gd/z8RKfB>, sowie ein entsprechender Beschluss des Bundesrates, BR-Drs. 123/18(B). Vgl. auch die Antwort der Bundesregierung auf eine Anfrage der FDP-Fraktion, BT-Drs. 19/2459.

⁸² BT-Drs. 19/2072.

⁸³ Eine Angleichung an § 7 Abs. 5 SGB II würde nur einen Teil der Probleme lösen, s. o. unter II.3.

Unsere Angebote

ASYLMAGAZIN – Zeitschrift für Flüchtlings- und Migrationsrecht Aktuelle Hintergrundinformationen zu den rechtlichen Fragen rund um die Themen Flucht und Migration: Das Asylmagazin bietet Beiträge aus der Beratungspraxis und zu aktuellen rechtlichen Entwicklungen, Rechtsprechung, Länderinformationen, Nachrichten sowie Hinweise auf Arbeitshilfen und Stellungnahmen.

Das Asylmagazin erscheint neunmal im Jahr und kann zum Preis von 62 € jährlich abonniert werden. Der Preis für ein zweites Abonnement beträgt 55 € jährlich. Weitere Informationen und ein Bestellformular finden Sie unter www.asyl.net und beim Verlag:

Von Loeper Literaturverlag im Ariadne Buchdienst
Daimlerstr. 23, 76185 Karlsruhe
E-Mail: bestellservice@ariadne.de
Internet: <https://www.ariadne.de/engagiert/zeitschrift-asylmagazin/>

www.asyl.net Die Internetseite mit einer Rechtsprechungsdatenbank zum Flüchtlings- und Migrationsrecht sowie sachverwandten Rechtsgebieten, ausgewählter Rechtsprechung und Länderinformationen, Beiträgen aus dem ASYLMAGAZIN, Adressen, Gesetzestexten, Terminen, Arbeitsmitteln und Stellungnahmen. Nachrichten und Informationen über aktuelle Rechtsprechung können Sie zusätzlich über einen Newsletter erhalten.

familie.asyl.net Das Informationsportal zum Familiennachzug zu Asylsuchenden und schutzberechtigten Personen.

adressen.asyl.net Bundesweite Datenbank mit Beratungsangeboten.

www.fluechtlingshelfer.info Die Internetseite mit Informationen für die ehrenamtliche Unterstützung von Flüchtlingen: Arbeitshilfen, Projekte, Links und Adressen.

www.ecoi.net Internetdatenbank mit den wichtigsten internationalen Informationen zu Herkunftsländern.

Dokumenten- und Broschürenversand Dokumente, die im ASYLMAGAZIN und bei www.asyl.net mit einer Bestellnummer genannt werden, können bei IBIS e.V. in Oldenburg bezogen werden (Bestellformular im ASYLMAGAZIN).

