

Einzelfragen zu Leistungen nach dem AsylbLG in Zeiten der Pandemie*



1. Einführung und Überblick

Die Covid-19-Pandemie lässt auch Asylbewerberleistungen nicht unberührt. Hinzu kommen neue Entwicklungen durch Entscheidungen von Ober- und Höchstgerichten. Im Workshop „Leistungen nach dem AsylbLG in Zeiten der Pandemie“ haben wir¹ uns daher einzelne aktuelle Fragestellungen zu Leistungen nach dem AsylbLG herausgegriffen und versucht, uns einen Überblick zu verschaffen. Beschäftigt habe ich mich dabei mit den Fragen, ob die Leistungsabsenkungen im AsylbLG nach der BVerfG-Entscheidung zu den Leistungsabsenkungen im SGB II als legitime Einschränkungen des Existenzminimums betrachtet werden können (hierzu 2), welcher Regelbedarf bei Unterbringung von Leistungsberechtigten in Gemeinschaftsunterkünften zugrunde zu legen ist (hier-

* Der Beitrag basiert auf dem Workshop „Leistungen nach dem AsylbLG in Zeiten der Pandemie“ im Rahmen der Hohenheimer Tage zum Migrationsrecht 2021 am 2. Februar 2021. Der Workshop wurde moderiert von Constanze Janda. Dorothee Frings und ich haben uns jeweils mit einzelnen Fragen beschäftigt. Dieser Beitrag beschränkt sich auf die Darstellung der Einzelfragen, mit denen ich mich näher befasst habe, und gibt meine Auffassung wieder. Er behält – dem Workshopcharakter entsprechend – die kursorische und vergrößernde Form bei. Er erhebt weder Anspruch auf Vollständigkeit noch auf – schon gar nicht gleichmäßige – Detailtiefe. Er basiert vornehmlich auf einer Auswertung der Rechtsprechung bis zum 2. Februar 2021.

1 Zum Workshop s. die Anmerkung eben.

zu 3) und wie Ansprüche insbesondere im einstweiligen Rechtsschutz durchgesetzt werden können (hierzu 4). Ein kurzes Fazit am Ende (hierzu 5) rundet den Beitrag ab.

2. Leistungsabsenkungen im AsylbLG als legitime Einschränkungen des Existenzminimums?

2.1 Überblick über die aktuelle Regelung im AsylbLG

Das AsylbLG hat den Anspruch, die menschenwürdige Existenz derjenigen Personen abzusichern, die zum leistungsberechtigten Personenkreis gehören. In einer Reihe von Fällen sieht es allerdings eine Absenkung der Leistungen vor. Unter im Einzelnen sehr unterschiedlichen Voraussetzungen verweisen zahlreiche Vorschriften in der Rechtsfolge einheitlich auf § 1a Abs. 1² AsylbLG. Dieser schließt die Betroffenen von Grundleistungen nach § 3, von sogenannten Analogleistungen nach § 2 und von den sonstigen Leistungen nach § 6 aus und gesteht ihnen nur (grundsätzlich als Sachleistungen zu erbringende, § 1a Abs. 1 Satz 4) Leistungen „zur Deckung ihres Bedarfs an Ernährung und Unterkunft einschließlich Heizung sowie Körper- und Gesundheitspflege“ zu, letztlich also das rein physische Existenzminimum. Nur bei besonderen Umständen im Einzelfall „können ihnen auch andere Leistungen im Sinne von § 3 Absatz 1 Satz 1 gewährt werden“, also weitere „Leistungen zur Deckung des Bedarfs an Ernährung, Unterkunft, Heizung, Kleidung, Gesundheitspflege und Gebrauchs- und Verbrauchsgütern des Haushalts“. Leistungen zur Deckung persönlicher Bedürfnisse des täglichen Lebens (§ 3 Abs. 1 Satz 2) und die sonstigen Leistungen nach § 6 sind jedoch nach dem Gesetzeswortlaut nicht von dieser Öffnungsvorschrift umfasst.

2 Im Folgenden sind Vorschriften ohne nähere Gesetzesangabe solche des AsylbLG.

Einzelfragen zu Leistungen nach dem AsylbLG in Zeiten der Pandemie

Die Vorschriften und die im Detail sehr unterschiedlichen Voraussetzungen darzustellen, die auf diese einheitliche Rechtsfolge verweisen, würde den Rahmen der Darstellung sprengen. Grob – und mit Sicherheit im Einzelfall angreifbar – lassen sich die Vorschriften je nach dem Anknüpfungspunkt für die Leistungsabsenkung in folgende Gruppen einteilen:

- Verfahrenspflichtverletzungen (§ 1a Abs. 5: Verletzung bestimmter AsylG-Pflichten; § 1a Abs. 6: Verschweigen von Vermögen);
- Verweigerung von Integrationsmaßnahmen (§ 5 Abs. 4, § 5a Abs. 3, § 5b Abs. 2);
- Motivation der Einreise „um Leistungen zu erhalten“ (§ 1a Abs. 2, sogenannte „Um-zu-Einreise“);
- Vereitelung der Abschiebung (§ 1a Abs. 3);
- Nichtausreise trotz Ausreisemöglichkeit (§ 1a Abs. 1).

Bei manchen Tatbeständen ist nicht eindeutig, welche Art von Pflichtverletzung hier im Vordergrund steht. Dies betrifft vor allem Vorschriften, die daran anknüpfen, dass ein anderer Staat für die Durchführung des Asylverfahrens zuständig ist (§ 1 Abs. 4, § 1a Abs. 4, 7). § 11 Abs. 2a stellt schließlich auf bestimmte Verfahrensstadien ab. Zur Komplexität trägt weiter bei, dass nicht alle Absenkungstatbestände gleichermaßen auf alle Leistungsberechtigten nach § 1 Abs. 1 anwendbar sind, sondern häufig nur für Leistungsberechtigte nach einer oder mehreren Nummern in dieser Vorschrift. Im Allgemeinen sind die Leistungsabsenkungen nach § 14 Abs. 1 auf sechs Monate zu befristen. Sie sind aber nach § 14 Abs. 2 im unmittelbaren Anschluss daran fortzusetzen, sofern die Voraussetzungen weiterhin erfüllt werden. Nur bei Pflichtverletzungen im Asylverfahren endet die Absenkung gemäß § 1a Abs. 5 Satz 2 mit der Erfüllung der Pflicht aus dem AsylG.

2.2 Überblick über die Maßstäbe der Sanktionsentscheidung des BVerfG vom 5. November 2019

In seiner Entscheidung vom 5. November 2019³ hat das BVerfG für die Verfassungsmäßigkeit von Leistungsabsenkungen im SGB II Maßstäbe aufgestellt. Unter strengen Voraussetzungen sei die Durchsetzung staatlich auferlegter Handlungs-, Duldungs- oder Unterlassungspflichten mit Sanktionen möglich, die eine Einschränkung der erbrachten Existenzsicherungsleistungen und damit eine Unterdeckung des Existenzminimums zur Folge haben. Voraussetzung hierfür sei (Rn. 136),

- dass die durchzusetzende Pflicht selbst verfassungsrechtlich angemessen ist (Rn. 138–152) und
- dass die Leistungseinschränkung für sich genommen einen legitimen Zweck verfolgt und als Mittel zur Durchsetzung dieser angemessenen Pflicht geeignet, erforderlich und angemessen („zumutbar“, Rn. 158) ist (Rn. 153 ff.).

Bei der Frage, ob die Leistungseinschränkung zur Pflichtdurchsetzung geeignet, erforderlich und angemessen ist, sieht das BVerfG nur einen begrenzten Einschätzungsspielraum des Gesetzgebers (Rn. 166–188): Eine prognostische Einschätzung der Geeignetheit sei möglich, müsse aber auf Daten bzw. Studien basieren. Je länger eine Vorschrift in Kraft sei, desto mehr Daten seien erforderlich. Starre Absenkungsfristen, deren Dauer durch eine Pflichterfüllung nicht beeinflussbar sind, seien schon ungeeignet (Rn. 177), nicht erforderlich (Rn. 181) und mit einer Dauer von drei Monaten unzumutbar (Rn. 187). Auch müsse ein Absehen von der Absenkung in offensichtlich ungeeigneten und in Härtefällen möglich sein (Rn. 181, 184). Soweit eine verletzte Pflicht nicht mehr erfüllt werden kann, könne stattdessen eine ernsthafte und nachhaltige Bereiterklärung zur Mitwirkung genügen (Rn. 186). Flankierend müsse im Verfahren für die Leistungsberechtigten die Möglichkeit be-

3 BVerfG, 05.11.2019 – 1 BvL 7/16. Rn.-Angaben im folgenden Text beziehen sich hierauf.

Einzelfragen zu Leistungen nach dem AsylbLG in Zeiten der Pandemie

stehen, Besonderheiten vorzutragen, ggf. auch mündlich (Rn. 143, 173). Im Folgenden soll betrachtet werden, inwieweit diese Maßstäbe auf das AsylbLG zu übertragen sind. Dabei ist danach zu unterscheiden,

- ob die Pflichten, die durch die Leistungsabsenkungen durchgesetzt werden sollen, als solche gerechtfertigt sind (hierzu 2.3),
- ob sich die Leistungsabsenkung deshalb rechtfertigen lässt, weil sie bedarfsbezogen ist oder die verletzte Pflicht der unmittelbaren Überwindung der Hilfebedürftigkeit dient (hierzu 2.4) und schließlich
- ob die mit der Leistungsabsenkung durchzusetzende Pflicht und die Leistungsabsenkung in einem angemessenen Verhältnis stehen (hierzu 2.5).

2.3 Übertragbarkeit der BVerfG-Maßstäbe auf die Pflichten nach dem AsylbLG

Rechtsprechung und Literatur haben sich häufig damit befasst, inwieweit die BVerfG-Maßstäbe auf das AsylbLG zu übertragen sind. Einigkeit besteht darin, dass eine Absenkung nur Bestand haben kann, wenn sie dazu dienen soll, eine Pflichterfüllung herbeizuführen.

2.3.1 Keine Leistungskürzung bei Unmöglichkeit der Erfüllung der Mitwirkungspflicht

Deshalb ist eine Leistungskürzung auf der Grundlage von § 1a Abs. 3 – also dann, wenn eine Abschiebung allein aus von dem*der Leistungsberechtigten zu vertretenden Gründen unmöglich ist – nicht zulässig, wenn wegen der Covid-19-Pandemie die Erfüllung einer Mitwirkungspflicht unmöglich ist.⁴

4 Z. B. SG Neuruppin, 23.03.2020 – S 27 AY 3/20 ER zu § 1a Abs. 3.

2.3.2 Verknüpfung aufenthalts- und asylrechtlicher Pflichten mit Leistungskürzungen?

Streitig ist, ob die in § 1a Abs. 3 (und andernorts) vorgenommene Verknüpfung von Pflichten außerhalb des Asylbewerberleistungsrechts, insbesondere aus dem Aufenthalts- oder Asylrecht, mit einer Leistungsminderung zulässig ist. Gegen die Möglichkeit einer solchen Verknüpfung könnte der viel zitierte Satz des BVerfG sprechen „Diese Verpflichtung zur Sicherung des Existenzminimums ist auch zur Erreichung anderweitiger Ziele nicht zu relativieren“ (Rn. 120), in dem das BVerfG zudem auf sein AsylbLG-Urteil⁵ verweist. Das LSG Hessen⁶ hält eine solche Verknüpfung in Fällen des Rechtsmissbrauchs weiter für möglich, nämlich dann, wenn der Staat den Aufenthalt einer Person ausdrücklich nicht duldet oder dulden will, die Durchsetzung dieses Nicht-Duldens aber gerade an einer zumutbaren Mitwirkung dieser Person scheitert. Die Literatur lehnt hingegen eine solche Verknüpfung überwiegend ab, weil das BVerfG einen Zusammenhang zwischen der verletzten Pflicht und der Überwindung der Hilfebedürftigkeit fordere.⁷

5 BVerfG, 18.07.2021 – 1 BvL 10/10, 2/11, Rn. 95.

6 LSG Hessen, 26.02.2020 – L 4 AY 14/19 B ER, juris, Rn. 39.

7 *Marje Mülder*, Licht am Ende des verfassungswidrigen Tunnels?, in: Die Sozialgerichtsbarkeit 2020/1, 30–34, 34; *Jonas Ganter*, Das menschenwürdige Existenzminimum zwischen Karlsruhe und Luxemburg, in: Zeitschrift für europäisches Sozial- und Arbeitsrecht 2020/3, 113–119, 116; *Julian Seidl*, Die Leistungskürzungen des AsylbLG unter dem Damoklesschwert der Verfassungswidrigkeit. Eine Untersuchung von § 1a AsylbLG im Lichte der Vorgaben des BVerfG-Urteils vom 5.11.2019 und der Aufnahme-Richtlinie, in: Zeitschrift für europäisches Sozial- und Arbeitsrecht 2020/5, 213–217, 214 f.; weniger deutlich *ders.*, § 1a AsylbLG und das menschenwürdige Existenzminimum – Die sozialgerichtliche Rechtsprechung nach dem „Sanktionen-Urteil“ des BVerfG (zugleich Besprechung von LSG Hessen v. 26.2.2020 – L 4 AY 14/19 B ER und LSG Hessen v. 31.3.2020 – L 4 AY 4/20 B ER), in: Anwalt/Anwältin im Sozialrecht 2020/5, 171–177, 173 f.; für „problematisch“ hält die Verknüpfung *Constanze Janda*, Das „Sanktionsurteil“ des Bundesverfassungsgerichts und die Leistungseinschränkungen im AsylbLG – Welche Grenzen setzt das

2.3.3 Unzulässigkeit repressiver Sanktionen

Einigkeit besteht hingegen, dass Sanktionstatbestände, die allein an ein nicht mehr änderbares Verhalten der Betroffenen in der Vergangenheit anknüpfen, sogenannte repressive Sanktionen, nach den BVerfG-Maßstäben nicht gerechtfertigt werden können. Dies betrifft zum einen die nach § 1a Abs. 2 sanktionierte sogenannte „Um-zu-Einreise“, also die Einreise, um Asylbewerberleistungen zu erhalten,⁸ und zum anderen den Tatbestand des vorsätzlichen oder grob fahrlässigen Verschweigens von Vermögen (§ 1a Abs. 6)⁹ – dessen Sinn sich angesichts der über § 9 Abs. 4 angeordneten entsprechenden Geltung der §§ 45, 50 SGB X ohnehin nicht erschließt.¹⁰

2.3.4 Ungeschriebene Tatbestandsmerkmale in § 1 Abs. 4, § 1a Abs. 4, 7?

In Frage gestellt wird die Zulässigkeit von Sanktionen auch bei § 1 Abs. 4, § 1a Abs. 4, 7. In diesen Fällen ist – in je unterschiedlichen Verfahrensstadien – ein anderer Staat für die Durchführung des Asylverfahrens zuständig. Problematisch an diesen Vorschriften ist vor dem Hintergrund der BVerfG-Maßstäbe, dass die Vorschriften nach ihrem Wortlaut nicht an eine klar definierte Pflichtverletzung anknüpfen. Die überwiegende Rechtsprechung legt diese Vorschriften deshalb schon in „normalen“ Zeiten so aus, dass sie weitere, ungeschriebene Tatbestandsmerkmale, etwa das Tatbestandsmerkmal des „pflichtwidrigen Verweilens“ enthielten, sobald die Betroffenen Kenntnis von einem anderswo

Recht auf Existenzsicherung?, in: info also – Informationen zum Arbeitslosenrecht und Sozialhilferecht 2020/3, 103–111, 108.

8 LSG Hessen, 31.03.2020 – L 4 AY 4/20 B ER; *Seidl*, Existenzminimum (s. Anm. 7), 172 f.; in der Tendenz ebenso *Janda*, „Sanktionsurteil“ (s. Anm. 7), 109.

9 *Janda*, „Sanktionsurteil“ (s. Anm. 7), 110.

10 Ebenso ebd.

gewährten oder zu gewährenden Schutz haben und die Ausreise in diesen anderen Staat rechtlich und tatsächlich möglich und zumutbar ist.¹¹ Insbesondere während der Covid-19-Pandemie wurde deshalb eine Leistungsabsenkung für unzulässig gehalten, wenn eine Ausreise in das eigentlich zuständige Land während der Pandemie nicht zumutbar ist, weil dort ein menschenrechtlicher Standard nicht geboten wird¹² oder wenn wegen Reisebeschränkungen eine Ausreise nicht möglich war¹³. Demgegenüber ist ein Teil der Rechtsprechung jedenfalls für § 1a Abs. 7 der Auffassung, dass diese Vorschrift kein solches ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal enthalte.¹⁴ In der Literatur wird überwiegend die Auffassung abgelehnt, dass zu Lasten der Betroffenen ungeschriebene Tatbestandsmerkmale angenommen werden. So seien die Sanktionsnormen eng auszulegen und die von der Rechtsprechung konstruierten Pflichten seien bereits in anderen Sanktionsnormen erfasst¹⁵ und teils sei nicht die Ausreise selbst, sondern nur die Bereitstellung zur Abschiebung Anknüpfungspunkt der Norm¹⁶. Aber auch mit umgekehrter Zielrichtung wird gegen die Annahme ungeschriebener Tatbestandsmerkmale argumentiert:

-
- 11 LSG Bayern, 17.09.2018 – L 8 AY 13/18 B ER; LSG Niedersachsen-Bremen, 19.11.2019 – L 8 AY 26/19 B ER; LSG Nordrhein-Westfalen, 27.03.2020 – L 20 AY 20/20 B ER; LSG SH, 15.06.2020 – L 9 AY 78/20 B ER; SG München, 10.02.2020 – S 42 AY 82/19 ER; SG Stuttgart, 23.02.2020 – S 11 AY 458/20 ER; SG Karlsruhe, 23.10.2020 – S 12 AY 3018/10 ER.
 - 12 Betreffend Griechenland: LSG Nordrhein-Westfalen, 27.03.2020 – L 20 AY 20/20 B ER; SG Stuttgart, 23.02.2020 – S 11 AY 458/20 ER; SG Karlsruhe, 23.10.2020 – S 12 AY 3018/10 ER.
 - 13 Betreffend Malta: LSG Hessen, 02.06.2020 – L 4 AY 7/20 B ER.
 - 14 LSG Nordrhein-Westfalen, 22.05.2020 – L20 AY 7/20 B ER; SG Osnabrück, 27.01.2020 – S 44 AY 76/19 ER; SG Oldenburg, 02.12.2020 – S 26 AY 44/20 ER.
 - 15 *Dagmar Oppermann*, Sozialleistungen für Geflüchtete im Fokus europäischer Sekundärmigration, in: Zeitschrift für europäisches Sozial- und Arbeitsrecht 2020/8, 305–312, 311.
 - 16 *Seidl*, Damoklesschwert (s. Anm. 7), 215 f.

So dürften die Asylbewerberleistungsbehörden und Gerichte nicht auf diesem Weg aufenthalts- und asylrechtliche Entscheidungen konterkarieren.¹⁷

2.4 Einschränkung der Leistungen gerechtfertigt wegen Bedarfsbezogenheit oder unmittelbaren Bedürftigkeitsbezugs?

2.4.1 Überblick über die Maßstäbe des BVerfG zur Zumutbarkeit einer Einschränkung von Existenzsicherungsleistungen überhaupt

Neben diesen Maßstäben für die Zweck-Mittel-Relation zwischen der durchzusetzenden Pflicht und der Einschränkung der existenzsichernden Leistungen hat das BVerfG¹⁸ zum zweiten auch Maßstäbe für die Einschränkung der existenzsichernden Leistungen überhaupt aufgestellt. So wiederholt es zunächst den schon aus früheren Entscheidungen bekannten Maßstab, dass das Existenzminimum einheitlich zu gewährleisten ist und sowohl das physische wie auch das soziokulturelle Existenzminimum umfasst (Rn. 160):

„[Bei der Einschränkung der Leistungen] lässt sich nicht darauf verweisen, hier könne auf soziokulturelle Teilhabebedarfe verzichtet werden. Verfassungsrechtlich hat der Gesetzgeber zwar einen Entscheidungsspielraum bei der Beurteilung der tatsächlichen Verhältnisse und der wertenden Einschätzung des notwendigen Bedarfs [...], doch ist eine Hierarchisierung der Bedarfe aufgrund der einheitlichen Gewährleistung nicht zulässig.“

Demnach könnten die Absenkungen bedarfsbezogen sein und sich im Rahmen des Entscheidungsspielraums des Gesetzgebers halten (hierzu sogleich 2.4.2). Eine andere Rechtfertigungsmöglichkeit ergäbe sich

17 *Klaus Deibel*, Anspruchseinschränkungen im Asylbewerberleistungsrecht und Rückführungsverbote, in: ZFSH/SGB Sozialrecht in Deutschland und Europa 2020, 75–77, 77.

18 Auch hier beziehen sich Rn.-Angaben auf BVerfG, 05.11.2019 – 1 BvL 7/16.

dann, wenn die Pflichterfüllung gerade zur Deckung des Bedarfs führen würde (hierzu 2.4.3). Soweit beides nicht der Fall ist, stellt sich die Frage, ob die bedarfsunabhängigen Einschränkungen gerechtfertigt sein können (2.4.4).

2.4.2 Bedarfsbezogene Einschätzung des Gesetzgebers im Rahmen seines Entscheidungsspielraums?

Fraglich ist, ob sich die Absenkung der Leistungen auf das physische Existenzminimum im Rahmen des Entscheidungsspielraums des Gesetzgebers hält. Bis 2015 kannte das AsylbLG nur Leistungseinschränkungen auf das unabweisbar Gebotene. Weder bei den Verschärfungen durch das Asylverfahrensbeschleunigungsgesetz¹⁹ zum 24. Oktober 2015 noch bei der Erstellung der heutigen Fassung durch das Zweite Gesetz zur besseren Durchsetzung der Ausreisepflicht²⁰ zum 21. August 2019 hat sich der Gesetzgeber in den Gesetzgebungsmaterialien²¹ dazu geäußert, ob und wenn ja weshalb Betroffene geringere Bedarfe haben sollten. Auch lassen sich in der Realität keine Anhaltspunkte dafür finden, dass die Betroffenen in den durch die Absenkungsnormen erfassten Lebenssituationen einen entsprechend verminderten Bedarf hätten, dass diese Personen beispielsweise keinen Bedarf mehr an Kommunikationsmitteln oder an Transport zur Erfüllung religiöser Bedürfnisse hätten. Damit lassen sich die Leistungseinschränkungen auf das physische Existenzminimum gerade nicht durch einen tatsächlich reduzierten Bedarf rechtfertigen.

19 Asylverfahrensbeschleunigungsgesetz v. 20.10.2015, BGBl. I 2015, S. 1722.

20 Zweites Gesetz zur besseren Durchsetzung der Ausreisepflicht v. 15.08.2019, BGBl. I 2019, S. 1294.

21 Zum Asylverfahrensbeschleunigungsgesetz: Bundestags-Drucksache 18/6185 und Bundestags-Drucksache 18/6386; zum Zweiten Gesetz zur besseren Durchsetzung der Ausreisepflicht: Bundestags-Drucksache 19/10047 und Bundestags-Drucksache 19/10706.

2.4.3 Unmittelbarer Bedürftigkeitsbezug der Pflicht: Pflichterfüllung würde gerade zur Deckung des Bedarfs führen?

In der Sanktionsentscheidung vom 5. November 2019 hat es das BVerfG darüber hinaus für möglich und erlaubt gehalten, Leistungen dann einzuschränken,

„wenn und solange Leistungsberechtigte es selbst in der Hand haben, durch Aufnahme einer [...] zumutbaren Arbeit [...] ihre menschenwürdige Existenz tatsächlich und unmittelbar [...] selbst zu sichern. [...] Wird eine solche tatsächlich existenzsichernde [...] zumutbare Erwerbstätigkeit ohne wichtigen Grund [...] willentlich verweigert, [...] ist daher ein vollständiger Leistungsentzug zu rechtfertigen.“²²

Allerdings stehen die Pflichten, um die es bei den Absenkungstatbeständen hier geht, gerade nicht in einem Zusammenhang mit der Bedarfsdeckung, insbesondere nicht konkret des über das physische Existenzminimum hinausgehenden soziokulturellen Existenzminimums.

2.5 *Erfüllung der Maßstäbe für bedarfsunabhängige Einschränkungen?*

Damit verbleibt es nach den Maßstäben des BVerfG zur Rechtfertigung beim Erfordernis, dass (gerade) die Leistungseinschränkung geeignet, erforderlich und angemessen sein muss, die Pflichterfüllung herbeizuführen. Hier billigt das BVerfG dem Gesetzgeber zwar auch eine Einschätzungsprärogative zu, allerdings nur dann, wenn er sich auf Daten und Studien stützen kann – je länger die Vorschrift in Kraft ist, desto mehr Daten sind erforderlich (Rn. 166 ff.; s. hierzu auch oben 2.2).

22 BVerfG, 05.11.2019 – 1 BvL 7/16, Rn. 209.

2.5.1 Geeignetheit und Erforderlichkeit der Leistungseinschränkungen, insbesondere bei § 1a Abs. 3?

Allerdings hat der Gesetzgeber, wie LSG Hessen²³ unter Berufung auf die Gesetzgebungsmaterialien²⁴ feststellt, beispielsweise zu § 1a Abs. 3, also der Unmöglichkeit der Abschiebung aus von den Betroffenen selbst zu vertretenden Gründen, keinerlei Erkenntnisse dazu, inwieweit die Sanktionsdrohung geeignet ist, die Betroffenen gerade zur Erfüllung dieser Mitwirkungspflicht zu bringen.²⁵ Darüber hinaus wird in der Literatur die Erforderlichkeit bezweifelt, da aufenthaltsrechtliche Mittel, insbesondere eine Aufenthaltsbeendigung, als mildere Mittel zur Verfügung stünden.²⁶

2.5.2 Fehlen einer Härteregelung

Hinzu kommt, dass das BVerfG gefordert hat, dass eine Leistungsab-senkung mit einer Härteregelung flankiert werden muss (Rn. 181, 184; s. hierzu auch oben 2.2). Nach seinem Wortlaut sieht § 1a Abs. 1 Satz 3 eine Härteregelung nur insoweit vor, als auch weitere, im physischen Existenzminimum ausgeschlossene Leistungen gewährt werden können. Durch die Bezugnahme nur auf „andere Leistungen im Sinne von § 3 Absatz 1 Satz 1“ sind hingegen Leistungen des notwendigen persönlichen Bedarfs, also das sogenannte soziokulturelle Existenzminimum, das über den bloß physischen Bedarf hinausgeht, auch in Härtefällen ausgeschlossen. In dieser Rigorosität des prima-facie-Wortlauts ist die Norm sicherlich verfassungswidrig. Um dieses Ergebnis zu vermeiden und um – insbesondere im einstweiligen Rechtsschutz – eine Rechtsgrundlage für die Gewährung von Leistungen zu haben, legt LSG Hes-

23 LSG Hessen, 26.02.2020 – L 4 AY 14/19 B ER, juris, Rn. 40–45.

24 Bundestags-Drucksache 19/16190, S. 53.

25 Ebenso *Seidl*, Existenzminimum (s. Anm. 7), 175.

26 Ebd.

Einzelfragen zu Leistungen nach dem AsylbLG in Zeiten der Pandemie

sen²⁷ die Härteregelung des § 1a Abs. 1 Satz 3 extensiv aus, sodass nach seinem Verständnis auch Leistungen des § 3 Abs. 1 Satz 2 und damit das soziokulturelle Existenzminimum erfasst sein sollen, allerdings nur insoweit, als diese Bedarfe sich aufdrängen. In der Literatur wird diese extensive Auslegung aus methodischen Gründen kritisch gesehen.²⁸

2.5.3 Starre Befristung der Leistungseinschränkung; Wiederholbarkeit der Befristung

§ 14 sieht nach seinem klaren Wortlaut eine starre Befristung der Leistungseinschränkung auf sechs Monate und eine theoretisch unendliche Wiederholbarkeit der befristeten Sanktionen vor. Hier besteht zunächst Einigkeit, dass die Einschränkung bei einer Nachholung der Mitwirkungspflicht „selbstverständlich“²⁹ beendet werden muss.³⁰ Fraglich ist, wie mit einer „Dauerverweigerung“ umzugehen ist, also mit Personen, die auf Dauer trotz Sanktionierung die Pflichten nicht erfüllen. Zur früheren Fassung des § 1a vor Inkrafttreten des Asylverfahrensbeschleunigungsgesetzes hatte das BSG in seinem sogenannten „Rechtstreue“-Urteil³¹ einmal vertreten, dass der Gesetzgeber den uneingeschränkten Leistungsbezug von der Rechtstreue abhängig machen dürfe³² und dass eine Begrenzung der Leistungseinschränkung auf eine bestimmte Dauer jedenfalls dann nicht zu fordern sei, wenn die Betroffenen jederzeit die Leistungseinschränkung durch ihr Verhalten abwenden könnten.³³ Diese

27 LSG Hessen, 26.02.2020 – L 4 AY 14/19 B ER.

28 *Seidl*, Existenzminimum (s. Anm. 7), 175.

29 *Dagmar Oppermann*, in: Rainer Schlegel/Thomas Voelzke (Hg.), *juris Praxis-Kommentar SGB XII, Saarbrücken* 32020, § 14 AsylbLG, Rn. 17.

30 SG München, 10.02.2020 – S 42 AY 82/19 ER; *Seidl*, Existenzminimum (s. Anm. 7), 176; *Oppermann*, in: *jurisPK-SGB XII* (s. Anm. 29), § 14 AsylbLG, Rn. 17.

31 BSG, 12.05.2017 – B 7 AY 1/16 R.

32 Ebd., Rn. 30.

33 Ebd., Rn. 37.

schon früher äußerst umstrittene Auffassung³⁴ lässt sich sicherlich im Lichte der Sanktionen-Entscheidung des BVerfG nicht mehr aufrechterhalten. Hier hält die Literatur daher zu Recht eine dauerhafte Einschränkung für unzumutbar.³⁵ Vielmehr muss § 14 teleologisch reduziert werden. In den Fällen der Dauerverweigerung ist letztlich konkret die Ungeeignetheit der Leistungsabsenkung zur Durchsetzung der Pflicht nachgewiesen. Angesichts der BVerfG-Entscheidung ist eine Befristung auf eine gewisse Höchstdauer nötig. Meines Erachtens bieten sich hier die vom BVerfG zugrunde gelegten maximal zumutbaren drei Monate³⁶ an, jeweils innerhalb eines Jahres. Die Literatur lässt teils weiter gehend sechs Monate innerhalb eines Jahres zu.³⁷

2.6 Fazit zu Leistungseinschränkungen

Bei jedem einzelnen Leistungseinschränkungstatbestand im AsylbLG muss konkret geprüft werden, ob damit

- ein legitimer Zweck in Form einer Pflicht verfolgt wird und ob
- die Leistungseinschränkung konkret zur Durchsetzung dieser Pflicht geeignet, erforderlich und angemessen ist.

Dabei sind mindestens der vollständige Ausschluss des soziokulturellen Existenzminimums auch in Härtefällen sowie die nach dem Gesetzeswortlaut bestehende unendliche Befristungswiederholung verfassungswidrig.

34 Vgl. nur die vom BSG selbst zitierten Gegenstimmen: BSG, 12.05.2017 – B 7 AY 1/16 R, Rn. 37.

35 *Seidl*, Existenzminimum (s. Anm. 7), 176; *Oppermann*, in: jurisPK-SGB XII (s. Anm. 29), § 14 AsylbLG, Rn. 21; schon vor Inkrafttreten des § 14: *dies.*, in: ebd., § 1a AsylbLG, Rn. 169.

36 BVerfG, 05.11.2019 – 1 BvL 7/16, Rn. 187.

37 *Oppermann*, in: jurisPK-SGB XII (s. Anm. 29), § 1a AsylbLG, Rn. 169.

3. Regelbedarfe bei Unterbringung in Gemeinschaftsunterkünften

3.1 Einführung und Hintergrund

Die existenzsichernden Leistungen werden auch im AsylbLG ganz oder zum Teil nach Regelsätzen erbracht. Dabei entsprechen die Regelsätze bei den sogenannten Analogleistungen nach § 2 der Höhe nach denen des SGB XII. Bei den Grundleistungen gemäß § 3 richtet sich die Höhe der Leistungen nach § 3a, und zwar unterschieden nach dem notwendigen persönlichen Bedarf nach § 3 Abs. 1 Satz 2 (soziokulturelles Existenzminimum) in § 3a Abs. 1 einerseits und dem notwendigen Bedarf nach § 3 Abs. 1 Satz 1 (physisches Existenzminimum) in § 3a Abs. 2 andererseits.

Seit Inkrafttreten des Dritten Gesetzes zur Änderung des Asylbewerberleistungsgesetzes³⁸ am 1. September 2019 werden sowohl bei den Grundleistungen wie bei den Analogleistungen die Leistungen für Personen, die in Aufnahmeeinrichtungen oder Gemeinschaftsunterkünften untergebracht sind, in derselben Höhe bestimmt wie bei zwei Partnern eines Ehepaares, also entsprechend der Regelbedarfsstufe 2. Im Jahr 2020 bedeutet das

- bei den Grundleistungen (§§ 3, 3a)
 - für Barleistungen für den notwendigen persönlichen Bedarf nach § 3 Abs. 1 Satz 2 gemäß § 3a Abs. 1 Nr. 2 BSt. b einen Betrag von 146 Euro monatlich (statt für Alleinstehende 162 Euro) und
 - für Barleistungen für den notwendigen Bedarf nach § 3 Abs. 1 Satz 1 gemäß § 3a Abs. 2 Nr. 2 BSt. b einen Betrag von 182 Euro monatlich (statt für Alleinstehende 202 Euro),
 - mithin insgesamt 36 Euro monatlich oder 9,9 % weniger pro Person und

38 Drittes Gesetz zur Änderung des Asylbewerberleistungsgesetzes v. 13.08.2019, BGBl. I 2019, S. 1290.

- bei den Regelbedarfen der Analogleistungen (§ 2)
 - als Regelsatz der Regelbedarfsstufe 2 einen Betrag von 401 Euro monatlich (statt für Alleinstehende 446 Euro),
 - mithin insgesamt 45 Euro monatlich oder 10,1 % weniger pro Person.

3.2 Begründung für die gegenüber Regelbedarfsstufe 1 niedrigere Regelsatzhöhe der Regelbedarfsstufe 2 in den allgemeinen Systemen

Einen solchen um 10 % abgesenkten Regelsatz kennen auch die Regel-Existenzsicherungssysteme des SGB II und SGB XII für Partner*innen in Mehrpersonenhaushalten. Hintergrund ist eine angenommene und praktisch vollständig geschätzte Einsparung in Mehrpersonenhaushalten. Das BVerfG hat in verschiedenen Entscheidungen zur Regelbedarfsstufe 2 gebilligt, dass für Paarhaushalte diese Einsparung auf einer bloßen Schätzung beruht.³⁹

3.3 Begründung für die Zuordnung von AsylbLG-Berechtigten in Gemeinschaftsunterkünften zur Regelbedarfsstufe 2

Ausweislich der Gesetzgebungsmaterialien geht der Gesetzgeber davon aus, dass Betroffenen, die in Gemeinschaftsunterkünften untergebracht sind, Einspareffekte zugutekommen würden, die „Paarhaushalten im Ergebnis vergleichbar“ seien.⁴⁰ So führt die Begründung des Gesetzentwurfs an, dass Festnetz- oder Internetanschlüsse zur gemeinschaftlichen Nutzung bereitgestellt würden, dass die Möglichkeit bestehe „zur gemeinsamen Nutzung oder zum Austausch bei den Bedarfen an Freizeit,

39 BVerfG, 09.02.2010 – 1 BvL 1, 3, 4/09, Rn. 152, 188 f.; BVerfG, 23.07.2014 – 1 BvL 10, 12/12, 1 BvR 1691/13, Rn. 100.

40 Bundestags-Drucksache 19/10052, S. 23 f.

Einzelfragen zu Leistungen nach dem AsylbLG in Zeiten der Pandemie

Unterhaltung und Kultur“ und dass Einspareffekte beim notwendigen Bedarf an Nahrung bestünden, „indem Lebensmittel oder zumindest der Küchengrundbedarf in größeren Mengen gemeinsam eingekauft und in den Gemeinschaftsküchen gemeinsam genutzt werden.“⁴¹ Das gemeinsame Wirtschaften sei möglich und zumutbar, weil alle Leistungsberechtigten in der Sammelunterkunft eine „Schicksalsgemeinschaft“ bildeten. Häufig würde die Unterbringung im Familienverbund und getrennt nach Volksgruppen stattfinden. Sollte doch einmal das gemeinschaftliche Wirtschaften nicht zumutbar sein, würden die Sammelunterkünfte „Lösungen innerhalb des Hauses oder gemeinsam mit einer anderen Sammelunterkunft“ ermöglichen.⁴²

3.4 Bewertung der Zuordnung zur Regelbedarfsstufe 2

Die vom Gesetzgeber vorgenommene Absenkung ist in mehrerlei Hinsicht problematisch.

3.4.1 Überschätzung der Einsparmöglichkeiten bei den Barleistungen der Grundleistungen (§§ 3, 3a)

Die Höhe der Regelsätze im SGB XII orientiert sich nach dem RBEG am tatsächlichen Ausgabeverhalten von Haushalten mit niedrigem Einkommen, das in der Einkommens- und Verbrauchsstichprobe nach bestimmten Ausgabenabteilungen erfasst wird. Für die Bestimmung der Barleistungen nach § 3a nimmt der Gesetzgeber allerdings bestimmte Bedarfspositionen aus der Bedarfsbestimmung aus. Auf diese Art gehen große Bedarfspositionen, die bei Paarhaushalten außerhalb von Gemeinschaftsunterkünften tatsächlich zu Einspareffekten führen,⁴³ bei den Grundleistungen überhaupt nicht in die Leistungsberechnung ein:

41 Ebd.

42 Ebd.

43 Vgl. die ebd., S. 22, 24 genannten Positionen.

- So sind bei den Ausgaben der Abteilung 4 die Aufwendungen für den Haushaltsstrom und die Wohnungsinstandhaltung vollkommen ausgegliedert.⁴⁴ Das ist bei Alleinstehenden in Gemeinschaftsunterkünften vertretbar, weil beides dort von der Unterkunft gestellt wird. Bei Paarhaushalten in Wohnungen stellen diese Positionen jedoch einen großen Einspareffekt dar, weil, plakativ gesprochen, die Glühbirne über dem Esstisch gleich viel Strom verbraucht, ob eine oder zwei Personen darunter sitzen.
- Auch Ausgaben für den Hausrat sind vollständig aus der Berechnung der Ausgaben der Abteilung 5 ausgenommen.⁴⁵ Auch dies ist für Alleinstehende nachvollziehbar, weil Hausrat durch die Unterkunft gestellt wird. Aber auch hier fällt das enorme Einsparpotenzial in Paarhaushalten durch die gemeinsame Nutzung etwa von Haushaltsgeräten (Kühlschrank, Waschmaschine) vollständig weg.
- Dasselbe gilt schließlich für langlebige und deshalb vergleichsweise hochwertige Geräte, die in die Abteilung 9 (Freizeit, Unterhaltung, Kultur) fallen würden. Auch diese sind aus der Berechnung der Grundleistungen ausgenommen.⁴⁶

Hinzu kommt, dass in der Gesetzesbegründung sowohl bei der Begründung zu § 3a Abs. 1 als auch bei der Begründung zu § 3a Abs. 2 dieselben Einspareffekte herangezogen werden, um über beide Teile des Bedarfs eine Absenkung zu rechtfertigen. Dieselben Einspareffekte, die ohnehin schon erheblich kleiner sind als der Gesetzgeber annimmt, werden dann auch noch doppelt angerechnet. Der Gesetzgeber überschätzt die Einsparmöglichkeiten für Personen in Gemeinschaftsunterkünften also systematisch.

44 Ebd., S. 3.

45 Bundestags-Drucksache 18/2592, S. 21 f., Verweis durch Bundestags-Drucksache 19/10052, S. 22, 24.

46 Bundestags-Drucksache 18/7538, S. 21, Verweis durch Bundestags-Drucksache 19/10052, S. 22, 24.

3.4.2 Annahme einer zwangsweisen Schicksalsgemeinschaft

Zum zweiten ist es problematisch, dass der Gesetzgeber – im Unterschied zur freiwillig eingegangenen Partnerschaft oder zum freiwilligen Leben in einer Einrichtung – unter allen Bewohner*innen einer Gemeinschaftsunterkunft eine Schicksalsgemeinschaft postuliert, die letztlich durch die staatliche Entscheidung entstehen soll, Menschen gemeinschaftlich unterzubringen. Eine solche Schicksalsgemeinschaft einfach unwiderleglich zu postulieren, geht an den Realitäten in den Gemeinschaftsunterkünften weit vorbei.

Im Übrigen ist auch bei Paaren im SGB II und SGB XII das tatsächliche gemeinsame Wirtschaften in einem gemeinsamen Haushalt, also einer Wohn- und Wirtschaftsgemeinschaft (!), Voraussetzung dafür, dass der Einspareffekt angenommen und Leistungen der Regelbedarfsstufe 2 gewährt werden. Eine gewisse Einschränkung besteht im SGB XII, weil dort die gemeinsame Wohnung nach § 39 SGB XII eine – freilich widerlegliche – Vermutung für einen gemeinsamen Haushalt darstellt. Dies gilt übrigens nach der BSG-Rechtsprechung auch für nicht dauernd getrennt lebende Ehegatt*innen und Lebenspartner*innen mit getrennten Haushalten: Eine Begrenzung auf 90 % des Regelbedarfs ist dann nicht mehr gerechtfertigt, wenn „nicht mehr ‚aus einem Topf‘ gewirtschaftet werden kann“⁴⁷.

3.5 Umgang der Rechtsprechung mit der Frage

Die Rechtsprechung geht mit der Frage recht unterschiedlich um.

3.5.1 Frage der Zuordnung zur Regelbedarfsstufe 2

Ein Teil der Gerichte ist der Auffassung, dass (jedenfalls in Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes) nur die um die etwa 10 % gesenkten

47 BSG, 16.04.2013 – B 14 AS 71/12 R, Rn. 22.

Leistungen zustehen würden, und zwar auch und unabhängig von der Covid-19-Pandemie.⁴⁸ Andere Gerichte hingegen sehen die um etwa 10 % abgesenkten Leistungen nur dann als gerechtfertigt an, wenn auch tatsächlich gemeinsam gewirtschaftet wird; hierbei handele es sich um ein ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal.⁴⁹ Hieran sieht sich beispielsweise LSG Niedersachsen-Bremen gehindert, weil es annimmt, Alleinstehende müssten in einer Wohnung alleine wohnen.⁵⁰ Das SG Berlin schließlich meint, dass während der Covid-19-Pandemie eine Absenkung nicht möglich sei, weil ein gemeinsames Wirtschaften wegen der Kontaktbeschränkungen nicht zumutbar sei.⁵¹

3.5.2 Übergangsproblematik

Durch die erst kürzlich erfolgte Einführung sind nach dem Wortlaut der genannten Vorschriften auch solche Personen betroffen, die schon vor Inkrafttreten der Neuregelung Analogleistungen bezogen haben. Hier ergibt sich eine gewisse Übergangsproblematik. Nach § 15, der „Übergangsregelung zum Zweiten Gesetz zur besseren Durchsetzung der Ausreisepflicht“, ist

48 LSG Baden-Württemberg, 13.02.2020 – L 7 AY 4273/19 ER-B, juris, Rn. 16; LSG Berlin-Brandenburg, 02.03.2020 – L 15 AY 2/20 BER; LSG Berlin-Brandenburg, 29.05.2020 – L 15 AY 15/20 B ER PKH, juris, Rn. 25; LSG Niedersachsen-Bremen, 09.07.2020 – L 8 AY 52/20 B ER.

49 LSG Mecklenburg-Vorpommern, 10.06.2020 – L 9 AY 22/19B ER, juris, Rn. 19; LSG Sachsen, 23.03.2020 – L 8 AY 4/20 B ER, juris, Rn. 38; SG Bremen, 03.07.2020 – S 39 AY 55/20 ER, juris, Rn. 24; SG Marburg, 28.08.2020 – S 9 AY 20/20 ER, juris, Rn. 57 f.; SG Landshut, 14.10.2020 – S 11 AY 39/20, juris, Rn. 46.

50 LSG Niedersachsen-Bremen, 09.07.2020 – L 8 AY 52/20 B ER.

51 SG Berlin, 19.05.2020 – S 90 AY 57/20 ER, juris, Rn. 29.

Einzelfragen zu Leistungen nach dem AsylbLG in Zeiten der Pandemie

„[für] Leistungsberechtigte nach dem Asylbewerberleistungsgesetz, auf die bis zum 21.08.2019 gemäß § 2 Absatz 1 des Asylbewerberleistungsgesetzes das Zwölfte Buch Sozialgesetzbuch entsprechend anwendbar war, [...] § 2 des Asylbewerberleistungsgesetzes in der Fassung der Bekanntmachung vom 5. August 1997 (BGBl. I S. 2022), das zuletzt durch Artikel 4 des Gesetzes vom 17. Juli 2017 (BGBl. I S. 2541; 2019 I S. 162) geändert worden ist, weiter anzuwenden.“

Insbesondere das SG Freiburg ist in mehreren Entscheidungen der Auffassung, dass diese Übergangsregelung auch die Höhe der Regelsätze beziehungsweise die Regelbedarfsstufe erfasse.⁵² Das SG Freiburg begründet dies mit dem Wortlaut von § 15, dem unmittelbaren zeitlichen Zusammenhang der beiden in Rede stehenden Gesetze vom 13. und 15. August 2019 sowie der Notwendigkeit einer verfassungskonformen Auslegung der Übergangsregelung: Es handele sich bei der Absenkung der bisher bezogenen Regelsätze um einen Fall unechter Rückwirkung, der es erforderlich mache, dass die Betroffenen sich auf die veränderte Rechtslage innerhalb angemessener Zeit einstellen. Zwar sei es vorstellbar, dass entsprechende Einsparungen durch gemeinsames Wirtschaften möglich wären, allerdings angesichts der hierfür erforderlichen Dispositionen nicht vor Ablauf einer gewissen Vorbereitungszeit, die hier bei einem Inkrafttreten innerhalb von zehn Tagen nicht gegeben gewesen sei.

Demgegenüber soll die Übergangsvorschrift nach dem LSG Baden-Württemberg⁵³ und der Literatur⁵⁴ nur die Verlängerung der Wartefrist von 15 auf 18 Monate, nicht dagegen die Höhe der Regelbedarfsstufe erfassen. Diese Gegenauffassung beruft sich auf die Entstehungsgeschichte der Norm. Tatsächlich ist allerdings keine ausdrückliche Erklärung in den Gesetzgebungsmaterialien zu finden, worauf auch das SG Freiburg hinweist.

52 SG Freiburg, 03.12.2019 – S 9 AY 4605/19 ER, juris, Rn. 5; SG Freiburg, 06.12.2019 – S 9 AY 4705/19 ER, nicht veröffentlicht; SG Freiburg, 11.08.2020 – S 9 AY 1173/20, juris, Rn. 18–24; SG Freiburg, 06.10.2020 – S 9 AY 138/20, nicht veröffentlicht (Berufung anhängig beim LSG Baden-Württemberg zum Az. L 7 AY 3516/20).

53 LSG Baden-Württemberg, 13.02.2020 – L 7 AY 4273/19 ER-B.

54 *Oppermann*, in: jurisPK-SGB XII (s. Anm. 29), § 15 AsylbLG, Rn. 14–14.2.

3.6 Fazit

Im Ergebnis ist also die Absenkung der Regelsätze auf die Regelbedarfsstufe 2 oder deren Entsprechung bei den Regelleistungen nicht zu rechtfertigen. Mindestens die Übergangsregelung in § 15 ist daher verfassungskonform so auszulegen, dass sie auch die Regelbedarfsstufe erfasst.

4. Durchsetzung von Ansprüchen, insbesondere im einstweiligen Rechtsschutz

4.1 Einführung

Rechte, die ein Mensch hat, sind nur dann etwas wert, wenn es ihm auch gelingt, diese Rechte durchzusetzen. Dabei sind Asylbewerberleistungen als Existenzsicherungsleistungen in besonderer Weise zeitgebunden: Eine Unterdeckung des menschenwürdigen Existenzminimums in einem Moment kann nicht durch eine Überdeckung zu einem späteren Zeitpunkt kompensiert werden. Deshalb kommt gerade bei den Existenzsicherungsleistungen dem einstweiligen Rechtsschutz eine besondere Bedeutung zu.

Das Sozialgerichtsgesetz, das nach seinem § 51 Nr. 6a auf öffentlich-rechtliche Streitigkeiten in Angelegenheiten des AsylbLG Anwendung findet, kennt – sehr grob gesprochen – zwei Vorschriften zum einstweiligen Rechtsschutz:

- Nach § 86b Abs. 1 SGG kann das Gericht die aufschiebende Wirkung von (Anfechtungs-)Widerspruch und Anfechtungsklage anordnen oder wiederherstellen. Der Maßstab hierfür ist eine summarische Prüfung der Erfolgsaussichten der Hauptsache; bei offenem Ausgang nimmt das Gericht eine Folgenabwägung unter Berücksichtigung der gesetzlichen Grundentscheidung vor.

Einzelfragen zu Leistungen nach dem AsylbLG in Zeiten der Pandemie

- Nach § 86b Abs. 2 SGG kann das Gericht eine einstweilige Anordnung in Bezug auf den Streitgegenstand treffen, in den hier interessierenden Fällen in der Regel eine Regelungsanordnung. Der Maßstab hierfür ist, dass der Anordnungsanspruch und ein Anordnungsgrund (also die Eilbedürftigkeit) glaubhaft gemacht sind.

Insbesondere im Eilverfahren nach § 86b Abs. 2 SGG finden sich die Gerichte in einem Spannungsverhältnis zwischen dem Normverwerfungsmonopol des BVerfG nach Art. 100 Abs. 1 GG und der Rechtsschutzgewährungsgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG, zwischen der Bindung an das Gesetz nach Art. 20 Abs. 3 GG und der Bindung an die Menschenwürdegarantie.

4.2 Umgang mit angenommener Verfassungswidrigkeit im Eilverfahren

Wie ist mit diesem Spannungsverhältnis umzugehen? Die Gerichte haben hierzu unterschiedliche Maßstäbe entwickelt.

4.2.1 Einzelne Beispiele

Immer Vorrang hat die Auslegung. Bei Gesetzen, die sich am Rand oder jenseits der Verfassungskonformität bewegen, führt dies bei einigen Gerichten notwendig zu einer sehr weit verstandenen verfassungskonformen Auslegung. Beispiele hierfür finden sich in der extensiven Auslegung der (ihrem strikten Wortlaut nach verfassungswidrigen, s. o. unter 2.5.2) Härteregelung des § 1a Abs. 1 Satz 3, sodass auch § 3 Abs. 1 Satz 2 erfasst sein soll⁵⁵, oder in der vom Wortlaut gedeckten, aber zunächst

55 LSG Hessen, 26.02.2020 – L 4 AY 14/19 B ER; kritisch hierzu aus methodischen Gründen *Seidl*, Existenzminimum (s. Anm. 7), 175.

kontraintuitiven Anwendung von § 15 auf die Regelbedarfsstufe⁵⁶. Schwer nachvollziehbar sind Entscheidungen, die eine verfassungskonforme Auslegung ablehnen, obwohl sie sie für möglich halten.⁵⁷ Jedenfalls falsch ist die Annahme mancher Gerichte, dass allein im Hauptsacheverfahren eine Anrufung des BVerfG möglich wäre.⁵⁸ Denn das BVerfG hat eine Richter*innenvorlage nach Art. 100 Abs. 1 Satz 1 GG im fachgerichtlichen Eilverfahren für zulässig erklärt, wenn auch nur ausnahmsweise⁵⁹, nämlich bei Vorwegnahme der Hauptsache⁶⁰ oder bei einer ausnahmsweise zu treffenden endgültigen Entscheidung.⁶¹

4.2.2 Nichtanwendung von Eingriffsnormen bei § 86b Abs. 1 SGG

Nach der Kommentarliteratur dürfen Fachgerichte einstweiligen Rechtsschutz gegenüber Eingriffsnormen bereits dann gewähren, wenn sie ernstliche Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit einer Eingriffsnorm haben.⁶² Dabei können die Fachgerichte nach der Auffassung des BVerfG dazu verpflichtet sein, die Sach- und Rechtslage nicht nur summarisch,

56 SG Freiburg, 06.12.2019 – S 9 AY 4705/19 ER, nicht veröffentlicht; SG Freiburg, 03.12.2019 – S 9 AY 4605/19 ER.

57 LSG Baden-Württemberg, 13.02.2020 – L 7 AY 4273/19 ER-B; LSG Berlin-Brandenburg, 02.03.2020 – L 15 AY 2/20 B ER; LSG Berlin-Brandenburg, 29.05.2020 – L 15 AY 15/20 B ER PKH; LSG Niedersachsen-Bremen, 09.07.2020 – L 8 AY 52/20 B ER, juris, Rn. 28.

58 So aber LSG Nordrhein-Westfalen, 22.05.2020 – L 20 AY 7/20 B ER, Rn. 44; SG Osnabrück, 27.01.2020 – S 44 AY 76/19 ER.

59 BVerfG, 26.02.2020 – 1 BvR 1/20, Rn. 7.

60 BVerfG, 05.10.1977 – 2 BvL 10/75, Rn. 35.

61 BVerfG, 08.02.1983 – 1 BvL 20/81, Rn. 27.

62 *Christian Burkiczak*, in: Rainer Schlegel/Thomas Voelzke (Hg.), juris Praxis-Kommentar SGG, Saarbrücken 2017, § 86b, Rn. 71; LSG Hessen, 31.03.2020 – L 4 AY 4/20 B ER, juris, Rn. 31. Fehl geht der Vorwurf des LSG Baden-Württemberg, 13.02.2020 – L 7 AY 4273/19 ER-B, die Vorinstanz SG Freiburg, 06.12.2019 – S 9 AY 4705/19 ER, nicht veröffentlicht, habe einen nicht bestehenden Anspruch kreiert. Vielmehr kam SG Freiburg bei Auslegung von § 15 zu einem anderen Ergebnis.

sondern abschließend zu prüfen. Soweit dem*der Antragsteller*in bei Versagung von einstweiligem Rechtsschutz eine erhebliche, über Randbereiche hinausgehende Verletzung in den Grundrechten droht, die durch die Hauptsache nicht mehr beseitigt werden kann, muss einstweiliger Rechtsschutz gewährt werden.⁶³ Im Bereich des AsylbLG ist eine solche Fallgestaltung denkbar bei einer Feststellung der Einschränkung des Leistungsanspruchs durch Verwaltungsakt, gefolgt von ausführendem Änderungsverwaltungsakt, bei der Anordnung der aufschiebenden Wirkung von Widerspruch und Anfechtungsklage gegen den Verwaltungsakt, der die Einschränkung des Leistungsanspruchs feststellt (vgl. § 11 Abs. 4 Nr. 2) oder bei einer Nichtanwendung von Eingriffsnormen, die in anderweit gewährte Rechte der Leistungsberechtigten eingreifen⁶⁴.

4.2.3 Grundsätzlich kein Kreieren von Anspruchsnormen bei § 86b Abs. 2 SGG

Demgegenüber ist eine Erweiterung von Rechten ohne gesetzliche Grundlage nach der Kommentarliteratur grundsätzlich nicht möglich – ein Anspruch kann nicht kreiert werden.⁶⁵ Das BVerfG hat hierzu unterschiedlich entschieden: 2014 war es noch der Auffassung, dass auch hier eine summarische Prüfung genüge und dass, je gewichtiger die drohende Grundrechtsverletzung sei und je höher ihre Eintrittswahrscheinlichkeit, die tatsächliche und rechtliche Durchdringung der Sache bereits im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes desto intensiver zu erfolgen habe.

63 BVerfG, 14.09.2016 – 1 BvR 1335/13, Rn. 20; BVerfG, 25.10.1988 – 2 BvR 745/88, Rn. 18.

64 LSG Hessen, 31.03.2020 – L 4 AY 4/20 B ER, juris, Rn. 50: Nichtanwendung von § 1a Abs. 2.

65 *Burkiczak*, in: jurisPK-SGG (s. Anm. 62), § 86b, Rn. 72. Anderer Ansicht hingegen ist *David Werdermann*, Anmerkung: Erste LSG-Entscheidungen zum Eilrechtsschutz gegen „Zwangspartnerung“ nach AsylbLG, in: *Asylmagazin* 2020/5, 179–182, online: https://www.asyl.net/fileadmin/user_upload/beitraege_asylmagazin/Beitraege_AM_2020/AM20-5_anm_werdermann_asylblg.pdf (Abruf 31.05.2021).

Es sei nicht zu beanstanden, wenn die Entscheidung auf einer Folgenabwägung beruhe, wenn eine der drohenden Grundrechtsverletzung entsprechende Klärung im Eilverfahren nicht möglich sei.⁶⁶ 2020 formuliert es milder: Die Fachgerichte dürften verfahrensrechtliche Vorschriften nicht übermäßig streng handhaben und dürfen die Anforderungen an die Glaubhaftmachung eines Anordnungsgrundes nicht überspannen. Erforderlich sei eine wertende Betrachtung, ob im konkreten Einzelfall ein wesentlicher Nachteil vorliege, der die Anordnung rechtfertigen könne.⁶⁷ Fallgestaltungen im AsylbLG, die in der Rechtsprechung fruchtbar gemacht worden sind, sind die Frage, ob bei in Gemeinschaftsunterkünften Untergebrachten der Bedarf von Alleinstehenden statt von Partner*innen zugrunde zu legen ist⁶⁸ und die Gewährung von Härteleistungen nach § 1a Abs. 1 Satz 3 i. V. m. § 3 Abs. 1 Satz 2⁶⁹.

4.2.4 Nichtanwendung einer Eingriffsnorm bei Regelungsanordnung – § 86b Abs. 2 SGG

In der Literatur kaum behandelt wird der Fall, dass es im Rahmen einer Erstbewilligung auf die Anwendung einer für verfassungswidrig gehaltenen Eingriffsnorm ankommt. Der*die Antragsteller*in sucht hier also Rechtsschutz nach § 86b Abs. 2 SGG, weil er*sie erstmals eine Leistung begehrt. Allerdings leuchtet auch in diesen Fällen ein, dass unabhängig vom Verfahren allein nach dem materiellen Gehalt einer Norm unterschieden werden sollte, ob also eine Eingriffsnorm vorliegt, die unangewendet bleibt, oder ob eine Leistung ohne eine gesetzliche Grundlage

66 BVerfG, 06.08.2014 – 1 BvR 1453/12, Rn. 10.

67 BVerfG, 01.10.2020 – 1 BvR 1106/20, Rn. 16 zur Frage Regelbedarfsstufe 1 oder 2.

68 Ja: LSG Mecklenburg-Vorpommern, 10.06.2020 – L 9 AY 22/19 B ER; LSG Sachsen, 23.03.2020 – L 8 AY 4/20 B ER, juris, Rn. 38; Ja, während der Pandemiesituation: SG Berlin, 19.05.2020 – S 90 AY 57/20 ER, juris, Rn. 23; Nein, nie: LSG Berlin-Brandenburg, 29.05.2020 – L 15 AY 15/20 B ER PKH.

69 Sehr zurückhaltend, nur die sich aufdrängenden Bedarfe: LSG Hessen, 26.02.2020 – L 4 AY 14/19 B ER.

Einzelfragen zu Leistungen nach dem AsylbLG in Zeiten der Pandemie

ausgesprochen werden soll. Deshalb hat etwa das SG Oldenburg zu Recht bei einer Erstbewilligung im Rahmen eines Verfahrens nach § 86b Abs. 2 SGG ungekürzte Leistungen nach dem AsylbLG gewährt und nur die Eingriffsnorm des § 1a Abs. 7 unangewendet gelassen.⁷⁰

5. Fazit

Immer wieder testet der Gesetzgeber im Existenzsicherungsrecht die Grenzen dessen aus, die ihm die Verfassung zum Schutz der menschenwürdigen Existenz setzt. Im Vergleich zu den Existenzsicherungssystemen im Allgemeinen ist der Einspardruck bei den Asylbewerberleistungen noch größer: Nicht nur ist das Gefühl der Solidarität mit den Asylbewerberleistungsberechtigten in breiten Teilen der Bevölkerung (noch) weniger stark ausgeprägt als gegenüber den Leistungsberechtigten nach dem SGB II und SGB XII, der Gesetzgeber greift vielmehr zusätzlich zu Mitteln des Leistungsrechts um die Durchsetzung aufenthalts- und asylrechtlicher Pflichten zu erreichen, die er mit Mitteln des Aufenthaltsrechts alleine nicht so leicht würde durchsetzen können. Dadurch hält er sich regelmäßig am Rand des verfassungsrechtlich Zulässigen auf oder überschreitet nicht selten auch die Grenze zur Verfassungswidrigkeit. Erschwert wird die Rechtsdurchsetzung durch die Komplexität der Regelungen und durch die Zeitgebundenheit der Ansprüche.

Damit bringt der Gesetzgeber die Gerichte in eine schwierige Situation: Wollen sie die Leistungsberechtigten nicht völlig schutzlos lassen und ihren Auftrag aus Art. 19 Abs. 4 GG und Art. 1 und 20 GG ernst nehmen, sehen sie sich leicht dem Vorwurf ausgesetzt, sich zum Ersatzgesetzgeber aufzuschwingen oder das Verwerfungsmonopol des BVerfG zu verletzen. Diese zerrissene Position der Gerichte im Spannungsfeld zwischen den beiden Prinzipien Gewaltenteilung und Schutz der Menschenwürde führt zu wenig vorhersehbaren Entscheidungen in alle Richtungen.

70 SG Oldenburg, 02.12.2020 – S 26 AY 44/20 ER, juris, Rn. 19.

Andreas Pattar

Letztlich testet der Gesetzgeber auf diese Weise nicht nur die Grenzen der Menschenwürde der Betroffenen aus, sondern auch die Belastbarkeit des demokratischen Rechtsstaats.

Informationen zum Autor

[Prof. Dr. jur. Andreas Pattar](#) ist seit 2009 Professor für Verwaltungsrecht mit Schwerpunkt Sozialrecht an der Hochschule für öffentliche Verwaltung Kehl und war zuvor Richter am Sozialgericht Freiburg. Er ist Autor und Herausgeber mehrerer Werke zum Sozialrecht, vor allem im Bereich der Existenzsicherung und der Kinder- und Jugendhilfe sowie im Sozialverwaltungsverfahrenrecht. Seine Tätigkeitsschwerpunkte sind: Sozialrecht, Internationale Zusammenarbeit, insbesondere afrikanisch-europäische Zusammenarbeit.

Schlagwörter

Asylbewerberleistungen, Pflichtverletzungen, Leistungsabsenkungen, Absenkung von Leistungen, Sanktionen, Regelbedarf in Einrichtungen, Einstweiliger Rechtsschutz, Verfassungsmäßigkeit