



Handlungsweisend für alle Mitarbeiter\*innen<sup>1</sup> des  
Landkreises Göttingen - Fachbereich Jobcenter und der  
Stadt Göttingen - Fachbereich Jobcenter

Lfd. Nr.: 8

Bearbeitung: FD 56.1 Frau Bruns / Frau Wengler

## - Leitfaden - Leistungsberechtigte § 7 SGB II

### Inhaltsverzeichnis

<b>1. Anspruchsvoraussetzungen nach § 7 Abs. 1 S. 1. Nr. 1 bis 4 SGB II.....</b>	<b>6</b>
<b>1.1. Altersbeschränkung .....</b>	<b>6</b>
<b>1.2. Gewöhnlicher Aufenthalt.....</b>	<b>7</b>
<b>1.2.1. Definition gewöhnlicher Aufenthalt .....</b>	<b>7</b>
<b>1.2.2. Nichtsesshafte und Obdachlose.....</b>	<b>7</b>
<b>1.3. Spätaussiedler .....</b>	<b>8</b>
<b>1.4. Anspruchsausschluss für Ausländer nach § 7 Abs. 1 S. 2 SGB II .....</b>	<b>9</b>
<b>1.4.1. Drittstaatsangehörige .....</b>	<b>9</b>
<b>1.4.1.1. Zeitpunkt des Leistungsanspruchswechsels vom AsylbLG ins SGB II nach                     Beendigung eines Asylverfahrens .....</b>	<b>9</b>
<b>1.4.1.1.1. Asylberechtigter, GFK-Flüchtling oder subsidiär Schutzberechtigter .....</b>	<b>9</b>
<b>1.4.1.1.2. Abschiebeverbote nach § 60 Abs. 5 und 7 AufenthG .....</b>	<b>10</b>
<b>1.4.1.1.3. Entscheidung des Gerichts.....</b>	<b>10</b>
<b>1.4.1.2. Aufenthaltstitel im Sinne des § 4 Abs. 1 AufenthG.....</b>	<b>11</b>
<b>1.4.1.3. Aufenthaltsgestattung (§ 55 AsylG) .....</b>	<b>11</b>
<b>1.4.1.4. Duldung (§ 60a AufenthG) .....</b>	<b>12</b>
<b>1.4.1.5. Fiktionsbescheinigungen (§ 81 Abs. 3, Abs. 4 AufenthG) .....</b>	<b>12</b>
<b>1.4.1.6. Chancen-Aufenthaltsrecht, § 104c AufenthG .....</b>	<b>13</b>
<b>1.4.1.7. Allgemeine mögliche Leistungsausschlüsse für Drittstaatsangehörige .....</b>	<b>13</b>
<b>1.4.1.8. Geburt eines Kindes von Asylberechtigten, GFK-Flüchtlingen oder                     subsidiär Schutzberechtigten im Bundesgebiet .....</b>	<b>14</b>

<sup>1</sup> Die im Leitfaden gemachten Angaben beziehen sich sowohl auf die männliche, weibliche als auch auf die unbestimmte Form. Zur besseren Lesbarkeit wird im Folgenden nur die männliche Form verwendet.

1.4.1.9. Zeitpunkt des Leistungsanspruchwechsels vom AsylbLG ins SGB II, ukrainische Geflüchtete.....	14
1.4.2. Unionsbürger .....	15
1.4.2.1. Familienangehörige i.S.d. § 1 Abs. 2 Nr. 3 FreizügG/EU .....	16
1.4.2.2. Nahestehende Person eines/einer Unionsbürgers/in i.S.d. § 1 Abs. 2 Nr. 4 FreizügG/EU .....	17
1.4.2.3. Britische Staatsangehörige und ihre Familienangehörigen.....	18
1.4.2.4. Vorbehalt der Bundesrepublik Deutschland gegen das Europäische Fürsorgeabkommen (EFA) .....	19
1.4.2.5. Gleichbehandlungsanspruch österreichischer Staatsbürger gem. Dt.-Öst. Fürsorgeabkommen (DÖFA).....	20
1.4.3. Ausländer ohne gewöhnlichen Aufenthalt in der BRD, § 7 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 SGB II i. V. m. § 30 SGB I.....	20
1.4.4. Leistungsausschluss nach § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 SGB II Leistungsberechtigte nach § 1 AsylbLG.....	21
1.4.5. Ausschluss für Ausländer für die ersten 3 Monate ab Einreise, § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 SGB II .....	23
1.4.5.1. 3-Monatsausschluss für Drittstaatsangehörige und Unionsbürger .....	23
1.4.5.2. Ausnahmen vom Ausschluss nach § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 SGB II.....	24
1.4.5.2.1. Unionsbürger, die sich in der BRD als Arbeitnehmer oder Selbständige aufhalten sowie deren Familienangehörige (§ 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 SGB II).....	24
1.4.5.2.2. Unionsbürger, den Arbeitnehmern oder Selbständigen gem. § 2 Abs. 3 FreizügG gleichgestellt sind sowie deren Familienangehörige (§ 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 SGB II) .....	26
1.4.5.2.3. Drittstaatsangehörige, die sich nach Kapitel 2 Abschnitt 5 AufenthG in der BRD aufhalten (§ 7 Abs. 1 S. 3 SGB II).....	29
1.4.5.2.4. Familienangehörige von deutschen Staatsangehörigen .....	31
1.4.5.2.5. Unionsbürger, für die eine günstigere Aufenthaltsberechtigung nach AufenthG besteht, § 11 Abs. 14 S. 1 FreizügG/EU (§ 11 Abs. 1 S. 11 FreizügG/EU a. F.)/ i.V.m. AufenthG).....	31
1.4.5.2.6. Familienangehörige eines Ausländers, der einen SGB II-leistungsberechtigenden Aufenthaltstitel nach dem 5. Abschnitt, 2. Kapitel AufenthG (§§22-26 AufenthG) besitzt [...] .....	31
1.4.6. Ausschluss für Ausländer, die kein Aufenthaltsrecht haben, § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2a SGB II .....	31
1.4.7. Ausschluss nach 3-monatigem Aufenthalt in der BRD für Ausländer, deren Aufenthaltsrecht sich allein aus dem Zweck der Arbeitssuche ergibt, § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2b SGB II .....	31
1.4.8. Anspruch für Ausländer, die ihr Aufenthaltsrecht allein oder neben einem Aufenthaltsrecht nach Buchstabe b aus Art. 10 der Verordnung (EU) Nr. 492/2011 ableiten .....	33
1.4.9. Leistungsanspruch bei verfestigtem Aufenthalt in Deutschland, § 7 Abs. 1 S. 4-6 SGB II .....	34

1.4.10. Pflicht zur Unterrichtung der zuständigen Ausländerbehörde.....	35
1.4.11. Nach § 7 Abs. 1 S. 2 SGB II ausgeschlossene Ausländer in Bedarfsgemeinschaften mit SGB II -Berechtigten .....	36
1.4.12. Resettlement-Programm und afghanische Ortskräfte.....	37
<b>2. Mitglieder der Bedarfsgemeinschaft, § 7 Abs. 3 SGB II .....</b>	<b>38</b>
2.1. Erwerbsfähiger Hauptleistungsberechtigter, § 7 Abs. 3 Nr. 1 SGB II.....	38
2.2. Kind begründet Bedarfsgemeinschaft, § 7 Abs. 3 Nr. 2 SGB II.....	39
2.3. Partner des erwerbsfähigen Leistungsberechtigten, § 7 Abs. 3 Nr. 3 SGB II.....	39
2.3.1. Verheiratete Ehepartner, § 7 Abs. 3 Nr. 3 a) SGB II.....	40
2.3.1.1. rechtliches nicht dauerndes Getrenntleben .....	40
2.3.1.2. tatsächliche räumliche Trennung – Regelbedarf, KdU und Einkommensanrechnung .....	40
2.3.2. Eingetragene Lebenspartnerschaft, § 7 Abs. 3 Nr. 3 b) SGB II .....	41
2.3.3. Einstehens- und Verantwortungsgemeinschaft, § 7 Abs. 3 Nr. 3 c), Abs. 3a SGB II... ..	41
2.4. Unter 25-jährige Kinder, § 7 Abs. 3 Nr. 4 SGB II .....	43
2.5. Zeitweise Bedarfsgemeinschaft/Temporäre Bedarfsgemeinschaft (TBG), § 7 Abs. 3 Nr. 1, Nr. 4 SGB II .....	44
2.5.1. Höhe der Bedarfe in den zeitweisen Bedarfsgemeinschaften.....	45
2.5.1.1. Regelbedarfe .....	45
2.5.1.2. Bedarfe für Unterkunft und Heizung.....	46
2.5.2. Kindergeld.....	47
2.5.3. Unterhalt und Leistungen nach dem Unterhaltsvorschussgesetz (UVG) .....	47
2.5.4. Andere Einnahmen (z.B. BAföG, Berufsausbildungsbeihilfe, Ausbildungsvergütung) .....	47
2.5.5. Kinder/Jugendliche in Jugendhilfeeinrichtungen.....	47
2.5.6. Kinder in Pflegefamilien .....	47
2.5.7. Kinder in einem Sprachheilzentrum .....	48
2.6. Gemischte Bedarfsgemeinschaften .....	48
2.6.1. Partner*in, erwerbsunfähige Eltern im SGB XII-Leistungsbezug .....	48
2.6.2. Partner*in mit AsylbLG-Leistungsberechtigung .....	49
<b>3. (Behinderte) Auszubildende in einer nach dem SGB III förderfähigen Berufsausbildung oder einer Berufsvorbereitenden Bildungsmaßnahme (BvB), § 7 Abs. 5 S. 2, S. 1 SGB II .....</b>	<b>49</b>
3.1. Leistungsausschluss für Auszubildende gem. § 7 Abs. 5 S. 2 SGB II .....	49
3.2. SGB II-Leistungen auch bei einer Zweitausbildung .....	50
3.3. Abschluss der Ausbildung .....	50
<b>4. Schüler/-innen und Studierende in einer nach BAföG förderfähigen Ausbildung, § 7 Abs. 5 S. 1, Abs. 6 SGB II .....</b>	<b>50</b>
4.1. Unbeachtliche individuelle Ausschlussgründe .....	50
4.1.1. Abiturskurs .....	51

4.1.2. Weiterbildungsmaßnahmen nach §§ 16 SGB II, 81 ff. SGB III.....	51
4.1.3. Meister-BAföG.....	51
4.1.4. Promotionsstudium.....	52
4.1.5. Unterbrechung des Studiums wegen Krankheit oder Schwangerschaft.....	52
4.1.6. Formelle Beurlaubung.....	52
4.1.7. Studierende im Teilzeitstudium.....	53
4.1.8. Studierende EU-Ausländer.....	53
4.1.9. Lehramts- und Rechtsreferendare.....	53
4.1.10. Gasthörer*innen.....	54
4.2. Aufnahme und Abschluss der Ausbildung.....	54
4.2.1. Aufnahme der Ausbildung.....	54
4.2.2. Abschluss bei Schülerinnen und Schülern (Monatsprinzip gem. § 15b Abs. 3 S. 1, S. 2 BAföG).....	54
4.2.3. Abschluss bei Studierenden (Monatsprinzip gem. § 15b Abs. 3 S. 3 BAföG).....	54
4.2.4. Exmatrikulation von Studierenden.....	55
4.3. Ausnahmen vom Leistungsausschluss für Schüler/-innen und Studierende, § 7 Abs. 6 SGB II.....	56
4.4. Bedarfsgemeinschaft mit ausgeschlossenen Auszubildenden.....	58
5. Aufenthalt in einer stationären Einrichtung oder besonderen Wohnform.....	58
5.1. Grundsätzlicher Leistungsausschluss, § 7 Abs. 4 S. 1, S. 2, S. 4 SGB II.....	58
5.2. Kein Leistungsausschluss, wenn die zwei Ausnahmen des § 7 Abs. 4 S. 3 SGB II vorliegen....	59
5.3. Örtliche Zuständigkeit (§ 36 SGB II).....	59
5.4. Unterbringung in einer stationären Einrichtung i.S.d. § 7 Abs. 4 S. 1 SGB II.....	60
5.5. Einrichtungen zum Vollzug richterlich angeordneter Freiheitsentziehung (z.B. Justizvollzugsanstalten), § 7 Abs. 4 S. 2 SGB II.....	61
5.5.1. Ersatzfreiheitsstrafe nach § 43 Strafgesetzbuch (StGB).....	61
5.5.2. Zurückstellung der Strafvollstreckung nach § 35 Betäubungsmittelgesetz (BtMG) ..	62
5.5.3. Probewohnen außerhalb des Maßregelvollzugs.....	62
5.5.4. Überbrückungsgeld.....	63
5.5.5. Vollzugslockerungen (bspw. Hafturlaub).....	63
5.6. Ausnahme zum Leistungsausschluss nach § 7 Abs. 4 S. 3 Nr. 1 SGB II: Aufenthalt in einem Krankenhaus oder Rehabilitationseinrichtung (§ 107 SGB V).....	63
5.6.1. Krankenhäuser und Rehabilitationseinrichtungen (§ 107 SGB V).....	63
5.6.2. Prognoseentscheidung im Rahmen des § 7 Abs. 4 S. 3 Nr. 1 SGB II.....	63
5.6.3. SGB II-Leistungsausschluss bei vorangegangener stationärer Unterbringung und SGB XII-Leistungsbezug.....	65
5.6.4. Kurzzeitpflege (KZP).....	65
5.7. Ausnahme zum Leistungsausschluss nach § 7 Abs. 4 S. 3 Nr. 2 SGB II: Erwerbstätigkeit auf dem allgemeinen Arbeitsmarkt für mind. 15 Stunden/Woche.....	65

<b>6. SGB II-Leistungsausschluss beim Bezug von Altersrenten, von Knappschaftsausgleichsleistungen oder ähnlicher Leistungen öffentlich-rechtlicher Art, § 7 Abs. 4 S. 1 SGB II .....</b>	<b>66</b>
<b>6.1. Deutsche Altersrente .....</b>	<b>66</b>
<b>6.2. Ausländische Altersrente .....</b>	<b>67</b>
<b>6.3. Knappschaftsausgleichsleistungen nach § 239 SGB VI .....</b>	<b>67</b>
<b>6.4. Ähnliche Leistungen öffentlich-rechtlicher Art-Altersbezügen, die der Altersrente vergleichbar sind .....</b>	<b>68</b>
<b>7. Ortsabwesenheit.....</b>	<b>68</b>

## 1. Anspruchsvoraussetzungen nach § 7 Abs. 1 S. 1. Nr. 1 bis 4 SGB II

Leistungen nach dem SGB II erhalten Personen:

- im Alter von 15 bis zum Erreichen der maßgeblichen Altersgrenze nach § 7a SGB II,
- die erwerbsfähig sind (§ 8 SGB II),
- hilfebedürftig sind (§ 9 SGB II) und
- ihren gewöhnlichen Aufenthalt in der BRD haben.

### 1.1. Altersbeschränkung

Bürgergeld erhalten Personen, die das 15. Lebensjahr vollendet und die Altersgrenze nach § 7a SGB II noch nicht erreicht haben. Personen, die das 15. Lebensjahr noch nicht vollendet haben, erhalten Bürgergeld nach § 19 Abs. 1 S. 2 i.V.m. § 23 SGB II, sofern diese in einer Bedarfsgemeinschaft mit einem erwerbsfähigen Leistungsberechtigten nach § 7 Abs. 1 S. 1 SGB II leben.

Der Kreis der Leistungsberechtigten nach dem SGB II wird also durch das Alter begrenzt. Die Tabelle für die Höchst-Altersgrenze ist in § 7a SGB II abgebildet. Diese entspricht der Altersgrenze für den Beginn der Regelaltersrente der gesetzlichen Rentenversicherung (§ 235 Abs. 2 SGB VI). Mit Erreichen der Altersgrenze endet der Anspruch auf Leistungen nach dem SGB II unabhängig davon, ob ein Rentenanspruch besteht oder nicht. Für die Zeit ab dem 1. des Folgemonats nach der durch § 7a SGB II festgelegten Altersgrenze sind betroffene Personen zeitnah auf Leistungen nach dem SGB XII zu verweisen (§ 44 Abs. 1 S. 3 SGB XII).

Die Altersgrenze erhöht sich für alle, die nach dem 31.12.1946 geboren sind, schrittweise von 65 auf 67 Jahre.

§ 7a SGB II lautet: Personen, die vor dem 01. Januar 1947 geboren sind, erreichen die Altersgrenze mit Ablauf des Monats, in dem sie das 65. Lebensjahr vollenden. Für Personen, die nach dem 31. Dezember 1946 geboren sind, wird die Altersgrenze wie folgt angehoben:

für den Geburtsjahrgang	erfolgt eine Anhebung um Monate	auf den Ablauf des Monats, in dem ein Lebensalter vollendet wird von
1947	1	65 Jahren und 1 Monat
1948	2	65 Jahren und 2 Monaten
1949	3	65 Jahren und 3 Monaten
1950	4	65 Jahren und 4 Monaten
1951	5	65 Jahren und 5 Monaten
1952	6	65 Jahren und 6 Monaten
1953	7	65 Jahren und 7 Monaten
1954	8	65 Jahren und 8 Monaten
1955	9	65 Jahren und 9 Monaten
1956	10	65 Jahren und 10 Monaten
1957	11	65 Jahren und 11 Monaten
1958	12	66 Jahren
1959	14	66 Jahren und 2 Monaten

für den Geburtsjahrgang	erfolgt eine Anhebung um Monate	auf den Ablauf des Monats, in dem ein Lebensalter vollendet wird von
1960	16	66 Jahren und 4 Monaten
1961	18	66 Jahren und 6 Monaten
1962	20	66 Jahren und 8 Monaten
1963	22	66 Jahren und 10 Monaten
ab 1964	24	67 Jahren.

Der Bürgergeld-Bezug endet mit Ablauf des Monats, in dem die Altersgrenze nach § 7a SGB II erreicht wird. Da die Altersrente erst mit Ablauf des Folgemonats ausbezahlt wird, kommt für die Übergangszeit (Ende des SGB II-Leistungsanspruches) bis zur ersten Zahlung der Altersrente ein Darlehen nach § 38 SGB XII in Betracht.

Bei am 01. eines Monats Geborenen endet der SGB II-Leistungsanspruch einen Monat früher als bei Personen, die im laufenden Monat geboren sind. Denn man vollendet ein Lebensjahr immer mit Ablauf des Tages vor seinem Geburtstag, in diesem Fall am letzten Tag des Vormonats.

**Beispiel 1:** Frau K. ist am 03.03.1947 geboren. Vollendung des 65. Lebensjahres am 02.02.2012. Ihr SGB II-Leistungsanspruch endet also am 30.04.2012 (= Ablauf des Monats, in dem Frau K. das Lebensalter von 65 Jahren und 1 Monat vollendet). Ab dem 01.05.2012 Verweis auf SGB XII-Leistungen.

**Beispiel 2:** Herr K. ist am 01.01.1947 geboren. Vollendung des 65. Lebensjahres am 31.12.2011. Sein SGB II-Leistungsanspruch endet also am 31.01.2012 (= Ablauf des Monats, in dem Herr K. das Lebensalter von 65 Jahren und 1 Monat vollendet). Ab dem 01.02.2012 Verweis auf Leistungen nach dem SGB XII.

## 1.2. Gewöhnlicher Aufenthalt

### 1.2.1. Definition gewöhnlicher Aufenthalt

Den gewöhnlichen Aufenthalt hat jemand dort, wo er sich unter Umständen aufhält, die erkennen lassen, dass er an diesem Ort oder in diesem Gebiet nicht nur vorübergehend verweilt (§ 30 Abs. 3 S. 2 SGB I).

Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass am angemeldeten Wohnsitz auch der gewöhnliche Aufenthalt begründet wird.

Liegen Umstände in den persönlichen Verhältnissen vor, die erkennen lassen, dass der Ort nicht den Lebensmittelpunkt darstellt, wird kein gewöhnlicher Aufenthalt begründet. In erster Linie ist für die Begründung des gewöhnlichen Aufenthaltes der Wille des Leistungsberechtigten maßgebend, einen bestimmten Ort zum Mittelpunkt seiner Lebensbeziehungen zu machen. Nach der Rechtsprechung ist dabei nicht der rechtliche Wille, sondern der tatsächlich zum Ausdruck kommende Wille entscheidend.

### 1.2.2. Nichtsesshafte und Obdachlose

Da § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 4 SGB II nicht ausdrücklich einen Wohnsitz oder eine Wohnung fordert, können auch erwerbsfähige nicht sesshafte Personen einen gewöhnlichen Aufenthalt im Sinne dieser Vorschrift haben und damit vom Geltungsbereich des SGB II erfasst sein, solange ihr Lebensmittelpunkt in Deutschland ist.

Nichtsesshaften Personen werden folglich Leistungen nach dem SGB II gewährt (Tagessätze - nicht die gesamte monatliche Leistung im Voraus). Der einheitliche Auszahlungszeitpunkt zwischen 11 und 12 Uhr ist zu beachten, um Mehrfachzahlungen zu vermeiden.

### 1.3. Spätaussiedler

Spätaussiedler im Sinne des Bundesvertriebenengesetzes (BVFG) sind Deutsche (Art. 116 Abs. 1 GG). Da Spätaussiedler\*innen keine Ausländer\*innen im Sinne des AufenthG sind, haben sie bei Vorliegen der sonstigen Anspruchsvoraussetzungen ab dem Tag der Einreise einen SGB II-Anspruch.

In Abstimmung mit dem BMAS ist die Verfahrensweise der BA-Verfahrensinformation „Hinweise zum Umgang mit schutzbedürftigen Flüchtlingen im SGB II“ für Resettlementflüchtlinge auch für Spätaussiedler\*innen im Wesentlichen übertragbar:

Zuständig ist nach § 36 SGB II der Leistungsträger, in dessen Bereich die/der Leistungsberechtigte ihren/seinen gewöhnlichen Aufenthalt haben wird. Sofern die Zuweisungsentscheidung der Länder bei Einreise noch nicht getroffen ist, ist gem. § 36 S. 4 SGB II zunächst der Träger örtlich zuständig, in dessen Bezirk sich die Schutzbedürftigen tatsächlich aufhalten. Sofern die Betroffenen zunächst in einer Erstaufnahmeeinrichtung (hier: GDL Friedland) untergebracht sind, ist dies der Landkreis, in dem die Erstaufnahmeeinrichtung liegt (hier: Landkreis Göttingen, Standort Göttingen Land). Da diese Zuständigkeit aber nur sehr kurz besteht, sollten Anträge, die zunächst beim SGB II-Leistungsträger dieses Landkreises formal gestellt und ggf. teilweise ausgefüllt werden, erst durch den nach der Zuweisungsentscheidung örtlich zuständigen Leistungsträger für Arbeitsuchende bearbeitet werden. Dieser entscheidet dann auch für die Zeit ab Anspruchsbeginn (Einreise bzw. Antragstellung mit Rückwirkung) über die Leistungsansprüche. Beträgt der Aufenthaltszeitraum in der Erstaufnahmeeinrichtung mehr als zwei Wochen, entscheidet der SGB II-Leistungsträger des Landkreises, in dessen Bereich die Erstaufnahmeeinrichtung liegt, im Einzelfall für die Zeit seiner Zuständigkeit.

Sofern das Jobcenter Landkreis Göttingen zugleich Leistungsträger ist, in dem die Erstaufnahme und die darauffolgende Wohnsitznahme stattfindet, entscheidet der zuständige Standort des Jobcenter Landkreis Göttingen der Wohnsitznahme für die Zeit ab Anspruchsbeginn (Einreise bzw. Antragstellung mit Rückwirkung) über die Leistungsansprüche.

Quarantänebedingte Unterbringungen in Transitunterkünften oder häuslicher Quarantäne vor Unterbringung im GDL-Friedland begründen keine Abweichung davon, dass der spätere Aufnahmeort ab Einreise bzw. Antragstellung Leistungen erbringt.

Mit dem Aufnahmebescheid können Spätaussiedler\*innen zur dauerhaften Wohnsitznahme nach Deutschland einreisen. Auch nichtdeutsche Ehegatten\*innen und Abkömmlinge der/s Spätaussiedler\*in, die nicht selbst die Spätaussiedlereigenschaft besitzen, können in den Aufnahmebescheid der/s Spätaussiedler\*in mit einbezogen werden, sofern sie die Voraussetzungen des BVFG erfüllen.

Während des Aufenthalts im GDL wird das Aufnahmeverfahren nach dem BVFG durchgeführt und es erfolgt die Verteilung auf die Bundesländer (§ 8 BVFG).

Die Verteilungsentscheidung des Bundesverwaltungsamtes ist nicht bindend und die Spätaussiedler\*innen dürfen grundsätzlich hiervon abweichend den Wohnsitz nehmen. Eine bindende Wohnortzuweisung gibt es seit dem 01.01.2010 nicht mehr.

Das Verfahren der Aufnahme nach dem BVFG schließt mit der Ausstellung der Spätaussiedlerbescheinigungen nach § 15 BVFG ab. Diese hat deklaratorischen Charakter und wird von Amts wegen erteilt. Da der Status des/der Spätaussiedler/in davon abhängig ist, dass die



betroffene Person u.a. im Wege des Aufnahmeverfahrens das Aussiedlungsgebiet verlassen und innerhalb von sechs Monaten im Geltungsbereich des Gesetzes seinen ständigen Aufenthalt genommen hat (§ 4 Abs. 1 BVFG), wird vom Bundesverwaltungsamt als Nachweis der ständigen Aufenthaltsnahme regelmäßig die Vorlage einer Meldebescheinigung verlangt. Melderechtlich werden die Spätaussiedler\*innen, die im GDL aufgenommen werden, im Einwohnermelderegister von Friedland aufgenommen. Dies bedeutet jedoch nicht, dass sie hier ihren festen Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt nach § 36 SGB II begründen.

#### **1.4. Anspruchsausschluss für Ausländer nach § 7 Abs. 1 S. 2 SGB II**

Ausländer ist jeder, der nicht Deutscher im Sinne des Artikels 116 Abs. 1 des Grundgesetzes (GG) ist. Auf Grund der unterschiedlichen Rechtsstellung ist dabei weiter zwischen Drittstaatsangehörigen und Unionsbürgern zu unterscheiden.

##### **1.4.1. Drittstaatsangehörige**

(= Personen, die die Staatsangehörigkeit eines Landes außerhalb der EU besitzen).

Das Aufenthaltsrecht von Drittstaatsangehörigen richtet sich nach dem Aufenthaltsgesetz (AufenthG). Jedem Drittstaatsangehörigen (auch einem Neugeborenen) wird ein Dokument von der Ausländerbehörde ausgestellt, in dem der ausländerrechtliche Aufenthaltsstatus geregelt ist. Es ist daher für jeden Drittstaatsangehörigen (auch für Kleinkinder) das von der Ausländerbehörde ausgestellte Dokument (Aufenthaltstitel, Fiktionsbescheinigung, etc.) anzufordern. Prüfen Sie auf dem im Pass eingeklebten Aufenthaltstitel, welcher Titel und Paragraph und welche Angaben zur Erwerbstätigkeit dort eingetragen sind.

##### **1.4.1.1. Zeitpunkt des Leistungsanspruchswechsels vom AsylbLG ins SGB II nach Beendigung eines Asylverfahrens**

###### **1.4.1.1.1. Asylberechtigter, GFK-Flüchtling oder subsidiär Schutzberechtigter**

Für die Entscheidung des BAMF bedeutet das (wie bisher), dass die Anerkennung als Asylberechtigter, die Zuerkennung der Flüchtlingseigenschaft oder die Zuerkennung des subsidiären Schutzes mit Zustellung des BAMF-Bescheides erfolgt. Maßgeblich ist immer der Zeitpunkt der Zustellung des Bescheides, auch wenn der Betroffene auf Besserstellung klagt. Die positive (Teil-) Entscheidung wird sofort (teil-) bestandskräftig und damit unanfechtbar. Als Folge erlischt die Aufenthaltsgestattung (§ 67 Abs. 1 Satz 1 Nr. 6 AsylG). Ab diesem Zeitpunkt gilt der Aufenthalt automatisch als erlaubt, auch die Erwerbstätigkeit ist erlaubt. Ab dem ersten Tag des Folgemonats besteht ein Anspruch auf Leistungen nach dem SGB II, auch wenn die Ausländerbehörde eine Aufenthaltserlaubnis noch nicht ausgestellt hat.

**Beispiel für eine positive Teil-Entscheidung:** Das BAMF lehnt die Asylberechtigung sowie die Flüchtlingseigenschaft ab und erkennt „nur“ den subsidiären Schutz an. Das kann wie folgt aussehen:

„BESCHEID

In dem Asylverfahren

des/ der [Nennung Person]

ergeht folgende Entscheidung:

1. Der subsidiäre Schutzstatus wird anerkannt.

2. Im Übrigen werden die Asylanträge abgelehnt.

Begründung: [...]“

Der Bescheid ist datiert mit dem 05.07.2019 und wird dem Betroffenen wenige Tage später zugestellt. Gegen die ablehnende Entscheidung erhebt er noch im Juli 2019 Klage. Die Ausländerbehörde stellt die Aufenthaltserlaubnis erst am 05.08.2019 aus.

Mit der Zustellung des Bescheides wird der Teil zu 1. (positive Entscheidung) bestandskräftig und damit unanfechtbar, unabhängig davon, dass gegen den Teil zu 2. (negative Entscheidung) geklagt wird. Da die Zustellung des Bescheids im Juli 2019 erfolgte, hat der Betroffene ab dem 01.08.2019 einen Anspruch auf Leistungen nach dem SGB II. Darauf, dass die Ausländerbehörde die Aufenthaltserlaubnis erst im August 2019 ausgestellt hat, kommt es nicht an.

#### 1.4.1.1.2. Abschiebeverbote nach § 60 Abs. 5 und 7 AufenthG

Die Feststellung von Abschiebeverboten nach § 60 Abs. 5 oder 7 AufenthG durch das BAMF führt noch nicht zum Wegfall der Leistungsberechtigung nach § 1 Abs. 3 Satz 1 AsylbLG. Für die Frage des Rechtskreiswechsels zur Leistungsberechtigung nach dem SGB II ist auf die Bekanntgabe der Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 3 AufenthG gegenüber dem Betroffenen abzustellen. Erst mit Ablauf des Monats, in dem die Aufenthaltserlaubnis erteilt wurde, ist die betroffene Person nicht mehr leistungsberechtigt nach dem AsylbLG. Ab dem ersten Tag des Folgemonats besteht ein Anspruch auf Leistungen nach dem SGB II.

Wird der Aufenthaltstitel nicht abgeholt, fehlt es mangels Bekanntgabe an der Erteilung des Aufenthaltstitels und es findet kein Rechtskreiswechsel statt.

**Beispiel:** Das BAMF stellt mit Bescheid vom 05.07.2019 fest, dass ein Abschiebeverbot nach § 60 Abs. 7 AufenthG vorliegt. Der Bescheid wird dem Betroffenen wenige Tage später zugestellt. Die Ausländerbehörde stellt die Aufenthaltserlaubnis am 05.08.2019 aus und informiert den Betroffenen am selben Tag darüber, dass die Aufenthaltserlaubnis zur Abholung bereitliegt.

**1. Variante:** Abholung der Aufenthaltserlaubnis im August 2019. Wenn sich der Betroffene z.B. am 20.08.2019 die Aufenthaltserlaubnis bei der Ausländerbehörde abholt, ist Zeitpunkt der Bekanntgabe der 20.08.2019. Ab dem 01.09.2019 besteht ein Anspruch auf Leistungen nach dem SGB II.

**2. Variante:** Abholung der Aufenthaltserlaubnis im September 2019. Wenn sich der Betroffene z.B. am 13.09.2019 die Aufenthaltserlaubnis bei der Ausländerbehörde abholt, ist Zeitpunkt der Bekanntgabe der 13.09.2019. Ab dem 01.10.2019 besteht ein Anspruch auf Leistungen nach dem SGB II.

**3. Variante:** Der Betroffene holt die Aufenthaltserlaubnis gar nicht ab. Mangels Bekanntgabe fehlt es an der Erteilung der Aufenthaltserlaubnis. Der Betroffene erhält weiterhin Leistungen nach dem AsylbLG.

#### 1.4.1.1.3. Entscheidung des Gerichts

Wird dem Betroffenen erst durch eine gerichtliche Entscheidung ein Schutzstatus zugesprochen, kommt es für den Zeitpunkt des Rechtskreiswechsels auf die Rechtskraft des Urteils an.

Die Neuregelung kann sich für Personen, deren Asylantrag durch das BAMF abgelehnt wurde und denen (erst) im anschließenden Klageverfahren ein Schutzstatus zugesprochen wird, negativ auswirken, wenn das BAMF gegen diese Entscheidung des Verwaltungsgerichts Rechtsmittel einlegt. Während bisher ein Wechsel in den Rechtskreis des SGB II schon vor Ablauf der Frist zur Anfechtung des Urteils möglich war, entfällt dies künftig. Bis zur rechtskräftigen Entscheidung erhalten Personen nun weiterhin Leistungen nach dem AsylbLG.

**Beispiel:** Das BAMF lehnt den Asylantrag mit Bescheid vom 05.07.2019 ab. Der Betroffene klagt noch im Juli 2019 gegen die ablehnende Entscheidung. Im Klageverfahren wird dem Betroffenen der subsidiäre Schutzstatus zugesprochen. Die gerichtliche Entscheidung wird dem

Betroffenen zugestellt. Rechtsmittel gegen die gerichtliche Entscheidung können bis zum 25.10.2019 eingelegt werden.

**1. Variante:** Das BAMF legt kein Rechtsmittel ein, die gerichtliche Entscheidung wird mit Ablauf des 25.10.2019 rechtskräftig. Der Betroffene hat ab dem 01.11.2019 einen Anspruch auf Leistungen nach dem SGB II. Auf den Zeitpunkt der Zustellung des Gerichtsurteils bei dem Betroffenen kommt es nicht an.

**2. Variante:** Legt das BAMF hingegen z.B. am 24.10.2019 ein Rechtsmittel ein, wird die gerichtliche Entscheidung nicht rechtskräftig und der Betroffene erhält weiterhin Leistungen nach dem AsylbLG bis zur Rechtskraft der gerichtlichen Entscheidung in höherer Instanz. Wird gegen die Entscheidung des Oberverwaltungsgerichts in zweiter Instanz kein Rechtsmittel mehr eingelegt, wird diese Entscheidung mit Ablauf der Rechtsmittelfrist rechtskräftig. Der Anspruch auf Leistungen nach dem SGB II besteht ab dem 01. des Folgemonats. Wird jedoch auch gegen diese Entscheidung ein Rechtsmittel eingelegt, wird die Entscheidung nicht rechtskräftig und der Betroffene erhält weiterhin Leistungen nach dem AsylbLG. Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet dann in dritter und letzter Instanz. Gegen ein Urteil des Bundesverwaltungsgerichts gibt es kein weiteres Rechtsmittel. Das Urteil wird mit Verkündung rechtskräftig. Der Anspruch auf Leistungen nach dem SGB II besteht ab dem 01. des Folgemonats.

#### **1.4.1.2. Aufenthaltstitel im Sinne des § 4 Abs. 1 AufenthG**

Drittstaatsangehörige benötigen für die Einreise und den Aufenthalt im Bundesgebiet einen Aufenthaltstitel nach dem Aufenthaltsgesetz (AufenthG), um sich rechtmäßig im Bundesgebiet aufhalten zu können (§ 4 Abs. 1 AufenthG). Die Aufenthaltstitel werden erteilt als:

##### a) Visum (§ 6 AufenthG)

Das Visum wird vor der Einreise in die BRD von der deutschen Auslandsvertretung im Herkunftsland (Botschaft, Konsulat) für die Durchreise oder kurzfristige Aufenthalte in der BRD bis maximal 3 Monate erteilt.

##### b) Aufenthaltserlaubnis (§§ 7, 16 ff. AufenthG)

Die Aufenthaltserlaubnis ist ein befristeter Aufenthaltstitel. Sie wird für verschiedene Zwecke erteilt, z.B. Aufenthalt

- zum Zwecke der Aufnahme einer Ausbildung (§§ 16, 17 AufenthG),
- zum Zwecke der Erwerbstätigkeit (§§ 18 ff. AufenthG),
- aus völkerrechtlichen, humanitären oder politischen Gründen (§§ 22 ff. AufenthG),
- aus familiären Gründen (Familiennachzug) (§§ 27 ff. AufenthG).

##### c) Niederlassungserlaubnis (§ 9 AufenthG)

Die Niederlassungserlaubnis ist ein unbefristeter Aufenthaltstitel. Sie berechtigt zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit, ist zeitlich und räumlich unbeschränkt und darf nicht mit Nebenbestimmungen versehen werden.

##### d) Erlaubnis zum Daueraufenthalt-EU (§ 9a AufenthG)

Die Erlaubnis zum Daueraufenthalt-EU ist ein unbefristeter Aufenthaltstitel.

#### **1.4.1.3. Aufenthaltsgestattung (§ 55 AsylG)**

Die Aufenthaltsgestattung (kein Aufenthaltstitel im Sinne des § 4 Abs. 1 AufenthG) wird Asylbewerbern zur Durchführung ihres Asylverfahrens erteilt.

#### 1.4.1.4. Duldung (§ 60a AufenthG)

Eine Duldung (kein Aufenthaltstitel im Sinne des § 4 Abs. 1 AufenthG) wird erteilt, wenn die Abschiebung eines Ausländers vorübergehend ausgesetzt wird.

#### 1.4.1.5. Fiktionsbescheinigungen (§ 81 Abs. 3, Abs. 4 AufenthG)

Personen, die einen Aufenthaltstitel beantragen, erhalten in bestimmten Fällen eine Fiktionsbescheinigung nach § 81 AufenthG. Die leistungsrechtliche Folge einer solchen Bescheinigung ist von der präzisen Rechtsgrundlage der Erteilung (also des Paragraphen) abhängig:

a) § 81 Abs. 3 S. 1 AufenthG - In der Fiktionsbescheinigung ist angekreuzt: „gilt der Aufenthalt als erlaubt (§ 81 Abs. 3 S. 1 AufenthG)“

Im Regelfall erhalten diese Bescheinigung Ausländer, die sich ohne Aufenthaltstitel rechtmäßig in Deutschland aufhalten (z.B. auf Grund einer visumsfreien Einreise) und erstmals einen Aufenthaltstitel beantragen. Bis zur Entscheidung der Ausländerbehörde gilt ihr Aufenthalt als erlaubt („Erlaubnisfiktion“ gem. § 81 Abs. 3 S. 1 AufenthG). Regelmäßig wird die Erwerbstätigkeit in solchen Fällen nicht gestattet, so dass hier die Erwerbsfähigkeit nach § 8 Abs. 2 SGB II zu verneinen ist.

In Ausnahmefällen können auch Leistungsberechtigte nach § 1 Abs. 1 Nr. 6 AsylbLG diese Bescheinigung erhalten. Dies ist nur dann möglich, wenn der bereits hier lebende Ehegatte, Lebenspartner oder die gemeinsamen minderjährigen Kinder bzw. der für die Entscheidung über den künftigen Aufenthalt eines hier geborenen Kindes maßgebliche Elternteil selbst nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 - 5 oder 7 AsylbLG leistungsberechtigt sind. (Ob ein solcher Fall vorliegt, ist bei der Ausländerbehörde zu erfragen.) In diesem Fall greift der Leistungsausschluss des § 1 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 SGB II.

b) § 81 Abs. 3 S. 2 AufenthG - In der Fiktionsbescheinigung ist angekreuzt: „gilt die Abschiebung als ausgesetzt (§ 81 Abs. 3 S. 2)“

Ausländer, die sich für eine gewisse Zeit rechtmäßig im Bundesgebiet aufgehalten haben, müssen nach Ablauf dieser Frist einen Aufenthaltstitel bei der Ausländerbehörde beantragen. Andernfalls sind sie zur Ausreise verpflichtet (§ 50 Abs. 1 S. 1 AufenthG). Falls Ausländer ihren erforderlichen Aufenthaltstitel bei der Ausländerbehörde verspätet beantragt haben, gilt die Abschiebung bis zur Entscheidung der Ausländerbehörde als ausgesetzt (§ 81 Abs. 3 S. 2 AufenthG). Die Personen gelten dann als geduldet (Duldungsfiktion), auch wenn sie keine Duldung unmittelbar nach § 60a AufenthG besitzen und sind damit leistungsberechtigt nach § 1 Abs. 1 Nr. 4 AsylbLG<sup>2</sup>. Für sie gilt der Leistungsausschluss nach § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 SGB II.

c) § 81 Abs. 4 AufenthG - In der Fiktionsbescheinigung ist angekreuzt: „gilt der Aufenthaltstitel als fortbestehend (§ 81 Abs. 4 AufenthG)“.

Beantragen Drittstaatsangehörige, welche einen befristeten Aufenthaltstitel besitzen, rechtzeitig die Verlängerung ihres Aufenthaltstitels, so gilt bis zur Entscheidung der Ausländerbehörde der bisherige Aufenthaltstitel als fortbestehend und der Aufenthalt somit als erlaubt (§ 81 Abs. 4 AufenthG). In diesem Fall erhalten sie von der Ausländerbehörde eine Fiktionsbescheinigung nach § 81 Abs. 4 AufenthG.

Eine nach § 81 Abs. 4 AufenthG erteilte Fiktionsbescheinigung bestätigt, dass der zuvor erteilte Aufenthaltstitel mit allen daraus abzuleitenden Rechten weiterhin gültig ist, solange die Ausländerbehörde die Verlängerung/Erteilung eines Aufenthaltstitels noch prüft.

---

<sup>2</sup> SG Berlin, Beschluss vom 16.10.2008, Az.: S 104 AS 8272/06 ER



§ 16b Abs. 7 AufenthG (Bis 29.2.2020: § 16 Abs. 9 AufenthG)	AE für in anderen EU-Staaten anerkannte Schutzberechtigte für einen Teil des Studiums in Deutschland (Austauschprogramme usw.)
§ 16c AufenthG (Bis 29.2.2020: § 16a AufenthG)	Aufenthalt zum Zweck des Studiums in Deutschland ohne Aufenthaltstitel für bis zu 360 Tage für Personen mit einem Aufenthaltstitel zum Zweck des Studiums eines anderen EU-Staats („mobile Studierende“)
§ 16f AufenthG (Bis 29.2.2020: § 16b AufenthG)	AE für Sprachkurs oder Schulbesuch
bb) Allgemeiner möglicher Ausschluss, da regelmäßig kein gewöhnlicher Aufenthalt in Deutschland (§ 7 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 SGB II):	
18e AufenthG (Bis 29.2.2020: § 20a AufenthG)	Aufenthalt zum Zweck der Forschung ohne Aufent- haltstitel (kurzfristige Mobilität) für Personen mit Aufenthaltstitel eines anderen EU-Staats zum Zweck der Forschung (180 Tage pro Jahr)
§ 19a AufenthG (Bis 29.2.2020: § 19c AufenthG)	Aufenthalt ohne Aufenthaltstitel für kurzfristig unternehmensintern transferierte Arbeitnehmer*innen, die im Besitz eines ICT- Aufenthaltstitels eines anderen EU-Staats sind (bis zu 90 Tage)
§ 16f AufenthG (Bis 29.2.2020: § 16b AufenthG)	AE für Sprachkurs oder Schulbesuch (bspw. bei kurzzeitigem Sprachkurs)

#### **1.4.1.8. Geburt eines Kindes von Asylberechtigten, GFK-Flüchtlingen oder subsidiär Schutzberechtigten im Bundesgebiet**

In Deutschland geborene Kinder von Asylberechtigten, GFK-Flüchtlingen oder subsidiär Schutzberechtigten erhalten entweder eine Aufenthaltserlaubnis nach § 33 AufenthG oder nach § 25 Abs. 1 oder 2 AufenthG. Sie sind nicht nach § 1 Abs. 1 AsylbLG leistungsberechtigt, sondern nach dem SGB II. Sie können bereits ab Geburt Leistungen nach dem SGB II erhalten, auch wenn die Aufenthaltserlaubnis ggf. erst mit zeitlicher Verzögerung erteilt wird.

Der Anspruch auf eine Aufenthaltserlaubnis nach § 33 AufenthG besteht von Gesetzes wegen ab Geburt. Stellen die Eltern für das in Deutschland geborene Kind einen Asylantrag, hat dies keine Auswirkungen auf die Aufenthaltserlaubnis nach § 33 AufenthG, unabhängig davon, ob die Aufenthaltserlaubnis zum Zeitpunkt der Asylantragstellung bereits ausgehändigt worden war oder nicht.

Der Aufenthalt gilt bis zur Ausstellung der Aufenthaltserlaubnis als erlaubt und rechtmäßig. Die Ausländerbehörde stellt in diesen Fällen keine Aufenthaltsgestattung aus. Die Neugeborenen sind von Anfang an dem Grunde nach leistungsberechtigt nach dem SGB II.

#### **1.4.1.9. Zeitpunkt des Leistungsanspruchswechsels vom AsylbLG ins SGB II, ukrainische Geflüchtete**

Der Leistungsbeginn erfolgt frühestens ab dem 01. des Folgemonats nach Erteilung der AE gem. § 24 AufenthG, nach der Erteilung der Fiktionsbescheinigung gem. § 81 Abs. 3 oder Abs. 4 i.V.m. Abs. 5 AufenthG (maßgeblich: aufgedrucktes Ausstellungsdatum) oder einer bis 31.05.2022 von

der ABH ausgestellten Ersatzbescheinigung der Fiktion, die bis zum 31.10.2022 anerkannt werden.

Erst wenn die AE oder die Erteilung der Fiktionsbescheinigung nebst weiterer Voraussetzungen (AZR-Speicherung/erkennungsdienstliche Behandlung) oder bis 31.05.2022 die Ersatzbescheinigung der Fiktion nebst weiterer Voraussetzungen (AZR-Speicherung) erfüllt sind, sind die betroffenen Personen mit Ablauf des entsprechenden Monats nicht mehr zum Leistungsbezug im AsylbLG berechtigt (§ 1 Abs. 3 S. 1 AsylbLG), so dass ab Beginn des nachfolgenden Monats der Leistungsausschluss nach § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 SGB II entfällt.

Für Personen, die **nach dem 24.02.2022 und vor dem 01.06.2022** die Voraussetzungen für den Rechtskreiswechsel erfüllt haben, gilt die Übergangsvorschrift des § 74 Abs. 3 SGB II.

Anstelle der erkennungsdienstlichen Behandlung nach § 49 AufenthG ist bei diesen Personen auch eine Speicherung der Daten nach § 3 Abs. 1 AZRG ausreichend.

Die **Speicherung der Daten nach § 3 Abs. 1 AZRG** kann bei Vorliegen einer Fiktionsbescheinigung oder einer AE nach § 24 AufenthG, die vor dem 01.06.2022 ausgestellt wurde, vom Jobcenter ohne nähere Prüfung unterstellt werden, da die ABH dazu verpflichtet sind, Daten an die Registerbehörde zu übermitteln (§ 2 Abs. 2 Nr. 3 i.V.m. § 6 Abs. 2 AZRG).

Eine nicht durchgeführte **erkennungsdienstliche Behandlung** ist in diesen Fällen durch die zuständige ABH bis zum Ablauf des 31.10.2022 nachzuholen. Eine Nachholung durch das Jobcenter ist nicht erforderlich.

Bei der Vorlage einer **Ersatzbescheinigung der Fiktion**, die die ABH **bis zum 31.05.2022 ausgestellt** hat, ist die **Speicherung im AZR zu prüfen**. Die Speicherung im AZR wird auf der Ersatzbescheinigung ebenfalls bescheinigt. Das Prüfergebnis wird in der Prüfverfügung dokumentiert.

Wenn die Personen eine AE nach § 24 AufenthG oder eine entsprechende Fiktionsbescheinigung **ab dem 01.06.2022** erhalten haben, muss für Personen ab 14 Jahren eine **erkennungsdienstliche Behandlung** erfolgt sein, da eine solche ab dem 01.06.2022 Voraussetzung für die Ausstellung der genannten Dokumente ist. Dies kann ohne nähere Prüfung vom Jobcenter unterstellt werden.

Weitere Informationen sind in der internen Weisung „Rechtskreiswechsel ukrainische Geflüchtete, § 74 SGB II n.F. Leistungsvoraussetzungen“ dargestellt.

#### 1.4.2. Unionsbürger

sind die Staatsangehörigen aller Mitgliedsstaaten der Europäischen Union (EU):

Belgien	Luxemburg
Bulgarien	Malta
Dänemark	Niederlande
Deutschland	Österreich
Estland	Polen
Finnland	Portugal
Frankreich	Rumänien
Griechenland	Schweden
<del>Großbritannien</del> (Austritt seit 01.02.2020, Übergangszeitraum bis zum 31.12.2020)	Spanien
Irland	Slowakische Republik
Italien	Slowenien
Kroatien	Tschechische Republik
Lettland	Ungarn
Litauen	Zypern

Unionsbürger und ihre Familienangehörigen haben das Recht auf Einreise und Aufenthalt in der Bundesrepublik Deutschland nach Maßgabe des Freizügigkeitsgesetz/EU (FreizügG/EU). Dasselbe gilt für Staatsangehörige der Staaten des Europäischen Wirtschaftsraumes (EWR-Staaten):

Island

Norwegen

Liechtenstein

Unionsbürger und Staatsangehörige der EWR-Staaten bedürfen für die Einreise in die Bundesrepublik Deutschland keines Visums und für den Aufenthalt keines Aufenthaltstitels (§ 2 Abs. 1 FreizügG/EU). Sie halten sich berechtigt in Deutschland auf, wenn sie sich durch einen Pass oder amtlichen Personalausweis ausweisen.

Aufgrund einer Änderung des FreizügG/EU zum 29.01.2013 stellen die Ausländerbehörden keine Freizügigkeitsbescheinigungen mehr aus.

#### **1.4.2.1. Familienangehörige i.S.d. § 1 Abs. 2 Nr. 3 FreizügG/EU**

Nach § 3 Abs. 1 S. 1 FreizügG/EU haben Familienangehörige der in § 2 Abs. 2 Nr. 1 bis 5 FreizügG/EU genannten Unionsbürger das Recht nach § 2 Abs. 1 FreizügG/EU, wenn sie den Unionsbürger begleiten oder ihm nachziehen.

Familienangehörige eines Unionsbürgers i.S.d. § 1 Abs. 2 Nr. 3 FreizügG/EU sind:

- Der Ehegatte § 1 Abs. 2 Nr. 3a FreizügG/EU
- Der Lebenspartner § 1 Abs. 2 Nr. 3b FreizügG/EU
- Die Verwandten in gerader absteigender Linie (Kinder, Enkelkinder, Urenkel) der Person oder des Ehegatten (auch Stiefkinder!) oder des Lebenspartners, die das 21. Lebensjahr noch nicht vollendet haben oder denen von diesem Unterhalt gewährt wird, § 1 Abs. 2 Nr. 3c FreizügG/EU
- Die Verwandten in gerader aufsteigender Linie (Eltern, Großeltern, Urgroßeltern) der Person oder des Ehegatten oder des Lebenspartners, denen von diesen Unterhalt gewährt wird, § 1 Abs. 2 Nr. 3d FreizügG/EU.

Eine Unterhaltsgewährung liegt vor, wenn dem Verwandten tatsächlich Leistungen zukommen, die vom Ansatz her als Mittel der Bestreitung des Lebensunterhalts angesehen werden können. Dazu gehört eine fortgesetzte regelmäßige Unterstützung in einem Umfang, der es ermöglicht, zumindest einen Teil des Lebensunterhalts regelmäßig zu decken. Maßstab ist dabei das Lebenshaltungsniveau in dem Land, in dem sich der Familienangehörige aufhält. Es ist nicht erforderlich, dass derjenige, dem Unterhalt gewährt wird, einen Anspruch auf Unterhaltsgewährung hat. Auf die Gründe für die Inanspruchnahme der Unterstützung kommt es ebenfalls nicht an.

Erforderlich ist jedoch ein Nachweis des Vorliegens eines tatsächlichen Abhängigkeitsverhältnisses. Diese Abhängigkeit ergibt sich aus einer tatsächlichen Situation, die dadurch gekennzeichnet ist, dass der materielle Unterhalt des Familienangehörigen durch den Unionsbürger oder durch dessen Ehegatten oder Lebenspartner sichergestellt wird. Um zu ermitteln, ob eine solche Abhängigkeit vorliegt, ist zu prüfen, ob der Familienangehörige in Anbetracht seiner wirtschaftlichen und sozialen Lage nicht selbst für die Deckung seiner Grundbedürfnisse aufkommt.

Ob der Unterhaltsbedarf bereits im Herkunfts- oder Heimatland des Familienangehörigen bestanden haben muss, ist in der obergerichtlichen Rechtsprechung umstritten. Bis zum Vorliegen einer richtungsweisenden höchstrichterlichen Rechtsprechung ist die nicht restriktivere Auffassung, dass es nicht auf einen Unterhaltsbedarf im Herkunfts- oder



Heimatland eines solchen Verwandten ankommt, sondern es auf das Abhängigkeitsverhältnis seit dem Begleiten oder Nachziehen des Verwandten zum Unionsbürger, vorzuziehen.

**Beispiele aus der Rechtsprechung zur „Unterhaltsgewährung“:**

- Tochter der Antragstellerin ist freizügigkeitsberechtigte Unionsbürgerin in ihrer Eigenschaft als Arbeitnehmerin. Weil die Tochter der Antragstellerin dieser 100 EUR im Monat an Unterstützung zukommen lässt, handelt es sich bei der Antragstellerin um eine Familienangehörige in diesem Sinne. Dass die Tochter der Antragstellerin keinen höheren Unterhalt gewährt, steht der Freizügigkeitsberechtigung der Antragstellerin nicht entgegen.<sup>3</sup>

- Unionsbürger gewährt seiner Mutter dauerhaft eine mietfreie Unterkunft und muss wegen des Kopfteilprinzips eine Kürzung der eigenen SGB II-Leistungen um 370 EUR monatlich hinnehmen. Allein die Überlassung einer kostenfreien Unterkunft ist nach Auffassung des Gerichtes eine Unterhaltsgewährung im Sinn des § 3 Abs. 2 Nr. 2 FreizügG/EU<sup>4</sup>.

**1.4.2.2. Nahestehende Person eines/einer Unionsbürgers/in i.S.d. § 1 Abs. 2 Nr. 4 FreizügG/EU**

Nach § 3a Abs. 1 FreizügG/EU kann eine nahestehende Person eines Unionsbürgers, die selbst nicht als Unionsbürger und nicht nach den §§ 3 oder 4 FreizügG/EU freizügigkeitsberechtigt ist, auf Antrag das Recht zur Einreise und zum Aufenthalt im Bundesgebiet unter bestimmten Bedingungen des § 3a FreizügG/EU verliehen werden.

Damit werden Drittstaatsangehörige sowie Unionsbürger\*innen, die sich in der Situation befinden, dass sie nur infolge einer Verleihung eines Rechts nach § 3a FreizügG/EU in Deutschland aufenthaltsberechtigt sind, nämlich wenn sie aus eigenem Recht nicht freizügigkeitsberechtigt sind, weil sie weder zu den Familienangehörigen eines Unionsbürgers i.e.S. zählen noch die Voraussetzungen des § 2 Abs. 2 Nr. 5 i.V.m. § 4 FreizügG/EU erfüllen, durch die Regelung erfasst.<sup>5</sup>

Nach § 1 Abs. 2 Nr. 4 FreizügG/EU sind nahestehende Personen einer Person:

a) Verwandte i.S.d. § 1589 BGB und die Verwandten des Ehegatten oder des Lebenspartners, die nicht Familienangehörige der Person im Sinne des § 1 Abs. 2 Nr. 3 FreizügG/EU (also Familienangehörige) sind, (Verwandte i.S.d. § 1589 BGB sind Personen, deren eine von der anderen abstammt, sind in gerader Linie verwandt, bspw. Großeltern, Eltern, Kinder, Enkel etc.).

Personen, die nicht in gerader Linie verwandt sind, aber von derselben dritten Person abstammen, sind in der Seitenlinie verwandt, bspw. Onkel/Tanten, Neffen/Nichten, Cousins/Cousinen beliebiger Grade etc.),

b) ledige Kinder, die das 18. Lebensjahr noch nicht vollendet haben, unter Vormundschaft von oder in einem Pflegekindverhältnis zu der Person stehen und keine Familienangehörigen i. S. d. § 1 Abs. 2 Nr. 3c FreizügG/EU (also Familienangehörige in gerader absteigender Linie) sind,

c) ein\*e Lebensgefährt\*in, mit der\*dem die Person eine glaubhaft dargelegte, auf Dauer angelegte Gemeinschaft eingegangen ist, die keine weitere Lebensgemeinschaft gleicher Art zulässt, wenn die Personen beide weder verheiratet noch Lebenspartner einer Lebenspartnerschaft i.S.d. § 1 Abs. 2 Nr. 2 FreizügG/EU sind.

Auf Antrag kann das Recht zur Einreise und zum Aufenthalt im Bundesgebiet durch die zuständige Ausländerbehörde verliehen werden:

<sup>3</sup> vgl. LSG NRW, Beschl. v. 28.05.2015 - L 7 AS 372/15 B ER, L 7 AS 373/15 B

<sup>4</sup> vgl. LSG Bayern, 06.08.2019 - L 16 AS 450/19 B ER

<sup>5</sup> vgl. Diesterhöft, HTK-AusR/§ 5 FreizügG/EU/Abs. 7, Stand: 27.01.202, Rdn. 5

- § 3a Abs. 1 Nr. 1 FreizügG/EU: Wenn es sich um eine nahestehende Person i.S.d. § 1 Abs. 2 Nr. 4a FreizügG/EU (Verwandte i.S.d. § 1589 BGB etc.) handelt und der Unionsbürger ihr zum Zeitpunkt der erstmaligen Antragstellung seit mindestens zwei Jahren und nicht nur vorübergehend Unterhalt gewährt, der Unionsbürger mit ihr in dem Staat, in dem sie vor der Verlegung des Wohnsitzes in das Bundesgebiet gelebt hat oder lebt, in häuslicher Gemeinschaft gelebt hat und die häusliche Gemeinschaft zwischen dem Unionsbürger und ihr mindestens zwei Jahre bestanden hat oder nicht nur vorübergehend schwerwiegende gesundheitliche Gründe zum Antragszeitpunkt die persönliche Pflege von ihr durch den Unionsbürger zwingend erforderlich machen.
- § 3a Abs. 1 Nr. 2 FreizügG/EU: Wenn es sich um eine nahestehende Person i. S. d. § 1 Abs. 2 Nr. 4b FreizügG/EU (ledige u18 jährige Kinder unter Vormundschaft etc.) handelt und der Unionsbürger mit ihr im Bundesgebiet für längere Zeit in familiärer Gemeinschaft zusammenleben wird und sie vom Unionsbürger abhängig ist.
- § 3a Abs. 1 Nr. 3 FreizügG/EU: Wenn es sich um eine nahestehende Person i. S. d. § 1 Abs. 2 Nr. 4 c FreizügG/EU (Lebensgefährt\*in, mit der\*dem die Person eine glaubhaft dargelegte, auf Dauer angelegte Gemeinschaft eingegangen ist) handelt und der Unionsbürger mit ihr im Bundesgebiet nicht nur vorübergehend zusammenleben wird.

Sofern der Tatbestand als nahestehende Person eines/einer Unionsbürgers/in in Betracht kommen kann, sind die Kunden aufzufordern, die Verleihung des Rechts nach § 3a Abs. 1 FreizügG/EU bei der zuständigen Ausländerbehörde zu beantragen. Die zuständige Ausländerbehörde prüft dann in eigener Zuständigkeit das Vorliegen der Voraussetzungen. Nach § 5 Abs. 7 FreizügG/EU stellt bei Verleihung des Rechts nach § 3a Abs. 1 FreizügG/EU die zuständige Behörde eine Aufenthaltskarte für nahestehende Personen, die nicht Unionsbürger sind, aus, die fünf Jahre gültig sein soll. Die Inhaber des Rechts dürfen eine Erwerbstätigkeit ausüben. Für die Zeit zwischen dem positiven Abschluss des Verfahrens und der Bereitstellung des Dokuments in Kartenform stellt die Ausländerbehörde auf Antrag eine Fiktionsbescheinigung gemäß § 11 Abs. 4 FreizügG/EU i.V.m. § 81 Abs. 5 AufenthG aus.

Nach der Vorstellung des Richtliniengebers (vgl. Art. 10 Richtlinie 2004/38/EG) und des nationalen Gesetzgebers bedürfen Unionsbürger\*innen keiner besonderen Dokumentation ihres Aufenthaltsrechts in Form einer Aufenthaltskarte. Der Gesetzgeber geht offenbar davon aus, dass sie den Nachweis ihres Aufenthaltsrechts durch den schriftlichen Verwaltungsakt erbringen können, mit denen ihnen das Recht nach § 3a FreizügG/EU verliehen worden ist.<sup>6</sup> Anders als bei den Freizügigkeitsberechtigten besteht das Aufenthaltsrecht nicht kraft Gesetzes, sondern kraft behördlicher Verleihung<sup>7</sup>.

Folglich besteht dieses Recht im Einzelfall nicht, solange die Verleihung des Rechts nach § 3a Abs. 1 FreizügG/EU durch die zuständige Ausländerbehörde nicht erfolgt ist. Sofern bei Drittstaatsangehörigen kein anderer Aufenthaltstitel und bei Unionsbürger\*innen kein anderes Freizügigkeitsrecht besteht, welches zu SGB II-Leistungen berechtigen, besteht ein SGB II-Leistungsausschluss.

#### **1.4.2.3. Britische Staatsangehörige und ihre Familienangehörigen**

a) Für britische Staatsangehörige, die bis 31.12.2020 bereits in Deutschland lebten  
Für britische Staatsangehörige und ihre Familienangehörigen sowie nahestehende Personen, die sich bis 31.12.2020 in Deutschland freizügigkeitsberechtigt aufgehalten haben, ergeben sich die aufenthaltsrechtlichen Regelungen somit weiterhin aus dem Austrittsabkommen bzw. dem

<sup>6</sup> vgl. Diesterhöft, HTK-AusIR/§ 5 FreizügG/EU/Abs. 7, Stand: 27.01.202, Rdn. 6

<sup>7</sup> vgl. Diesterhöft, HTK-AusIR/§ 3a FreizügG/EU, Stand: 23.01.2021, Rdn. 73

FreizügG/EU. Sie müssen ihren Aufenthalt bis spätestens 30.06.2021 bei der ABH angezeigt haben und erhalten dann von diesen eine Bescheinigung der Anzeige des Aufenthalts. Nach den Regelungen des FreizügG/EU kann auch das AufenthG den britischen Staatsangehörigen eine günstigere Rechtsstellung vermitteln. Die entsprechenden Aufenthaltstitel nach dem AufenthG werden von den Ausländerbehörden auf Antrag erteilt. Für diese „Alt-Brit\*innen“ gilt auch weiterhin ein Gleichbehandlungsgebot, d.h. ein Anspruch auf SGB II- und SGB XII-Leistungen wie für Unionsbürger\*innen (vgl. § 16 Abs. 5 FreizügG/EU).

Sofern britische Staatangehörige eine weitere Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaates der EU besitzen, fallen diese zwar grundsätzlich unter die Regelungen des Austrittsabkommens, genießen aber zusätzlich wegen der Staatsangehörigkeit dieses anderen EU-Mitgliedstaates die Rechte des FreizügG/EU. Für britische Staatsangehörige die vor Ablauf des 31.12.2020 zusätzlich die deutsche Staatsangehörigkeit besaßen, gelten die Regelungen des Austrittsabkommens in aufenthaltsrechtlicher Hinsicht nicht und es werden auch keine weiteren aufenthaltsrechtlichen Dokumente ausgestellt.

b) Für britische Staatsangehörige, die ab 01.01.2021 nach Deutschland ziehen  
Britische Staatsangehörige, die erstmals ab dem 01.01.2021 nach Deutschland ziehen möchten und die auch nicht als Familienangehörige zu bereits hier lebenden freizügigkeitsberechtigten Personen nachziehen („Neu-Brit\*innen“), sind wie andere Drittstaatsangehörige und somit nach den Regelungen des AufenthG (§ 16 FreizügG/EU i. V. m. Art. 13 ff. des Austrittsabkommens) zu behandeln. Es gelten diesbezüglich grundsätzlich keine abweichenden Sonderregelungen.

#### **1.4.2.4. Vorbehalt der Bundesrepublik Deutschland gegen das Europäische Fürsorgeabkommen (EFA)**

Durch das BSG<sup>8</sup> wurde der Leistungsausschluss für Ausländer nach § 7 Abs. 1 S. 2 SGB II für Staatsangehörige der EFA-Vertragsstaaten wirkungslos, da es den Gleichbehandlungsgrundsatz aus dem EFA anwandte.

Die BRD hat daraufhin für Leistungen nach dem SGB II einen Vorbehalt mit Wirkung ab 19.12.2011 gegen das EFA erklärt, um den Leistungsausschluss im SGB II wiederherzustellen. Damit finden die Ausschlussgründe für Ausländer nach § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 und Nr. 2 SGB II auf die Staatsangehörigen der Vertragsstaaten des EFA wieder Anwendung.

Die Wirksamkeit des Vorbehaltes der Bundesregierung wurde vom BSG<sup>9</sup> bestätigt. Materiell bewirkt der Vorbehalt einen Ausschluss vom Gleichbehandlungsgebot des Art. 1 EFA betreffend Leistungen nach dem SGB II. Folge davon ist, dass die Leistungsausschlussgründe nach § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 und 2 SGB II seit der Vorbehaltserklärung wieder auf Angehörige der EFA-Staaten anzuwenden sind.<sup>10</sup>

Unionsbürger aus den EFA-Staaten mit rechtmäßigem Aufenthalt können einen Leistungsanspruch auf SGB XII-Leistungen haben. Der Anspruch setzt eine materielle Freizügigkeitsberechtigung oder einen rechtmäßigen Aufenthalt, was bspw. während der Arbeitssuche oder im Falle von Art. 10 FreizügVO gegeben ist, voraus.

<sup>8</sup> BSG, Urteil vom 19.10.2010, Az.: B 14 AS 23/10

<sup>9</sup> BSG, Urteil vom 03.12.2015, Az.: B 4 AS 43/15 R

<sup>10</sup> Leopold in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB II, 5. Aufl., § 7, Stand: 22.06.2020, Rdn. 117

Dies betrifft die Staatsangehörigen der folgenden EFA-Staaten:

Belgien	Luxemburg
Dänemark	Malta
Estland	Niederlande
Frankreich	Norwegen
Griechenland	Portugal
Großbritannien	Schweden
Irland	Spanien
Island	Türkei
Italien	

#### 1.4.2.5. Gleichbehandlungsanspruch österreichischer Staatsbürger gem. Dt.-Öst. Fürsorgeabkommen (DÖFA)

In der Rechtsprechung<sup>11</sup> hat sich die Rechtsmeinung gebildet, dass Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach dem SGB II als Fürsorgeleistungen im Sinne des Art. 1 Nr. 4 des vor Beitritt Österreichs zur Europäischen Union und seither fortgeltenden Dt.-Öst. Fürsorgeabkommens vom 17.01.1966 (DÖFA) einzustufen sind.

Hieraus besteht ein Gleichbehandlungsanspruch österreichischer Staatsangehöriger mit Inländern hinsichtlich dieser Leistungen. Damit haben österreichische Staatsbürger\*innen aufgrund dieses Abkommens unabhängig vom Grund des Aufenthalts und unabhängig von der Freizügigkeitskategorie einen regulären SGB II-Anspruch, soweit die allgemeinen SGB II-Leistungsvoraussetzungen erfüllt sind.

#### 1.4.3. Ausländer ohne gewöhnlichen Aufenthalt in der BRD, § 7 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 SGB II i. V. m. § 30 SGB I

Leistungen nach dem SGB II erhalten Personen, die ihren gewöhnlichen Aufenthalt in der Bundesrepublik Deutschland haben (§ 7 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 SGB II). Für die Feststellung des gewöhnlichen Aufenthaltes ist für Personen, die nicht die deutsche Staatsangehörigkeit besitzen, zusätzlich die Rechtmäßigkeit des Aufenthaltes erforderlich.<sup>12</sup> Die Voraussetzung des "gewöhnlichen Aufenthaltes" ist bei legal hier lebenden Ausländern in der Regel erfüllt.

a) Drittstaatsangehörige haben die Rechtmäßigkeit ihres Aufenthaltes in der BRD durch Vorlage eines entsprechenden von der Ausländerbehörde ausgestellten Dokumentes nachzuweisen.

Ausreichend ist, dass der Ausländer ein Aufenthaltsrecht besitzt, das perspektivisch auf einen längerfristigen, jedoch keineswegs zwingend auch dauerhaften Aufenthalt in Deutschland abzielt. Ausländer mit einem Touristenvisum für 3 Monate begründen keinen gewöhnlichen Aufenthalt in der BRD, da ihr Visum von vornherein auf einen bestimmten kurzen Zeitraum begrenzt ist. Im Übrigen greift für diese Personen der Leistungsausschluss nach § 7 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 SGB II.

b) Alle Unionsbürger haben das Recht auf Einreise und Aufenthalt im Bundesgebiet (§ 2 Abs. 1 FreizügG/EU). Da für die Einreise von Unionsbürger ein Personalausweis oder Pass reicht, halten sie sich grundsätzlich immer legal auf, solange die Ausländerbehörde ihnen das Freizügigkeitsrecht nicht rechtskräftig aberkannt hat.

<sup>11</sup> LSG Berlin-Brandenburg, Urteil v. 11.05.2020, Az.: L 18 AS 1812/19; SG München, Urteil v. 10.02.2017, Az.: S 46 AS 204/15

<sup>12</sup> BSG, Urteil vom 16.05.2007, Az.: B 11b AS 37/06 R

#### 1.4.4. Leistungsausschluss nach § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 SGB II Leistungsberechtigte nach § 1 AsylbLG

Ausgeschlossen von SGB II-Leistungen sind Ausländer, die nach ihrem Aufenthaltsstatus unter das AsylbLG fallen. Unter das AsylbLG können aber nur Drittstaatsangehörige fallen, da dieses für EU-Ausländer und die EWR-Staaten nicht anwendbar ist. Vom Leistungsausschluss des § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 SGB II können also nur Drittstaatsangehörige erfasst werden, nicht hingegen Unionsbürger.

Zum leistungsberechtigten Personenkreise nach § 1 AsylbLG zählen:

a) Ausländer mit einer Aufenthaltsgestattung nach dem Asylgesetz (§ 1 Abs. 1 Nr. 1 AsylbLG). Darunter fallen asylsuchende Ausländer, die eine Aufenthaltsgestattung zur Durchführung des Asylverfahrens nach § 55 AsylG besitzen.

b) Ausländer, die ein Asylgesuch geäußert haben und nicht die in § 1 Abs. 1 Nr. 1, 2 bis 5 und 7 AsylbLG genannten Voraussetzungen erfüllen.

c) Ausländer, die über einen Flughafen einreisen wollen und denen die Einreise nicht oder noch nicht gestattet ist (§ 1 Abs. 1 Nr. 2 AsylbLG).

Es handelt sich hierbei um Ausländer, die nach ihrer Ankunft am Flughafen über keinen gültigen Pass oder Passersatz verfügen und um Asyl ersuchen und das so genannte Flughafenverfahren nach § 18a AsylG durchlaufen.

d) Ausländer mit einer Aufenthaltserlaubnis nach § 23 Abs. 1 AufenthG wegen des Krieges in ihrem Heimatland (§ 1 Abs. 1 Nr. 3 a) AsylbLG)

Nur im Falle einer Aufenthaltserlaubnis nach § 23 Abs. 1 AufenthG "wegen des Krieges" fallen die Betroffenen unter das AsylbLG. Ausländer, denen eine Aufenthaltserlaubnis nach § 23 Abs. 1 AufenthG aus anderen Gründen als "wegen des Krieges in ihrem Heimatland" erteilt wurde, fallen hingegen nicht unter § 1 Abs. 1 Nr. 3 a) AsylbLG. Hierzu zählen Ausländer mit einer Aufenthaltserlaubnis nach § 23 Abs. 1 AufenthG, die ihnen aufgrund einer "Bleiberechtsregelung" oder "Altfallregelung" (zum 31.12.2009 ausgelaufene Aufenthaltstitel nach § 104a Abs. 1 S. 1 AufenthG) und nicht wegen des Krieges in ihrem Heimatland erteilt wurde. Diese Ausländer fallen also nicht unter das AsylbLG.

Bei Ausländern mit einer Aufenthaltserlaubnis nach § 23 Abs. 1 AufenthG ist bei der Ausländerbehörde zu erfragen, ob diese wegen des Krieges im Heimatland des Ausländers erteilt wurde. Nur dann greift § 1 Abs. 1 Nr. 3 a) AsylbLG und damit der Leistungsausschluss des § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 SGB II. Wenn die Ausländerbehörde den Aufenthaltstitel nach § 23 Abs. 1 AufenthG aus einem anderen Grund erteilt hat, greift § 1 Abs. 1 Nr. 3 a) AsylbLG nicht.

e) Ausländer mit einer Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 4 S. 1 AufenthG (§ 1 Abs. 1 Nr. 3 b) AsylbLG)

f) Ausländer mit einer Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 5 AufenthG, solange der oder die Ausländer/in weniger als 18 Monate geduldet ist (zeitliche Einschränkung gilt seit 01.03.2015), (§ 1 Abs. 1 Nr. 3 c) AsylbLG)

Sobald der oder die Ausländer/in seit mindestens 18 Monaten geduldet ist, endet mit dem 01. des Folgemonats die Leistungsberechtigung nach dem AsylbLG. Der Leistungsausschluss nach § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 SGB II greift dann nicht mehr.

g) Minderjährige Kinder mit einer Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 5 AufenthG, die in einer Bedarfsgemeinschaft mit ihren Eltern/einem Elternteil leben, die ebenfalls eine Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 5 AufenthG haben und die seit mindestens 18 Monaten

geduldet sind, fallen seit dem 01.11.2015 nicht mehr unter den Leistungsausschluss für Ausländer nach § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 SGB II, auch wenn die Kinder selbst weniger als 18 Monate geduldet sind (§ 1 Abs. 3 S. 2 AsylbLG).

h) Ausländer, die eine Duldung nach § 60 a AufenthG besitzen (§ 1 Abs. 1 Nr. 4 AsylbLG)  
Eine "Duldung" erhalten Ausländer, deren Abschiebung aus rechtlichen Gründen oder tatsächlichen Gründen nicht möglich ist, oder aus politischen (z.B. Abschiebestopp) oder humanitären Gründen derzeit nicht durchgeführt wird (§ 60a AufenthG). Hierbei handelt es sich um die vorübergehende Aussetzung der Abschiebung.

Hierunter fallen auch Ausländer mit einer Fiktionsbescheinigung nach § 81 Abs. 3 S. 2 AufenthG, die ihnen die Ausländerbehörde bei verspäteter Beantragung des erforderlichen Aufenthaltstitels erteilt (siehe Ziff. 1.4.1.5. b).

i) Ausländer, die vollziehbar zur Ausreise verpflichtet sind (§ 1 Abs. 1 Nr. 5 AsylbLG)

Ein Ausländer, der keine erforderliche Aufenthaltsgenehmigung besitzt bzw. nicht mehr besitzt, ist zur Ausreise verpflichtet (§ 50 AufenthG). Vollziehbar ist die Ausreisepflicht (§ 58 Abs. 2 AufenthG), wenn der Ausländer:

- unerlaubt eingereist ist (z.B. ohne die erforderliche Aufenthaltsgenehmigung in Form des Visums). In diesem Fall wird der Ausländer überhaupt kein von der Ausländerbehörde ausgestelltes Dokument besitzen,
- noch nicht die erstmalige Erteilung des erforderlichen Aufenthaltstitels beantragt hat und die gesetzliche Antragsfrist abgelaufen ist oder
- nach Ablauf der Geltungsdauer seines Aufenthaltstitels noch nicht die Verlängerung oder die Erteilung einer anderen Aufenthaltsgenehmigung beantragt hat.

Leistungsberechtigt nach § 1 Abs. 1 Nr. 5 AsylbLG sind ausreisepflichtige Ausländer, z.B. wenn:

- sie sich überhaupt nicht im Besitz eines von der Ausländerbehörde ausgestellten Dokumentes befinden, sich also illegal in der BRD aufhalten,
- ihre Duldung (§ 60a AufenthG) abgelaufen ist,
- sie eine "Grenzübertrittsbescheinigung" oder "Passeinzugsbescheinigung" besitzen,
- ihr (befristeter) Aufenthaltstitel abgelaufen ist, ohne dass sie rechtzeitig eine Verlängerung des Aufenthaltstitels bei der Ausländerbehörde beantragt haben und der Aufenthaltstitel nach § 81 Abs. 4 AufenthG nicht als fortbestehend gilt.
- sie rechtskräftig ausgewiesen wurden und ihre Ausreisepflicht abgelaufen ist.

Bei Vorlage einer Fiktionsbescheinigung nach § 81 Abs. 4 AufenthG, ist der Ausländer hingegen nicht vollziehbar ausreisepflichtig, so dass § 1 Abs. 1 Nr. 5 AsylbLG nicht eingreift. Da durch diese Fiktionsbescheinigung der bisherige Aufenthaltstitel fort gilt, hängt die Anspruchsberechtigung nach dem AsylbLG, dem SGB II bzw. dem SGB XII vom bisherigen Aufenthaltstitel ab (siehe Ziff. 1.4.1.5. c).

j) Ehegatten, Lebenspartner oder minderjährige Kinder des unter § 1 Abs. 1 Nr. 1 - 5 AsylbLG fallenden Ausländers (§ 1 Abs. 1 Nr. 6 AsylbLG).

Darunter fallen die Ehegatten, Lebenspartner oder minderjährige Kinder, die selbst Ausländer sind und die in ihrer Person (noch) nicht den von § 1 Abs. 1 Nr. 1 – 5 AsylbLG erfassten Gruppen von Leistungsberechtigten zuzuordnen sind.

Wenn der bereits hier lebende Ehegatte, Lebenspartner oder die gemeinsamen minderjährigen Kinder bzw. der für die Entscheidung über den künftigen Aufenthalt eines hier geborenen Kindes maßgebliche Elternteil selbst nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 - 5 oder 7 AsylbLG leistungsberechtigt ist, können auch Leistungsberechtigte nach § 1 Abs. 1 Nr. 6 AsylbLG eine Fiktionsbescheinigung nach § 81 Abs. 3 S. 1 AufenthG erhalten. (Bei Vorlage einer solchen Fiktionsbescheinigung nach

§ 81 Abs. 3 S. 1 AufenthG ist bei der Ausländerbehörde zu erfragen, ob ein Fall nach § 1 Abs. 1 Nr. 6 AsylbLG vorliegt.)

k) Ausländer, die einen Asylfolgeantrag nach § 71 AsylG stellen (§ 1 Abs. 1 Nr. 7 AsylbLG)  
Es handelt sich um Ausländer, die nach einer Entscheidung des Bundesamtes für Migration und Flüchtlinge einen weiteren Antrag zur Durchführung eines Asylverfahrens stellen. Mit Stellung eines Asylfolgeantrages ist der Ausländer bis zur Entscheidung des Bundesamtes leistungsberechtigt nach § 1 Abs. 1 Nr. 7 AsylbLG, auch wenn das Bundesamt noch nicht entschieden hat, ob ein erneutes Asylverfahren durchgeführt wird und sie deshalb noch keine "Aufenthaltsgestattung" besitzen. Nach positiver Entscheidung besteht weitere Leistungsberechtigung nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 AsylbLG, bei negativer Entscheidung nach § 1 Abs. 1 Nr. 5 (oder ggf. Nr. 3 oder 4) AsylbLG.

l) Ausländer, die einen Zweitantrag nach § 71 a AsylG stellen (§ 1 Abs. 1 Nr. 7 AsylbLG)  
Hierbei handelt es sich um Ausländer, die nach erfolglosem Abschluss eines Asylverfahrens in einem sicheren Drittstaat, im Bundesgebiet Deutschland einen Asylantrag stellen. Nur in Ausnahmefällen wird dann in Deutschland ein neues Asylverfahren durchgeführt. Bis zur Entscheidung des Bundesamtes besteht Leistungsberechtigung nach § 1 Abs. 1 Nr. 7, 2. Alt. AsylbLG, bei positiver Entscheidung nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 AsylbLG, bei negativer Entscheidung über § 1 Abs. 1 Nr. 5 (oder ggf. Nr. 3 oder 4) AsylbLG.

§ 1 Abs. 2 AsylbLG regelt, dass die in § 1 Abs. 1 AsylbLG bezeichneten Ausländer für die Zeit, für die ihnen ein anderer Aufenthaltstitel als die in § 1 Abs. 1 Nr. 3 AsylbLG bezeichnete Aufenthaltserlaubnis mit einer Gesamtgeltungsdauer von mehr als sechs Monaten erteilt worden ist, nicht nach dem AsylbLG leistungsberechtigt sind. Dies bedeutet, dass Antragsteller, die im Besitz einer nicht unter § 1 Abs. 1 Nr. 3 AsylbLG (Ziff. 1.4.4. c) genannten Aufenthaltserlaubnis sind, deren Gesamtgeltungsdauer jedoch auf bis zu sechs Monate befristet ist, nach dem AsylbLG leistungsberechtigt sind.

Bei Erteilung einer anderen als in § 1 Abs. 1 Nr. 3 AsylbLG aufgeführten Aufenthaltserlaubnis, die eine Geltungsdauer von 6 Monaten oder einen noch kürzeren Zeitraum hat, besteht die Leistungsberechtigung nach dem AsylbLG fort. Erst wenn die Aufenthaltserlaubnis länger als 6 Monate erteilt wird, entfällt eine Leistungsberechtigung nach dem AsylbLG.

#### **1.4.5. Ausschluss für Ausländer für die ersten 3 Monate ab Einreise, § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 SGB II**

Der Leistungsausschluss nach § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 SGB II richtet sich zwar in erster Linie an EU-Bürger, gilt grundsätzlich aber auch für Drittstaatsangehörige<sup>13</sup> sowie deren Familienangehörige für die ersten drei Monate ihres Aufenthalts in der BRD (Ausnahmen siehe unten unter Ziff. 1.4.5.2.).

##### **1.4.5.1. 3-Monatsausschluss für Drittstaatsangehörige und Unionsbürger**

###### **a) Drittstaatsangehörige**

Bei Drittstaatsangehörigen ergibt sich das Datum der Einreise in die BRD in der Regel aus dem Stempel im Pass.

###### **b) Unionsbürger**

Diese Regelung steht in engem Zusammenhang mit § 2 Abs. 5 FreizügG/EU, der festschreibt, dass EU-Bürger und ihre sie begleitenden bzw. nachziehenden Familienangehörigen lediglich im Besitz eines gültigen Personalausweises bzw. Reisepasses sein müssen, um sich bis zu drei

<sup>13</sup> LSG Niedersachsen-Bremen, Urteil v. 15.03.2012, Az.: L 6 AS 748/10

Monate lang in der Bundesrepublik Deutschland aufhalten zu dürfen. EU-Bürger und ihre Familienangehörigen, die von diesem Recht auf Freizügigkeit Gebrauch machen und sich bis zu drei Monate in der Bundesrepublik Deutschland aufhalten, können während dieser Zeitspanne nach § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 SGB II selbst dann keine Leistungen nach dem SGB II erhalten, wenn sie die Voraussetzungen des § 7 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 - 4 SGB II erfüllen.

Die Freizügigkeit von Unionsbürgern ist erst für einen Aufenthalt von länger als drei Monaten an einen Aufenthaltsgrund gebunden (§ 2 Abs. 2 FreizügG/EU).

Maßgeblich für die 3-Monatsfrist ist der Tag der tatsächlichen Einreise nach Deutschland. Da die Freizügigkeitsbescheinigung zum 29.01.2013 abgeschafft wurde, darf eine solche zur Bestimmung des tatsächlichen Einreisedatums nicht angefordert werden. Zur Feststellung des Einreisedatums ist die meldebehördliche Anmeldung anzufordern. Falls Anhaltspunkte dafür bestehen, dass ein Unionsbürger tatsächlich bereits vor der meldebehördlichen Anmeldung in die BRD eingereist ist (z.B. Mietvertrag wurde vor der Anmeldung vom Unionsbürger unterzeichnet), ist auf dieses Datum abzustellen, da für die Leistungsausschlüsse nach § 7 Abs. 1 S. 2 SGB II die tatsächliche Einreise in die BRD maßgebend ist.

#### **1.4.5.2. Ausnahmen vom Ausschluss nach § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 SGB II**

Der Leistungsausschluss nach § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 SGB II gilt jedoch nicht für:

##### **1.4.5.2.1. Unionsbürger, die sich in der BRD als Arbeitnehmer oder Selbständige aufhalten sowie deren Familienangehörige (§ 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 SGB II)**

a) Arbeitnehmer im Sinne von § 2 Abs. 2 Nr. 1 Alt. 1 FreizügG/EU: Ob eine Arbeitnehmereigenschaft, also ein „echtes“ Arbeitsverhältnis vorliegt, muss im jeweiligen Einzelfall geprüft werden. Das FreizügG/EU enthält keine Definition des Arbeitnehmerbegriffes, sondern setzt diesen voraus.

**Definition:** Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs ist „Arbeitnehmer“, wer im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses während einer bestimmten Zeit eine tatsächliche, echte und nicht nur völlig untergeordnete oder unwesentliche Tätigkeit für einen anderen nach dessen Weisung ausübt, für die er als Gegenleistung eine Vergütung erhält. Dabei ist nur auf objektive Kriterien abzustellen. Die rechtliche Einordnung des Verhältnisses zwischen Empfänger und Erbringer der Arbeitsleistung nach nationalem Recht ist unerheblich. Unerheblich ist ferner, woher die Mittel für die Vergütung des Arbeitnehmers stammen, ob das Rechtsverhältnis nach nationalem Recht ein Rechtsverhältnis eigener Rechtsform ist oder wie hoch die Produktivität des Betroffenen ist.

Hinsichtlich der Einordnung, ob es sich um eine völlig untergeordnete oder unwesentliche Tätigkeit handelt, gibt es keine festen Werte. Es muss eine Einzelfallbetrachtung vorgenommen werden. Der Europäische Gerichtshof sowie die nationalen Gerichte haben durch unterschiedliche Urteile Anhaltspunkte für die Beurteilung des Vorliegens einer Arbeitnehmereigenschaft im Einzelfall gegeben.

Der Europäische Gerichtshof hat bereits Tätigkeiten mit einer Wochenarbeitszeit von 10 bis 12 Wochenstunden für die Begründung des Arbeitnehmerstatus ausreichen lassen.<sup>14</sup> In der Rechtsprechung wurde bislang kein Mindestbetrag für eine Vergütung festgelegt. Hier ist jedoch der gesetzliche Mindestlohn zu beachten.

Auch eine nach nationalem Recht geringfügige Beschäftigung kann eine Arbeitnehmereigenschaft begründen. Als Arbeitnehmer gilt auch, wer eine Berufsausbildung im dualen System absolviert.

<sup>14</sup> EuGH, Urteil vom 3. Juni 1986, Rs. 139/85 – Kempf



Von den nationalen Gerichten hat das LSG NRW<sup>15</sup> eine Tätigkeit im Umfang von 4 Stunden pro Woche bei einem Monatslohn von 160,00 € und das LSG Berlin-Brandenburg<sup>16</sup> eine Beschäftigung von 10 Stunden pro Woche bei tariflicher Entlohnung für ausreichend gehalten, die Arbeitnehmereigenschaft zu begründen.

Kriterien für eine Arbeitnehmereigenschaft sind demnach:

- Ausübung einer auf Entgelt gerichteten Tätigkeit im Wirtschaftsleben für einen anderen,
- Erbringung von weisungsunterworfenen Tätigkeiten und Vergütung als Gegenleistung,
- Tätigkeit muss Teilnahme am Wirtschaftsleben begründen,
- nicht notwendig sozialversicherungspflichtige Tätigkeit,
- Teilzeit genügt,
- Minijob und geringfügige Beschäftigung nach § 8 Abs. 1 SGB IV können genügen,
- Anspruch auf bezahlten Urlaub, Lohnfortzahlung im Krankheitsfalle, etc.

Beruft sich ein Ausländer auf seine Eigenschaft als erwerbstätiger Arbeitnehmer, so ist dies von ihm nachzuweisen (Vorlage des Arbeitsvertrages und der Gehaltsabrechnungen, Niederschrift über die wesentlichen Vertragsbedingungen gem. NachwG).

#### b) Straßenmagazin „Tagessatz“

Der Verkauf des Straßenmagazins „Tagessatz“ begründet weder eine Arbeitnehmer- noch eine Selbstständigeneigenschaft, weil eine Teilnahme am Wirtschaftsleben nicht gegeben ist. Mit dem Verkauf soll die gesellschaftliche Wiedereingliederung gefördert sowie gemeinnützige und mildtätigen Ziele verfolgt werden. Ein Anspruch auf eine Gegenleistung gegen den Verein und auch ein Arbeitsverhältnis werden durch den Verkauf nicht begründet. Ein solcher caritative Charakter reicht für die Begründung einer Arbeitnehmer- oder Selbstständigeneigenschaft aber nicht aus.<sup>17</sup>

#### c) Bundesfreiwilligendienst

Eine Beschäftigung im Rahmen des Bundesfreiwilligendienstes begründet ebenfalls kein Aufenthaltsrecht als Arbeitnehmer, weil es sich nicht um eine auf dem regulären Arbeitsmarkt übliche Tätigkeit handelt.<sup>18</sup> Denn der Bundesfreiwilligendienst ist arbeitsmarktneutral auszugestalten, damit sichergestellt ist, dass die Freiwilligen unterstützende, zusätzliche Tätigkeiten verrichten und keine hauptamtlichen Kräfte ersetzen. Auch die zeitliche Begrenzung des Bundesfreiwilligendienstes soll sicherstellen, dass niemand den Bundesfreiwilligendienst zur Bestreitung seines Lebensunterhalts ableistet und dass eine regelmäßige Neubesetzung der Einsatzplätze stattfindet.

#### d) Mutterschutz und Elternzeit

Bei einem fortbestehenden Arbeitsverhältnis kann das Erfordernis der tatsächlichen Tätigkeit für die Erfüllung der Arbeitnehmereigenschaft ausnahmsweise entfallen.<sup>19</sup> So liegt der Fall während des Mutterschutzes und bei Erziehenden in Elternzeit/Elternurlaub, deren Arbeitsverhältnis nach nationalem Recht ruht. Sie bleiben in dieser Zeit Arbeitnehmer i.S. des Unionsrechts.

---

<sup>15</sup> LSG NRW, Beschluss vom 30.01.2008, Az.: L 20 B 76/07 SO

<sup>16</sup> LSG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 14.11.2006, Az.: L 14 B 963/06 AS ER

<sup>17</sup> BSG, Urteil vom 03.12.2015, Az.: B 4 AS 44/15 R; LSG Niedersachsen-Bremen, Beschluss vom 25.05.2015, Az.: L 9 AS 1399/14 B ER; LSG Nordrhein-Westfalen, Urteil vom 10.10.2013, Az.: L 19 AS 129/13).

<sup>18</sup> LSG Baden-Württemberg, Beschluss vom 27.08.2012, Az.: L 13 AS 2352/12 ER-B

<sup>19</sup> BSG, Urteil vom 09.03.2022, Az.: B 7/14 AS 91/20 R

Hat eine Frau ihre Erwerbstätigkeit oder Arbeitsuche wegen der körperlichen Belastungen im Spätstadium ihrer Schwangerschaft und nach der Geburt des Kindes aufgegeben, behält sie nach Auslegung des EuGH die "Arbeitnehmereigenschaft", sofern sie innerhalb eines angemessenen Zeitraums nach der Geburt ihres Kindes eine Beschäftigung tatsächlich aufnimmt. Der „angemessene Zeitraum“ für die Aufnahme einer Tätigkeit ist nicht festgelegt, sodass dies im Einzelfall zu entscheiden ist.

In die Bewertung, ob der zwischen der Geburt des Kindes und der Aufnahme der Erwerbstätigkeit liegende Zeitraum als angemessen angesehen werden kann, sind alle konkreten Umstände des Einzelfalles und die für die Dauer des Mutterschaftsurlaubs geltenden nationalen Vorschriften zu berücksichtigen. Sofern keine tragenden Einzelfallgründe vorliegen ist das Ende der Mutterschutzfrist als angemessener Zeitraum für die Aufnahme einer Tätigkeit anzusehen.

Wirkt der Arbeitnehmerstatus nach dieser Abwägung nicht mehr fort, entfällt in der Regel auch die SGB II-Leistungsberechtigung.<sup>20</sup>

e) Selbständiger im Sinne von § 2 Abs. 2 Nr. 2 FreizügG/EU: Das Aufenthaltsrecht als selbständig Tätiger setzt voraus, dass eine Tätigkeit als Selbständiger im Aufnahmemitgliedstaat tatsächlich ausgeübt wird. Es ist jedoch auch insoweit nicht erforderlich, dass der Gewinn aus der selbständigen Tätigkeit das notwendige Existenzminimum deckt.

**Definition:** Voraussetzung ist aber nach Art 43 EGV, dass eine wirtschaftliche Tätigkeit auf unbestimmte Zeit mittels einer festen Einrichtung in einem anderen Mitgliedstaat tatsächlich ausgeübt wird, sodass alleine ein formaler Akt, wie die Registrierung eines Gewerbes nicht ausreichend ist.<sup>21</sup> Maßgeblich ist die Möglichkeit eines Unionsangehörigen, in stabiler und kontinuierlicher Weise am Wirtschaftsleben eines anderen Mitgliedstaats teilzunehmen und daraus Nutzen zu ziehen.

Sofern es sich um eine Tätigkeit handelt, deren Umfang sich als völlig untergeordnet und unwesentlich darstellt, wird das Vorliegen einer selbständigen Tätigkeit verneint.<sup>22</sup>

Nach einer Entscheidung des LSG Niedersachsen-Bremen<sup>23</sup> stellt sich eine selbständige Tätigkeit, die seit über einem Jahr ausgeübt wird und für die für lediglich vier Monate Bruttoeinnahmen von monatlich 290 EUR bis maximal 350 EUR mittels Quittungen belegt worden sind, als völlig untergeordnet und unwesentlich dar. Eine stabile und kontinuierliche Teilnahme am Wirtschaftsleben könne hierin nicht gesehen werden.

Beruft sich ein Ausländer auf seine Eigenschaft als Selbständiger, so ist dies von ihm nachzuweisen (Angaben über die selbständige Tätigkeit; Vorlage der Gewerbeanmeldung; Belege über Betriebseinnahmen und -ausgaben, Einnahme-Überschuss-Rechnungen oder kaufmännische Buchführung oder andere geeignete Nachweise über Einnahmen und Ausgaben, Gewinn- und Verlustrechnungen, Belege über die beim Finanzamt eingereichten Unterlagen oder die von dort erlassenen Bescheide, Kontoauszüge aus denen die Höhe der erzielten Entgelte aus der gewerblichen Tätigkeit hervorgeht).

#### **1.4.5.2.2. Unionsbürger, den Arbeitnehmern oder Selbständigen gem. § 2 Abs. 3 FreizügG gleichgestellt sind sowie deren Familienangehörige (§ 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 SGB II)**

<sup>20</sup>LSG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 30.1.2017, Az.: L 20 AS 2483/16 B ER, Rdn. 22 Juris -> Verweis auf EuGH 19.06.2014 Az.: C 507/12, Rdn. 47

<sup>21</sup>BSG, Urteil vom 19.10.2010, Az.: B 14 AS 23/10 R

<sup>22</sup>LSG Niedersachsen-Bremen, Beschluss vom 03.08.2012, Az.: L 11 AS 39/12 B ER

<sup>23</sup>LSG Niedersachsen-Bremen, Beschluss vom 03.08.2012, Az.: L 11 AS 39/12 B ER

a) Der Status als Arbeitnehmer oder als selbständig Erwerbstätiger bleibt nach § 2 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 FreizügG bei vorübergehender Erwerbsminderung infolge Krankheit oder Unfall erhalten. Die eingetretene Erwerbsminderung ist dann als vorübergehend anzusehen, wenn aufgrund einer ärztlichen Prognose mit der Wiederherstellung der Arbeitsfähigkeit, ggf. auch eingeschränkt, gerechnet werden kann.<sup>24</sup>

I.d.R. ist die Erwerbsminderung nicht nur vorübergehend, wenn die Erwerbsfähigkeit für voraussichtlich länger als sechs Monate nicht wiederhergestellt sein wird.

b) EU-Bürger, die Arbeitnehmer oder Selbständige in der Bundesrepublik Deutschland waren, unverschuldet arbeitslos geworden sind und zurzeit nicht erwerbstätig sind, bei denen jedoch der Status als Arbeitnehmer bzw. selbständig Erwerbstätigen i.S.d. § 2 Abs. 2 Nr. 1 FreizügG/EU erhalten bleibt (§ 2 Abs. 3 FreizügG/EU) sowie deren Familienangehörige fallen nicht unter den Leistungsausschluss nach § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 SGB II:

- Erwerbstätigkeit ab 12 Monate

Arbeitsuchende Unionsbürger besitzen ein unbefristetes Aufenthaltsrecht als verbleibebe-rechtigte Arbeitnehmer oder Selbständige, wenn sie unfreiwillig (z.B. befristeter Arbeitsvertrag, Kündigung durch den Arbeitgeber; keinen Gewinn mehr erbringende selbständige Tätigkeit) arbeitslos geworden sind, nachdem sie mindestens ein Jahr in Deutschland als Arbeitnehmer oder selbständig tätig waren und sich arbeitsuchend gemeldet haben, § 2 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 FreizügG/EU.

Hierfür müssen folgende Voraussetzungen erfüllt sein:

- bestehende Arbeitslosigkeit gem. § 138 SGB III ggf. analog, demnach ist arbeitslos, wer
  1. nicht in einem Beschäftigungsverhältnis steht (Beschäftigungslosigkeit),
  2. sich bemüht, die eigene Beschäftigungslosigkeit zu beenden (Eigenbemühungen) und
  3. den Vermittlungsbemühungen zur Verfügung steht (Verfügbarkeit).

Der Unionsbürger hat sich unverzüglich nach Verlust der Erwerbstätigkeit beim JC arbeitslos zu melden. Eine verspätete Arbeitslos-Meldung, bspw. weil die Person nach Verlust der Erwerbstätigkeit zunächst eine Reise ins Heimatland unternommen hat, ohne zuvor Kontakt mit dem JC aufzunehmen, führt dazu, dass der Arbeitnehmerstatus nicht aufrechterhalten bleibt.

- unfreiwilliger Verlust der Tätigkeit

Unfreiwillig bedeutet, dass das Arbeitsverhältnis nicht „selbstverschuldet“ aufgegeben wurde. Verschulden ist u.a. in den nachfolgenden Fällen in der Regel gegeben:

- Verhaltensbedingte Kündigung
- Fristlose Kündigung
- Eigenkündigung des Arbeitnehmers
- Aufhebungsvertrag (Ausnahmen möglich)

Es gelten im Wesentlichen die gleichen Rechtfertigungsgründe wie bei der Prüfung des wichtigen Grundes bei einer Pflichtverletzung wegen Arbeitsaufgabe.

Bei den Selbständigen muss die Aufgabe der Selbständigkeit in Folge von Bedingungen stattfinden, auf welche der Selbständige keinen Einfluss hatte. Davon ist regelmäßig auszugehen, wenn die Selbständigkeit dauerhaft wirtschaftlich nicht tragbar war. Hier hat der Selbständige nachzuweisen (bspw. durch umfassende Dokumentation über Akquise-Tätigkeiten, Werbeanzeigen, übermittelte Angebote an potentielle Kunden), dass er ernsthaft und engagiert versucht hat, die wirtschaftliche Situation zu verbessern und somit die

---

<sup>24</sup>vgl. AVV zum FreizügG/EU, Rdn. 2.3.1.1

Betriebsaufgabe zu vermeiden. Die bloße Behauptung, dass die selbständige Tätigkeit wirtschaftlich nicht tragfähig war, reicht nicht aus.

- zeitliche Grenze der Fortgeltung der Arbeitnehmereigenschaft nicht überschritten  
Für einen zeitlich grundsätzlich unbefristeten Erhalt des Arbeitnehmer-/Selbständigenstatus ist in der Regel eine durchgängige Beschäftigung/selbständige Tätigkeit von mindestens zwölf Monaten Voraussetzung. Hierbei können sich Zeiten mehrerer Beschäftigungen (auch in Kombination selbständig/unselbständig) aneinanderreihen. Der Zeitraum von zwölf Monaten beginnt bei Wechsel der Tätigkeiten nicht neu, sofern die Unterbrechung zwischen der alten und neuen Beschäftigung/selbständigen Tätigkeit nur von kurzer Dauer ist.

**Beispiel kurze Unterbrechungsdauer:** Einmalige, kurzfristige Unterbrechung durch einen Zeitraum von lediglich zwei Wochen führt zu einer Tätigkeit von insgesamt mehr als einem Jahr. Eine Orientierung hinsichtlich der Bewertung einer kurzen Unterbrechung kann ebenfalls sein, wenn sie im Verhältnis zur Dauer der Beschäftigung nicht mehr als 5 % beträgt.

- kein Verlust des Arbeitnehmerstatus  
Mit Verlust des Status „arbeitslos“ endet die Verbleibeberechtigung gem. § 2 Abs. 3 FreizügG/EU. Daher endet die Verbleibeberechtigung grundsätzlich mit der Aufnahme einer neuen Beschäftigung. Die Person hat in diesem Fall bereits wieder den Arbeitnehmer-/Selbständigenstatus und ist schon deshalb freizügigkeitsberechtigt. Nach dem Ende der jeweiligen Beschäftigung erfolgt eine erneute Prüfung der Verbleibeberechtigung. Lag jedoch aufgrund einer vorherigen Beschäftigung eine unbefristete Verbleibeberechtigung bis zur Aufnahme einer erneuten Tätigkeit vor und tritt innerhalb von zwölf Monaten wiederum unverschuldet Arbeitslosigkeit ein, lebt der alte Status als dauerhafter Verbleibeberechtigter wieder auf. Der Unionsbürger kann hier nicht schlechter gestellt werden, als wenn er durchgängig arbeitslos gewesen wäre. Ein unbefristetes Verbleiberecht wirkt jedoch nicht nach, wenn die Folge-Beschäftigung freiwillig beendet wurde.

Folgende Fälle führen zum Verlust bzw. Erlöschen der Verbleibeberechtigung (nicht abschließend):

- Ungenehmigte Ortsabwesenheit während der Arbeitslosigkeit führt zum Verlust der Verbleibeberechtigung, da die Person in diesem Fall nicht durchgängig arbeitslos gemeldet ist.
- Erfüllen eines Leistungsminderungstatbestands (bspw. eine in der EGV enthaltene Regelung zum Einreichung von Eigenbemühungen wird ohne wichtigen Grund nicht eingehalten oder eine zumutbare Maßnahme nicht angetreten oder ohne wichtigen Grund abgebrochen)
- Inhaftierung
- Wegzug aus Deutschland
- fehlende Erwerbsfähigkeit

- Erwerbstätigkeit weniger als 12 Monate  
Arbeitsuchende Unionsbürger besitzen ein Aufenthaltsrecht als Arbeitnehmer oder Selbständige, wenn sie weniger als ein Jahr in Deutschland tätig waren und unfreiwillig (s.o.) arbeitslos geworden sind und sich arbeitsuchend gemeldet haben. Diese Unionsbürger sind allerdings nur für 6 Monate als Arbeitnehmer oder Selbständige verbleibeberechtigt, (§ 2 Abs. 3 S. 2 FreizügG/EU). Nach weniger als 12 Monaten Tätigkeit bleibt das Aufenthaltsrecht als Arbeitnehmer oder Selbständige für 6 Monate erhalten.  
Diese Personen sind unter diesen Voraussetzungen trotz faktischer „Arbeitslosigkeit“ nicht ausgeschlossen nach § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 SGB II.

Beruft sich ein nicht erwerbstätiger Unionsbürger auf sein Recht auf Freizügigkeit auf Grund des § 2 Abs. 3 FreizügG/EU, so hat er nachzuweisen:

- dass und wie lange er als Arbeitnehmer oder Selbständiger tätig war und
- dass er seinen Arbeitsplatz bzw. seine selbständige Erwerbstätigkeit unfreiwillig verloren hat und
- dass er sich arbeitsuchend gemeldet hat.

(bei Arbeitnehmern: Vorlage des Arbeitsvertrages, der Gehaltsabrechnungen und der Kündigung; bei Selbständigen: Vorlage der Gewerbeanmeldung, der Gewerbeabmeldung sowie von Gewinn- und Verlustrechnungen).

**Beispiel 1:** Der italienische Staatsangehörige Herr X reiste am 26.02.2022 in die BRD ein. Im Zeitraum vom 01.06.2022 bis zum 31.07.2022 war er als Produktionshelfer abhängig beschäftigt und konnte seinen Bedarf mit seinem Erwerbseinkommen decken. Das Arbeitsverhältnis wurde seitens des Arbeitgebers zum 31.07.2022 gekündigt. Am 01.08.2022 beantragte Herr X SGB II-Leistungen.

**Ergebnis:** Da Herr X lediglich 2 Monate, also weniger als 1 Jahr in der BRD erwerbstätig war, bleibt seine Arbeitnehmereigenschaft für 6 Monate, also bis zum 31.01.2023 (= 6 Monate seit Beendigung der Erwerbstätigkeit am 31.07.2022) aufrechterhalten.

Im Zeitraum vom 01.08.2022 bis zum 31.01.2023 greift der Leistungsausschluss nach § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II nicht, da Herr X sich als (fingierter) Arbeitnehmer in der BRD aufhält. Der Leistungsausschluss greift erst ab dem 01.02.2023, da seine Arbeitnehmereigenschaft nicht mehr aufrechterhalten wird und er sich allein zum Zwecke der Arbeitsuche in der BRD aufhält.

**Beispiel 2:** Der griechische Staatsbürger findet nach zweiwöchiger Arbeitsuche in Deutschland einen Arbeitsplatz, bei dem er 450 € verdient. Der Lohn reicht nicht, um seinen Lebensunterhalt (und den seiner Familienangehörigen) zu decken. Nach 4-wöchiger Arbeit wird er ohne Lohnfortzahlungsanspruch arbeitsunfähig krank. Ihm wird mit einer Frist von 2 Wochen in der Probezeit gekündigt.

**Ergebnis:** Während der ersten beiden Wochen erhalten er (und seine Familienangehörigen) keine Leistungen nach dem SGB II, da er weder Arbeitnehmer noch Selbständiger noch nach § 2 Abs. 2 FreizügG/EU freizügigkeitsberechtigt ist (§ 7 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 SGB II).

Danach kann er (und seine Familienangehörigen) ergänzend SGB II-Leistungen beziehen, da er Arbeitnehmer ist. Während der Dauer der Krankheit bleibt er weiterhin leistungsberechtigt, da ihm der Arbeitnehmerstatus erhalten bleibt. Nach der Kündigung gilt das nur, wenn er sich arbeitslos meldet. Da er weniger als 12 Monate als Arbeitnehmer tätig war, wird seine Arbeitnehmereigenschaft nur für 6 Monate fingiert.

#### **1.4.5.2.3. Drittstaatsangehörige, die sich nach Kapitel 2 Abschnitt 5 AufenthG in der BRD aufhalten (§ 7 Abs. 1 S. 3 SGB II)**

Drittstaatsangehörige mit einem Aufenthaltstitel nach Kapitel 2 Abschnitt 5 AufenthG (das sind die §§ 22 bis 26 AufenthG), können SGB II-Leistungen bereits vor Ablauf von drei Monaten erhalten, da für sie nach § 7 Abs. 1 S. 3 SGB II der Leistungsausschluss des § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 SGB II nicht gilt. Es muss aber der Leistungsausschluss nach § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 SGB II wegen der Leistungsberechtigung nach dem AsylbLG geprüft werden.

Diese Voraussetzungen (kein Leistungsausschluss in den ersten drei Monaten und keine Leistungsberechtigung nach dem AsylbLG) erfüllen Drittstaatsangehörige mit Aufenthaltstiteln nach den folgenden Vorschriften des AufenthG:

- § 22
- § 23 Abs. 1 (Beachte: falls aus Kriegsgründen, dann AsylbLG)
- § 23 Abs. 2, Abs. 3

- § 23a
- § 25 Abs. 1 – Abs. 3
- § 25 Abs. 4 S. 2
- § 25 Abs. 4a
- § 25 Abs. 4b
- § 25 Abs. 5 und seit mindestens 18 Monate geduldet sein
- § 25a
- § 25b

Deren Familienangehörige, die zum Zwecke der Familienzusammenführung nach Deutschland nachziehen, reisen mit einem Visum zum Zwecke der Familienzusammenführung ein und erhalten anschließend eine Aufenthaltserlaubnis zum Zwecke der Familienzusammenführung nach §§ 27-36 AufenthG (= Kapitel 2 Abschnitt 6 des AufenthG). In manchen Fällen stellt die Ausländerbehörde vor Erteilung dieser Aufenthaltserlaubnis eine Fiktionsbescheinigung nach § 81 Abs. 3 S. 1 oder § 81 Abs. 4 AufenthG aus. Die nachziehenden Familienangehörigen selbst erfüllen die Voraussetzungen nach § 7 Abs. 1 S. 3 SGB II also nicht.

Das LSG Niedersachsen-Bremen<sup>25</sup> hat jedoch entschieden, dass der Leistungsausschluss in den ersten drei Monaten nach § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 SGB II nicht greift bei Familienangehörigen, die zu einem Drittstaatsangehörigen nachziehen, der die Voraussetzungen nach § 7 Abs. 1 S. 3 SGB II erfüllt und nicht leistungsberechtigt nach dem AsylbLG ist. Der Familienangehörige, zu dem der Nachzug erfolgt, muss also im Besitz eines Aufenthaltstitels nach den vorgenannten Vorschriften des AufenthG sein.

Bei den nachziehenden Familienangehörigen ist darauf zu achten, dass im Visum der Zusatz „Familienzusammenführung“ enthalten ist und anschließend eine Aufenthaltserlaubnis nach den §§ 27-36 AufenthG von der Ausländerbehörde erteilt wird.

Es ist nicht auszuschließen, dass die ausstellende Botschaft oder das Konsulat den Zusatz „Familienzusammenführung“ im Visum nicht ausdrücklich vermerkt. Deswegen ist in den Fällen, in denen dieser Zusatz im Visum nicht enthalten ist, der Nachzug nach Angaben der Leistungsberechtigten aber zwecks Familienzusammenführung erfolgt, mit der Ausländerbehörde Rücksprache zu halten.

**Beispiel:** Der Ehemann und Vater lebt bereits in Deutschland und hat eine Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 2 AufenthG mit einer Geltungsdauer von einem Jahr. Ihm ist die Ausübung einer Erwerbstätigkeit gestattet. Die Ehefrau und die gemeinsamen minderjährigen Kinder reisen am 15.03.2016 mit einem Visum zum Zwecke der Familienzusammenführung in die BRD ein. Am 10.04.2016 erhält sie eine Aufenthaltserlaubnis nach § 30 AufenthG und die Kinder nach § 32 AufenthG.

**Ergebnis:** a) Da der Ehemann und Vater über einen Aufenthaltstitel nach Kapitel 2 Abschnitt 5 des AufenthG verfügt, erfüllt er die Voraussetzungen nach § 7 Abs. 1 S. 3 SGB II. Er ist nicht leistungsberechtigt nach dem AsylbLG, sodass auch der Leistungsausschluss nach § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 SGB II nicht greift.

b) Da dessen Ehefrau und Kinder mit einem Visum zum Zwecke der Familienzusammenführung in die BRD eingereist sind und anschließend eine Aufenthaltserlaubnis zum Zwecke der Familienzusammenführung erhalten haben, greift für sie in den ersten drei Monaten der Leistungsausschluss nach § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 SGB II nicht ein.

---

<sup>25</sup> LSG Niedersachsen-Bremen, Urteil vom 26.01.2016

#### 1.4.5.2.4. Familienangehörige von deutschen Staatsangehörigen

Auch bei Nachzug eines Ausländers zu deutschen Familienangehörigen greift der dreimonatige Leistungsausschluss im SGB II ab Einreise in Deutschland nicht.<sup>26</sup>

#### 1.4.5.2.5. Unionsbürger, für die eine günstigere Aufenthaltsberechtigung nach AufenthG besteht, § 11 Abs. 14 S. 1 FreizügG/EU (§ 11 Abs. 1 S. 11 FreizügG/EU a. F.)/ i.V.m. AufenthG)

Unionsbürger, die kein Aufenthaltsrecht nach dem FreizügG/EU haben, aber ein Aufenthaltsrecht nach Aufenthaltsgesetz (AufenthG) beanspruchen können, sind aufgrund der „Meistbegünstigungsklausel“ des § 11 FreizügG/EU dennoch leistungsberechtigt nach dem SGB II, z.B. als Ehepartner oder eingetragener Lebenspartner von Deutschen oder von Drittstaatsangehörigen oder als Elternteil eines deutschen Kindes (§§ 28, 29 AufenthG).

**Beispiel:** Das BSG hat einen Anspruch auf Bürgergeld für eine schwangere Unionsbürgerin anerkannt, die weder auf Arbeitssuche noch erwerbstätig war und auch kein anderes Freizügigkeitsrecht besaß, weil sie ein Aufenthaltsrecht nach Aufenthaltsgesetz besaß.<sup>27</sup> Der Kindsvater war Unionsbürger und lebte mehr als acht Jahre in Deutschland und hatte die Vaterschaft anerkannt. Wegen Aufenthaltsdauer und Daueraufenthaltsrecht des Kindsvaters erwirbt das Kind durch Geburt in Deutschland (auch) die deutsche Staatsangehörigkeit (§ 4 Staatsangehörigkeitsgesetz). Aufgrund der Vorwirkungen des ab Geburt bestehenden Aufenthaltsrechts als Mutter eines deutschen Kindes (§ 28 AufenthG) besteht bereits während der Schwangerschaft ein nicht allein auf der Arbeitssuche beruhendes, familiäres Aufenthaltsrecht nach § 7 AufenthG und somit auch ein SGB-II-Anspruch.

#### 1.4.5.2.6. Familienangehörige eines Ausländers, der einen SGB II-leistungsberechtigenden Aufenthaltstitel nach dem 5. Abschnitt, 2. Kapitel AufenthG (§§22-26 AufenthG) besitzt [...]

Es liegt für Familienangehörige eines Ausländers, der einen Aufenthaltstitel nach Abschnitt 5 des Zweiten Kapitels AufenthG (§§ 22-26 AufenthG) besitzt und leistungsberechtigt nach dem SGB II ist, kein Leistungsausschluss vor, wenn sie nach Deutschland nachziehen und ihnen ein Aufenthaltstitel nach dem Abschnitt 6 des Zweiten Kapitels AufenthG (§§ 27-36 AufenthG), der zu Leistungen nach dem SGB II berechtigt, erteilt wird.<sup>28</sup>  
Der Anspruch der Familienangehörigen leitet sich insoweit vom Recht der Bezugsperson ab.

#### 1.4.6. Ausschluss für Ausländer, die kein Aufenthaltsrecht haben, § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2a SGB II

Der Ausschluss nach § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2a) SGB II betrifft u. a. Unionsbürger ohne materielles Freizügigkeits- oder Aufenthaltsrecht, die „erst recht“ von Leistungen nach dem SGB II ausgeschlossen werden. Darauf, ob bereits eine förmliche Verlustfeststellung durch die Ausländerbehörde getroffen wurde, kommt es nicht an.

**Beispiel:** Unionsbürger, die sich schon länger als drei Monate in Deutschland aufhalten und offensichtlich keine Arbeit suchen.  
Drittstaatsangehöriger, der sich ohne gültige Aufenthaltserlaubnis in Deutschland aufhält.

#### 1.4.7. Ausschluss nach 3-monatigem Aufenthalt in der BRD für Ausländer, deren Aufenthaltsrecht sich allein aus dem Zweck der Arbeitssuche ergibt, § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2b SGB II

Nach Ablauf der ersten drei Monate des Aufenthaltes in der BRD ist zu prüfen, ob sich das Aufenthaltsrecht des Ausländers allein aus dem Zweck der Arbeitssuche ergibt. Gemäß § 7 Abs.

<sup>26</sup> vgl. BSG, Urteil vom 30.01.2013, Az.: B 4 AS 37/12 R

<sup>27</sup> BSG, Urteil vom 30.1.2013, Az.: B 4 AS 54/12 R

<sup>28</sup> LSG Niedersachsen-Bremen, Urteil vom 26.01.2016, Az.: L 11 AS 1076/14

1 S. 2 Nr. 2b SGB II erhalten Ausländer, deren Aufenthaltsrecht sich allein aus dem Zweck der Arbeitssuche ergibt, und ihre Familienangehörigen keine Leistungen nach dem SGB II.

#### a) Unionsbürger

Unionsbürger dürfen sich nur die ersten drei Monate ohne Aufenthaltsgrund in der BRD aufhalten. Bei einem Aufenthalt in der BRD von länger als drei Monaten benötigen auch EU-Bürger einen Aufenthaltsgrund (§ 2 Abs. 2 FreizügG/EU). Nach Ablauf der drei Monate sind alle Ausländer zu befragen, zu welchem Zweck sie sich in der BRD aufhalten.

Nur in den Fällen, in denen sich das Aufenthaltsrecht ausschließlich auf den Grund „zur Arbeitssuche“ (§ 2 Abs. 2 Nr. 1a FreizügG/EU) stützt, sind der EU-Bürger, seine Familienangehörigen und nahestehenden Angehörigen vom Leistungsbezug nach dem SGB II ausgeschlossen.

Nicht ausgeschlossen sind EU-Bürger, bei denen ein anderer Grund oder weiterer Aufenthaltsgrund nach § 2 FreizügG/EU greift.

Folgende Ausländer gelten nicht als Ausländer, deren Aufenthaltsrecht sich ausschließlich aus dem Zweck der Arbeitssuche ergibt:

- EU-Bürger, die als Arbeitnehmer oder Selbständige tätig sind,
- EU-Bürger, die durch eine Vorbeschäftigung in Deutschland Arbeitnehmerstatus erlangt haben (verbleibeberechtigte Arbeitnehmer oder Selbständige),
- EU-Bürger, die als Familienangehörige eines in Deutschland erwerbstätigen EU-Bürgers ihren gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland haben,
- Nahestehende Personen eines Unionsbürgers, die selbst nicht Unionsbürger sind, leiten Freizügigkeitsrecht, das zu SGB II-Leistungen berechtigt, ab
- Einreisende Familienangehörige (EU-Bürger oder Drittstaatsangehörige) eines Deutschen (bei Drittstaatsangehörigen Aufenthaltserlaubnis nach § 28 Abs. 1 AufenthG),
- EU-Bürger, die ein Daueraufenthaltsrecht besitzen (§ 4a FreizügG/EU):  
Unionsbürger besitzen ein (unbefristetes) Daueraufenthaltsrecht, wenn sie mindestens 5 Jahre ständig rechtmäßig in Deutschland gelebt haben.

Für den ständigen Aufenthalt in der BRD sind unschädlich:

- Abwesenheiten bis zu insgesamt sechs Monaten im Jahr oder
- Abwesenheit zur Ableistung des Wehrdienstes/Ersatzdienstes sowie
- eine einmalige Abwesenheit von bis zu zwölf aufeinander folgenden Monaten aus wichtigem Grund, insbesondere auf Grund einer Schwangerschaft und Entbindung, schweren Krankheit, eines Studiums, einer Berufsausbildung oder einer beruflichen Entsendung.

Eine Abwesenheit aus einem seiner Natur nach nicht nur vorübergehenden Grund von mehr als zwei aufeinander folgenden Jahren führt jedoch zum Verlust des Daueraufenthaltsrechts.

Unionsbürger haben gem. § 5 Abs. 5 FreizügG/EU ein Recht darauf, dass ihnen bei Vorliegen der Voraussetzungen als Daueraufenthaltsberechtigte von der Ausländerbehörde das Bestehen des Daueraufenthaltsrechts unverzüglich bescheinigt wird. Diese hat aber allein deklaratorische Wirkung, kann das Daueraufenthaltsrecht also nur bescheinigen, nicht begründen.

Von Ausländern\*innen, bei denen ein Daueraufenthaltsrecht bestehen könnte und die keine entsprechende Bescheinigung vorweisen können, ist daher diese Bescheinigung oder ein geeigneter Nachweis über das Bestehen des Daueraufenthaltsrechts (bspw. formlose Bestätigung durch die Ausländerbehörde) zu fordern.

In diesem Zusammenhang kann das Jobcenter der Ausländerbehörde zur Verfahrensbeschleunigung alle vorliegenden, für das Daueraufenthaltsrecht relevanten Daten (bspw. beruflicher Werdegang, Abwesenheitszeiten in Deutschland) übermitteln, sofern sich die betroffenen antragstellenden Personen hiermit einverstanden erklären.



#### b) Drittstaatsangehörige

Ausbildungs- und Hochschulabsolventen sowie Fachkräfte mit einer Aufenthaltserlaubnis nach § 20 Abs. 1-3 AufenthG:

§ 20 Abs. 1 AufenthG	AE zur Arbeitsuche für Fachkraft mit Berufsausbildung
§ 20 Abs. 2 AufenthG (Bis 29.02.2020: § 18c AufenthG)	AE zur Arbeitsuche für Fachkraft mit akademischer Ausbildung
§ 20 Abs. 3 AufenthG (Bis 29.2.2020: § 16 Abs. 5, § 17 Abs. 3, Abs. 7, § 17a Abs. 4 AufenthG)	AE zur Arbeitsuche nach deutschem Ausbildungs- oder Hochschulabschluss, nach Abschluss einer § 20 Forschungstätigkeit oder nach Abschluss des Anerkennungsverfahrens

Von den Leistungen nach dem SGB II ausgeschlossen sind Ausländer\*innen mit einer Aufenthaltserlaubnis nach § 20 Abs. 1-3 AufenthG. Diese Aufenthaltserlaubnis wird Ausländern erteilt, damit sie sich im Anschluss an ihr Studium/Ausbildung/Forschungstätigkeit etc. in Deutschland rechtmäßig aufhalten dürfen und eine Beschäftigung suchen können. Ihr Aufenthaltsrecht ergibt sich allein aus dem Zweck der Arbeitssuche, was gem. § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2b SGB II zu einem Ausschluss von SGB II-Leistungen führt.

#### **1.4.8. Anspruch für Ausländer, die ihr Aufenthaltsrecht allein oder neben einem Aufenthaltsrecht nach Buchstabe b aus Art. 10 der Verordnung (EU) Nr. 492/2011 ableiten**

Der EuGH hat im Vorabentscheidungsersuchen des LSG Nordrhein-Westfalen<sup>29</sup> entschieden, dass aktuell arbeitssuchende EU-Bürger, die zuvor gearbeitet haben, aus Gründen der Gleichbehandlung mit Inländern Anspruch auf SGB II-Leistungen haben, wenn ihre Kinder im Inland zur Schule gehen und somit ein abgeleitetes Aufenthaltsrecht besteht und der bisherige Leistungsausschluss gem. § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2c SGB II laut EuGH nicht mit dem Unionsrecht vereinbar war.

Daraufhin hat der Gesetzgeber den Leistungsausschluss nach § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2c SGB II seit 01.01.2021 ersatzlos gestrichen und es besteht für diese Fallkonstellationen ein SGB II-Anspruch.

Es bleibt allerdings auch bei Vorliegen eines abgeleiteten Aufenthaltsrechts beim Leistungsausschluss im Falle der Einreise zum Zweck der Arbeitssuche für eine erste Beschäftigung (§ 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2b SGB II).

Aus Artikel 10 der VO (EU) 492/2011 erwerben diese Kinder ein eigenständiges Aufenthaltsrecht unabhängig von den Freizügigkeitsvoraussetzungen des § 2 FreizügG/EU.

Damit ein Elternteil ein Aufenthaltsrecht aus Art. 10 der VO (EU) Nr. 492/2011 ableiten kann müssen u. a. folgende vorliegen:

- Der Elternteil lebt mit einem eigenen minderjährigen Kind zusammen

Das aus Art. 10 VO (EU) Nr. 492/2011 abgeleitete Aufenthaltsrecht eines Elternteils, das die tatsächliche Personensorge für das aufenthaltsberechtigten Kind ausübt, endet erst, wenn das aufenthaltsberechtigten Kind seine Ausbildung beendet, volljährig wird, soweit es nicht weiterhin der Anwesenheit und der Fürsorge dieses Elternteils bedarf, oder der Verlust seines Aufenthaltsrechts nach den Vorschriften des FreizügG/EU festgestellt wird.<sup>30</sup>

<sup>29</sup> Rechtssache C-181/19 am 06.10.2020

<sup>30</sup> LSG Nordrhein-Westfalen 27.01.2016-L 19 AS 29/16 B ER

Bei Volljährigkeit des Kindes ist im Einzelfall zu prüfen, ob weiterhin die Anwesenheit und die Fürsorge des Elternteils notwendig ist, um die Ausbildung fortsetzen und abschließen zu können (Begründung und geeignete Nachweise prüfen).

Das Kind muss keine europäische Staatsangehörigkeit besitzen, es kann sich auch um eine/n Drittstaatsangehörige/n handeln.

- der tatsächliche Schulbesuch eines Kindes

Als Schulbesuch ist die allgemeine Schullaufbahn ab 1. Klasse Grundschule zu verstehen. Die Schule muss von dem Kind besucht und hierüber ein Nachweis erbracht werden.

Sinn und Zweck des Art. 10 VO 492/2011 ist primär das Schulbesuchsrecht von Unionsbürger\*innen „unter den gleichen Bedingungen wie die Staatsangehörigen dieses Mitgliedstaats am allgemeinen Unterricht sowie an der Lehrlings- und Berufsausbildung teil(zu)nehmen“. Insofern sind aus hiesiger Sicht keine überhöhten Anforderungen an die Schulbescheinigung zu stellen.

In der Kommentierung wird dargestellt, dass eine kurzzeitige Abwesenheit eine Schule besuchender Kinder nicht das Erlöschen des eigenständigen Aufenthaltsrechts der Kinder und des davon abgeleiteten Aufenthaltsrechts der Eltern bewirkt.<sup>31</sup> Auch wenn Fehlzeiten bestehen, ist weiterhin vom Schulbesuch des Kindes auszugehen (bleiben damit faktisch nicht länger fern), sofern das Kind weiterhin zum Schulbesuch angemeldet ist.

Auf das Bestehen der Schulpflicht kommt es nicht an, wenn das Kind nicht die Schule besucht.

- ein EU-angehöriger Elternteil war früher Arbeitnehmer\*in

Die (ehemals) abhängige Beschäftigung ist nachzuweisen (z.B. Lohn- und Gehaltsabrechnung, Arbeitsvertrag) und muss einen Arbeitnehmerstatus begründet haben.

Auf Kinder von Selbständigen ist Artikel 10 der VO (EU) 492/2011 nicht anwendbar.

→ Liegen die Voraussetzungen vor, besteht bei Vorliegen der allgemeinen SGB II-Anspruchsvoraussetzungen ein Leistungsanspruch sowohl für das Kind als auch für den Elternteil.

Die Minderjährigkeit ist nur für den Leistungsanspruch der Eltern relevant, das Kind selbst hat während der Ausbildung auch nach Erreichen der Volljährigkeit ein eigenes Aufenthaltsrecht.

**Beispiel:** Eine Unionsbürgerin lebt mit ihrem achtjährigen Kind in Deutschland. Die Unionsbürgerin hat acht Monate in Deutschland gearbeitet und das Arbeitsverhältnis ist auf Grund einer Befristung ausgelaufen. Der sechsmonatige Status als verbleibeberechtigte Arbeitnehmerin ist ebenfalls ausgelaufen.

**Ergebnis:** Da das Kind in Deutschland die Schule besucht, haben die Unionsbürgerin und ihr Kind ein Aufenthaltsrecht aus Artikel 10 der Verordnung (EU) Nr. 492/2011 i.V.m. Verordnung (EU) 2016/589. Es greift kein unionsrechtlicher Leistungsausschluss. Sofern die übrigen SGB II-Voraussetzungen vorliegen ist ein SGB II-Anspruch für die Unionsbürgerin und ihr Kind gegeben.

#### **1.4.9. Leistungsanspruch bei verfestigtem Aufenthalt in Deutschland, § 7 Abs. 1 S. 4-6 SGB II**

Nach den Regelungen des § 7 Abs. 1 S. 4-6 SGB II besteht ein SGB II-Leistungsanspruch, wenn die gem. § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2a-c SGB II ausgeschlossenen Ausländer und ihre Familienangehörigen über einen sog. verfestigten Aufenthalt in Deutschland verfügen. Ein verfestigter Aufenthalt in Deutschland ist nach Ablauf eines gewöhnlichen Aufenthalts von mindestens fünf Jahren ohne wesentliche Unterbrechung gegeben, dessen Zeitraum ab Meldung bei der Meldebehörde beginnt.

<sup>31</sup> vgl. Leopold in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB II, 5. Aufl., § 7 (Stand: 29.11.2021), Rdn. 42

Diese Fünf-Jahresfrist ist angelehnt an den Erwerb eines Daueraufenthaltsrechts gem. § 4a FreizügG/EU, setzt jedoch im Gegensatz zu diesem keine materielle Freizügigkeitsberechtigung voraus. Es ist somit möglich, auch ohne materielles Aufenthaltsrecht nach fünf Jahren einen Leistungsanspruch nach dem SGB II zu erlangen.

Unwesentliche Unterbrechungen des Aufenthaltes in Deutschland (z.B. ein kurzer Heimatbesuch) sind für die Fünf-Jahresfrist unschädlich. Wesentliche Unterbrechungen hingegen führen dazu, dass die Fünf-Jahresfrist nach Wiedereinreise erneut zu laufen beginnt.

Zeiten der Verbüßung einer Freiheitsstrafe innerhalb des Fünfjahreszeitraums unterbrechen den rechtmäßigen Aufenthalt im Bundesgebiet. Der Fünfjahreszeitraum beginnt nach der Haftentlassung wieder neu.<sup>32</sup>

Ein verfestigter Aufenthalt tritt nicht ein bzw. entfällt, wenn durch die Ausländerbehörde die Ausreisepflicht oder der Verlust des Freizügigkeitsrechts eines Ausländers festgestellt wurde. Bei ausreisepflichtigen Personen führt jede Wiedereinreise zu einem Neubeginn der Fünf-Jahresfrist, unabhängig von der Dauer der Unterbrechung.

Ausländer, die sich auf einen Leistungsanspruch nach dem SGB II aufgrund ihres verfestigten fünfjährigen Aufenthalts berufen, haben hierfür Beweismittel vorzulegen.

#### **1.4.10. Pflicht zur Unterrichtung der zuständigen Ausländerbehörde**

Nach § 87 Abs. 2 S. 1 Nr. 2a AufenthG haben öffentliche Stellen im Sinne von § 87 Abs. 1 AufenthG unverzüglich die zuständige Ausländerbehörde zu unterrichten, wenn sie im Zusammenhang mit der Erfüllung ihrer Aufgaben Kenntnis erlangen von u. a. der Inanspruchnahme oder Beantragung von Sozialleistungen durch einen Ausländer, für sich selbst, seine Familienangehörigen oder für sonstige Haushaltsangehörige u. a. in den Fällen des:

- § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II: Leistungsausschluss für Ausländerinnen und Ausländer und ihre Familienangehörigen, wenn
- diese kein Aufenthaltsrecht haben,
- deren Aufenthaltsrecht sich allein aus dem Zweck der Arbeitsuche ergibt

oder

- § 7 Abs. 1 S. 4 SGB II: Ausländerinnen und Ausländer und ihre Familienangehörigen erhalten SGB II-Leistungen, wenn sie seit mindestens fünf Jahren ihren gewöhnlichen Aufenthalt im Bundesgebiet haben; dies gilt nicht, wenn der Verlust des Rechts nach § 2 Abs. 1 des Freizügigkeitsgesetzes/EU festgestellt wurde.

Nach § 71 Abs. 2 SGB X ist eine Übermittlung von Sozialdaten eines Ausländers auch zulässig, soweit sie für die Erfüllung der in § 87 Abs. 2 AufenthG bezeichneten Mitteilungspflichten erforderlich ist. Diese Übermittlungspflicht dient allein dem Zweck der Ausführung des Aufenthaltsgesetzes und anderer ausländerrechtlicher Bestimmungen (§§ 87 Absatz 1, 86 AufenthG).

Im Zusammenhang mit Unionsbürgern bestehen die Mitteilungspflichten nach § 87 Abs. 2 Nr. 1 bis 3 AufenthG insoweit, als die dort genannten Umstände auch für die Feststellung nach § 2 Abs. 7, § 5 Abs. 4 und § 6 Abs. 1 FreizügG/EU entscheidungserheblich sein können, § 11 Abs. 7 S. 1 FreizügG/EU (§ 11 Abs. 1 S. 9 FreizügG/EU a. F.).

Die Mitteilungspflichten bestehen nach § 11 Abs. 7 S. 2 FreizügG/EU ohne diese Einschränkung für den Aufenthalt von Personen, die

---

<sup>32</sup> vgl. LSG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 31.05.2021, A z.: L 5 AS 457/21 B ER

1. sich selbst als Familienangehörige im Bundesgebiet aufgehalten haben und nach § 3 Abs. 2 nach dem Tod eines Unionsbürgers ein Aufenthaltsrecht behalten,
2. nicht Unionsbürger sind, sich selbst als Ehegatten oder Lebenspartner im Bundesgebiet aufgehalten haben, und die nach der Scheidung oder Aufhebung der Ehe oder Aufhebung der Lebenspartnerschaft nach § 3 Abs. 4 ein Aufenthaltsrecht behalten, und
3. als nahestehende Personen eines Unionsbürgers ein Aufenthaltsrecht nach § 3a Abs. 1 haben (§ 11 Abs. 8 S. 1 FreizügG/EU).

Darüber hinaus gelten die Mitteilungspflichten ohne diese Einschränkungen auch in den Fällen des § 11 Abs. 12 S. 2 FreizügG/EU. Danach findet hinsichtlich der Beendigung des Aufenthalts von Inhabern eines Rechts nach § 16 FreizügG/EU das Aufenthaltsgesetz Anwendung.

Im Zusammenhang mit Drittstaatsangehörigen besteht seit 01.03.2020 auf Grund des § 87 Abs. 2 S. 3 AufenthG eine Übermittlungspflicht an die zuständige Ausländerbehörde, wenn ein Ausländer mit einer Aufenthaltserlaubnis nach Kapitel 2 Abschnitt 3 oder 4 AufenthG (d.h. §§ 16-21 AufenthG) für sich oder seine Familienangehörigen SGB II-Leistungen beantragt hat.

#### **1.4.11. Nach § 7 Abs. 1 S. 2 SGB II ausgeschlossene Ausländer in Bedarfsgemeinschaften mit SGB II-Berechtigten**

Der sich aus dem jeweiligen Aufenthaltsstatus ergebende SGB II-Leistungsausschluss nach § 7 Abs. 1 S. 2 SGB II ist eigenständig für jeden Familienangehörigen zu prüfen. Es ist durchaus denkbar, dass z.B. minderjährige Kinder einen anderen ausländerrechtlichen Aufenthaltsstatus haben als ihre Eltern/ein Elternteil, so dass ein Familienmitglied anspruchsberechtigt nach dem AsylbLG und ein anderes nach dem SGB II ist. Die Kosten der Unterkunft sind dann nach Kopfbzahl aufzuteilen.

Die Frage des Leistungsausschlusses nach § 7 Abs. 1 S. 2 SGB II und die Frage nach der Zugehörigkeit zu einer Bedarfsgemeinschaft nach § 7 Abs. 3 SGB II sind unabhängig voneinander zu beantworten.<sup>33</sup>

Ausländer, die unter den Leistungsausschluss nach § 7 Abs. 1 S. 2 SGB II fallen, sind von SGB II-Leistungen ausgeschlossen, auch wenn sie in Bedarfsgemeinschaft (§ 7 Abs. 3 SGB II) mit einem SGB II-Berechtigten leben. Der Leistungsausschluss nach § 7 Abs. 1 S. 2 SGB II erstreckt sich auf die gesamten Leistungen nach §§ 19 ff. SGB II und somit auch auf das Bürgergeld nach §§ 19, 23 SGB II.

**Beispiel:** Eine Ausländerin ist im Besitz einer Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 5 AufenthG und ist weniger als 18 Monate geduldet. Ihr erwerbsfähiger hilfebedürftiger Ehemann (M) besitzt hingegen eine Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 3 AufenthG.

**Ergebnis:** Da die Ehefrau im Besitz einer Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 5 AufenthG ist, weniger als 18 Monate geduldet ist und dieser Paragraph in § 1 Abs. 1 Nr. 3 AsylbLG aufgeführt ist, ist sie anspruchsberechtigt nach § 1 AsylbLG, so dass für sie der SGB II-Leistungsausschluss nach § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 SGB II eingreift.

Ihr Ehemann ist anspruchsberechtigt nach dem SGB II-Leistungen, da er einen Titel nach dem Kapitel 2, Abschnitt 5 AufenthG besitzt (§ 7 Abs. 1 S. 3 SGB II).

Da er und seine Ehefrau eine Bedarfsgemeinschaft nach § 7 Abs. 3 Nr. 3 a) SGB II bilden, hat der Ehemann einen Anspruch auf den Regelbedarf für Partner nach § 20 Abs. 4 SGB II und die Hälfte

<sup>33</sup> Spellbrink in Eicher/Spellbrink, SGB II, § 7 Rdn. 57

der angemessenen KdU (Kopfzahlmethode). Die Ehefrau ist auf Leistungen nach dem AsylbLG zu verweisen.

Ein nach § 7 Abs. 1 S. 2 SGB II ausgeschlossener Ausländer kann aber seinerseits keine Bedarfsgemeinschaft begründen bzw. konstruieren.

Bei Ausländern, die nicht unter den Leistungsausschluss des § 7 Abs. 1 S. 2 SGB II fallen, jedoch erwerbsunfähig nach § 8 Abs. 2 SGB II sind und mit einem SGB II-Berechtigten in einer Bedarfsgemeinschaft leben, siehe Ziff. 2.4. des Leitfadens zu § 8 SGB II.

#### **1.4.12. Resettlement-Programm und afghanische Ortskräfte**

##### ➤ Resettlement-Programm

Das BAMF erteilt ausgewählten Schutzsuchenden unterschiedlicher Staatsangehörigkeit oder Staatenlose, die vom UNHCR als Flüchtlinge anerkannt sowie für ein Resettlement (= Umsiedlung) vorgesehen sind, eine Aufnahmezusage auf Grundlage von § 23 Abs. 4 AufenthG.

Im Rahmen des Resettlement-Programms nimmt der Bund Personen auf, die nach Maßgabe des für die Verteilung von Asylbewerbern festgelegten Schlüssels (Königsteiner Schlüssel) verteilt werden. Die in Niedersachsen aufzunehmenden schutzbedürftigen Personen werden nach Maßgabe des Aufnahmegesetzes auf die niedersächsischen Kommunen verteilt und somit bei der zu erfüllenden Aufnahmequote angerechnet.

##### ➤ Afghanische Ortskräfte

Bei afghanischen Ortskräften handelt es sich um Personen, die das deutsche Engagement in Afghanistan unterstützt haben. Um ihrer Fürsorgepflicht gegenüber ihren afghanischen Mitarbeitern gerecht zu werden, haben sich die in Afghanistan tätigen Bundesressorts auf ein gemeinsames Verfahren im Umgang mit ihren afghanischen Ortskräften verständigt, deren Beschäftigungsverhältnis in Afghanistan endet. Das Verfahren sieht u. a. vor, dass jeder afghanischen Ortskraft, die aufgrund ihrer Tätigkeit für deutsche Behörden individuell gefährdet ist, eine Aufnahme in Deutschland angeboten wird.

Dies geschieht durch Erteilung einer Aufnahmezusage nach § 22 AufenthG für die Ortskraft und ihre Familienangehörigen. Sofern die Ortskraft und ihre Familienangehörigen von der Aufnahmezusage Gebrauch machen wollen, erhalten sie für die Einreise nach Deutschland zunächst ein Visum durch die deutsche Auslandsvertretung und nach Einreise eine Aufenthaltserlaubnis durch die Ausländerbehörde des Wohnsitzes nach § 22 AufenthG (Aufnahme aus dem Ausland). Diese berechtigt zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit.

Teilweise wird afghanischen Staatsbürger\*innen durch die Bundespolizei ein AusnahmeVisa nach § 14 Abs. 2 AufenthG ausgestellt. Erwerbsfähigen afghanischen Staatsbürger\*innen sowie den Mitgliedern ihrer Bedarfsgemeinschaft stehen auch mit diesem Ausnahmevisum nach § 14 Abs. 2 AufenthG ohne Verbindung mit einer Aufnahmezusage nach § 22 AufenthG, zunächst Leistungen der Grundsicherung für Arbeitsuchende nach dem SGB II zu.

Dabei ist zu beachten, dass dieses Visum nach 90 Tagen abläuft und spätestens dann ohne einen anschließenden Aufenthaltstitel nach § 22 AufenthG der Grund für die Leistungsgewährung nach dem SGB II entfällt. Die leistungsberechtigten Personen sollten darauf hingewiesen werden, dass sie sich frühzeitig um einen Aufenthaltstitel bemühen müssen und sich ggf. an die Ausländerbehörde zur weiteren Beratung wenden sollten.

Den betreffenden Personen steht ein Leistungsanspruch vom ersten Tag ihres Aufenthalts an zu, weshalb die Leistungen nach dem SGB II abschließend zu gewähren sind, sofern kein anderweitiger Vorläufigkeitsgrund gegeben ist. Der Leistungszeitraum bei einem 90 Tage Visum ist auf den Ablauftag des Visums zu begrenzen, da sich erst nach ausländerrechtlicher Prüfung der Visa-Fälle durch die zuständigen Behörden herausstellt, ob Leistungen nach dem SGB II

weiterhin gewährt werden können (Erteilung eines Aufenthaltstitels nach § 22 AufenthG) oder ggf. Anträge auf Leistungsgewährung nach dem AsylbLG zu stellen sind.

➤ **Resettlement-Programm und afghanische Ortskräfte im SGB II**

Eine Aufnahmezusage/Aufenthaltserlaubnis nach § 23 Abs. 2 AufenthG (Aufnahme bestimmter Gruppen), § 23 Abs. 4 AufenthG (Resettlement-Flüchtlinge) oder eine Aufenthaltserlaubnis nach § 22 AufenthG (Aufnahme aus dem Ausland) berechtigen zu SGB II-Leistungen, sofern die übrigen Leistungsvoraussetzungen erfüllt sind.

Ein Leistungsanspruch nach dem SGB II besteht schon während der ersten drei Monate des Aufenthalts. Dies gilt, sobald der/der Schutzbedürftige in die Bundesrepublik Deutschland eingereist ist und so ihren/seinen gewöhnlichen Aufenthalt im Inland gründet. Ein Aufenthaltstitel ist nicht notwendig, eine Aufenthaltzusage ist ausreichend.

Zuständig ist nach § 36 SGB II der Leistungsträger, in dessen Bereich die/der Leistungsberechtigte ihren/seinen gewöhnlichen Aufenthalt haben wird. Sofern die Zuweisungsentscheidung der Länder bei Einreise der Schutzbedürftigen noch nicht getroffen ist, ist gem. § 36 S. 4 SGB II zunächst der Träger örtlich zuständig, in dessen Bezirk sich die Schutzbedürftigen tatsächlich aufhalten. Sofern die Betroffenen zunächst in einer Erstaufnahmeeinrichtung untergebracht sind, ist dies der Landkreis, in dem die Erstaufnahmeeinrichtung liegt. Da diese Zuständigkeit aber nur sehr kurz besteht, sollten Anträge, die zunächst beim SGB II-Leistungsträger dieses Landkreises formal gestellt und ggf. teilweise ausgefüllt werden, erst durch den nach der Zuweisungsentscheidung örtlich zuständigen SGB II-Leistungsträger bearbeitet werden. Dieser entscheidet dann auch für die Zeit ab Anspruchsbeginn (Einreise bzw. Antragstellung mit Rückwirkung) über die Leistungsansprüche.

Beträgt der Aufenthaltszeitraum in der Erstaufnahmeeinrichtung mehr als zwei Wochen, entscheidet der SGB II-Leistungsträger des Landkreises, in dessen Bereich die Erstaufnahmeeinrichtung liegt, im Einzelfall für die Zeit seiner Zuständigkeit.

Sofern das Jobcenter Landkreis Göttingen zugleich Leistungsträger ist, in dem die Erstaufnahme und die darauffolgende Wohnsitznahme stattfindet, entscheidet der zuständige Standort des Jobcenter Landkreis Göttingen der Wohnsitznahme für die Zeit ab Anspruchsbeginn (Einreise bzw. Antragstellung mit Rückwirkung) über die Leistungsansprüche.

Die Personen, welche die Schutzbedürftigen auf ihrem Weg zum Zuweisungsort begleiten, geben die Anträge an die Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der Kommunen weiter, in denen die Schutzbedürftigen Aufnahme finden. Diese Mitarbeiter\*innen leiten die Kurzanträge an den anschließend örtlich zuständigen Leistungsträger weiter.

## **2. Mitglieder der Bedarfsgemeinschaft, § 7 Abs. 3 SGB II**

§ 7 Abs. 3 SGB II regelt abschließend, welche Personen einer Bedarfsgemeinschaft zuzuordnen sind. Die Bedarfsgemeinschaft kann aus einem oder mehreren Mitgliedern bestehen. In den Nr. 2 bis 3 ist im Gegensatz zu Nr. 4 des § 7 Abs. 3 SGB II die Zugehörigkeit zu der Bedarfsgemeinschaft nicht davon abhängig, ob der eigene Bedarf gedeckt wird oder nicht. Folglich sind die Personen aus § 7 Abs. 3 Nr. 2 und 3 SGB II Mitglied der Bedarfsgemeinschaft auch dann, wenn diese ihren eigenen Bedarf decken können.

### **2.1. Erwerbsfähiger Hauptleistungsberechtigter, § 7 Abs. 3 Nr. 1 SGB II**

Eine Bedarfsgemeinschaft benötigt immer eine erwerbsfähige leistungsberechtigte Person, die alle Anspruchsvoraussetzungen des § 7 Abs. 1 S. 1 SGB II erfüllt (§ 7 Abs. 3 Nr. 1 SGB II). Ohne diese erwerbsfähige Person als Hauptleistungsberechtigte bleibt das Tor zu den Leistungen des SGB II verschlossen.

Es ist allerdings möglich, dass der Hauptleistungsberechtigte für sich selbst gar keine Leistungen beanspruchen kann, bspw. wegen des Leistungsausschlusses gem. § 7 Abs. 5 SGB II als Student\*in. Gleichwohl bildet der/die alleinerziehende Student\*in in diesem Fall mit den unverheirateten Kindern eine Bedarfsgemeinschaft im Sinne des § 7 Abs. 3 SGB II. Die Kinder erhalten über dieses Bindeglied Bürgergeld nach § 23 SGB II.<sup>34</sup>

**Beispiel:** Der 50-jährige V bezieht Rente wegen voller Erwerbsminderung. Er lebt zusammen mit seiner 14-jährigen Tochter T zusammen. Es besteht keine BG, da V nicht erwerbsfähig ist und über T keine BG begründet werden kann.

## 2.2. Kind begründet Bedarfsgemeinschaft, § 7 Abs. 3 Nr. 2 SGB II

Hat der erwerbsfähige, unverheiratete Leistungsberechtigte das 25 Lebensjahr noch nicht vollendet, so bildet er mit seinen erwerbsunfähigen Eltern (bzw. erwerbsunfähigen Elternteilen und deren Partner) eine Bedarfsgemeinschaft nach § 7 Abs. 3 Nr. 2 SGB II.

Diese Norm regelt den Sonderfall, dass ein erwerbsfähiges unverheiratetes Kind unter 25 die Stelle des erwerbsfähigen Leistungsberechtigten nach § 7 Abs. 3 Nr. 1 SGB II einnimmt. Entscheidend für § 7 Abs. 3 Nr. 2 SGB II ist, dass die Eltern/Elternteile des erwerbsfähigen, unverheirateten unter 25-Jährigen ihrerseits erwerbsunfähig sind. Denn wären sie erwerbsfähig, so würden sie selbst gem. § 7 Abs. 3 Nr. 1 SGB II eine Bedarfsgemeinschaft bilden (können).

**Beispiel:** T ist 24 Jahre alt und erwerbsfähig. Sie lebt mit ihrer erwerbsunfähigen Mutter M (48 Jahre) und deren Lebenspartner P (42 Jahre) in einem Haushalt. Auch P ist erwerbsunfähig. Die drei bilden eine Bedarfsgemeinschaft gem. § 7 Abs. 3 Nr. 2 SGB II, vermittelt über die T. Wäre auch T. erwerbsunfähig, so läge überhaupt keine Bedarfsgemeinschaft vor.

Zur gemischten Bedarfsgemeinschaft siehe Ziff. 2.6.

## 2.3. Partner des erwerbsfähigen Leistungsberechtigten, § 7 Abs. 3 Nr. 3 SGB II

Zur Bedarfsgemeinschaft der erwerbsfähigen leistungsberechtigten Person (§ 7 Abs. 3 Nr. 1 SGB II) gehört ihr Partner, soweit er unter § 7 Abs. 3 Nr. 3 a) bis c) SGB II fällt, unabhängig davon ob der Partner selbst erwerbsfähig ist oder nicht.

Partner sind:

- Die nicht dauernd getrennt lebenden (verheirateten) Ehepartner, § 7 Abs. 3 Nr. 3 a) SGB II
- Die nicht dauernd getrennt lebenden Lebenspartner i.S.d. Lebenspartnerschaftsgesetzes (LPartG) => homosexuelle eingetragene Paare (seit 01.10.2017 – der Einführung der „Ehe für alle“ - ist die Neueintragung einer Lebenspartnerschaft allerdings nicht mehr möglich. Die bereits eingetragenen Partnerschaften konnten in eine Ehe umgewandelt oder so beibehalten werden), § 7 Abs. 3 Nr. 3 b) SGB II
- Partner einer eheähnlichen Gemeinschaft => Einstehens- und Verantwortungsgemeinschaft § 7 Abs. 3 Nr. 3 c), Abs. 3a SGB II

<sup>34</sup> Hessisches LSG 6. 9. 2011 - L 7 AS 334/11 B; Valgolio in: Hauck/Noftz, 06/21, § 7 SGB II, Rdn. 175

### **2.3.1. Verheiratete Ehepartner, § 7 Abs. 3 Nr. 3 a) SGB II**

#### **2.3.1.1. rechtliches nicht dauerndes Getrenntleben**

Voraussetzung ist zunächst das Vorliegen einer rechtsgültig bestehenden Ehe (also keine Scheidung).

Die Ehegatten dürfen nicht dauernd getrennt leben. Bei der Auslegung des Begriffs des "nicht dauernd getrennt lebenden Ehegatten" i.S. des § 7 Abs. 3 Nr. 3a SGB II folgt das BSG den Grundsätzen, die zum familienrechtlichen Begriff des "Getrenntlebens" entwickelt worden sind. Für das Getrenntleben muss neben der räumlichen Trennung der nach außen erkennbare Wille (zumindest) eines Ehegatten hinzutreten, die häusliche Gemeinschaft nicht herstellen zu wollen, weil er die eheliche Gemeinschaft ablehnt (Trennungswille), das Eheband also lösen will.<sup>35</sup> Bei fehlender häuslicher Gemeinschaft ist wesentlich auf den Trennungswillen abzustellen, der sich nach außen z.B. in der Stellung eines Scheidungsantrags, in der Wahl einer getrennten steuerlichen Veranlagung oder Wechsel der Lohnsteuerklasse manifestieren kann. Der Trennungswille muss dabei unmissverständlich zum Ausdruck kommen. Die bloße Erklärung des Getrenntlebens ohne weitere objektive Anhaltspunkte genügt nicht.

Getrenntleben liegt nicht schon bei jeder räumlichen Trennung vor, insbesondere dann nicht, wenn mit der Fortführung der Wirtschafts- und Lebensgemeinschaft zu rechnen ist. Die Trennung muss mehr als nur vorübergehend sein.

Eine nur berufs- oder krankheitsbedingte vorübergehende räumliche Trennung, Inhaftierung, Zwangseinweisung in ein Landeskrankenhaus u.a. reicht für die Feststellung eines dauernden Getrenntlebens also nicht aus. Sie kann vielmehr einer einvernehmlichen Lebensplanung der Eheleute entsprechen.

#### **2.3.1.2. tatsächliche räumliche Trennung – Regelbedarf, KdU und Einkommensanrechnung**

Nach der Rechtsprechung des BSG ist jedoch in Ausnahmesituationen, in denen bspw. ein Ehepartner berufsbedingt im Ausland lebt und mangels eines gewöhnlichen Aufenthalts in Deutschland von Leistungen nach dem SGB II ausgeschlossen ist<sup>36</sup> oder in denen ein Ehegatte aufgrund von Pflegebedürftigkeit nicht mehr zu Hause leben kann<sup>37</sup>, trotz der bestehenden Ehe die Gewährung des vollen Regelbedarfs nach § 20 Abs. 2 S. 1 SGB II in analoger Anwendung dieser Regelung gerechtfertigt.

Die Kosten der Unterkunft und Heizung sind in unveränderter Höhe auf die im Haushalt verbleibenden Personen aufzuteilen. Falls die Kosten der Unterkunft unangemessen geworden sind, ist die Einleitung eines Kostensenkungsverfahrens zu prüfen.

Der Bedarf und die Anrechnung des Einkommens (z.B. Rente, Leistungen der Pflegekasse, etc.) vom im Pflegeheim untergebrachten Ehepartner werden in diesen Fallkonstellationen nach dem SGB XII (§ 27b SGB XII) und nicht nach dem SGB II ermittelt (siehe SGB XII-Bescheid des untergebrachten Ehepartners im Einzelfall).

Diese Entscheidung des BSG ist hinsichtlich der Höhe des Regelbedarfes und der KdU auf die Konstellation einer Bedarfsgemeinschaft mit einem inhaftierten Ehepartner, der nach § 7 Abs. 4 S. 2 SGB II von den SGB II-Leistungen ausgeschlossen ist, übertragbar. Deswegen haben auch Ehepartner von Strafgefangenen Anspruch auf den vollen Regelbedarf, wenn aufgrund der Inhaftierung ein gemeinsames Wirtschaften nicht mehr möglich ist.

<sup>35</sup> BSG, Urteil vom 18.02.2010, Az. B 4 AS 49/09 R

<sup>36</sup> vgl. BSG, Urteil vom 11.02.2015, Az. B 4 AS 27/14 R

<sup>37</sup> vgl. BSG, Urteil vom 16.04.2013, Az. B 14 AS 71/12 R



Auch wenn sich der Partner dauerhaft im Ausland aufhält, kann eine Bedarfsgemeinschaft anzunehmen sein, wenn dies auf einer einvernehmlichen Lebensgestaltung beruht und ein Trennungswille nicht besteht.<sup>38</sup>

Bei der Bildung einer Bedarfsgemeinschaft mit dem im Ausland lebende/n Ehepartner\*in ist dessen/deren Einkommen und Vermögen bei der Bedarfsberechnung grundsätzlich anrechenbar. Ergibt eine Gegenüberstellung des Gesamtbedarfs mit dem Einkommen der Bedarfsgemeinschaft eine Differenz zugunsten des Gesamtbedarfs, besteht in diesem Umfang ein Leistungsanspruch. Des Weiteren ist zu berücksichtigen, ob der/die im Ausland leben-de/n Ehepartner\*in monatliche Aufwendungen (insbesondere Kosten der Unterkunft) hat. Für einen Übergangszeitraum können nicht nur die angemessenen, sondern sogar die tatsächlichen Unterkunfts-kosten für die Wohnung des/der im Ausland lebenden Ehepartner\*in als (fiktiver) Bedarf bei der Leistungsberechnung zu berücksichtigen sein (§ 22 Abs. 1 Satz 3 SGB II).<sup>39</sup>

Bezüglich der Regelbedarfsstufe ist einzelfallbezogen zu prüfen, ob ein Ausnahmefall vorliegt wie bspw. gewichtige gesundheitliche oder rechtliche Umstände, eine berufliche Tätigkeit im Ausland oder andere nicht frei zugängliche Umstände, welche am gemeinsamen Wirtschaften hindern und eine analoge Anwendung der Regelbedarfsstufe 1 gebieten könnten.

Wenn bspw. beide Eheleute erwerbsfähig sind, freiwillig getrennt in Wohnungen in nicht allzu weiter räumlicher Entfernung voneinander leben, ist keine Ausnahmesituation gegeben und es besteht jeweils nur Anspruch auf SGB II-Leistungen nach der Regelbedarfsstufe 2. Es handelt sich um eine freiwillige Entscheidung der Eheleute im Rahmen der grundsätzlich durch Art. 6 Abs. 1 GG geschützten Gestaltungsfreiheit in der Eheführung, die der freien Disposition unterliegen, deren Veränderung auch nach der Wertung des Gesetzgebers zumutbar ist und die eine analoge Anwendung der Regelbedarfsstufe 1 mangels Regelungslücke nicht rechtfertigt.

Bei volljährigen Personen mit anerkannter Asylberechtigung, Flüchtlingseigenschaft oder subsidiärem Schutzstatus ist abweichend von § 20 Abs. 4 SGB II die Regelbedarfsstufe 1 anzuerkennen, wenn bisher im Inland keine Haushaltsgemeinschaft (kein „Wirtschaften aus einem Topf“) mit dem/der volljährigen Partner\*in begründet werden konnte, weil der/die Partner\*in noch im Herkunftsland oder einem Flüchtlingslager in einem anderen Land lebt oder sich auf dem Weg nach Deutschland mit derzeit unbekanntem oder ständig wechselndem Aufenthalt befindet. Trotz fehlender Haushaltsgemeinschaft mit dem Partner besteht in diesen Fällen aber bereits eine Bedarfsgemeinschaft, da die Partner nicht dauernd getrennt leben.

### **2.3.2. Eingetragene Lebenspartnerschaft, § 7 Abs. 3 Nr. 3 b) SGB II**

Von § 7 Abs. 3 Nr. 3 b) SGB II umfasst sind nur Lebenspartner, die in der Form des Lebenspartnerschaftsgesetzes (gemeinsame Erklärung vor der zuständigen Behörde, vergleichbar einer Eheschließung) eine Lebenspartnerschaft begründet haben. Nach dem Gesetz zur Einführung des Rechts auf Eheschließung für Personen gleichen Geschlechts können seit 01.10.2017 Lebenspartner auf Antrag ihre Lebenspartnerschaft in eine Ehe umwandeln (§ 20a LPartG). Seit dem 01.10.2017 ist die Begründung neuer Lebenspartnerschaften nicht mehr möglich (§ 1 S. 1 LPartG).

Die Frage des dauernden Getrenntlebens ist nach den gleichen Kriterien wie bei Ehepaaren zu beurteilen (siehe Ziff. 2.3.1.). Eine eingetragene Lebenspartnerschaft kann nur durch ein gerichtliches Urteil aufgehoben werden.

### **2.3.3. Einstehens- und Verantwortungsgemeinschaft, § 7 Abs. 3 Nr. 3 c), Abs. 3a SGB II**

<sup>38</sup> LSG Baden-Württemberg, Urteil vom 11.12. 2017, Az. L 1 AS 4157/17 ER-B

<sup>39</sup> vgl. BSG, Urteil vom 18. Februar 2010, Az. B 4 AS 49/09 R

Mit dem Fortentwicklungsgesetz hat der Gesetzgeber den Begriff der Einstehensgemeinschaft näher definiert und fasst darunter nicht nur verschiedene geschlechtliche Partner, sondern auch Partner einer nicht eingetragenen gleichgeschlechtlichen Lebensgemeinschaft.

Eine Bedarfsgemeinschaft i.S.d. § 7 Abs. 3 Nr. 3 c) SGB II liegt vor, wenn (verschieden- oder gleichgeschlechtliche) Partner

- in einem Haushalt zusammenleben und zwar so,
- dass nach verständiger Würdigung der wechselseitige Wille anzunehmen ist, Verantwortung füreinander zu tragen und füreinander einzustehen (Einstehensgemeinschaft).

=> Für dieses letzte Tatbestandmerkmal hat der Gesetzgeber weiter einen eigenen Vermutungstatbestand in § 7 Abs. 3a SGB II geschaffen. Danach wird das Vorliegen einer Einstehensgemeinschaft von Gesetzes wegen vermutet (§ 7 Abs. 3a SGB II), wenn Partner

- länger als ein Jahr zusammenleben oder
- mit einem gemeinsamen Kind zusammenleben oder
- Kinder oder Angehörige im Haushalt versorgen oder
- befugt sind, über Einkommen oder Vermögen des anderen zu verfügen (z.B. Kontovollmacht).

In diesen Fällen darf das Vorliegen einer Einstehensgemeinschaft unterstellt werden. Für das Vorliegen des Vermutungstatbestandes trägt der SGB II-Leistungsträger die Beweislast. Demnach kann eine Einstehensgemeinschaft bspw. dann unterstellt werden, wenn die Betroffenen länger als ein Jahr in einer gemeinsamen Wohnung zusammenleben. Hiervon ausgenommen sind lediglich Fälle, in denen unstreitig auf Grund eindeutiger räumlicher Gegebenheiten und Zuordnungen zwei getrennte Wohnbereiche bestehen bzw. bestanden haben (Wohngemeinschaft).

Liegt ein entsprechend eindeutiger Fall nicht vor, so bedarf es keiner weiteren Feststellungen des Leistungsträgers. Vielmehr obliegt es nun dem Betroffenen darzulegen und nachzuweisen, dass die Voraussetzungen einer Einstehensgemeinschaft gemäß § 7 Abs. 3 Nr. 3 c) SGB II in seinem Fall nicht erfüllt sind.<sup>40</sup> Auf Grund eindeutiger räumlicher Gegebenheiten und Zuordnungen getrennte Wohnbereiche bestehen bspw. dann, wenn zwei Personen in einer Wohnung leben, jede Person jedoch einen fest definierten, separaten Wohnbereich mit eigener Küche und eigenem Bad besitzt. Liegen in einem solchen Fall keine entgegenstehenden Anhaltspunkte vor, so dürften getrennte Wohnbereiche unstreitig sein. In einem solchen eindeutigen Fall ist es unbillig, dem erwerbsfähigen Hilfebedürftigen die Beweislast für das Nichtvorliegen einer Einstehensgemeinschaft aufzuerlegen. Nur solche eindeutigen Fälle wollte das Gericht mit der genannten Formulierung von der Beweislastumkehr ausnehmen. Diese Ausnahmefälle dürften jedoch relativ selten sein. Regelmäßig ist bei einem Zusammenleben von über einem Jahr in einer gemeinsamen Wohnung die Beweislastumkehr des § 7 Abs. 3a SGB II anzuwenden.

Die gesetzliche Vermutung des Vorliegens einer Einstehensgemeinschaft (§ 7 Abs. 3a SGB II) kann von dem Betroffenen widerlegt werden. Der Betroffene hat dann darzulegen und durch geeignete Nachweise zu beweisen, dass die Vermutung der Lebenswirklichkeit nicht entspricht. Er muss darlegen, warum keine Bedarfsgemeinschaft besteht, sondern die Personen lediglich zusammenwohnen. Die bloße Behauptung, dass trotz der oben genannten Vermutungstatbestände eine Einstehensgemeinschaft nicht vorliegt, ist hierfür jedoch nicht ausreichend.<sup>41</sup> Es müssen vielmehr nachvollziehbare Gründe dafür vorgetragen werden.

<sup>40</sup> LSG Niedersachsen-Bremen, Beschluss v. 02.03.2007 – Az.: L 13 AS 24/06 ER

<sup>41</sup> vgl. BT-Drucksache 16/1410

Die in § 7 Abs. 3a SGB II genannten Kriterien sind lediglich hinsichtlich des Vermutungstatbestandes abschließend. Es ist nicht ausgeschlossen, dass auch andere äußere Tatsachen das Vorliegen einer Einstehensgemeinschaft begründen können. Dies ist unter Würdigung der Gesamtumstände von Amts wegen zu prüfen.

Leben die Betroffenen demnach weniger als 12 Monate zusammen und treffen die übrigen Tatbestände des § 7 Abs. 3a SGB II nicht zu, greift die Beweislastumkehr nicht. Es ist dennoch zu prüfen, ob nach Würdigung der Gesamtumstände eine Einstehensgemeinschaft besteht.

Eine Wohnungsbesichtigung ist grundsätzlich ohne vorherige Anmeldung durchzuführen, ein entsprechender ausführlicher Bericht der gesamten Beobachtungen ist aktenkundig zu machen.

Die Ablehnung der Wohnungsbesichtigung durch einen Haushaltsangehörigen ist dabei durch das Grundrecht der Unverletzlichkeit der Wohnung nach Art. 13 GG gedeckt. Diese darf schon deshalb nicht als Zugeständnis einer eheähnlichen Gemeinschaft gewertet werden.

Eine Einstehensgemeinschaft gilt insbesondere dann als aufgelöst, wenn das tatsächliche Zusammenleben beendet ist.

#### **2.4. Unter 25-jährige Kinder, § 7 Abs. 3 Nr. 4 SGB II**

Zu einer Bedarfsgemeinschaft von Alleinstehenden oder Partnern gehören auch deren Kinder, wenn diese

- im gleichen Haushalt leben,
- noch keine 25 Jahre alt sind,
- unverheiratet sind und
- ihren eigenen Bedarf nicht aus eigenem Einkommen und Vermögen decken können, also hilfebedürftig sind.

Die Kinder müssen mit den in § 7 Abs. 3 Nr. 1 bis 3 SGB II genannten Personen zusammen in einem Haushalt leben. Als dem Haushalt angehörend können diese Kinder auch dann zu behandeln sein, wenn sie teilweise bei dem anderen getrennt lebenden Elternteil leben (sog. zeitweise Bedarfsgemeinschaft).

Vollendet das im Haushalt seiner Eltern/eines Elternteils lebende Kind das 25. Lebensjahr, wird es selbst Hauptleistungsberechtigter und scheidet aus der Bedarfsgemeinschaft seiner Eltern/seines Elternteils aus.

Ob die o.g. Kinder ihren eigenen Bedarf selbst decken können, ist einerseits durch Gegenüberstellung ihres Bedarfs (§ 19 ff. SGB II) und ihres Einkommens (§ 11 ff. SGB II) zu ermitteln und andererseits durch eine lediglich auf dieses Kind bezogene Vermögensprüfung (§ 12 ff. SGB II). Die Kinder, die ihren Bedarf aus eigenem Einkommen oder Vermögen decken können, gehören nicht zur Bedarfsgemeinschaft der Eltern.

Diese sollten in der Berechnung des Bescheides der Eltern aufgeführt werden, um den Betrag des bei dem Kindergeldberechtigten angerechneten Kindergeldes zu erklären. Zur Anrechnung des Kindergeldes beachten Sie bitte die Regelungen im Leitfaden zu § 11 SGB II.

Bei Heirat scheidet das Kind aus der Bedarfsgemeinschaft der Eltern aus und bildet eine eigene Bedarfsgemeinschaft.

In den nachfolgenden Fällen wird keine Bedarfsgemeinschaft (nach § 7 Abs. 3 Nr. 4 SGB II) begründet:

- **Pflegeeltern mit Pflegekind**  
Eltern sind die leiblichen Eltern und die Adoptiveltern. Pflegekinder, die im selben Haushalt der Pflegefamilie leben, gehören daher nicht zur Bedarfsgemeinschaft ihrer Pflegeeltern, da sie keine eigenen oder adoptierten Kinder sind.
- **Großeltern mit Enkelkind**  
Dasselbe gilt für Enkelkinder, die ohne die/den eigenen Eltern/Elternteil im Haushalt ihrer Großeltern leben, da auch sie keine eigenen oder adoptierten Kinder ihrer Großeltern sind. Hier ist aber eine Haushaltsgemeinschaft nach § 9 Abs. 5 SGB II zu prüfen.
- **Geschwister, die ohne Eltern zusammen in einem Haushalt leben**  
Geschwister, die ohne Eltern in einem Haushalt zusammenleben, bilden keine Bedarfsgemeinschaft, da sie nicht jeweils Kinder der in § 7 Abs. 3 Nr. 1 bis 3 SGB II genannten Person sind. Ein unter 15-jähriges Geschwisterkind kann Anspruch auf Leistungen nach dem SGB XII haben. Ein Geschwisterkind, das das 15. Lebensjahr bereits vollendet hat, bildet eine eigenständige Bedarfsgemeinschaft und hat Anspruch auf den vollen Regelbedarf nach § 20 Abs. 2 S. 1 SGB II.
- **Ein Kind, das zur Bedarfsgemeinschaft der Eltern gehört, ist schwanger und bekommt selbst ein Kind**  
Lebt ein unverheiratetes Kind unter 25 Jahren, das schwanger ist, in einem Haushalt mit den Eltern, bildet es eine Bedarfsgemeinschaft mit den Eltern (§ 7 Abs. 3 Nr. 4 SGB II). Das Einkommen und Vermögen der Eltern bzw. des bedarfsgemeinschaftsangehörigen Partners des Elternteils ist jedoch nicht bedarfsmindernd bei der schwangeren Tochter zu berücksichtigen (§ 9 Abs. 3 SGB II). Die Schwangere erhält also den Regelbedarf abhängig von ihrem Alter<sup>42</sup> sowie Unterkunftskosten in Höhe der kopfteiligen Miete (eigene Mietverträge mit den Eltern werden nur in Einzelfällen anerkannt, s. Ziffer 1.3.2 zu § 22 SGB II). Das Einkommen und Vermögen der Eltern bleibt aber unberücksichtigt.  
Wird das Kind geboren, bildet die Tochter mit dem Baby nunmehr eine eigenständige Bedarfsgemeinschaft, wenn sie bereits 15 Jahre alt und erwerbsfähig ist (§ 7 Abs. 3 Nr. 1, Nr. 4 SGB II SGB II), und hat demzufolge Anspruch auf den vollen Regelbedarf.

Lebt eine schwangere Hilfebedürftige, die das 25. Lebensjahr vollendet hat, oder eine Person, die das 25. Lebensjahr vollendet hat und die ihr Kind bis zur Vollendung des sechsten Lebensjahres betreut, im Haushalt der Eltern, bildet sie mit ihren Eltern keine Bedarfsgemeinschaft, aber grundsätzlich eine Haushaltsgemeinschaft. Im Hinblick auf den Schutzgedanken aus den §§ 9 Abs. 3, 33 Abs. 2 Nr. 3a) und b) SGB II gilt jedoch die Vermutung aus § 9 Abs. 5 SGB II immer dann als widerlegt, soweit eine tatsächliche Unterstützung durch die Eltern nicht erfolgt. Eine entsprechende Erklärung der antragstellenden Person ist als ausreichend anzuerkennen.

## **2.5. Zeitweise Bedarfsgemeinschaft/Temporäre Bedarfsgemeinschaft (TBG), § 7 Abs. 3 Nr. 1, Nr. 4 SGB II**

Getrennt lebende Elternteile haben das Recht auf Umgang mit ihrem minderjährigen Kind. Häufig sind die Umgangskontakte derart ausgestaltet, dass das Kind jedes zweite Wochenende und die Hälfte der Schulferien beim umgangsberechtigten Elternteil verbringt. Das Bundessozialgericht hat eine sog. „zeitweise (oder auch temporäre) Bedarfsgemeinschaft“ nach § 7 Abs. 3 Nr. 1, Nr. 4 SGB II angenommen für den Fall, dass Kinder mit einer gewissen

---

<sup>42</sup> SG Hildesheim, Urteil vom 30.08.2012, Az.: S 38 AS 1033/09; LSG NRW, Beschluss vom 30.03.2012, Az.: L 6 AS 1930/11 B

Regelmäßigkeit bei einem umgangsberechtigten Elternteil länger als einen Tag wohnen, also nicht nur unregelmäßige, sporadische Besuche vorliegen. Sporadische Besuche bei einem Elternteil/den Eltern begründen dagegen keine TBG.<sup>43</sup>

Eine solche zeitweise Bedarfsgemeinschaft mit dem umgangsberechtigten Elternteil besteht grundsätzlich für jeden Kalendertag, an dem sich das Kind länger als 12 Stunden bezogen auf den Kalendertag, dort aufhält.<sup>44</sup>

**Beispiel:** Die Umgangsregelung besteht von Freitag, 17.00 Uhr bis Sonntag, 18.00 Uhr. Die zeitweise Bedarfsgemeinschaft besteht auf Grund der Umgangsregelung an den maßgeblichen Wochenenden jeweils für zwei volle Tage (Samstag und Sonntag), nicht jedoch am Freitag, da das Kind sich an diesem Tag weniger als 12 Stunden beim umgangsberechtigten Elternteil aufhält.

Legen die Eltern fest, dass sich das Kind regelmäßig zwischen 13 und 17 Kalendertagen in den verschiedenen Haushalten aufhält, liegt ein sogenanntes Wechselmodell vor. In diesen Fällen werden die Bedarfe des Kindes nicht taggenau aufgeteilt, sondern je BG zur Hälfte.

Als Mitglied der zeitweisen Bedarfsgemeinschaft kann das Kind grundsätzlich Ansprüche auf Leistungen nach dem SGB II haben. Das Vorliegen einer zeitweisen Bedarfsgemeinschaft kann ein Grund für eine vorläufige Entscheidung nach § 41a Abs. 1 S. 1 Nr. 2 SGB II sein.

## **2.5.1. Höhe der Bedarfe in den zeitweisen Bedarfsgemeinschaften**

### **2.5.1.1. Regelbedarfe**

An jedem Kalendertag, an dem sich das Kind im Rahmen des regelmäßigen Umgangskontaktes länger als 12 Stunden bei seinem umgangsberechtigten Elternteil (eine Person gem. § 7 Abs. 3 Nr. 1-3 SGB II) aufhält, hat es als Mitglied der zeitweisen Bedarfsgemeinschaft einen Anspruch auf Bürgergeld/Regelbedarf, soweit es hilfebedürftig ist und seinen eigenen Bedarf nicht aus eigenem Einkommen und Vermögen decken kann (§ 7 Abs. 3 Nr. 4 SGB II). Inhaber des Bürgergeld- bzw. Regelbedarfsanspruches ist das Kind selbst und nicht der umgangsberechtigte Elternteil als Kopf der zeitweisen Bedarfsgemeinschaft.

Das Bürgergeld/Regelbedarf ist jedoch in beiden zeitweisen Bedarfsgemeinschaften anteilig nach Tagen (1/30 des monatlichen Bürgergeldes/ Regelbedarfes) zu gewähren. Die Zuordnung von Ansprüchen auf Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts als Mitglied von zwei Bedarfsgemeinschaften führt nicht zu einer Erhöhung des pauschalierten Regelbedarfs. Kinder haben an Tagen, an denen sie in BG mit ihrem Vater leben, keinen Anspruch auf Regelbedarfe in der BG mit ihrer Mutter und umgekehrt. Dem seine Umgangsrechte wahrnehmenden Kind stehen auch bei regelmäßigen Aufenthalten in zwei elterlichen Haushalten monatlich insgesamt Ansprüche für nur 30 Tage zu. Die jeweils möglichen Ansprüche schließen sich in zeitlicher Hinsicht gerade aus.<sup>45</sup> Im Übrigen ist es nicht Aufgabe des SGB II, bis in jede Einzelheit für eine Verteilung der für das Existenzminimum der einzelnen Personen notwendigen Gelder zwischen allen Beteiligten zu sorgen. Der Gesetzgeber darf vielmehr typisierend davon ausgehen, dass Zuordnungsprobleme innerhalb familienhafter Beziehungen gemeistert werden. Das gilt insbesondere bei fortbestehenden Sorgerechtsbeziehungen zwischen geschiedenen Ehegatten.<sup>46</sup>

<sup>43</sup> BSG, Entscheidung vom 07.11.2006, Az.: B 7b AS 14/06 R

<sup>44</sup> BSG, Urteile vom 02.07.2009, Az.: B 14 AS 75/08 R und Az.: B 14 AS 54/08 R

<sup>45</sup> BSG, Urteil v. 12. 6. 2013 - B 14 AS 50/12 R; BSG, Urteil v. 14.12.2021, Az: B 14 AS 73/20 R

<sup>46</sup> vgl. BSG vom 7. 11.2006 - B 7b AS 14/06; BSG, Urteil v. 14.12.2021, Az: B 14 AS 73/20 R

Findet an einem Tag ein umgangsbedingter Wechsel der Haushaltszugehörigkeit statt, ist an diesem Tag nach der zeitlich überwiegenden Zugehörigkeit zu entscheiden. Wegen der möglichen Gesamtaufenthaltsdauer von 24 Stunden ist in der Regel auch hier ausschlaggebend, wo sich das Kind länger als 12 Stunden bezogen auf den Kalendertag aufhält.

Das Bürgergeld ist jedoch in denjenigen Fällen zwischen den BGs der Eltern häftig aufzuteilen, wenn das Kind sich dauerhaft jeweils zur Hälfte bei den getrennt lebenden Elternteilen aufhält, etwa wenn sich die Eltern darauf einigen, das Kind abwechselnd im Haushalt des einen und des anderen zu versorgen (sog. Wechselmodell).

### 2.5.1.2. Bedarfe für Unterkunft und Heizung

Bedarfe für Unterkunft und Heizung für das Kind sind grundsätzlich nur in der Haupt-/Stamm-BG mit vollem Kopfteil in die Berechnung aufzunehmen.<sup>47</sup> Diese Kosten sind – wie sonst auch – durch das Angemessenheitskriterium in § 22 Abs. 1 SGB II begrenzt.

In der Wohnung des umgangsberechtigten Elternteils ist kein Unterkunftsbedarf des minderjährigen Kindes zu decken, auch nicht für einzelne Tage. Denn das Kind hat seinen Lebensmittelpunkt, der Ausgangspunkt des grundsicherungsrechtlichen Unterkunftsbedarfs Minderjähriger ist, nicht in dieser Wohnung<sup>48</sup>, sondern in derjenigen des Obhutselternteils. Die monats- und nicht tageweise Zuordnung der Bedarfe für Unterkunft und Heizung für das Kind als Mitglied der Haupt-/Stamm-BG sichert die vollständige Deckung seiner Bedarfe für Unterkunft und Heizung und schließt eine Deckungslücke wegen der Wahrnehmung des Umgangsrechts aus.<sup>49</sup>

Höhere Wohnkosten, die einem umgangsberechtigten Elternteil wegen der Wahrnehmung des Umgangsrechts mit seinem Kind entstehen, z.B. weil andernfalls das verfassungsrechtlich garantierte Umgangsrecht nicht wahrgenommen werden könnte (wie besonders beengte Wohnsituation des besuchten Elternteils – auch kein Wohnzimmer zur Verfügung) stellen vielmehr einen zusätzlichen Bedarf dieses Elternteils dar und nicht einen Wohnbedarf des Kindes, wenn dieses seinen Lebensmittelpunkt bei dem anderen Elternteil hat.<sup>50</sup>

Wird der umgangsberechtigte Elternteil von mehreren Kindern besucht, so sind diese bei der Prüfung der Angemessenheit seiner Unterkunfts-kosten nicht voll zu berücksichtigen, da sie sich überwiegend bei dem anderen Elternteil aufhalten und dort über angemessenen Wohnraum verfügen. Insofern sind grundsätzlich zusätzliche angemessene Unterkunfts-kosten für eine Person zu gewähren, wenn andernfalls die Ausübung des Umgangsrechtes nicht stattfinden könnte.

Anders ist dies beim Wechselmodell: Betreuen getrennt lebende Eltern ihre Kinder gleichmäßig im Sinne eines familienrechtlichen Wechselmodells, haben die Kinder einen grundsicherungsrechtlich anzuerkennenden Wohnbedarf in den Wohnungen beider Eltern. § 22 SGB II dient der Befriedigung des Grundbedürfnisses, eine Wohnung als räumlichen Lebensmittelpunkt zu besitzen. Werden mehrere Wohnungen genutzt, ist daher grundsicherungsrechtlich ein Wohnbedarf nur für die Wohnung anzuerkennen, die den Lebensmittelpunkt bildet, also (nur) für die Wohnung, die überwiegend genutzt wird. Auf das Wechselmodell lassen sich diese Grundsätze nicht ohne Weiteres übertragen. Soweit die Familie den Umgang in Form eines familienrechtlichen Wechselmodells praktiziert, lässt sich

<sup>47</sup> 14. 12.2021 - B 14 AS 73/20 R; BSG, Urteil v. 14.12.2021, Az: B 14 AS 73/20 R

<sup>48</sup> BSG, Urteil v. 17. 2. 2016, Az: B 4 AS 2/15 R; BSG, Urteil v. 29. 8.2019, Az: B 14 AS 43/18 R; BSG, Urteil v. 14.12.2021, Az: B 14 AS 73/20 R

<sup>49</sup> BSG, Urteil v. 14.12.2021, Az: B 14 AS 73/20 R

<sup>50</sup> BSG, Urteil v. 17.2.2016, Az: B 4 AS 2/15 R; BSG, Urteil v. 11.07.2019, Az: B 14 AS 23/18 R

ein Lebensmittelpunkt des Kindes tatsächlich nicht bestimmen. Vielmehr hat es einen gleichwertigen Wohnbedarf in den Wohnungen seiner beiden Elternteile und ist grundsicherungsrechtlich jeweils als weiteres Haushaltsmitglied zu berücksichtigen.

### **2.5.2. Kindergeld**

Das Kindergeld, das der Elternteil erhält, bei dem das Kind dauerhaft lebt, ist nicht anteilig für die Dauer des Aufenthaltes des Kindes beim umgangsberechtigten Elternteil als Einkommen des Kindes nach § 11 Abs. 1 S. 4 SGB II zu berücksichtigen.<sup>51</sup> Das Kindergeld wäre nur dann im Rahmen der zeitweisen Bedarfsgemeinschaft als Einkommen des Kindes zu berücksichtigen, wenn der kindergeldberechtigte Elternteil es tatsächlich an das Kind oder den umgangsberechtigten Elternteil weiterleitet.

### **2.5.3. Unterhalt und Leistungen nach dem Unterhaltsvorschussgesetz (UVG)**

Unterhaltszahlungen des umgangsberechtigten Elternteils für seine minderjährigen Kinder werden an den Elternteil ausgezahlt, der das Kind überwiegend betreut. Dabei wird die Höhe der Unterhaltszahlungen bereits die Aufenthaltstage des Kindes und damit den schon geleisteten Naturalunterhalt des auszahlenden Elternteils berücksichtigen. Die Zahlungen sind grundsätzlich nur für den Aufenthalt des Kindes in der Haupt-/Stamm-BG gedacht und sind dort als Einkommen anzurechnen.

Leistungen nach dem UVG hingegen sind beim Kind in beiden zeitweisen BGs anteilig als Einkommen zu berücksichtigen. Denn anders als beim Kindergeld ist anspruchsberechtigt nach § 1 Abs 1 UVGG nicht die Kindeseltern, sondern das Kind selbst.<sup>52</sup>

### **2.5.4. Andere Einnahmen (z.B. BAföG, Berufsausbildungsbeihilfe, Ausbildungsvergütung)**

Auch über andere Einnahmen können Minderjährige in der Regel aufgrund von Überweisungen auf ein eigenes Konto selbst verfügen. Diese Einnahmen sind wegen ihrer Verfügbarkeit für die oder den Minderjährigen daher anteilig entsprechend der Anspruchstage in beiden Bedarfsgemeinschaften als Einkommen der oder des Minderjährigen zu berücksichtigen.

### **2.5.5. Kinder/Jugendliche in Jugendhilfeeinrichtungen**

Der Bedarf von Kindern/Jugendlichen, die in einer Jugendhilfeeinrichtung untergebracht sind, wird durch das SGB VIII gedeckt. Hierzu zählt auch, dass nach Abschluss einer Rahmenvereinbarung nach § 77 ff. SGB VIII Kinder/Jugendliche, die in einer Jugendhilfeeinrichtung in Niedersachsen untergebracht sind, den jeweiligen Beköstigungssatz für die Zeit einer Beurlaubung von der jeweiligen Einrichtung ausgezahlt erhalten. Mit der Auszahlung des Beköstigungssatzes ist der Bedarf der Kinder/Jugendlichen abgedeckt.

Kinder/Jugendliche, die regelmäßig zu Besuch bei ihren Eltern sind, bilden mit diesen eine zeitweise Bedarfsgemeinschaft i.S.d. § 7 Abs. 3 Nr. 4 SGB II an den Tagen, an denen sie sich länger als 12 Stunden bei ihren Eltern aufhalten. Jedoch besteht durch o.g. Leistungen nach dem SGB VIII keine Bedürftigkeit der Kinder und mithin kein Anspruch auf den Regelbedarf/Bürgergeld. Hinsichtlich der Kosten für die Unterkunft ist Ziff. 2.5.1.2. entsprechend anzuwenden.

### **2.5.6. Kinder in Pflegefamilien**

---

<sup>51</sup> BSG, Urteil vom 02.07.2009, Az.: B 14 AS 75/08 R; Urteil v. 14.12.2021, Az: B 14 AS 73/20 R

<sup>52</sup> BSG, Urteil vom 2. 7.2009, Az: B 14 AS 54/08 R; Urteil v. 14.12.2021, Az: B 14 AS 73/20 R

Auch der Bedarf der Kinder/Jugendlichen, die in einer Pflegefamilie untergebracht sind, wird durch das SGB VIII gedeckt. Das Pflegegeld gem. § 33 SGB VIII beinhaltet neben den Kosten der Erziehung auch die materiellen Aufwendungen für das Kind (Ernährung, Unterkunft, Kleidung, Körperpflege, Heizung, etc.). Bei Pflegekindern ist kein Beköstigungssatz für die Abwesenheit von den Pflegeeltern festgelegt. Die leiblichen Eltern müssen sich daher mit den Pflegeeltern über einen finanziellen Ausgleich für die Zeiten verständigen, in denen sich die Kinder/Jugendlichen bei ihnen aufhalten. Hinsichtlich der Kosten der Unterkunft ist ebenfalls Ziff. 2.5.1.2. entsprechend anzuwenden.

### **2.5.7. Kinder in einem Sprachheilzentrum**

Minderjährige Kinder, die dauerhaft in einem Sprachheilzentrum untergebracht sind, kehren in der Regel an den Wochenenden, im Krankheitsfall und in den Ferien in den Eltern-haushalt zurück. An den Tagen, an denen sie sich länger als 12 Stunden pro Kalendertag bei den Eltern aufhalten, bilden sie mit diesen eine zeitweise Bedarfsgemeinschaft und erhalten entsprechende anteilige Leistungen für die Unterkunft zzgl. anteiliges Bürgergeld/Regelbedarf (1/30 des monatlichen Bürgergeldes/Regelbedarfes pro Umgangstag ab 12 Stunden).

## **2.6. Gemischte Bedarfsgemeinschaften**

### **2.6.1. Partner\*in, erwerbsunfähige Eltern im SGB XII-Leistungsbezug**

Unter einer gemischten Bedarfsgemeinschaft versteht man eine Bedarfsgemeinschaft im Sinne des § 7 Abs. 3 SGB II, in der ein Hilfebedürftiger Leistungen nach dem SGB II, der andere hingegen Leistungen nach dem 4. Kapitel SGB XII (= dauerhaft voll erwerbsgeminderte Personen sowie Personen, die die Altersgrenze nach § 7a SGB II überschritten haben) erhält.

Es ist zu beachten, dass nach § 8 Abs. 1 SGB II erwerbsunfähige Personen, die nicht dauerhaft erwerbsunfähig sind, Anspruch auf Bürgergeld nach § 19 Abs. 1 S. 2 SGB II haben, wenn sie mit einem erwerbsfähigen Leistungsberechtigten in einer Bedarfsgemeinschaft leben. Falls die erwerbsunfähige Person nicht in einer Bedarfsgemeinschaft mit einer erwerbsfähigen, nach dem SGB II leistungsberechtigten Person lebt, also alleinstehend ist oder alle Haushaltsmitglieder erwerbsunfähig sind, hat sie Anspruch auf Leistungen nach dem 3. Kapitel SGB XII.

In gemischten Bedarfsgemeinschaften, in der ein Partner nach dem SGB II leistungsberechtigt ist und der andere Partner nach dem 4. Kapitel SGB XII (wenn dauerhaft voll erwerbsgemindert oder Altersgrenze nach § 7a SGB II überschritten) leistungsberechtigt ist, sind bei beiden die Regelbedarfe für Partner nach § 20 Abs. 4 SGB II anzusetzen und die KdU anteilig zu berücksichtigen, weil beide in einem Haushalt leben, so dass auch ein gemeinsames Wirtschaften möglich ist.

Ausführungen zur Einkommensanrechnung in gemischten Bedarfsgemeinschaften sind im Leitfaden §§ 11 ff. – Einkommen - Ziff. 9 zu finden.

**Beispiel:** Der 70-jährige Ehemann lebt zusammen mit seiner 60-jährigen Ehefrau. Beide sind hilfebedürftig.

**Ergebnis:** Die Eheleute bilden eine Bedarfsgemeinschaft nach § 7 Abs. 3 Nr. 3a) SGB II. Nur die Ehefrau kann Leistungen nach dem SGB II beziehen. Der Ehemann kann nur Leistungen nach dem 4. Kapitel SGB XII beziehen, da er mit seinen 70 Jahren die Altersgrenze nach § 7 Abs. 1 Nr. 1, § 7a SGB II überschritten hat.

Bei gemischten Bedarfsgemeinschaften mit einem Partner, der nach dem SGB II leistungsberechtigt ist, und einem weiteren Partner, der nicht erwerbsfähig ist und keinen



tatsächlichen Leistungsanspruch nach dem 4. Kapitel SGB XII hat, besteht für diesen Anspruch auf Bürgergeld gem. § 19 Abs. 1 S. 2 SGB II.<sup>53</sup>

Eine gemischte Bedarfsgemeinschaft bilden auch erwerbsfähige unter 25 Jahre alte, unverheiratete Kinder ab Vollendung des 15. Lebensjahres mit ihren/m erwerbsunfähigen Eltern/erwerbsunfähigen Elternteil, die/der Leistungen nach dem 4. Kapitel SGB XII beziehen. In diesem Fall wird die Bedarfsgemeinschaft durch das Kind über § 7 Abs. 3 Nr. 2 SGB II gebildet.

Bei gemischten Bedarfsgemeinschaften sind bei allen Mitgliedern, also auch bei denen, die SGB XII-Leistungen beziehen, die Vermögensfreibeträge nach § 12 SGB II, nicht die Vermögensfreibeträge nach dem SGB XII zu berücksichtigen (siehe Leitfaden zu § 12 SGB II).

### **2.6.2. Partner\*in mit AsylbLG-Leistungsberechtigung**

Durch das BVerfG wurde das Leistungsniveau des AsylbLG demjenigen der anderen Bereiche der Existenzsicherung weitgehend angeglichen.<sup>54</sup> Seither ist die frühere Rechtsprechung, wonach dem nach dem SGB II leistungsberechtigten Partner die Regelbedarfsstufe 1 zu gewähren war, nach Anpassung der Leistungshöhe im AsylbLG überholt.

Erwerbsfähigen leistungsberechtigten Personen, die mit einem nach § 1 AsylbLG leistungsberechtigten Partner in einer Bedarfsgemeinschaft leben, ist nun wie sonst auch der Regelbedarf für volljährige Partner (Regelbedarfsstufe 2) zu gewähren.

### **3. (Behinderte) Auszubildende in einer nach dem SGB III förderfähigen Berufsausbildung oder einer Berufsvorbereitenden Bildungsmaßnahme (BvB), § 7 Abs. 5 S. 2, S. 1 SGB II**

Auszubildende, deren Berufsausbildung oder BvB nach den §§ 51, 57 und 58 SGB III bzw. bei behinderten Auszubildenden nach §§ 122 ff. SGB III förderungsfähig ist, fallen seit dem 01.08.2016 grundsätzlich nicht mehr unter den Leistungsausschluss nach § 7 Abs. 5 SGB II (Ausnahmen siehe 3.1.). Sie können daher - bei Vorliegen der allgemeinen Anspruchsvoraussetzungen - ergänzend zu ihrer Ausbildungsvergütung und einer ggf. zu beanspruchenden Förderung mit Berufsausbildungsbeihilfe (BAB) oder Ausbildungsgeld SGB II-Leistungen erhalten. Damit sollen mögliche Zahlungslücken aufgrund der Bearbeitungsdauer der BAB-Anträge, die die Sicherung des Lebensunterhalts zu Beginn der Berufsausbildung erschweren oder sogar gefährden, ausgeschlossen werden.

Es ist der Bescheid der Agentur für Arbeit anzufordern, weil die BAB bzw. das Ausbildungsgeld als Einkommen nach § 11 ff. SGB II anzurechnen sind (siehe Einkommensanrechnung Leitfaden § 11 SGB II).

### **3.1. Leistungsausschluss für Auszubildende gem. § 7 Abs. 5 S. 2 SGB II**

Der Leistungsausschluss für Auszubildende gilt gem. § 7 Abs. 5 S. 2 SGB II jedoch weiterhin für die nachfolgenden Auszubildenden (sog. Internatsfälle):

- a) Auszubildende in einer nach dem SGB III förderfähigen beruflichen Ausbildung oder BvB mit Vollverpflegung und Unterbringung in einem Wohnheim oder Internat (§ 61 Abs. 2 SGB III; § 62 Abs. 3 SGB III).
- b) Behinderte Auszubildende in einer nach dem SGB III förderfähigen
  - Berufsausbildung mit

<sup>53</sup> vgl. LSG Nds.-Bremen, Urteil vom 25.10.2017, Az. L 13 AS 88/16

<sup>54</sup> BVerfG, Urteil v. 18.7.2012, 1 BvL 10/10, 1 BvL 2/11

Unterbringung in einem Wohnheim, Internat oder in einer besonderen Einrichtung für behinderte Menschen und Kostenerstattung für Unterbringung und Verpflegung von der Agentur für Arbeit oder einem anderen Leistungsträger (§ 123 Nr. 2 SGB III)

oder

- BvB, in unterstützter Beschäftigung oder in Grundausbildung mit Unterbringung in einem Wohnheim, Internat oder in einer besonderen Einrichtung für behinderte Menschen und Kostenerstattung für Unterbringung und Verpflegung von der Agentur für Arbeit oder einem anderen Leistungsträger (§ 124 Nr. 2 SGB III). Dieser Personenkreis erhält durch den Rehabilitations-Träger bzw. das Wohnheim Sachleistungen für Unterkunft und Verpflegung. Die Bedarfe dieser Auszubildenden werden somit bereits über die Förderung nach dem SGB III gedeckt. Deswegen fallen sie - nach Auffassung des Gesetzgebers - unter den Leistungsausschluss nach § 7 Abs. 5 SGB II. Wie bisher sind aber ergänzende Leistungen nach § 27 SGB II (Ausnahme: § 27 Abs. 3 S. 2 SGB II) möglich.

### **3.2. SGB II-Leistungen auch bei einer Zweitausbildung**

Neu ist, dass Auszubildende, die eine duale Berufsausbildung absolvieren, ab 01.08.2016 SGB II-Leistungen ergänzend zu ihrer Ausbildungsvergütung erhalten, selbst wenn es sich um eine Zweitausbildung handelt. Zu beachten ist jedoch, dass auch bei einer Zweitausbildung ein Anspruch auf BAB unter den Voraussetzungen des § 57 Abs. 2 S. 2 SGB III bestehen kann. Da die BAB als Einkommen nach §§ 11 ff. SGB II anzurechnen ist, ist auch von Auszubildenden in einer Zweitausbildung der Bescheid der Agentur für Arbeit anzufordern.

### **3.3. Abschluss der Ausbildung**

Anspruch auf BAB besteht bis zum Ende der Ausbildungszeit bzw. bis einschließlich des letzten Tages der berufsvorbereitenden Bildungsmaßnahme (§ 73 Abs. 1 SGB III). Ab dem Folgetag greift somit der Anspruchsausschluss des § 7 Abs. 5 SGB II nicht mehr.

## **4. Schüler/-innen und Studierende in einer nach BAföG förderfähigen Ausbildung, § 7 Abs. 5 S. 1, Abs. 6 SGB II**

Schüler/-innen und Studierende, deren Ausbildung nach dem BAföG dem Grunde nach förderfähig ist, haben - mit Ausnahme der in § 27 SGB II genannten Leistungen - keinen Anspruch auf Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach dem SGB II. Es ist nicht die Förderfähigkeit der Person, sondern allein der Ausbildung selbst zu prüfen.<sup>55</sup> Als Nachweis ist der entsprechende Bescheid des BAföG-Amtes (beim Schüler-BAföG) bzw. des Studentenwerkes (beim Studenten-BAföG) anzufordern.

Nach § 7 Abs. 5 SGB II ausgeschlossene Auszubildende können jedoch Anspruch auf die in § 27 SGB II zusammengefassten SGB II-Leistungen haben (s. Leitfaden § 27 SGB II).

Zu den Ausnahmefällen des § 7 Abs. 6 SGB II, in denen der Leistungsausschluss nach § 7 Abs. 5 SGB II nicht greift, siehe Ziff. 4.3.

### **4.1. Unbeachtliche individuelle Ausschlussgründe**

Mit der Formulierung „dem Grunde nach förderfähig“ wird klargestellt, dass es lediglich darauf ankommt, dass die Ausbildung abstrakt, also unabhängig von den etwaigen individuellen, d.h. in der Person des Auszubildenden liegenden Ausschlussgründen, förderfähig ist.

---

<sup>55</sup> BSG; Urteil vom 06.09.2007, Az.: B 14/7b 36/06 R

Es spielt also keine Rolle, ob der Auszubildende tatsächlich BAföG bekommt. Entscheidend ist allein, dass von der Art der Ausbildung, Anspruch auf Ausbildungsförderung nach BAföG besteht. Auch persönliche Gründe, die dazu führen, dass der Auszubildende diese vorrangigen Leistungen nach BAföG nicht oder nicht mehr erhält, ändern nichts am Leistungsausschluss des § 7 Abs. 5 SGB II.

Nicht nur die Erstausbildung, sondern auch die Zweitausbildung (bzw. weitere Mehrfachausbildungen) führen daher nach § 7 Abs. 5 SGB II zum Ausschluss von Leistungen nach dem SGB II (BSG, Urteil vom 01.07.2009, Az.: B 4 AS 67/08 R).

Weitere individuelle Ausschlussgründe der Ausbildungsförderung nach BAföG, die zum Ausschluss nach § 7 Abs. 5 SGB II führen, sind insbesondere

- Überschreiten der Förderungshöchstdauer,
- Staatsangehörigkeit (§ 8 BAföG),
- Überschreiten der Altersgrenze (beachte aber die Ausnahmeregelung des § 7 Abs. 6 Nr. 3 und die Härtefallregelung in § 27 Abs. 3 S. 2 SGB II).

#### **4.1.1. Abiturkurs**

- **am Abendgymnasium**

Das Abendgymnasium ist lediglich in den letzten 3 Schulhalbjahren (= ab dem 2. Halbjahr der 12. Klasse) nach BAföG förderfähig, so dass § 7 Abs. 5 SGB II erst in diesem Zeitraum greift. Hat der Antragsteller jedoch auch in den letzten 3 Schulhalbjahren wegen des Alters keinen Anspruch auf BAföG (§ 10 Abs. 3 BAföG), ist § 7 Abs. 6 Nr. 3 SGB II einschlägig, so dass § 7 Abs. 5 SGB II wiederum nicht greift. Zur Klärung der Frage, ob der BAföG-Antrag überhaupt bzw. ob er wegen des Alters abgelehnt wurde, ist der BAföG-(Ablehnungs-)Bescheid anzufordern.

- **an der Volkshochschule Göttingen e.V.**

Teilnehmerinnen und Teilnehmer an dem 3-jährigen Vorkurs zur Vorbereitung auf die Abiturprüfung an der VHS Göttingen haben - wie Schülerinnen und Schüler von weiterführenden allgemeinbildenden Schulen - Anspruch auf Schüler-BAföG nach § 12 BAföG (Bescheid der Landesschulbehörde Lüneburg vom 22.07.2008). Für sie greift grundsätzlich ab Beginn des Kurses der Leistungsausschluss nach § 7 Abs. 5 SGB II.

Es können aber auch die Ausnahmen zum Leistungsausschluss für Auszubildende nach § 7 Abs. 6 SGB II einschlägig sein (vgl. Ziff. 4.3.). Zur Überprüfung ist der BAföG-(Ablehnungs-)Bescheid anzufordern.

#### **4.1.2. Weiterbildungsmaßnahmen nach §§ 16 SGB II, 81 ff. SGB III**

Der Leistungsausschluss nach § 7 Abs. 5 SGB II gilt aber nicht für Teilnehmer an Weiterbildungsmaßnahmen, die vom Jobcenter nach §§ 16 SGB II, 81 ff. SGB III förderfähig sind. Teilnehmer an Qualifizierungsgängen im Rahmen der Regelungen der beruflichen Weiterbildung (FbW) gem. §§ 81 ff. SGB III sind nach § 14 SGB III keine Auszubildenden. Die Prüfung und Bescheinigung sowie Bewilligung der Weiterbildungsmaßnahme erfolgt durch den Fallmanager. In einschlägigen Fällen informiert das Fallmanagement die zuständige LSB umgehend über das Vorliegen einer Weiterbildungsmaßnahme i.S.d. §§ 81 ff. SGB III, um die Weitergewährung von SGB II-Leistungen abzusichern.

#### **4.1.3. Meister-BAföG**

Nicht erfasst von dem Ausschluss nach § 7 Abs. 5 SGB II sind des Weiteren Personen, die Leistungen nach dem Aufstiegsfortbildungsförderungsgesetz (AFBG – „Meister-BAföG“) erhalten. Die Leistungen nach dem AFBG setzen sich aus einem Unterhaltsbetrag (= Unterstützung zum Lebensunterhalt) und einem Maßnahmebetrag (= für Lehrgangs- und

Prüfungsgebühren) zusammen. Zur Anrechnung der Leistungen nach dem AFBG als Einkommen siehe Leitfaden § 11 SGB II.

Wurde ein Antrag auf Gewährung eines Unterhaltsbeitrages (z.B. bei der NBank) nicht gestellt, ist dies bis zum Abschluss der Maßnahme möglich. Gegebenenfalls ist auf Grund der Nachrangigkeit der Leistungen nach dem SGB II von der Möglichkeit des § 5 Abs. 3 SGB II Gebrauch zu machen.

#### **4.1.4. Promotionsstudium**

Promotionsstudiengänge gehören grundsätzlich nicht zu den nach BAföG förderungsfähigen Ausbildungen, weil sie nicht zu einem berufsqualifizierenden Abschluss führen. Sie setzen vielmehr in der Regel das Vorhandensein eines berufsqualifizierenden Abschlusses voraus, so dass der Leistungsausschluss des § 7 Abs. 5 SGB II nicht greift<sup>56</sup>.

Anders ist es bei sog. grundständigen Promotionsstudiengängen, mit deren Absolvieren erstmals ein berufsqualifizierender Abschluss erreicht wird (z.B. Medizinstudenten, die während des Studiums promovieren). In diesen Fällen greift der Leistungsausschluss nach § 7 Abs. 5 SGB II.

Es ist zu beachten, dass Promotionsstudenten die Obliegenheiten der §§ 2 und 14 ff. SGB II treffen. Das Betreiben eines Promotionsstudiums dürfte in der Regel keinen wichtigen Grund darstellen, der die Aufnahme einer Arbeit unzumutbar macht. Sofern ein Promotionsstudent die Aufnahme einer zumutbaren Arbeit ablehnt, besteht die Möglichkeit gem. §§ 31 ff. SGB II Sanktionen zu verhängen.

#### **4.1.5. Unterbrechung des Studiums wegen Krankheit oder Schwangerschaft**

Unterbricht ein Student/eine Studentin aus Krankheitsgründen oder infolge Schwangerschaft die Ausbildung bis zur Dauer von drei Monaten, wird gem. § 15 Abs. 2a BAföG Ausbildungsförderung geleistet. Der Leistungsausschluss nach § 7 Abs. 5 bleibt demzufolge bestehen.

Wird die Ausbildung für länger als drei Monate unterbrochen, besteht kein Anspruch auf Ausbildungsförderung nach BAföG. Der § 7 Abs. 5 SGB II greift in diesen Fällen nicht.

Der Monat, in den der Beginn des die Ausbildung hindernden Ereignisses fällt, wird bei der Dreimonatsfrist nicht mitgezählt.

Bei Studenten, die zuvor Leistungen nach dem BAföG bezogen haben, ist ein entsprechender Bescheid des Studentenwerkes über das Ruhen der Leistungen während der Zeit der Unterbrechung anzufordern.

Vom Studierenden ist der Grund der Unterbrechung nachzuweisen und auf seine Stichhaltigkeit zu überprüfen (bei Unterbrechung auf Grund von Krankheit/Schwangerschaft bspw. Vorlage einer entsprechenden ärztlichen Bescheinigung).

#### **4.1.6. Formelle Beurlaubung**

Eine Beurlaubung ist nach den jeweiligen Regelungen bei Vorliegen eines wichtigen Grundes sowie nach den Regelungen des Mutterschutzgesetzes und dem Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz möglich.

§ 15 Abs. 2a BAföG findet keine Anwendung bei formeller Beurlaubung.

---

<sup>56</sup> LSG Niedersachsen-Bremen, Urteil vom 20.07.2012, Az.: L 9 AS 487/11

Der Studierende ist während der Beurlaubung in keiner dem Grunde nach förderungsfähigen Ausbildung und damit nicht nach § 7 Abs. 5 SGB II ausgeschlossen, wenn er in dieser Zeit aus organisationsrechtlichen Gründen der Hochschule nicht mehr angehört oder die organisationsrechtliche Zugehörigkeit zwar vorliegt, er sein Studium jedoch tatsächlich nicht betreibt<sup>57</sup>.

Gehört der Studierende der Hochschule organisationsrechtlich auch im Urlaubssemester an, greift der SGB II-Ausschluss nach § 7 Abs. 5 S. 1 SGB II immer dann, wenn er die Ausbildung auch tatsächlich betreibt.

Bei bestehender Immatrikulation des Studierenden während eines Urlaubssemesters, ist zu prüfen, ob es nach vorliegendem Hochschulrecht des Landes dem Studierenden ermöglicht ist, während der Phase der Beurlaubung an Veranstaltungen teilzunehmen sowie Prüfungen abzulegen, da das bloße Fernbleiben von Lehrveranstaltungen noch nicht dazu führt, dass das Studium nicht betrieben wird. Wird in einem Urlaubssemester häusliche Prüfungsvorbereitung betrieben und dadurch die Arbeitskraft des Studierenden voll in Anspruch genommen (§ 2 Abs. 5 BAföG) oder wurden zur Prüfungsvorbereitung Einrichtungen der Hochschule (ggf. unregelmäßig) aufgesucht, bleibt die Förderfähigkeit der Ausbildung bestehen und der Leistungsausschluss liegt somit weiterhin vor.

Vom Studierenden ist die förmliche Beurlaubung nachzuweisen (entsprechender Eintrag in der Immatrikulationsbescheinigung o. ä.). Bei Studenten, die zuvor Leistungen nach dem BAföG bezogen haben, ist ein entsprechender Bescheid des Studentenwerkes über das Ruhen dieser Leistungen während der Zeit der Beurlaubung anzufordern

#### **4.1.7. Studierende im Teilzeitstudium**

Ein Anspruch auf Ausbildungsförderung nach BAföG besteht für Studierende nur dann, wenn das Studium die Arbeitskraft des Studierenden im Allgemeinen voll in Anspruch nimmt (§ 2 Abs. 5 BAföG). Da dies bei einem Teilzeitstudium nicht der Fall ist, ist dieses dem Grunde nach nicht nach BAföG förderfähig, so dass beim Teilzeitstudium der Ausschlussbestand des § 7 Abs. 5 SGB II nicht greift. Vom Studierenden ist das Studium in Teilzeitform nachzuweisen (Eintrag in Immatrikulationsbescheinigung).

#### **4.1.8. Studierende EU-Ausländer**

Ein/e EU-Ausländer/in, der/die in der BRD studiert ist freizügigkeitsberechtigt, sofern er/sie über ausreichende Existenzmittel verfügt (§ 4 FreizügG/EU). Das Recht auf Freizügigkeit kann von der Ausländerbehörde entzogen werden, wenn die Voraussetzungen hierfür nicht mehr vorliegen und der Studierende noch kein Daueraufenthaltsrecht nach § 4a FreizügG/EU erworben hat (§ 5 Abs. 5 FreizügG/EU). Stellen freizügigkeitsberechtigte Studierende einen Antrag auf Leistungen nach dem SGB II, so ist die Ausländerbehörde über die Antragstellung zu informieren.

#### **4.1.9. Lehramts- und Rechtsreferendare**

Nach einer Entscheidung des LSG Niedersachsen-Bremen handelt es sich bei dem Referendariat um eine Ausbildung, die im Rahmen des BAföG abstrakt nach BAföG förderungsfähig ist, so dass § 7 Abs. 5 SGB II greift<sup>58</sup>.

<sup>57</sup> vgl. BSG Urteil vom 22.3.2012, Az. B 4 AS 102/11 R; BSG, Urteil vom 22.08.2012, Az. B 14 AS 197/11 R

<sup>58</sup> LSG Niedersachsen-Bremen, Urteil vom 22.06.2011, Az.: L 13 AS 297/09

#### **4.1.10. Gasthörer\*innen**

Entscheidend ist, ob diese Teilnahmeform („Gasthörer“) immer noch eine Ausübung einer dem Grunde nach BAföG förderfähigen Ausbildung darstellt.

Allgemein dürfte man als Gasthörer/in im Sinne der gesetzlichen Bestimmungen "kein organisationsrechtlicher Angehöriger" einer Ausbildungsstätte sein<sup>59</sup>. Das bedeutet, dass keine Studienimmatrikulation vorhanden sein dürfte und nur an einzelnen Kursen oder Lehrveranstaltungen teilgenommen und kein berufsqualifizierender Abschluss anstrebt wird. Der Besuch einer Ausbildungsstätte als Gastschüler/Gasthörer erfüllt diese Voraussetzungen im Allgemeinen nicht.

Wie die Bewertung konkret für einen Studiengang und eine Hochschule ist, regelt regelmäßig die entsprechende Immatrikulationsverordnung.

#### **4.2. Aufnahme und Abschluss der Ausbildung**

##### **4.2.1. Aufnahme der Ausbildung**

Nach § 15b Abs. 1 BAföG gilt die Ausbildung als mit dem Anfang des Monats aufgenommen, in dem Unterricht oder Vorlesungen tatsächlich begonnen werden. Diese Regelung ist auch im Rahmen des § 7 Abs. 5 SGB II anzuwenden<sup>60</sup>.

##### **4.2.2. Abschluss bei Schülerinnen und Schülern (Monatsprinzip gem. § 15b Abs. 3 S. 1, S. 2 BAföG)**

Die BAföG-Förderfähigkeit endet mit dem Ablauf des Monats, in dem die Abschlussprüfung des Ausbildungsabschnitts bestanden wurde, oder, wenn eine solche nicht vorgesehen ist, mit dem Ablauf des Monats, in dem der Ausbildungsabschnitt tatsächlich planmäßig geendet hat. Bei Erteilung eines Prüfungs- oder Abgangszeugnisses endet die BAföG-Förderung mit Ablauf des Monats, auf den das Abschlusszeugnis datiert ist. Ab dem 01. des Folgemonats greift somit der Leistungsausschluss des § 7 Abs. 5 SGB II nicht mehr.

##### **4.2.3. Abschluss bei Studierenden (Monatsprinzip gem. § 15b Abs. 3 S. 3 BAföG)**

Ab dem 01.08.2022 ist eine Hochschulausbildung mit Ablauf des Monats beendet, in dem der erfolgreiche Abschluss des Ausbildungsabschnitts dem Auszubildenden erstmals bekanntgegeben ist, spätestens jedoch mit Ablauf des zweiten Monats nach dem Monat, in dem der letzte Prüfungsteil abgelegt wurde.

Ab dem 01. des Folgemonats greift somit der Leistungsausschluss des § 7 Abs. 5 SGB II nicht mehr.

a) Bei einem Studium endet die BAföG-Förderfähigkeit also regelmäßig am Ende des Monats, in dem der erfolgreiche Abschluss des Ausbildungsabschnitts dem Auszubildenden erstmals bekanntgegeben ist.

Dies kann z.B. bereits mündlich unmittelbar im Anschluss an den letzten Prüfungsteil erfolgen oder aber auch ggf. erst durch Erhalt des Abschlusszeugnisses selbst. Dabei reicht es als Bekanntgabe aus, wenn dem Studierenden mitgeteilt wird, dass er bestanden hat.

b) Die maximale BAföG-Förderungsdauer ist jedoch bis zum Ablauf von zwei Monaten nach dem Monat begrenzt, in dem der letzte Prüfungsteil abgelegt wurde. Diese kann vor allem bei längeren Korrekturzeiten relevant werden.

Die Prüfung des Abschlusszeitpunktes im Einzelfall bei Studierenden sollte unter Berücksichtigung folgender Aspekte erfolgen:

---

<sup>59</sup> vgl. Allgemeine Verwaltungsvorschrift Ziffer 9.2.1 zu § 9 BAföG

<sup>60</sup> vgl. LSG NRW, Beschluss vom 05.11.2013, Az. L12 AS1317/13B

- BAföG-Bescheid
- sowohl der Termin der letzten Prüfungsleistung als auch das Datum der ersten durch die Hochschule oder das Prüfungsamt erteilten verbindlichen Benachrichtigung über das Bestehen des Ausbildungsabschnitts
- geeignete Nachweise (Bestätigung/Benachrichtigung der Hochschule, Auszug aus dem Online-Verwaltungsserver der Hochschule, Abschlusszeugnis, etc.)

Die Aushändigung oder Zustellung des förmlichen Abschlusszeugnisses sind dabei nur der letzte mögliche Zeitpunkt der Benachrichtigung über das Bestehen des Ausbildungsabschnitts. In Studiengängen findet diese Benachrichtigung jedoch ganz überwiegend bereits zu einem ggfs. deutlich früheren Zeitpunkt statt, z.B. durch Aushang an der Fakultät, Mitteilung des Prüfungsergebnisses durch Brief oder Eröffnung der Möglichkeit zur Noteneinsicht über Online-Verwaltungsserver der Hochschulen unter Bekanntgabe des Termins, ab dem die Ergebnisse nunmehr auf dem Server eingesehen werden können.

**Beispiel:** Letzte Prüfungsleistung des Ausbildungsabschnitts ist die Abgabe der Diplomarbeit, die am 14.10.2016 erfolgte.

⇒ Maximale BAföG-Förderungsdauer also bis zum 31.12.2016.

Benachrichtigung über das Bestehen des Ausbildungsabschnitts am 28.10.2016. Die BAföG-Förderfähigkeit endet zum 31.10.2016.

Ergebnis: Ab 01.11.2016 greift der Leistungsausschluss nach § 7 Abs. 5 SGB II nicht mehr.

Benachrichtigung über das Bestehen des Ausbildungsabschnitts am 28.11.2016. Da diese Benachrichtigung vor Ablauf der maximalen BAföG-Förderung (31.12.2016) erfolgte, endet die BAföG-Förderfähigkeit zum 30.11.2016.

Ergebnis: Ab 01.12.2016 greift der Leistungsausschluss nach § 7 Abs. 5 SGB II nicht mehr.

Benachrichtigung über das Bestehen des Ausbildungsabschnitts am 28.12.2016. Die BAföG-Förderfähigkeit endet zum 31.12.2016.

Ergebnis: Ab 01.01.2017 greift der Leistungsausschluss nach § 7 Abs. 5 SGB II nicht mehr.

Benachrichtigung über das Bestehen des Ausbildungsabschnitts am 14.01.2017. Da diese Benachrichtigung nach Ablauf der maximalen BAföG-Förderung erfolgte, endet die BAföG-Förderfähigkeit zum 31.12.2016.

Ergebnis: Ab 01.01.2017 greift der Leistungsausschluss nach § 7 Abs. 5 SGB II nicht mehr.

#### **4.2.4. Exmatrikulation von Studierenden**

Ausgeschlossen von SGB II-Leistungen sind nach § 7 Abs. 5 f. SGB II u. a. Studierende an Hochschulen, wenn das Studium dem Grunde nach BAföG-förderfähig ist. Förderfähig ist ein Studium, wenn die Studierenden an einer Hochschule im Sinne des § 2 BAföG immatrikuliert sind und das Studium aktiv betreiben. Nach § 15 Abs. 2 BAföG wird Ausbildungsförderung für die Dauer der Ausbildung - einschließlich der unterrichts- und vorlesungsfreien Zeit - geleistet [...].

Nach einer Exmatrikulation sind Studierende nicht mehr an einer Hochschule eingeschrieben, so dass keine BAföG-Förderung mehr erfolgen kann. Die Exmatrikulation wird in der Regel zum Ende des Semesters wirksam, in dem sie ausgesprochen wird.

Nach 15.2.2 BAföG VwV wird Ausbildungsförderung in voller Höhe für den Monat geleistet, in dem der jeweilige Ausbildungsabschnitt endet.

Bei Vorliegen besonderer Gründe kann auf Antrag auch mit sofortiger Wirkung eine Exmatrikulation erfolgen, da eine Exmatrikulation ein laufendes Prüfungsverfahren nicht beendet. Für den Leistungsausschluss wäre dann zu prüfen, ob eine abstrakte Förderfähigkeit der Ausbildung noch vorliegt, weil das Studium die Arbeitskraft des Studierenden noch voll in Anspruch nimmt. Das kann gegeben sein, wenn noch Prüfungen abzulegen sind. Wenn nach Exmatrikulation mit sofortiger Wirkung das Studium nicht weiter betrieben wird und keine abstrakt BAföG-förderfähige Ausbildung mehr vorliegt, ist der Leistungsausschluss nach § 7 Abs. 5 SGB II nicht gegeben.

Nach § 53 S. 1 Nr. 2 BAföG wird, wenn sich ein für die Leistung der Ausbildungsförderung maßgeblicher Umstand ändert, der Bescheid geändert, zuungunsten des Auszubildenden vom Beginn des Monats an, der auf den Eintritt der Änderung folgt.

**Beispiel:** Ein Student hat sein Studium abgebrochen und sich mit Wirkung vom 09.06.2020 exmatrikuliert.

Nach 15.2.2 BAföG VwV wird Ausbildungsförderung in voller Höhe für den Monat geleistet, in dem der jeweilige Ausbildungsabschnitt endet. Damit wäre BAföG für 06/20 zu leisten. Gem. § 53 S. 1 Nr. 2 BAföG wäre davon auszugehen, dass die BAföG-Förderung erst ab 01.07.2020 aufgehoben wird.

Ab dem Zeitpunkt des Wegfalls des Leistungsausschlusses nach § 7 Abs. 5 SGB II durch die Exmatrikulation liegt bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen eine SGB II-Leistungsberechtigung vor.

#### **4.3. Ausnahmen vom Leistungsausschluss für Schüler/-innen und Studierende, § 7 Abs. 6 SGB II**

Der Leistungsausschluss nach § 7 Abs. 5 SGB II findet gemäß § 7 Abs. 6 SGB II in den nachfolgenden Fällen keine Anwendung:

- § 7 Abs. 6 Nr. 1 SGB II

Die auszubildende Person hat keinen Anspruch auf BAföG auf Grund von § 2 Abs. 1a BAföG. In den Fällen, in denen die ablehnende Entscheidung durch das BAföG-Amt auf § 2 Abs. 1a BAföG gestützt wird, wird der Leistungsausschluss nach § 7 Abs. 5 SGB II durch § 7 Abs. 6 Nr. 1 SGB II verdrängt. Es ist der Ablehnungsbescheid des BAföG-Amtes anzufordern.

§ 2 Abs. 1a BAföG ist in folgenden Fällen einschlägig, sodass hilfebedürftige Schüler/-innen in folgenden Fällen Bürgergeld erhalten können:

Schüler/-innen von

- weiterführende allgemeinbildende Schulen ab Klasse 10
- Berufsfachschulen, deren Besuch eine abgeschlossene Berufsausbildung nicht voraussetzt, einschließlich der Klassen aller Formen der beruflichen Grundbildung (z.B. Berufsvorbereitungsjahr) ab Klasse 10
- Fach- und Fachoberschulklassen, deren Besuch eine abgeschlossene Berufsausbildung nicht voraussetzt

und die

- im Haushalt der Eltern/eines Elternteils wohnen

oder

- außerhalb des Haushalts der Eltern/eines Elternteils wohnen und eine entsprechende zumutbare Ausbildungsstätte von der Wohnung der Eltern/eines Elternteils in angemessener Zeit erreichen können.



Beachte:

Falls der/die o.g. Schüler/in außerhalb des Haushalts der Eltern/eines Elternteils lebt und einen eigenen Haushalt führt und

- verheiratet ist oder war

oder

- mit mindestens einem Kind zusammenlebt, besteht dennoch ein Anspruch auf BAföG, so dass der Leistungsausschluss nach § 7 Abs. 5 SGB II wiederum greift.

- § 7 Abs. 6 Nr. 2 a und Nr. 2 b SGB II

Nicht unter den Leistungsausschluss nach § 7 Abs. 5 S. 1 SGB II fallen Schüler/-innen und Studierende, deren Bedarf sich nach § 12, § 13 Abs. 1 Nr. 1 bzw. Nr. 2 in Verbindung mit Abs. 2 Nr. 1 oder nach § 13 Abs. 1 Nr. 1 in Verbindung mit Abs. 2 Nr. 2 BAföG bemisst und die BAföG-Leistungen nach

Nr. 2a:

- tatsächlich beziehen oder
- nur wegen der Vorschriften zur Berücksichtigung von Einkommen oder Vermögen nicht beziehen.

Hinweis:

Falls der BAföG-Antrag nur wegen übersteigendem Einkommen der Eltern abgelehnt wurde, ist ein Anspruchsübergang nach § 33 SGB II zu prüfen.

Nr. 2b:

beantragt haben und über deren Antrag das BAföG-Amt bzw. das Studentenwerk noch nicht entschieden hat. Lehnt das BAföG-Amt bzw. das Studentenwerk die BAföG-Leistungen ab, greift ab dem 01. des Folgemonats der Leistungsausschluss nach § 7 Abs. 5 SGB II.

Haben Schüler/-innen bzw. Studierende die BAföG-Antragstellung nachgewiesen und hat das BAföG-Amt bzw. das Studentenwerk über den Antrag noch nicht entschieden, sind die SGB II-Leistungen weiterhin zu erbringen und gegenüber dem BAföG-Amt ein Erstattungsanspruch nach § 102 ff. SGB X geltend zu machen.

Wird der BAföG-Antrag abgelehnt, so sind die SGB II-Leistungen ab dem 01. des Folgemonats einzustellen (**Ausnahme:** Die BAföG-Ablehnung erfolgt nur wegen zu berücksichtigenden Einkommens oder Vermögens (§ 7 Abs. 6 Nr. 2 a SGB II).

Die § 7 Abs. 6 Nr. 2 a und Nr. 2 b SGB II gelten nicht für Studierende an Höheren Fachschulen, Akademien und Hochschulen (z.B. Universitäten), die nicht bei ihren Eltern wohnen (§ 13 Abs. 1 Nr. 2 in Verbindung mit § 13 Abs. 2 Nr. 2 BAföG). Sie haben weiterhin nur Anspruch auf die in § 27 SGB II genannten Leistungen.

§ 7 Abs. 6 Nr. 3 SGB II

Der Leistungsausschluss nach § 7 Abs. 5 SGB II greift nicht beim Besuch einer

- Abendhauptschule,
- Abendrealschule  
oder
- eines Abendgymnasiums  
wenn das BAföG wegen Überschreiten der Altersgrenze gem. § 10 Abs. 3 BAföG (Vollendung des 45. Lebensjahres) abgelehnt wurde.

Es ist der BAföG-Bescheid anzufordern, aus dem sich ergeben muss, dass das BAföG-Amt die ablehnende Entscheidung auf § 10 Abs. 3 BAföG gestützt hat.

Mit dieser Ausnahme von der Regel des § 7 Abs. 5 SGB II soll Arbeitsuchenden im Alter von über 45 Jahren ermöglicht werden, ihre allgemeenschulische Qualifikation durch den Besuch der Abendschule zu erhöhen und zugleich ihren Lebensunterhalt durch SGB II-Leistungen zu sichern. Auch in diesem Fall besteht jedoch die Verpflichtung des erwerbsfähigen Leistungsberechtigten, eine Arbeit zur Verminderung seiner Hilfebedürftigkeit aufzunehmen.

#### **4.4. Bedarfsgemeinschaft mit ausgeschlossenen Auszubildenden**

Ein studierender Partner, der wegen § 7 Abs. 5 SGB II keinen Anspruch auf Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts hat, gehört nach § 7 Abs. 3 SGB II dennoch zur Bedarfsgemeinschaft. Denn die Zugehörigkeit zur Bedarfsgemeinschaft hängt nicht davon ab, ob dieser Partner tatsächlich einen Leistungsanspruch nach dem SGB II hat. Demnach muss bei der Ermittlung der Hilfebedürftigkeit des SGB-II-Berechtigten nach § 9 Abs. 2 SGB II das Einkommen und Vermögen des studierenden Partners berücksichtigt werden. Zur Einkommensanrechnung bei Auszubildenden siehe Leitfaden § 11 SGB II.

Eine allein erziehende studierende Person und ihr Kleinkind dürfen gem. § 21 SGB XII keine Leistungen nach dem SGB XII erhalten, da sie und ihr Kind dem Grunde nach leistungsberechtigt nach dem SGB II sind. Schließlich erfüllt die Studentin die Voraussetzungen nach § 7 Abs. 1 SGB II. Die erwerbsfähige hilfebedürftige Studentin (siehe § 9 Abs. 2 SGB II) und ihr Kind bilden eine Bedarfsgemeinschaft. Demnach erhält das Kind als Mitglied der Bedarfsgemeinschaft Bürgergeld nach § 19 Abs. 1 S. 2 i.V.m. § 23 SGB II.

Dasselbe gilt, wenn zwei studierende Eltern unter den Leistungsausschluss nach § 7 Abs. 5 SGB II fallen. Da sie als erwerbsfähige Hilfebedürftige eine Bedarfsgemeinschaft vermitteln können, haben ihre hilfebedürftigen Kinder als Mitglieder der Bedarfsgemeinschaft nach § 7 Abs. 3 Nr. 4 SGB II Anspruch auf Bürgergeld nach § 19 Abs. 1 S. 2 i.V.m. § 23 SGB II.

Die allein erziehende studierende Person ist grundsätzlich nach § 6 a BKGG für das im Haushalt lebende minderjährige Kind anspruchsberechtigt (Kinderzuschlag). Demnach sind die Einkommens- und Vermögensverhältnisse dahingehend zu überprüfen und die Antragstellenden sind ggf. an die Familienkasse zu verweisen.

### **5. Aufenthalt in einer stationären Einrichtung oder besonderen Wohnform**

#### **5.1. Grundsätzlicher Leistungsausschluss, § 7 Abs. 4 S. 1, S. 2, S. 4 SGB II**

Personen, die in stationären Einrichtungen untergebracht sind, sind vom Leistungsbezug nach dem SGB II grundsätzlich ausgeschlossen (§ 7 Abs. 4 S. 1 SGB II). Damit kommt es auf die Dauer des voraussichtlichen Aufenthalts in der stationären Einrichtung grundsätzlich nicht mehr an. Dem Aufenthalt in einer stationären Einrichtung steht der Aufenthalt in einer Einrichtung zum Vollzug richterlich angeordneter Freiheitsentziehung gleich (§ 7 Abs. 4 S. 2 SGB II). Damit sind inhaftierte Personen ab dem ersten Tag der Inhaftierung vom Leistungsbezug nach dem SGB II ausgeschlossen.

Eine Prognoseentscheidung über den voraussichtlichen Aufenthalt der hilfebedürftigen Person ist nur noch im Rahmen des § 7 Abs. 4 S. 3 Nr. 1 SGB II bei einer Unterbringung in einem Krankenhaus i.S.v. § 107 SGB V vorzunehmen (siehe Ziff. 5.2. und 5.6.).

Mit Reformierung des Eingliederungshilferechts gilt seit 01.01.2020 nach § 7 Abs. 4 S. 4 SGB II i.V.m. § 7 Abs. 4 S. 1 SGB II der allgemeine Leistungsausschluss auch für „besondere Wohn-

formen“ i.S.d. § 42a Abs. 2 S. 1 Nr. 2 und S. 3 SGB XII. Damit wird im Bereich der Eingliederungshilfe faktisch der Begriff der stationären Einrichtung ersetzt. Die Merkmale der besonderen Wohnform sind im § 42a Abs. 2 S. 1 Nr. 2 und S. 3 SGB XII definiert und umfassen u. a.

- keine Wohnung, d.h. kein baulich abgetrennter Wohnbereich mit eigener Kochgelegenheit und eigenem Sanitärbereich,
- der Wohnraum dient zur Erbringung von Eingliederungsleistungen nach Teil 2 des SGB IX,
- der Wohnbereich, der allein oder zu zweit bewohnt wird und zu dem zusätzliche Räumlichkeiten zur gemeinschaftlichen Nutzung gehören, wie z.B. Sanitärräume, Mensen.

Die „besondere Wohnform“ ist regelmäßig im Übergangsbereich zwischen eigener Häuslichkeit und stationärer Einrichtung anzusiedeln.

Ambulant betreute Wohngemeinschaften mit Betreuungsleistungen i. S. v. ambulanter Hilfe sind regelmäßig keine besonderen Wohnformen. Ein Indiz ist die Abrechnungsregelung im Wohn- und Betreuungsvertrag nach einem Fachleistungsstundensatz (ambulante Betreuung). Für eine Betreuung im Setting einer besonderen Wohnform werden regelmäßig Vergütungspauschalen festgelegt.

Die Rückausnahmemöglichkeit des § 7 Abs. 4 S. 3 Nr. 2 SGB II gilt i.V.m. § 7 Abs. 4 S. 4 SGB II auch für besondere Wohnformen. Die Prüfung erfolgt nach denselben Kriterien wie bei stationären Einrichtungen.

Ob die Gesamtverantwortung für die tägliche Lebensführung und die Integration der Betroffenen durch den Träger der besonderen Wohnform übernommen wird, kann regelmäßig anhand des Wohn- und Betreuungsvertrags sowie dem Hilfeplan im Einzelfall geprüft werden.

## **5.2. Kein Leistungsausschluss, wenn die zwei Ausnahmen des § 7 Abs. 4 S. 3 SGB II vorliegen**

Der generelle Leistungsausschluss findet in zwei Ausnahmefällen keine Anwendung:

Nr. 1: Bei einer Unterbringung in einem Krankenhaus oder einer Einrichtung der medizinischen Rehabilitation (§ 107 SGB V) für voraussichtlich weniger als 6 Monate (s. Ziff. 5.6.);

Nr. 2: Wenn eine Person in einer stationären Einrichtung nach § 7 Abs. 4 S. 1 SGB II untergebracht ist und unter den üblichen Bedingungen des allgemeinen Arbeitsmarktes mindestens 15 Stunden wöchentlich tatsächlich erwerbstätig ist (s. Ziff. 5.7.).

Beachte: Diese Regelung gilt seit 01.08.2016 nicht mehr für Personen, die in einer Einrichtung zum Vollzug richterlich angeordneter Freiheitsentziehung nach § 7 Abs. 4 S. 2 SGB II untergebracht sind und als sog. Freigänger einer Beschäftigung von mindestens 15 Stunden/Woche nachgehen. Dieser Personenkreis bleibt von SGB II-Leistungen ausgeschlossen.

## **5.3. Örtliche Zuständigkeit (§ 36 SGB II)**

Bei Unterbrachten in stationären Einrichtungen, Haftanstalten, etc. ist vorab die örtliche Zuständigkeit zu prüfen. Diese richtet sich grundsätzlich nach dem gewöhnlichen Aufenthalt, § 36 SGB II. Gem. § 30 Abs. 3 SGB I hat jemand seinen gewöhnlichen Aufenthalt dort, wo er sich unter Umständen aufhält, die erkennen lassen, dass er an diesem Ort nicht nur vorübergehend verweilt. Es ist zu prüfen, welche Zukunftsperspektive für den Unterbrachten besteht, da es bei der Bestimmung des gewöhnlichen Aufenthalts darauf ankommt, wo der Unterbrachte den „Mittelpunkt seiner Lebensbeziehungen“ hat. Bei dieser Feststellung ist neben objektiven Anhaltspunkten insbesondere der subjektive Wille des Antragstellers zu berücksichtigen.

Sollte der Unterbrachte beabsichtigen, nach seiner Entlassung an seinen bisherigen Wohnort zurückzukehren und dort auch über eine Unterkunft - auch bei Familie, Verwandten etc. - verfügen, so bleibt bzw. lebt der gewöhnliche Aufenthalt am bisherigen Wohnort - welcher

durch die Unterbringung, Haft etc. unterbrochen wurde - wieder auf und begründet die örtliche Zuständigkeit des SGB II-Trägers am Wohnort vor der Unterbringung.

Ein Vollzeitaufenthalt in einer stationären Einrichtung dagegen würde für den Untergebrachten den gewöhnlichen Aufenthalt am Ort der Einrichtung begründen, wenn subjektive und objektive Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass der bisherige Aufenthaltsort aufgegeben wird bzw. wurde und eine Rückkehr an den bisherigen Aufenthaltsort nicht vorgesehen ist.

In den Fällen, in denen ein anderer SGB II-Leistungsträger örtlich zuständig ist, ist der SGB II-Leistungsantrag an den zuständigen SGB II-Träger weiterzuleiten und der Antragsteller über die Abgabe zu informieren.

Voraussetzung für den Leistungsbezug nach dem SGB II ist das Vorliegen der Anspruchsvoraussetzungen nach § 7 Abs. 1 SGB II, insbesondere der Erwerbsfähigkeit nach § 7 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 i.V.m. § 8 SGB II.

#### **5.4. Unterbringung in einer stationären Einrichtung i.S.d. § 7 Abs. 4 S. 1 SGB II**

Für einen Leistungsausschluss aufgrund der Unterbringung in einer stationären Einrichtung müssen die folgenden drei Voraussetzungen erfüllt sein, die im Einzelfall zu prüfen sind<sup>61</sup>:

- **Leistungserbringung in einer Einrichtung**

Es ist vom Einrichtungsbegriff des § 13 Abs. 2 SGB XII auszugehen. Danach ist eine Einrichtung eine auf Dauer angelegte Kombination von sächlichen und personellen Mitteln, die zu einem besonderen Zweck und unter der Verantwortung eines Trägers zusammengefasst wird und die für einen größeren wechselnden Personenkreis bestimmt ist, wobei die Bindung an ein Gebäude gegeben sein muss.

- **Stationäre Leistungserbringung**

Eine stationäre Leistungserbringung liegt vor, wenn der Leistungsberechtigte nach formeller Aufnahme in der Institution lebt und daher die Unterbringung Teil der Leistungserbringung ist.

- **Unterbringung in einer stationären Einrichtung**

Von einer Unterbringung ist nur auszugehen, wenn der Träger der Einrichtung nach Maßgabe seines Konzeptes die Gesamtverantwortung für die tägliche Lebensführung und die Integration der leistungsberechtigten Person übernimmt.

Bei der Maßnahme „stationäres Familienwohnen“ der Jugendhilfe Süd-Niedersachsen e.V. (JSN) als Hilfe gem. § 27 SGB VIII erfolgt keine Unterbringung in einer stationären Einrichtung, da der Träger der Einrichtung nach Maßgabe seines Konzeptes die Gesamtverantwortung für die tägliche Lebensführung und die Integration der leistungsberechtigten Person nicht innehat.

Die objektive Möglichkeit der Ausübung einer Erwerbstätigkeit im Umfang von mindestens drei Stunden täglich aus der Einrichtung heraus spielt keine Rolle mehr. Entscheidend ist nunmehr, ob das Hilfekonzept so angelegt ist, dass das Leben in der Einrichtung grundsätzlich dafürsteht, dass der Betroffene noch nicht so weit ist, außerhalb des schützenden Rahmens der Gemeinschaft erwerbstätig sein zu können<sup>62</sup>.

Sind die drei Voraussetzungen erfüllt, steht der Untergebrachte aufgrund der Gesamtverantwortung des Trägers der Einrichtung für dessen tägliche Lebensführung einer

---

<sup>61</sup> BSG, Urteil vom 05.06.2014, Az. B 4 AS 32/13 R

<sup>62</sup> SG Berlin, Urteil vom 28.11.2014, Az. S 37 AS 9238/13

Integration auf dem allgemeinen Arbeitsmarkt nicht zur Verfügung und ist dem Regelungsbereich des SGB XII zuzuordnen.

Zu den stationären Einrichtungen zählen z.B.: Pflegeheime, therapeutische Wohngemeinschaften, Blindenheime, Erholungsheime, Krankenhäuser und Reha-Einrichtungen. Im Einzelfall können auch Einrichtungen der Wohnungslosenhilfe nach §§ 67-69 SGB XII sowie Mutter-Kind-Einrichtungen<sup>63</sup> dazuzählen.

Zu prüfen ist jedoch trotz des Aufenthaltes in einer der genannten Einrichtungen stets, ob durch die individuellen Umstände der Betreuung die Gesamtverantwortung für die tägliche Lebensführung von der Einrichtung übernommen wird.

#### **5.5. Einrichtungen zum Vollzug richterlich angeordneter Freiheitsentziehung (z.B. Justizvollzugsanstalten), § 7 Abs. 4 S. 2 SGB II**

Einrichtungen zum Vollzug richterlich angeordneter Freiheitsentziehung (z.B. Justizvollzugsanstalten), § 7 Abs. 4 S. 2 SGB II

Personen in Einrichtungen zum Vollzug richterlich angeordneter Freiheitsentziehung sind ebenfalls von Leistungsbezug nach dem SGB II ausgeschlossen (§ 7 Abs. 4 S. 2 SGB II). Richterlich angeordnete Freiheitsentziehung liegt insbesondere vor bei

- Untersuchungshaft
- Strafhaft
- Unterbringung in einem Krankenhaus oder einer Entziehungsanstalt im Rahmen des Maßregelvollzugs (§§ 63,64 StGB)
- Einstweilige Unterbringung in einem Krankenhaus oder einer Entziehungsanstalt n. § 126a StPO
- Absonderung nach dem Infektionsschutzgesetz (ehemals BSeuchG) oder Geschlechtskrankheitengesetz
- Unterbringung psychisch Kranker und Suchtkranker nach den Unterbringungsgesetzen der Länder.

Diese Personen sind ab dem ersten Tag der Inhaftierung bzw. Unterbringung bis zum Tag ihrer Entlassung von aktiven und auch passiven Leistungen nach dem SGB II ausgeschlossen. Am Tag der Entlassung aus der Strafhaft, erhalten die Inhaftierten einen sog. (Haft-) Entlassungsschein. Dieser ist bei allen Inhaftierten zum Nachweis über das Ende der Inhaftierung anzufordern. Untersuchungshäftlinge können einen Anspruch auf Taschengeld und Übernahme der Kosten der Unterkunft nach dem SGB XII haben und auf eine entsprechende Antragstellung hinzuweisen.

Die Unterbringung im Jugendarrest gem. § 16 JGG ist nicht der richterlich angeordneten Freiheitsentziehung gleichzustellen<sup>64</sup> und führt damit nicht zum Leistungsausschluss nach § 7 Abs. 4 SGB II.

#### **5.5.1. Ersatzfreiheitsstrafe nach § 43 Strafgesetzbuch (StGB)**

Tritt an die Stelle einer uneinbringlichen Geldstrafe eine Ersatzfreiheitsstrafe nach § 43 StGB führt dies ebenfalls zum Leistungsausschluss nach § 7 Abs. 4 S. 2 SGB II<sup>65</sup>.

<sup>63</sup> LSG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 21.01.2015, Az.: L 19 AS 2274/14 B

<sup>64</sup> SG Dresden 27. 1. 2014 - S 7 AS 1567/13; LSG Sachsen-Anhalt 24. 9. 2014 - L 4 AS 318/13

<sup>65</sup> BSG, Urteil vom 21.06.2011, Az.: B 4 AS 128/10 R; LSG Niedersachsen-Bremen, Urteil vom 17.06.2010, Az.: L 15 AS 96/10

### 5.5.2. Zurückstellung der Strafvollstreckung nach § 35 Betäubungsmittelgesetz (BtMG)

Wird die Strafvollstreckung wegen einer Suchtbehandlung in einem Krankenhaus oder einer Entziehungsanstalt nach § 35 BtMG zurückgestellt, wird der Betroffene aus der JVA entlassen. Die Durchführung einer Therapie in einer nach §§ 35, 36 BtMG anerkannten Einrichtung anstelle der Vollstreckung einer Freiheitsstrafe in einer Justizvollzugsanstalt nach den Vorschriften der StVollZG ist ebenfalls als Vollzug einer richterlich angeordneten Freiheitsentziehung zu werten und führt zum SGB II-Leistungsausschluss nach § 7 Abs. 4 S. 2 SGB II. Als Nachweis ist die schriftliche Entscheidung der Staatsanwaltschaft anzufordern.

Die Regelung der §§ 35, 36 BtMG ist eine vollstreckungsrechtliche Sonderregelung für Betäubungsmittelabhängige und ersetzt die Strafvollstreckung in einer Justizvollzugsanstalt nach den Vorschriften des StVollZG durch eine therapeutische Behandlung. Das Zurückstellen der Vollstreckung, also der Vollzug einer Freiheitsstrafe in einer Justizvollzugsanstalt nach § 35 BtMG bewirkt eine vorläufige Herausnahme des Verurteilten aus dem Vollzug nach dem StVollZG. Sie stellt aber keine Aussetzung der Strafvollstreckung dar bzw. beendet die Strafvollstreckung nicht, sondern ist eine eigenständige Rechtsfolge der Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe. Damit ergänzt § 35 BtMG als *lex specialis* die Strafvollstreckungsvorschriften der StPO. Während der Durchführung einer Therapie nach § 35 BtMG ruht die Vollstreckungsverjährung, da die Therapie an Stelle der Strafe durchgeführt, später nach § 36 BtMG auf die Strafe angerechnet wird und damit gleichrangig neben der Strafvollstreckung steht. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wird in Form einer Therapie fortgesetzt, um drogenabhängige Verurteilten durch (vorläufige) Herausnahme aus dem Strafvollzug wie bei der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt nach § 64 StGB (Maßregelvollzug) die Gelegenheit zu geben, ihre delinquenzursächliche Drogensucht zu bekämpfen<sup>66</sup>.

Allein die Tatsache, dass die Therapiebereitschaft und -fähigkeit des Verurteilten ein maßgebliches Kriterium für eine Entscheidung der Vollstreckungsbehörde nach § 35 BtMG ist, rechtfertigt nicht den Aufenthalt in einer stationären Einrichtung i. S. v. § 7 Abs. 4 S. 1 SGB II, die nach §§ 35, 36 BtMG anerkannt ist und ist nicht als Vollzug einer richterlich angeordneten Freiheitsentziehung i. S. v. § 7 Abs. 4 S. 2 SGB II anzusehen. Die einzige Alternative zum Aufenthalt in einer solchen Therapieeinrichtung ist für den Verurteilten der Vollzug seiner Freiheitsstrafe in einer Justizvollzugsanstalt. [...] <sup>67</sup>

Die Zurückstellung der Strafvollstreckung erfolgt zwar allein auf Anordnung der Staatsanwaltschaft als Vollstreckungsbehörde. Daraus kann aber nicht der Schluss gezogen werden, dass die Durchführung einer Therapie unter den Bedingungen des § 35 BtMG keine richterlich angeordnete Freiheitsentziehung i. S. v. § 7 Abs. 4 S. 2 SGB II ist. Denn zu einem hat das erstinstanzliche Strafgericht dieser Entscheidung zuzustimmen. Zum anderen sehen die vollstreckungsrechtlichen Vorschriften den Vollzug einer richterlich angeordneten Freiheitsstrafe in dieser Form vor<sup>68</sup>.

### 5.5.3. Probewohnen außerhalb des Maßregelvollzugs

Sofern ein selbständiges Probewohnen im Rahmen des Maßregelvollzugs in einer eigenen Wohnung gegeben ist, stellt dies keinen Aufenthalt aufgrund richterlicher Freiheitsentziehung im maßregelvollzugsrechtlichen Sinne dar und begründet keinen Leistungsausschluss gem. § 7 Abs. 4 SGB II. Bei Vorliegen der weiteren Voraussetzungen ist ein SGB II-Leistungsanspruch gegeben (vgl. MS Erlass vom 06.09.2017, Kostenübernahme für das Probewohnen im Maßregelvollzug).

<sup>66</sup> vgl. BSG, Urteil vom 05.08.2021, B 4 AS 58/20

<sup>67</sup> vgl. ebenda, Rndnr. 56 m. w. N.

<sup>68</sup> vgl. ebenda, Rndnr. 57 m. w. N.

Anderes gilt jedoch, wenn der Ort des Probewohnens der Organisationssphäre des Maßregelvollzugsträgers zuzuordnen ist. Bspw. wäre dies gegeben, wenn das Probewohnen in privaten Einrichtungen erfolgt, die einen Bezug zum Maßregelvollzug haben und insofern dem Maßregelvollzugsträger Kontroll- und Eingriffsmöglichkeiten ermöglichen.

#### **5.5.4. Überbrückungsgeld**

Ehemalige Strafgefangene einer JVA bzw. in einem Krankenhaus im Rahmen des Maßregelvollzugs Untergebrachte erhalten bei ihrer Entlassung ein sog. Überbrückungsgeld.

#### **5.5.5. Vollzugslockerungen (bspw. Hafturlaub)**

Bei Formen der Vollzugslockerung wie z.B. Freigang, Urlaub oder ähnliches, bleibt der SGB II-Leistungsausschluss bestehen. Diese Rechtsauffassung besteht bzgl. Vollzugslockerungen, die nicht zu einer Strafunterbrechung führen und bei denen weiterhin Weisungen erteilt werden, bspw. sich einer bestimmten Betreuungsperson zu unterstellen und jeweils für kurze Zeit in die Anstalt zurückzukehren, sodass der Kunde in dieser Zeit nicht völlig weisungsfrei von der Maßregelvollzugsbehörde ist.

Sofern ein selbständiges Probewohnen im Rahmen des Maßregelvollzugs in einer eigenen Wohnung während eines Hafturlaubs gegeben ist, stellt dies keinen Aufenthalt aufgrund richterlicher Freiheitsentziehung im maßregelvollzugsrechtlichen Sinne dar und begründet keinen Leistungsausschluss gem. § 7 Abs. 4 SGB II.

#### **5.6. Ausnahme zum Leistungsausschluss nach § 7 Abs. 4 S. 3 Nr. 1 SGB II: Aufenthalt in einem Krankenhaus oder Rehabilitationseinrichtung (§ 107 SGB V)**

Ist eine hilfebedürftige Person in einem Krankenhaus im Sinne des § 107 SGB V für voraussichtlich weniger als 6 Monate untergebracht, greift der Leistungsausschluss nach § 7 Abs. 4 S. 1 SGB II nicht. Krankenhäuser sind stationäre Einrichtungen im Sinne des § 7 Abs. 4 S. 1 SGB II. Für diese Einrichtungen besteht jedoch die Besonderheit, dass bei einer Unterbringung von weniger als 6 Monaten, der Leistungsausschluss nach § 7 Abs. 4 S. 1 SGB II gerade nicht eingreift. Insoweit ist eine Prognose erforderlich (siehe Ziff. 5.6.2.).

##### **5.6.1. Krankenhäuser und Rehabilitationseinrichtungen (§ 107 SGB V)**

In § 107 Abs. 1 SGB V ist der Begriff des Krankenhauses definiert. Einrichtungen der medizinischen Rehabilitation nach § 107 Abs. 2 SGB V (bspw. auch das Therapiezentrum für Suchtrehabilitation OPEN in Göttingen) sind in diesem Zusammenhang den Krankenhäusern gleichgestellt. Die Ausnahmenvorschrift des § 7 Abs. 4 S. 3 Nr. 1 SGB II gilt also nicht nur für Krankenhäuser im klassischen Sinne. Bestehen bei der betroffenen Einrichtung Zweifel daran, ob es sich um eine Einrichtung i.S.d. § 107 Abs. 2 SGB V handelt, ist bei der zuständigen Krankenkasse zu klären, ob diese mit der Einrichtung einen Versorgungsvertrag nach § 111 SGB V abgeschlossen hat. In diesem Fall handelt es sich um ein Krankenhaus i.S.d. § 107 SGB V, da die Krankenkasse nur dann Leistungen erbringen darf, wenn es sich um eine Vorsorge- oder Rehabilitationseinrichtung i.S.d. § 107 Abs. 2 SGB V handelt.

##### **5.6.2. Prognoseentscheidung im Rahmen des § 7 Abs. 4 S. 3 Nr. 1 SGB II**

Prognoseentscheidung im Rahmen des § 7 Abs. 4 S. 3 Nr. 1 SGB II

Das Wesen einer Prognoseentscheidung besteht darin, dass zu einem bestimmten Zeitpunkt (Prognosezeitpunkt) für die Zukunft ein bestimmter Sachverhalt vorhergesagt (prognostiziert) wird.

Die Prognoseentscheidung über die Dauer der voraussichtlichen Krankenhaus- oder Reha-Unterbringung ist allein nach den Umständen im Zeitpunkt der Aufnahme in das Krankenhaus und nicht am Zeitpunkt der möglicherweise späteren Beantragung von SGB II-Leistungen zu treffen<sup>69</sup>.

**Beispiel:** Herr P. war inhaftiert. Die Vollstreckung der Haftstrafe wurde nach § 35 Betäubungsmittelgesetz zurückgestellt. Am 11.10.2015 erfolgte die Aufnahme zur stationären Langzeitbehandlung in der Klinik mit Kostenübernahmeerklärung der Deutschen Rentenversicherung für 26 Wochen (= Zeitraum von 6 Monaten), also bis zum 11.04.2016. SGB II-Antragstellung am 22.10.2015.

**Ergebnis:** Rückausnahme nach § 7 Abs. 4 S. 3 Nr. 1 SGB II greift nicht, weil im Zeitpunkt der Aufnahme am 11.10.2015 eine Unterbringung für genau und nicht weniger als 6 Monate erfolgen sollte. Kein SGB II-Leistungsanspruch.

Es ist zu ermitteln, wie lange der Aufenthalt dort aus ärztlicher Sicht vom Zeitpunkt der Aufnahme an voraussichtlich dauern wird. Ist bereits zum Zeitpunkt der Aufnahme des Hilfebedürftigen in ein Krankenhaus abzusehen, dass sein dortiger vollstationärer Aufenthalt voraussichtlich länger als 6 Monate andauern wird, besteht kein Anspruch auf Leistungen nach dem SGB II. Der Hilfebedürftige ist bereits ab dem Tag der Einweisung auf seine Ansprüche auf Leistungen nach dem SGB XII zu verweisen.

Maßgeblich ist das Wissen des SGB II-Trägers über den voraussichtlichen Verbleib in einer Einrichtung. Hierbei ist zunächst auf Erkenntnisse abzustellen, die dem Träger durch den Betroffenen oder Dritte bekannt werden. Diese Erkenntnisse sind in erster Linie aus dem Bewilligungsbescheid des Kostenträgers zu gewinnen. Ist Kostenträger die Rentenversicherung oder die Krankenkasse, ist die Prognose des Rentenversicherungsträgers bzw. der Krankenkasse zu Grunde zu legen. Hierfür ist der Bewilligungsbescheid des Rentenversicherungsträgers bzw. der Krankenkasse anzufordern.

Wird nicht schlüssig erkennbar, wie lange die Unterbringung andauern wird, ist im Ausnahmefall eine haus- oder fachärztliche Prognose der voraussichtlichen Dauer des Aufenthaltes erforderlich.

In Fällen, in denen schon bei Aufnahme in das Krankenhaus ein an den Krankenhausaufenthalt unmittelbar anschließender Aufenthalt in einem anderen Krankenhaus oder einer Reha-Einrichtung prognostiziert wird, sind beide Aufenthalte im Zeitpunkt der Aufnahme in das Krankenhaus zusammenzurechnen.

D.h. eine Person, die sich zunächst im Krankenhaus und im Anschluss daran in einer medizinischen Reha-Einrichtung aufhält, ist vom Leistungsbezug ausgeschlossen, wenn schon im Zeitpunkt der Aufnahme in das Krankenhaus ein unmittelbar anschließender Aufenthalt in einer Reha-Einrichtung zu prognostizieren ist und die beiden Aufenthalte (Krankenhaus und Reha-Einrichtung) im Zeitpunkt der Aufnahme in das Krankenhaus voraussichtlich mindestens 6 Monate dauern werden.

Eine nachträgliche Addition der Krankenhaus- bzw. Reha-Aufenthalte darf jedoch nicht erfolgen, wenn im Zeitpunkt der ersten Prognoseentscheidung nicht vorhersehbar war, dass der Betroffene anschließend weiter untergebracht sein wird<sup>70</sup>.

Die Einbeziehung zurückliegender Aufenthaltszeiten würde dem zukunftsgerichteten Charakter der zu treffenden Prognoseentscheidung widersprechen.

<sup>69</sup> BSG, Urteil vom 02.12.2014, Az. B 14 AS 66/13 R

<sup>70</sup> BSG, Urteil vom 12.11.2015, Az. B 14 AS 6/15 R



Nicht zusammengerechnet werden dürfen ein JVA-Aufenthalt und ein sich daran anschließender Aufenthalt in einer Reha-Einrichtung zum Drogenentzug<sup>71</sup>. Grund hierfür ist die unterschiedliche Zielrichtung dieser beiden stationären Aufenthalte.

Ist trotz aller Bemühungen die Dauer des Krankenhaus- bzw. Reha-Aufenthalts nicht absehbar, fällt diese Person bis zu 6 Monaten in den Leistungsbereich des SGB II, soweit vor Ablauf der 6 Monate keine gegenteilige Erkenntnis vorliegt.

Eine getroffene Prognoseentscheidung bleibt auch dann für die Dauer des Bewilligungszeitraumes maßgeblich, wenn sich nachträglich herausstellt, dass die stationäre Unterbringung länger als sechs Monate andauert und dies zum Zeitpunkt der Aufnahme in die Einrichtung nicht vorhersehbar war. Auch wenn durch eine mehr als 6-monatige Unterbringung die ursprüngliche Prognose widerlegt worden ist, bleibt diese beachtlich, wenn sie zum Prognosezeitpunkt bei vorausschauender Betrachtung zutreffend gewesen ist<sup>72</sup>. Dies liegt im Wesen einer Prognoseentscheidung. Es sind also nicht zunächst immer bis zum Ablauf der ersten 6 Monate Leistungen nach dem SGB II zu erbringen. Umgekehrt tritt auch nach mehr als 6-monatiger Unterbringung nicht zwingend ein Leistungsausschluss ein.

### **5.6.3. SGB II-Leistungsausschluss bei vorangegangener stationärer Unterbringung und SGB XII-Leistungsbezug**

Die Rückausnahme des § 7 Abs. 4 S. 3 Nr. 1 SGB II greift nicht, wenn zwar im Zeitpunkt der Krankenhausaufnahme absehbar gewesen ist, dass der dortige Aufenthalt kürzer als sechs Monate dauern würde, der Betroffene aber zuvor anderweitig stationär untergebracht war und Leistungen nach dem SGB XII erhalten hat<sup>73</sup>. In diesen Fällen greift also der Leistungsausschluss nach § 7 Abs. 4 S. 1 SGB II.

**Beispiel:** 02.06.2015-05.01.2016: Unterbringung in einer stationären Übergangseinrichtung für suchtkranke Menschen und Bezug von SGB XII-Leistungen.

Am 05.01.2016 Aufnahme zur stationären Langzeittherapie in einer Fachklinik bis voraussichtlich zum 03.07.2016 (also kürzer 6 Monate).

**Ergebnis:** Die Rückausnahme nach § 7 Abs. 4 S. 3 Nr. 1 SGB II greift nicht, weil der Betroffene schon vor der Aufnahme am 05.01.2016 stationär untergebracht war und SGB XII-Leistungen bezogen hat.

### **5.6.4. Kurzzeitpflege (KZP)**

Grundsätzlich liegt mit Aufnahme in eine Einrichtung der KZP ein SGB II - Leistungsausschluss gem. § 7 Abs. 4 S. 1 SGB II vor, da es sich um eine Unterbringung in einer stationären Einrichtung handelt.

### **5.7. Ausnahme zum Leistungsausschluss nach § 7 Abs. 4 S. 3 Nr. 2 SGB II: Erwerbstätigkeit auf dem allgemeinen Arbeitsmarkt für mind. 15 Stunden/Woche**

Personen, die in einer stationären Einrichtung nach § 7 Abs. 4 S. 1 SGB II untergebracht sind, können Leistungen nach dem SGB II erbracht werden, wenn diese unter den üblichen Bedingungen des allgemeinen Arbeitsmarktes mindestens 15 Stunden wöchentlich tatsächlich erwerbstätig sind<sup>74</sup>.

<sup>71</sup> Bayerisches LSG, Urteil v. 29.09.2006, Az. L 7 AS 130/06

<sup>72</sup> BSG, Urteil vom 06.09.2007, Az. B 14/7b AS 60/06 R

<sup>73</sup> BSG, Urteil vom 12.11.2015, Az. B 14 AS 6/15 R

<sup>74</sup> BSG, Urteil vom 24.02.2011, Az.: B 14 AS 81/09 R

Beachte: Diese Regelung gilt seit 01.08.2016 nicht mehr für Personen, die in einer Einrichtung zum Vollzug richterlich angeordneter Freiheitsentziehung nach § 7 Abs. 4 S. 2 SGB II untergebracht sind und als sog. Freigänger einer Beschäftigung von mindestens 15 Stunden/Woche nachgehen. Dieser Personenkreis bleibt von SGB II-Leistungen ausgeschlossen.

Da die Erwerbstätigkeit jedoch auch unter den üblichen Bedingungen des allgemeinen Arbeitsmarktes ausgeübt werden muss, können nicht alle mindestens 15 Stunden/Woche arbeitenden Untergebrachten diese Ausnahmeregelung für sich in Anspruch nehmen.

Voraussetzung ist, dass sie sich in einem Beschäftigungsverhältnis befinden, das den regulären Arbeitsmarktbedingungen entspricht<sup>75</sup>.

Ob die Erwerbstätigkeit im Einzelfall den üblichen Bedingungen des allgemeinen Arbeitsmarktes entspricht, ist nach der Ausgestaltung des jeweiligen Arbeitsverhältnisses zu beurteilen. Dabei sind insbesondere Merkmale wie die Höhe des Arbeitsentgelts, der Arbeitsort und die Arbeitszeit zu berücksichtigen. Entspricht die Erwerbstätigkeit nicht den üblichen Bedingungen des allgemeinen Arbeitsmarktes, so greift der Leistungsausschluss nach § 7 Abs. 4 S. 1 SGB II.

## **6. SGB II-Leistungsausschluss beim Bezug von Altersrenten, von Knappschaftsausgleichsleistungen oder ähnlicher Leistungen öffentlich-rechtlicher Art, § 7 Abs. 4 S. 1 SGB II**

Nach § 7 Abs. 4 S. 1 SGB II sind Personen von Leistungen nach dem SGB II ausgeschlossen, die

- Rente wegen Alters oder
  - Knappschaftsausgleichsleistungen oder
  - ähnliche Leistungen öffentlich-rechtlicher Art
- beziehen.

Da der Anspruch auf Leistungen nach dem SGB II bis zum Erreichen des Regelrentenalters nach § 7a SGB II beschränkt ist, wird der Leistungsausschluss nach § 7 Abs. 4 S. 1 SGB II für den Fall relevant, dass vor der Altersgrenze nach § 7a SGB II eine vorgezogene Altersrente bezogen wird.

Gem. § 7 Abs. 4 S. 1 SGB II führt erst der Bezug der Altersrente zum Leistungsausschluss. Das bedeutet, dass die Rentenleistung tatsächlich auch zufließen muss. Der Ausschlussstatbestand ist also erst mit Zufluss der Rentenleistung erfüllt.

Bezieher von Altersrenten haben im Falle ihrer Bedürftigkeit Anspruch auf Sozialhilfe nach dem SGB XII.

### **6.1. Deutsche Altersrente**

Der Bezug einer Vollrente wegen Alters von der deutschen gesetzlichen Rentenversicherung nach dem SGB VI führt - unabhängig von deren Höhe und dem Eintrittsalter - zum Wegfall des Anspruchs auf SGB II-Leistungen.

Der Bezug einer Teilrente nach § 42 Abs. 3 SGB VI führt vor Erreichen der Altersgrenze des § 7a SGB II dagegen nicht zum Leistungsausschluss.

---

<sup>75</sup> LSG Berlin-Brandenburg, Beschluss v. 02.01.2007, Az. L 14 B 948/06 AS ER und Beschluss v. 07.11.2006, Az. L 29 B 804/06 AS ER

## 6.2. Ausländische Altersrente

Der Bezug einer ausländischen Altersrente führt zum Leistungsausschluss, wenn sie die gleichen typischen Merkmale aufweist wie die deutsche Altersrente<sup>76</sup>.

Bei ausländischen Altersrenten ist deshalb zu prüfen, ob diese von Funktion und Struktur als der deutschen Altersrente vergleichbar anzusehen sind. Ist dies der Fall, liegt ein Ausschluss nach § 7 Abs. 4 S. 1 SGB II vor.

Eine Vergleichbarkeit liegt dann vor, wenn folgende Kriterien vorliegen:

- Leistungsgewährung durch einen öffentlichen Träger,
- Anknüpfen der Leistung an das Erreichen einer bestimmten Altersgrenze (Abweichung vom deutschen Recht möglich) und
- LohnerS. nach einer im Allgemeinen den Lebensunterhalt sicherstellenden Gesamtkonzeption.

Ohne Bedeutung ist es hingegen, welches konkrete Lebensalter die Leistungsgewährung nach dem Recht des jeweiligen Staates auslöst oder dass die Rentengewährung nur mit Abschlägen erfolgt. Es ist auch unbeachtlich, ob sie ausreicht, um den Lebensunterhalt in Deutschland sicher zu stellen.

In der Rechtsprechung wurde u. a. bereits für folgende Renten eine Vergleichbarkeit mit einer deutschen Altersrente und damit ein Leistungsausschluss bejaht:

- Altersrente nach dem schweizerischen Bundesgesetz über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (BVG) sowie aus der Eidgenössischen Alters- und Hinterlassenen-versicherung (AHV)<sup>77</sup>,
- französische Altersrente ab dem 55. Lebensjahr: CAN-Rente "pension proportionnelle de vieillesse"<sup>78</sup>,
- italienische Altersrente ab dem 60. Lebensjahr bzw. an Frauen ab dem 55. Lebensjahr<sup>79</sup>,
- polnische Altersrente<sup>80</sup>,
- litauische Altersrente ab dem 60. Lebensjahr für Frauen und 62 Jahre und 6 Monate für Männer<sup>81</sup>.

Einen aktuellen Überblick über die Voraussetzungen einer Rente in den EU-Ländern lässt sich im Internet über den Sozialkompass EU finden (<http://www.sozialkompass.eu/datenbank/laenderauswahl.html>, Auswahl: Navigation "Alter" → Unterpunkt "Leistungen" anzeigen sowie das jeweilige Land auswählen).

## 6.3. Knappschaftsausgleichsleistungen nach § 239 SGB VI

Es handelt sich um eine Ausgleichszahlung für Bergleute, die langjährig unter Tage beschäftigt waren, nach Vollendung des 55. Lebensjahres aus einem knappschaftlichen Betrieb ausgeschieden sind, sofern Sie die Wartezeit von 25 Jahren mit knappschaftlichen Beitragszeiten und weitere wartezeitrechtliche Voraussetzungen erfüllt haben.

<sup>76</sup> BSG, Urteil vom 16.05.2012, Az. B 4 AS 105/11 R

<sup>77</sup> BSG, Urteil vom 18.12.2008 - B 11 AL 32/07 R

<sup>78</sup> BSG, Urteil vom 03.11.1976 - 7 RAr 104/75 - SozR 4100 § 118 Nr. 3

<sup>79</sup> BSG, Urteil vom 08.07.1993 - 7 RAr 64/92 - SozR 3-4100 § 118 Nr. 4

<sup>80</sup> SG Berlin, Beschluss vom 12.03.2009 - S 174 AS 5694/09 ER

<sup>81</sup> BSG, Urteil vom 16.05.2012 - B 4 AS 105/11 R

#### **6.4. Ähnliche Leistungen öffentlich-rechtlicher Art-Altersbezügen, die der Altersrente vergleichbar sind**

Die ähnlichen Leistungen müssen die gleichen und typischen Merkmale aufweisen wie die vorgezogenen Altersrenten. Wesentlich ist dabei, dass die Leistung

- von einem öffentlich-rechtlichen Träger erbracht wird,
- dass sie beim Erreichen einer bestimmten Altersgrenze Entgelte bietet und
- nach ihrer Konzeption den Lebensunterhalt des Berechtigten im Allgemeinen sicherstellen.

Hierzu zählen z.B. Ruhegehalt für Beamte und Berufssoldaten mit Erreichen der Altersgrenze.

#### **7. Ortsabwesenheit**

Mit dem Gesetz zur Ermittlung von Regelbedarfen und zur Änderung des SGB II und SGB XII wurde dem BMAS die Möglichkeit eingeräumt in einer Rechtsverordnung nähere Bestimmungen zur Ortsabwesenheit nach § 7 Abs. 4a SGB II n.F. zu treffen. Da das BMAS eine solche Rechtsverordnung bisher noch nicht erlassen hat, gilt § 7 Abs. 4a SGB II in der bis zum 31.12.2010 geltenden Fassung weiter (§ 77 Abs. 1 SGB II).

Sofern sich ein erwerbsfähiger Hilfebedürftiger ohne Zustimmung des persönlichen Ansprechpartners außerhalb des in der Erreichbarkeits-AO definierten zeit- und ortsnahen Bereiches aufhält, erhält er keine Leistungen nach dem SGB II (Fortentwicklungsgesetz zum 01.08.2006).

Ein Urlaub von bis zu 3 Wochen im Kalenderjahr steht gemäß der aufgrund § 164 Nr. 2 SGB III erlassenen Erreichbarkeits-AO nicht der Verfügbarkeit des Arbeitslosen entgegen, wenn der zuständige Fallmanager vorher seine Zustimmung erteilt hat. Ein Abweichen von dieser 3-Wochenfrist kann in Fällen außergewöhnlicher Härte, die aufgrund unvorhersehbarer und für den Arbeitslosen unvermeidbarer Ereignisse entstehen, höchstens um 3 Tage erfolgen.

Will sich ein Hilfebedürftiger zusammenhängend länger als sechs Wochen außerhalb des zeit- und ortsnahen Bereichs des Grundsicherungsträgers aufhalten, so ist dies nach § 3 IV EAO nur insgesamt ohne Leistungsgewährung möglich. Will sich der Hilfebedürftige länger als drei aber weniger als sechs Wochen außerhalb des zeit- und ortsnahen Bereichs aufhalten, so ist die Zustimmung hierzu möglich. Folge ist, dass die SGB II-Leistungen für die ersten drei Wochen weiter zu gewähren, für die Zeit danach jedoch aufzuheben sind<sup>82</sup>.

Für die Tage ungenehmigter Ortsabwesenheit besteht kein Anspruch auf Leistungen. Hält sich der Leistungsempfänger ohne Zustimmung außerhalb des zeit- und ortsnahen Bereichs auf, sind die Leistungen für den Zeitraum der nicht genehmigten Abwesenheit vollständig aufzuheben und die überzahlten Beträge zurückzufordern<sup>83</sup>.

Zeit- und ortsnah bedeutet gemäß § 1 I 1 EAO, dass der erwerbsfähige Hilfebedürftige in der Lage sein muss, unverzüglich Mitteilungen des Leistungsträgers persönlich zur Kenntnis zu nehmen, den Leistungsträger aufzusuchen, mit möglichen Arbeitgebern oder Trägern einer beruflichen Eingliederungsmaßnahme in Verbindung zu treten und eine vorgeschlagene Arbeit anzunehmen oder an einer beruflichen Eingliederungsmaßnahme teilzunehmen. Hierzu hat der erwerbsfähige Hilfebedürftige sicherzustellen, dass der Leistungsträger ihn persönlich an jedem Werktag und am Samstag an seinem Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt unter der von

<sup>82</sup> vgl. Eicher/Spellbrink, SGB II, 2. Auflage, § 7 Rnr. 85

<sup>83</sup> vgl. Eicher/Spellbrink, SGB II, 2. Auflage, § 7 Rnr. 88

ihm benannten Anschrift (Wohnung) durch Briefpost erreichen kann. Diesen Anforderungen genügt der erwerbsfähige Hilfebedürftige, wenn er sich täglich einmal in seiner Wohnung aufhält, um die Briefpost in Empfang und zur Kenntnis zu nehmen<sup>84</sup>.

Erwerbsfähigen Hilfebedürftigen, die in einer sozialversicherungspflichtigen Beschäftigung stehen, ist eine Ortsabwesenheit mindestens für die arbeitsvertraglich zustehende Urlaubsdauer zu gewähren.

Mit dieser Neuregelung zum 01.08.2006 ist im Hinblick auf die Versagung der Leistungen nach dem SGB II ein Abstellen auf § 2 Abs. 1 SGB II bzw. eine gesonderte Regelung der Sanktionsmöglichkeiten bei einem eigenmächtigen oder über drei Wochen hinausgehenden Urlaub des Hilfebedürftigen in einer Eingliederungsvereinbarung entbehrlich.

Zu beachten ist jedoch der Sinn und Zweck der Erreichbarkeits-AO, nämlich die Erreichbarkeit des Arbeitslosen zwecks Arbeitseingliederung zu gewährleisten. Unter Berücksichtigung dieser Intention der Erreichbarkeits-AO kann die Regelung des § 7 IV a SGB II nicht ausnahmslos auf sämtliche Personen angewendet werden, die SGB II-Leistungen erhalten, sondern nur auf diejenigen, die für eine Vermittlung in Arbeit bzw. eine Integrationsmaßnahme in Betracht kommen. Nicht anwendbar ist § 7 IV a SGB II daher grundsätzlich auf Empfänger von Bürgergeld oder auf Personen, denen eine Arbeit bzw. Eingliederungsmaßnahme wegen Betreuung eines Kindes unter 3 Jahren nicht zugemutet werden kann.

Zur Vermeidung von Missbrauch ist bei längerem Urlaub dieser Personen jedoch ggf. die allgemeine Leistungsberechtigung zu prüfen (Gewöhnlicher Aufenthalt im Landkreis Göttingen aufgegeben? Ist Hilfebedürftigkeit weiterhin gegeben?).

Werden Leistungsberechtigte während einer genehmigten Ortsabwesenheit infolge von Krankheit arbeitsunfähig, verlieren sie dadurch nicht den Anspruch auf Leistungen nach dem SGB II, wenn und solange sie wegen ihrer Erkrankung an ihren Wohnort nicht zurückkehren können. In diesem Fall ist eine ärztliche Bescheinigung über die Reiseunfähigkeit anzufordern.

Freigegeben am/durch:  
28.02.2023

gez. Oberdieck

---

<sup>84</sup> BSG, Urteil vom 20.06.2001, Az. B 11 AL 10/01 R