



GGUA · Hafenstraße 3–5 · 48153 Münster



Claudius Voigt
Büro für Qualifizierung
der Flüchtlingsberatung

Tel. 02 51 / 1 44 86 - 26
Mobil 01 57 80 49 74 23
Fax 02 51 / 1 44 86 - 10
voigt@ggua.de

Münster, 24. Oktober 2023

LSG NRW bestätigt: Nicht-ukrainische Geflüchtete aus der Ukraine haben SGB-II-Anspruch auch mit Fiktionsbescheinigung

Liebe Kolleg*innen,

nach wie vor gibt es Rückmeldungen aus Beratungsstellen, nach denen Kriegsflüchtlingen aus der Ukraine mit Fiktionsbescheinigung, die nicht die ukrainische Staatsangehörigkeit haben, vom Jobcenter die Leistungen verweigert werden.

Die Jobcenter führen in ihren Ablehnungen vor allem drei vermeintliche Argumente gegen einen Leistungsanspruch an:

- Die Betroffenen hätten keine oder keine ausreichende Arbeitserlaubnis in ihrer Fiktionsbescheinigung und deshalb seien sie gem. § 8 Abs. 2 SGB II ausländerrechtlich **nicht erwerbsfähig**.
- Sie hätten **keinen gewöhnlichen Aufenthalt** in Deutschland, weil sie keine „Bleibeperspektive“ hätten und ihr Aufenthalt nur kurzfristig angelegt sei.
- Sie hätten **keinen Aufenthaltstitel, somit kein Aufenthaltsrecht** und seien daher leistungsberechtigt nach AsylbLG statt SGB II.

Nun hat ganz aktuell das **Landessozialgericht NRW** (LSG NRW, Beschluss vom 19. Oktober, L 6 AS 873/23 B ER, www.t1p.de/guady) zu der Frage eine Eilentscheidung getroffen und bestätigt: **Die Leistungsverweigerung wegen der drei oben genannten Argumente ist –**

Hafenstraße 3–5
48153 Münster

Tel. 02 51 / 1 44 86 - 0
Fax 02 51 / 1 44 86 - 10
info@ggua.de
www.ggua.de

Mitglied im Paritätischen
Wohlfahrtsverband

Rechtsform: eingetragener Verein (e. V.)
Registergericht: Amtsgericht Münster, VR 2347

Vertretungsberechtigt gem. § 26 BGB:
Christina Couceiro Nieto, Kirsten Eichler,
Dominik Hüging (Schatzmeister), Claudius
Voigt, Saskia Zeh

Datenschutzbeauftragte:
Simone Hemken, IST-planbar GmbH

Spendenkonto:
IBAN: DE50 4036 1906 0304 2222 00
BIC: GENODEM1IBB

jedenfalls aller Voraussicht nach – rechtswidrig. Es bestehe ein Anspruch auf SGB-II-Leistungen, da sowohl die ausländerrechtliche Erwerbsfähigkeit (auch mit nur eingeschränkter Arbeitserlaubnis für 120 Tage im Jahr), als auch der gewöhnliche Aufenthalt (zukunftsöffener Verbleib), als auch der rechtmäßige Aufenthalt (aufgrund der Fiktionswirkung) erfüllt seien.

Falls Jobcenter also weiterhin die Leistungen an Personen aus der Ukraine mit Fiktionsbescheinigung verweigern sollten, sollte dringend rechtlich dagegen vorgegangen werden, die Ablehnungen sind falsch.

Aus NRW gibt es meiner Kenntnis nach folgende positive Sozialgerichtsentscheidungen zu dieser Frage:

- LSG NRW, Beschluss vom 19. Oktober, L 6 AS 873/23 B ER, www.t1p.de/guqdy
- SG Düsseldorf, Beschluss vom 29. März 2023, [S 19 AS 442/23 ER](#);
- SG Gelsenkirchen, Beschluss vom 28. März 2023, [S 44 AS 404/23 ER](#);
- SG Gelsenkirchen, Beschluss vom 5. April 2023, [S 41 AS 292/23 ER](#);

Besonders betroffen sind von der Leistungsverweigerung nicht-ukrainische Staatsangehörige, die aufgrund der Erlasslage etwa in NRW und Niedersachsen eine Fiktionsbescheinigung auf Grundlage des § 16 a bzw. b AufenthG erhalten haben, um Zeit zu bekommen, die Voraussetzungen für einen Studierendenaufenthalt oder einen Aufenthalt zum Zwecke der Ausbildung zu schaffen. Mittlerweile sind in vielen Fällen zwölf Monate vergangen, seitdem die Fiktionsbescheinigung erstmalig erteilt worden ist. Die Erlasse schließen eine Verlängerung über 12 Monate hinaus aus; meiner Kenntnis nach gibt es auch keine Folgeregelung seitens der Länder. Insofern droht bei vielen Betroffenen in absehbarer Zeit eine Ablehnung und die Ausreisepflicht, wenn sie die hohen Hürden für die Ausbildungsaufenthalte nicht erfüllen.

Es sollte daher auch politisch Druck auf die Länder gemacht werden, damit eine Verlängerung der Erlassregelung beschlossen wird.

Zu den Konstellationen im Einzelnen:

1. Fiktionsbescheinigung für den Ausbildungs- oder Studienaufenthalt (§ 81 Abs. 3 i. V. m. § 16a bzw. b AufenthG) mit eingeschränkter Berechtigung zur Erwerbstätigkeit

Nach Erlassen u. a. aus Niedersachsen und NRW soll bei Drittstaatsangehörigen Studierenden aus der Ukraine, bei denen die Voraussetzungen für den vorübergehenden Schutz "offensichtlich nicht vorliegen", in bestimmten Fällen der Antrag auf eine Aufenthaltserlaubnis nach § 24 AufenthG in einen Antrag auf eine Aufenthaltserlaubnis für das Studium (§ 16b) oder die Berufsausbildung (§ 16a) umgedeutet und eine entsprechende Fiktionsbescheinigung für ein Jahr ausgestellt werden.

- NRW, Erlass vom 17. Oktober 2022, <https://t1p.de/olg18>;
- Niedersachsen, Erlass vom 27. Dezember 2022, <https://t1p.de/zav2e>)

Diese Fiktionsbescheinigungen sind dann bereits mit den für die Aufenthaltserlaubnis nach § 16a Abs. 3 bzw. § 16b Abs. 3 AufenthG vorgesehenen Beschränkungen zum Arbeitsmarktzugang zu versehen. Für die Fiktionsbescheinigung auf § 16b (Studium) bedeutet das die Berechtigung zu 120 ganzen oder 240 halben Tagen Beschäftigung pro Jahr plus studentische Nebenbeschäftigungen; für die Fiktionsbescheinigung auf § 16a (qualifizierte Berufsausbildung) bedeutet das die Berechtigung zu zehn Stunden Nebenbeschäftigung pro Woche.

Ausländerrechtliche Erwerbsfähigkeit?

In einigen Kommunen (bekannt sind Fälle aus Bottrop, Hagen, Aachen und Düsseldorf) haben die Jobcenter nach Ausstellung einer solchen Fiktionsbescheinigung die Leistungen nach dem SGB II eingestellt, da damit keine ausländerrechtliche Erwerbsfähigkeit gegeben sei. Dies ist jedoch rechtswidrig.

Denn gem. § 8 Abs. 2 SGB II gelten Menschen ohne deutschen Pass nur dann als „erwerbsfähig“ im Sinne des SGB II,

„wenn ihnen die Aufnahme einer Beschäftigung erlaubt ist oder erlaubt werden könnte. Die rechtliche Möglichkeit, eine Beschäftigung vorbehaltlich einer Zustimmung nach § 39 des Aufenthaltsgesetzes aufzunehmen, ist ausreichend.“

Diese ausländerrechtliche Erwerbsfähigkeit des § 8 Abs. 2 SGB II setzt keine Mindeststundenzahl voraus, sondern die rechtliche Möglichkeit irgendeiner Beschäftigung – unabhängig vom Umfang – ist ausreichend. Die Voraussetzung, mindestens drei Stunden am Tag erwerbstätig sein zu können, spielt hingegen nur bei der Frage gesundheitlichen Erwerbsfähigkeit gem. § 8 Abs. 1 SGB II eine Rolle.

Somit ist auch mit einem Arbeitsmarktzugang von 120 ganzen bzw. 240 halben Tagen oder von zehn Wochenstunden die ausländerrechtliche Erwerbsfähigkeit erfüllt und somit der Zugang zum SGB II gegeben. Es gibt dazu zumindest zwei eindeutige Landessozialgerichts-Entscheidungen, die dies bestätigen:

- LSG Sachsen, Beschluss vom 31.1.2015, [L 3 AS 148/15 B ER](#)
- LSG Rheinland-Pfalz, Beschluss vom 12.2.2010, [L 1 SO 84/09 B ER](#)

Beide bestätigen, dass die zeitlich und umfangmäßig beschränkte Zulassung zur Erwerbstätigkeit ausreicht und es dann auch nicht auf die drei Stunden am Tag ankommt:

„Die Aufenthaltserlaubnis nach § 16 AufenthG und die Erlaubnis zur Ausübung einer Beschäftigung, die insgesamt 120 Tage oder 240 halbe Tage im Jahr nicht überschreitet, sowie zur Ausübung studentischer Nebentätigkeit (vgl. § 16 Abs. 3 AufenthG) genügt den Anforderungen zur rechtlichen Erwerbsfähigkeit im Sinne des § 8 Abs. 2 SGB II.“ (LSG Sachsen, L 3 AS 148/15 B ER)

„Die Berechtigung eines Ausländers zur Ausübung einer Beschäftigung, die insgesamt 90 Tage oder 180 halbe Tage im Jahr nicht überschreitet sowie zur Ausübung studentischer Nebentätigkeiten (§ 16 Abs. 3 Satz 1 AufenthG) genügt den Anforderungen zur rechtlichen Erwerbsfähigkeit im Sinne des § 8 Abs. 2 SGB II. (...) Dies ergibt sich aus der Entstehungsgeschichte des § 8 SGB II. Laut dem ursprünglichen Gesetzentwurf sollten Ausländer nur erwerbstätig sein, "wenn ihnen die Aufnahme einer Beschäftigung ohne Beschränkung erlaubt ist oder durch die Bundesagentur erlaubt werden könnte" ([BT-Drucks. 15/1516, S. 11](#)). Der Passus "ohne Beschränkung" ist im weiteren Gesetzgebungsverfahren entfallen ([BT-Drucks. 17/1728, S. 172](#)). Dies lässt erkennen, dass es für das rechtliche Dürfen nicht (mehr) darauf ankommen soll, ob die Aufnahme einer Beschäftigung mit oder ohne Beschränkung erlaubt ist (Blüggel in Eicher/Spellbrink, SGB II, § 8 Rn. 58).“ (LSG Rheinland-Pfalz, L 1 SO 84/09 B ER)

Gewöhnlicher Aufenthalt?

Ein häufig genutztes Argument der Jobcenter für eine Ablehnung ist auch, dass mit der Fiktionsbescheinigung kein "gewöhnlicher Aufenthalt" im Sinne des § 7 Abs. 1 Nr. 4 SGB II bestehe. Der Aufenthalt sei nur kurzfristig und ohne Bleibeperspektive. Hierzu hat das LSG NRW jetzt ausdrücklich festgestellt,

"dass die Betroffenen die Geltungsdauer der Fiktionsbescheinigung nutzen sollen, um die Voraussetzungen für die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 16a bzw. 16b und insbesondere das Erfordernis der Lebensunterhaltssicherung zu erfüllen. Vor diesem Hintergrund geht der Senat von einem zumindest noch zukunfts offenen Aufenthalt des Antragstellers und nicht - wie von dem Antragsgegner angenommen - von einer mangelnden Bleibeperspektive." (LSG NRW, Beschluss vom 19. Oktober, L 6 AS 873/23 B ER, www.t1p.de/guqdy)

Rechtmäßiger Aufenthalt?

Für SGB II-Leistungen muss gem. § 7 Abs. 1 S. 2 lit. a SGB II ein "Aufenthaltsrecht" bestehen. Auch dieses Argument nutzen manche Jobcenter bei Personen mit Fiktionsbescheinigung, um das Bürger*innengeld zu verweigern. Das LSG NRW stellt dazu fest:

"Er (der Antragsteller) konnte sich im streitigen Zeitraum auf ein Aufenthaltsrecht berufen, was durch die Ausstellung der Fiktionsbescheinigung (...) bestätigt wird. (...) Daher dürfte der rechtmäßige Aufenthalt nach § 81 Abs. 3 S. 1 AufenthG als Aufenthaltsrecht i. S. d. § 7 Abs. 1 S. 2 lit. a SGB II zu qualifizieren sein (...)."

Nach Auffassung des LSG NRW liegt demnach ein "Aufenthaltsrecht" vor. Da dies nicht nur der Arbeitsuche diene und auch nicht dem AsylbLG zugeordnet sei, besteht in diesen Fällen Anspruch auf Leistungen nach dem SGB II.

2. Fiktionsbescheinigung für nach Antrag auf vorübergehenden Schutz (§ 81 Abs. 3 i. V. m. § 24 AufenthG) ohne Arbeitserlaubnis

Gelegentlich kommt es vor, dass Ausländerbehörden drittstaatsangehörigen Kriegsflüchtlingen aus der Ukraine eine Fiktionsbescheinigung auf § 24 AufenthG ohne Arbeitserlaubnis ausstellen. Dass nach einem Antrag auf vorübergehenden Schutz unabhängig von dessen Erfolgsaussicht eine Fiktionsbescheinigung ausgestellt werden muss, hat der Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg bekräftigt:

- VGH Baden-Württemberg, Beschluss vom 26.10.2022 - 11 S 1467/22, <https://t1p.de/pv5yq> (S. 19 und 20)

Entgegen der Rechtsauffassung des Bundesinnenministeriums (Schreiben vom 5. September 2022, S. 17; <https://t1p.de/g8fun>) erteilen manche Ausländerbehörden jedoch mit der Fiktionsbescheinigung nicht immer auch eine Arbeitserlaubnis, so dass die Erwerbstätigkeit mit der Fiktionsbescheinigung dann nicht erlaubt ist.

Dennoch besteht auch in diesen Fällen ein Anspruch auf Leistungen nach dem SGB II. Denn eine Sonderregelung in § 74 Abs. 1 SGB II sieht vor, dass bei einer Fiktionsbescheinigung aufgrund eines Antrags auf den vorübergehenden Schutz gem. § 24 AufenthG die ausländerrechtliche Erwerbsfähigkeit und auch der *"gewöhnliche Aufenthalt"* keine Voraussetzung für den Leistungsanspruch sind:

"Abweichend von § 7 Absatz 1 Satz 2 Nummer 1 und 2 erhalten Leistungen nach diesem Buch auch Personen, die gemäß § 49 des Aufenthaltsgesetzes erkennungsdienstlich behandelt worden sind, eine Aufenthaltserlaubnis nach § 24 Absatz 1 des Aufenthaltsgesetzes beantragt haben und denen eine entsprechende Fiktionsbescheinigung nach § 81 Absatz 5 in Verbindung mit Absatz 3 des Aufenthaltsgesetzes ausgestellt worden ist. § 7 Absatz 1 Satz 1 Nummer 4 und § 8 Absatz 2 sind nicht anzuwenden."

Auch in diesem Fall ist also die Ablehnung durch das Jobcenter rechtswidrig.

Der Leistungsanspruch kann auch der Fachlichen Weisung der BA vom 23. Mai 2022 zur „Bearbeitung von Fällen mit Aufenthaltstitel nach § 24 AufenthG oder entsprechender Fiktionsbescheinigung“ (<https://t1p.de/8pzco>) entnommen werden (S.15). Die BA weist in der Weisung zudem auf die Tatsache hin, dass Personen auch dann leistungsberechtigt sind, wenn sie ggf. im weiteren Verfahren keine Aufenthaltserlaubnis nach § 24 AufenthG bekommen. Die Leistungsgewährung darf also nicht von den Erfolgsaussichten auf eine Aufenthaltserlaubnis nach § 24 AufenthG abhängig gemacht werden.

3. Vorübergehender Schutz ist beantragt, aber keine Fiktionsbescheinigung ausgestellt

Und schließlich gibt es Fälle, in denen nach einem Antrag auf den vorübergehenden Schutz gem. § 24 AufenthG (rechtswidrig) gar keine Fiktionsbescheinigung ausgestellt wird. In diesem Fall ist ebenfalls keine ausländerrechtliche Erwerbsfähigkeit gegeben, obwohl aufgrund des Antrags auf eine

Aufenthaltserlaubnis nach § 24 AufenthG der rechtmäßige Aufenthalt fortbesteht. Zuständig für die Sicherung des Lebensunterhalts ist dann das Sozialamt, es besteht Anspruch auf Leistungen zum Lebensunterhalt nach dem SGB XII.

- LSG Hessen, Beschluss vom 29. Juli 2022, L 4 SO 124/22 B ER, <https://t1p.de/qjje1>

4. Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis ist abgelehnt

Wenn die Ausländerbehörde bereits eine ablehnende Entscheidung über eine Aufenthaltserlaubnis gefällt hat (im Rahmen eines Verwaltungsakts, also Bescheids), endet die Fiktionswirkung, die sich aus der Antragstellung ergab. Die Person wird dadurch ausreisepflichtig. In diesem Fall besteht kein Anspruch auf Leistungen nach SGB II, sondern auf Leistungen nach AsylbLG (§ 1 Abs. 1 Nr. 4 bzw. Nr. 5). Wenn die Person bereits seit 18 Monaten in Deutschland gelebt hat, müssen die AsylbLG-Leistungen allerdings entsprechend § 2 AsylbLG in Form und Höhe dem SGB XII entsprechen.

5. Wichtig für alle Konstellationen ist:

Es ist rechtlich unzulässig, Menschen trotz Hilfebedürftigkeit von jeglichen existenzsichernden Sozialleistungen auszuschließen. Eines der Leistungssysteme (SGB II, SGB XII oder AsylbLG) greift grundsätzlich immer. Es ist in erster Linie Aufgabe der Behörden und nicht der Betroffenen, das zuständige Leistungssystem herauszufinden.

Es gehört nämlich zu den Prinzipien des Sozialrechts, dass ein Antrag auf eine Sozialleistung auch dann als gestellt gilt, wenn er bei der unzuständigen Behörde eingegangen ist. Diese muss ihn dann von sich aus an die zuständige Behörde weiterleiten (§ 16 SGB I). Die zuerst angesprochene Behörde muss in Vorleistung gehen, bis geklärt ist, welcher Träger tatsächlich zuständig ist und dies beantragt wurde (§ 43 SGB I). Bei unklarer Zuständigkeit empfiehlt es sich unabhängig davon, bei allen denkbaren Trägern Leistungen zu beantragen und dies gegenüber den jeweiligen Trägern auch transparent zu machen.

Wenn das Jobcenter bzw. Sozialamt die Leistungen einstellt, sollte dagegen Widerspruch eingelegt werden. Zusätzlich sollte ein Antrag auf einstweiligen Rechtsschutz beim Sozialgericht (Eilantrag nach § 86b SGG) gestellt werden, damit das Sozialgericht das Jobcenter verpflichtet, vorläufig – also bis zur Entscheidung über den Widerspruch oder die Klage – weiterhin Leistungen zu erbringen. Dabei sollten sowohl die inhaltlichen Gründe vorgetragen werden, warum man sich im Recht fühlt (siehe oben), als auch dargelegt werden, warum es aufgrund einer Notlage dringend ist.

Parallel sollte versucht werden bei der zuständigen Ausländerbehörde die Ausstellung einer Fiktionsbescheinigung zu bewirken. Denn die Nicht-Ausstellung einer Fiktionsbescheinigung ist rechtswidrig. Bei Antragstellung auf eine Aufenthaltserlaubnis während eines rechtmäßigen Aufenthalts gilt der Aufenthalt bis

zur Entscheidung über den Aufenthaltstitel als erlaubt, und es besteht nach § 81 Abs. 5 AufenthG Anspruch auf Ausstellung einer entsprechenden Fiktionsbescheinigung. Falls einzelne Ausländerbehörden keine Fiktionsbescheinigungen erteilen, empfiehlt es sich, diese mit kurzer Fristsetzung zur Ausstellung einer Fiktionsbescheinigung aufzufordern und falls die Frist verstreichen sollte, einen Eilantrag nach §123 VwGO beim zuständigen Verwaltungsgericht auf Erstellung und Aushändigung einer Fiktionsbescheinigung zu stellen.