

B 14 AS 35/15 R

Land
Bundesrepublik Deutschland
Sozialgericht
Bundessozialgericht
Sachgebiet
Grundsicherung für Arbeitsuchende
Abteilung

14
1. Instanz
SG Köln (NRW)
Aktenzeichen
S 24 AS 1392/13

Datum
19.08.2014
2. Instanz
LSG Nordrhein-Westfalen
Aktenzeichen
L 19 AS 1923/14

Datum
01.06.2015
3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen
B 14 AS 35/15 R
Datum
20.01.2016

Kategorie
Urteil
Leitsätze

Nur ein Aufenthaltsrecht nach dem "Gesetz über den Aufenthalt, die Erwerbstätigkeit und die Integration von Ausländern im Bundesgebiet", das eine längerfristige Bleibeperspektive vermittelt, rechtfertigt eine Ausnahme vom Leistungsausschluss im Sozialgesetzbuch Zweites Buch für Ausländer aus Mitgliedstaaten der Europäischen Union.

Auf die Revision des Beklagten werden die Urteile des Landessozialgerichts Nordrhein-Westfalen vom 1. Juni 2015 und des Sozialgerichts Köln vom 19. August 2014 aufgehoben sowie die Klagen gegen den Beklagten abgewiesen. Die Beigeladene wird verurteilt, über die Ansprüche der Klägerin zu 1 vom 15. Februar 2013 bis zum 14. Mai 2013 und der Kläger zu 2 und 3 vom 9. März 2013 bis zum 14. Mai 2013 auf Leistungen nach dem SGB XII unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts zu entscheiden sowie ihnen vom 15. Mai 2013 bis zum 30. September 2014 Leistungen nach dem SGB XII zu gewähren. Die Beigeladene hat den Klägern die außergerichtlichen Kosten des Rechtsstreits für alle Instanzen zu erstatten. Ansonsten haben die Beteiligten einander keine Kosten zu erstatten.

Gründe:

I

1

Im Streit sind existenzsichernde Leistungen für Unionsbürger vom 15.2.2013 bis zum 30.9.2014.

2

Die Kläger sind bulgarische Staatsangehörige. Die 1989 geborene Klägerin zu 1 reiste am 15.11.2012 in die Bundesrepublik Deutschland ein. Sie hatte in Bulgarien vier Jahre die Schule besucht und ein halbes Jahr als Putzfrau gearbeitet. Sie verfügte bei ihrer Einreise über keine deutschen Sprachkenntnisse. Zu diesem Zeitpunkt war sie mit den Klägern zu 2 und 3 schwanger. Bei einer Untersuchung am 4.12.2012 wurden eine Risikoschwangerschaft und ein Frühgeburtsrisiko festgestellt; errechneter Geburtstermin war der 29.3.2013. Die Klägerin zu 1 gebar am 9.3.2013 die Kläger zu 2 und 3.

3

Am 21.12.2012 stellte sie einen Leistungsantrag beim beklagten Jobcenter und gab an, sie sei wegen ihrer Schwangerschaft von ihrem Ex-Freund bedroht worden und deshalb nach Deutschland geflohen. Sie habe Schutz vor ihm suchen müssen und gehofft, Arbeit zu finden.

4

Ab 10.1.2013 war die Klägerin zu 1 und waren später auch die Kläger zu 2 und 3 ordnungsbehördlich untergebracht. Ein von der Ausländerbehörde der beigeladenen Stadt K. im April 2013 eingeleitetes Verfahren zur Feststellung des Verlusts des Aufenthalts- und Einreiserechts der Kläger wurde seit Mitte 2013 seitens der Behörde nicht weiter betrieben, nachdem die Klägerin zu 1 in diesem Verfahren ihr Schicksal geschildert hatte.

5

Den Leistungsantrag der Klägerin zu 1 vom 21.12.2012 lehnte der Beklagte unter Hinweis auf [§ 7 Abs 1 Satz 2 Nr 1](#) und 2 SGB II ab (Bescheid vom 14.2.2013; Widerspruchsbescheid vom 13.3.2013). Am 6.8.2013 stellte die Klägerin zu 1 für sich und die Kläger zu 2 und 3 einen Weiterbewilligungsantrag, den der Beklagte unter Hinweis auf [§ 7 Abs 1 Satz 2 Nr 2 SGB II](#) ablehnte (Bescheid vom 15.8.2013; Widerspruchsbescheid vom 24.10.2013).

6

Aufgrund von stattgebenden Entscheidungen in Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes vor dem SG Köln zahlte der Beklagte der Klägerin zu 1 vom 21.2.2013 und später auch den Klägern zu 2 und 3 bis 21.8.2013 und ab 16.9.2013 ("längstens bis zum Abschluss des Rechtsstreits [S 24 AS 1392/13](#)") vorläufig Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach dem SGB II. Die gegen die Ablehnungen erhobenen Klagen vor dem SG ([S 24 AS 1392/13](#) und [S 24 AS 4485/13](#)) verband dieses zur gemeinsamen Verhandlung und Entscheidung und verurteilte den Beklagten unter Aufhebung der angefochtenen Bescheide, der Klägerin zu 1 "Leistungen" ab 21.1.2013 und den Klägern zu 2 und 3 ab 9.3.2013 "nach Maßgabe der gesetzlichen Bestimmungen zu zahlen" (Urteil vom 19.8.2014). Zur Begründung ist im Wesentlichen ausgeführt, dass der Leistungsausschluss nach [§ 7 Abs 1 Satz 2 Nr 2 SGB II](#) nicht anzuwenden sei, da dieser gegen höherrangiges europäisches Recht verstoße.

7

Am 27.10.2014 stellten die Kläger einen Weiterbewilligungsantrag, den der Beklagte ablehnte (Bescheid vom 7.11.2014; Widerspruchsbescheid vom 3.2.2015). Hiergegen ist Klage vor dem SG erhoben ([S 19 AS 597/15](#)).

8

Gegen seine Verurteilung durch das SG legte der Beklagte Berufung beim LSG Nordrhein-Westfalen ein. Im Berufungsverfahren lud das LSG die Stadt K. nach [§ 75 Abs 2 Alt 2 SGG](#) bei, weil sie bei Ablehnung des Anspruchs als Träger der Sozialhilfe nach dem SGB XII als leistungspflichtig in Betracht komme. Die Berufung des Beklagten wies das LSG zurück (Urteil vom 1.6.2015), nachdem die Klägerin zu 1 ihr Leistungsbegehren auf die Zeit ab 15.2.2013 und das Leistungsbegehren aller Kläger auf die Zeit bis 30.9.2014 beschränkt und die weitergehende Klage zurückgenommen hatte. Zur Begründung ist im Wesentlichen ausgeführt: Die Klägerin zu 1 erfülle im streitigen Zeitraum die Leistungsvoraussetzungen nach [§ 7 Abs 1 Satz 1 SGB II](#) und sei nicht nach [§ 7 Abs 1 Satz 2 Nr 1 oder 2 SGB II](#) von Leistungen ausgeschlossen. Der Leistungsausschluss nach [§ 7 Abs 1 Satz 2 Nr 1 SGB II](#) greife nicht ein, weil die Klägerin zu 1 am 15.11.2012 eingereist und der Dreimonatszeitraum des [§ 7 Abs 1 Satz 2 Nr 1 SGB II](#) zu Beginn des streitigen Zeitraums am 15.2.2013 bereits abgelaufen gewesen sei. Der Leistungsausschluss nach [§ 7 Abs 1 Satz 2 Nr 2 SGB II](#) greife nicht ein, denn die Klägerin zu 1 habe im streitigen Zeitraum kein Aufenthaltsrecht zur Arbeitsuche innegehabt, weil ihre Arbeitsuche objektiv ohne begründete Aussicht auf Erfolg gewesen sei. Ihr hätten auch keine anderen Aufenthaltsrechte zugestanden. Auch die Kläger zu 2 und 3 hätten nicht über ein Aufenthaltsrecht verfügt. Auf Unionsbürger ohne materielles Aufenthaltsrecht finde der Leistungsausschluss des [§ 7 Abs 1 Satz 2 Nr 2 SGB II](#) keine Anwendung. Der Klägerin zu 1 stehe deshalb Alg II und den Klägern zu 2 und 3 Sozialgeld zu, denn sie hätten mit der Klägerin zu 1 als einer erwerbsfähigen Leistungsberechtigten in Bedarfsgemeinschaft nach [§ 7 Abs 3 SGB II](#) gelebt.

9

Mit seiner vom LSG zugelassenen Revision rügt der Beklagte eine Verletzung von [§ 7 Abs 1 Satz 2 SGB II](#), weil die Klägerin zu 1 ein Aufenthaltsrecht allein aus dem Zweck der Arbeitsuche herleiten könne. Der Ausschluss von Leistungen nach dem SGB II erfasse zudem europarechtskonform auch EU-Ausländer, die wirtschaftlich inaktiv seien, ohne über ausreichende Existenzmittel und einen Krankenversicherungsschutz zu verfügen.

10

Der Beklagte beantragt, die Urteile des Landessozialgerichts Nordrhein-Westfalen vom 1. Juni 2015 und des Sozialgerichts Köln vom 19. August 2014 aufzuheben und die Klagen abzuweisen.

11

Die Kläger beantragen, die Revision zurückzuweisen, hilfsweise, die Beigeladene zu verurteilen, der Klägerin zu 1 vom 15. Februar 2013 bis zum 30. September 2014 und den Klägern zu 2 und 3 vom 9. März 2013 bis zum 30. September 2014 Leistungen nach dem SGB XII zu gewähren.

12

Sie tragen ua vor, der Aufenthalt der Klägerin zu 1 sei auch humanitär bedingt, sodass [§ 7 Abs 1 Satz 2 SGB II](#) keine Anwendung finde.

13

Die Beigeladene stellt keinen Antrag.

II

14

Die zulässige Revision des Beklagten ist begründet. Die Urteile des LSG und des SG sind aufzuheben und die Klagen gegen den Beklagten abzuweisen, weil dieser zu Recht einen Anspruch der Kläger auf Leistungen nach dem SGB II abgelehnt hat. Jedoch sind die Klagen nicht insgesamt abzuweisen, sondern es ist als anderer leistungspflichtiger Träger nach [§ 75 Abs 2 Alt 2, Abs 5 SGG](#) die Beigeladene als

Sozialhilfeträger zu verurteilen, den Klägern im streitigen Zeitraum Leistungen nach dem SGB XII zu gewähren.

15

1. Streitgegenstand des Revisionsverfahrens ist die Aufhebung der Urteile des LSG und des SG, durch die der Beklagte zur Zahlung von Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach dem SGB II an die Kläger verurteilt worden ist, und damit letztlich das Begehren des Beklagten, die Klagen abzuweisen. Streitig ist nach den entsprechenden Erklärungen der Kläger vor dem LSG nur noch der Zeitraum für die Klägerin zu 1 vom 15.2.2013 und für die Kläger zu 2 und 3 ab Geburt vom 9.3.2013 bis jeweils zum 30.9.2014.

16

2. Zutreffende Klageart ist die kombinierte Anfechtungs- und Leistungsklage ([§ 54 Abs 1 Satz 1, Abs 4 SGG](#)). Als solche zulässig sind auch die Klagen der Kläger zu 2 und 3 gegen den Bescheid des Beklagten vom 14.2.2013 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 13.3.2013 für den Zeitraum vom 9.3.2013 bis 31.7.2013. Dem steht nicht entgegen, dass beide in diesem Bescheid keine Erwähnung gefunden haben. Denn der Leistungsantrag der Klägerin zu 1 vom 21.12.2012 erfasste aufgrund von [§ 38 Abs 1 Satz 1 SGB II](#) auch die Kläger zu 2 und 3 ab ihrer Geburt am 9.3.2013. Damit sind sie ebenfalls Adressaten der Leistungsablehnung durch den Bescheid vom 14.2.2013 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 13.3.2013.

17

Zulässig ist auch der im Revisionsverfahren gestellte Hilfsantrag auf Verurteilung der Beigeladenen (vgl BSG Urteil vom 3.12.2015 - [B 4 AS 44/15 R](#) - zur Veröffentlichung vorgesehen in BSGE und SozR 4-4200 § 7 Nr 43, RdNr 13). Weder diesem Antrag noch dem mit dem Hauptantrag weiterverfolgten Leistungsantrag gegen den Beklagten steht entgegen, dass die Kläger für Teilzeiträume des streitigen Zeitraums bereits aufgrund stattgebender Entscheidungen in Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes vorläufige Leistungen erhalten haben (vgl BSG, aaO, RdNr 14).

18

3. Die Kläger haben im streitigen Zeitraum keinen Anspruch gegen den Beklagten auf Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach dem SGB II. Die Klägerin zu 1 erfüllt zwar die Leistungsvoraussetzungen des [§ 7 Abs 1 Satz 1 SGB II](#) (dazu 4.), unterliegt jedoch dem Leistungsausschluss nach [§ 7 Abs 1 Satz 2 SGB II](#), der die EU-Ausländer umfasst, die weder über eine materielle Freizügigkeitsberechtigung noch ein Aufenthaltsrecht verfügen (dazu 5.), was bei der Klägerin zu 1 der Fall ist, trotz eines in Betracht kommenden Aufenthaltsrechts aus humanitären Gründen (dazu 6.). Diesem Leistungsausschluss stehen nicht das Europäische Fürsorgeabkommen (EFA) (dazu 7.), das Recht der Europäischen Union (EU) (dazu 8.) oder das GG (dazu 9.) entgegen.

19

Doch sind den Klägern von der Beigeladenen Leistungen nach dem SGB XII zu gewähren. Der Anwendbarkeit des SGB XII auf die Klägerin zu 1 steht [§ 21 Satz 1 SGB XII](#) nicht entgegen (dazu 10.). Die Beigeladene muss sich die Kenntnis des Beklagten vom Existenzsicherungsbedarf der Klägerin zu 1 zurechnen lassen (dazu 11.). Zwar unterliegt die Klägerin zu 1 dem Leistungsausschluss nach [§ 23 Abs 3 Satz 1 SGB XII](#) und ist dieser mit dem EFA und dem EU-Recht vereinbar (dazu 12.), doch schließt dies nicht Ermessensleistungen nach [§ 23 Abs 1 Satz 3 SGB XII](#) aus (dazu 13.). Ab 15.5.2013 kann die Klägerin zu 1 aufgrund einer Ermessensreduzierung auf null Leistungen nach dem SGB XII beanspruchen (dazu 14.). Für die Kläger zu 2 und 3 gilt im Ergebnis nichts anderes (dazu 15. und 16.).

20

4. Die Leistungsvoraussetzungen des [§ 7 Abs 1 Satz 1 SGB II](#) erfüllte die 1989 geborene Klägerin zu 1 in der streitigen Zeit vom 15.2.2013 bis zum 30.9.2014 nach den Feststellungen des LSG ([§ 163 SGG](#)).

21

Sie war trotz ihrer Schwanger- und Mutterschaft erwerbsfähig nach [§ 8 Abs 1 SGB II](#) und die fehlende deutsche Staatsangehörigkeit stand ihrer Erwerbsfähigkeit nach [§ 8 Abs 2 SGB II](#) nicht entgegen, weil für sie als bulgarische Staatsangehörige die Möglichkeit, dass eine Beschäftigung erlaubt werden könnte, bestand und ausreicht (vgl BSG Urteil vom 30.1.2013 - [B 4 AS 54/12 R](#) - [BSGE 113, 60](#) = SozR 4-4200 § 7 Nr 34, RdNr 13 ff). Die Klägerin zu 1 war auch hilfebedürftig nach [§§ 9, 11](#) ff SGB II, weil sie selbst nicht über zur Bedarfsdeckung ausreichendes zu berücksichtigendes Einkommen oder Vermögen verfügte und mit niemandem außer ihren Kindern, den Klägern zu 2 und 3, eine Bedarfsgemeinschaft bildete. Die vom LSG festgestellten Einnahmen der Klägerin zu 1 einschließlich des Elterngeldes ließen, insbesondere wegen der Höhe der festgestellten Bedarfe für Unterkunft und Heizung, ihre Hilfebedürftigkeit nicht entfallen. Die am 15.11.2012 in Deutschland eingereiste Klägerin zu 1 hatte hier auf der Grundlage der Feststellungen des LSG im streitigen Zeitraum ihren gewöhnlichen Aufenthalt ([§ 30 Abs 3 Satz 1 SGB II](#)).

22

5. Der Leistungsausschluss nach [§ 7 Abs 1 Satz 2 SGB II](#) ist auf die Klägerin zu 1 anzuwenden, weil diese sich weder auf eine Freizügigkeitsberechtigung nach dem FreizügG/EU, die nicht von diesem Leistungsausschluss umfasst ist, noch auf ein Aufenthaltsrecht nach dem AufenthG berufen kann, das eine Ausnahme von dem Leistungsausschluss zu rechtfertigen vermag.

23

Nach [§ 7 Abs 1 Satz 2 SGB II](#) sind "ausgenommen" - also keine leistungsberechtigten Personen iS des [§ 7 Abs 1 Satz 1 SGB II](#) und ohne Leistungsberechtigung nach dem SGB II - nach Nr 1 Ausländerinnen und Ausländer, die in Deutschland keine Arbeitnehmerinnen,

Arbeitnehmer oder Selbstständige sind oder nicht nach § 2 Abs 3 FreizügG/EU freizügigkeitsberechtigt sind, und ihre Familienangehörigen in den ersten drei Monaten ihres Aufenthalts, nach Nr 2 Ausländerinnen und Ausländer, deren Aufenthaltsrecht sich allein aus dem Zweck der Arbeitsuche ergibt, und ihre Familienangehörigen sowie nach Nr 3 Leistungsberechtigte nach dem AsylbLG, wobei diese letzte Variante bei der Klägerin zu 1 von vornherein ausscheidet.

24

Über diese wortwörtlich geregelten Fälle hinaus umfasst der Leistungsausschluss nach [§ 7 Abs 1 Satz 2 SGB II](#) erst recht die Staatsangehörigen anderer Mitgliedstaaten der EU, die keine deutsche Staatsangehörigkeit besitzen (EU-Ausländer) und nicht über eine materielle Freizügigkeitsberechtigung nach dem FreizügG/EU oder ein Aufenthaltsrecht nach dem AufenthG verfügen. Der erkennende 14. Senat schließt sich dem 4. Senat an, der dies unter Bezugnahme auf die Entstehungsgeschichte des Leistungsausschlusses, seine systematischen Zusammenhänge sowie den Sinn und Zweck der Vorschrift begründet hat (BSG Urteil vom 3.12.2015 - [B 4 AS 44/15 R](#) - zur Veröffentlichung vorgesehen in BSGE und SozR 4-4200 § 7 Nr 43, RdNr 19 ff; so bereits Urteile des Senats vom 16.12.2015 - [B 14 AS 15/14 R](#) - zur Veröffentlichung vorgesehen in SozR, [B 14 AS 18/14 R](#) und [B 14 AS 33/14 R](#)). Es kann dem Gesetzgeber nicht unterstellt werden, dass einerseits EU-Ausländer, die zB über eine materielle Freizügigkeitsberechtigung zur Arbeitsuche verfügen, von Leistungen nach dem SGB II, die auch der Integration in den Arbeitsmarkt dienen sollen, ausgeschlossen sind, andererseits aber EU-Ausländern, die ohne Bereitschaft zu arbeiten oder ohne Aussicht auf Arbeit, also ohne materielle Freizügigkeitsberechtigung, und ohne ausreichende eigene finanzielle Mittel sich in Deutschland aufhalten, Leistungen nach dem SGB II zu erbringen sind.

25

Von den materiellen Freizügigkeitsberechtigungen nach dem FreizügG/EU zu unterscheiden ist die generelle Freizügigkeitsvermutung für EU-Ausländer, für deren rechtmäßige Einreise nach Deutschland ein gültiger Pass genügt (§ 2 Abs 5 FreizügG/EU). Aufgrund dieser generellen Freizügigkeitsvermutung muss der Aufenthalt eines EU-Ausländers zumindest solange als rechtmäßig angesehen werden, bis die zuständige Ausländerbehörde das Nichtbestehen des Freizügigkeitsrechts aufgrund von § 5 Abs 4 FreizügG/EU bzw der Missbrauchstatbestände in § 2 Abs 7 FreizügG/EU festgestellt und damit nach § 7 Abs 1 FreizügG/EU die sofortige Ausreisepflicht begründet hat (BSG Urteil vom 3.12.2015 - [B 4 AS 44/15 R](#) - zur Veröffentlichung vorgesehen in BSGE und SozR 4-4200 § 7 Nr 43, RdNr 34 mwN).

26

6. Auf eine materielle Freizügigkeitsberechtigung nach dem FreizügG/EU, die nicht von diesem Leistungsausschluss umfasst ist, oder ein Aufenthaltsrecht nach dem AufenthG, das eine Ausnahme von dem Leistungsausschluss zu rechtfertigen vermag, kann sich die Klägerin zu 1 im streitigen Zeitraum nicht berufen.

27

a) Eine Freizügigkeitsberechtigung als Arbeitnehmerin oder als Selbstständige nach § 2 Abs 2 Nr 1 oder 2 FreizügG/EU scheidet mangels dahin gehender Aktivitäten der Klägerin zu 1 aus. Das Gleiche gilt für eine nachwirkende Freizügigkeitsberechtigung als Arbeitnehmerin oder selbstständige Erwerbstätige nach § 2 Abs 3 FreizügG/EU. Die Voraussetzungen für eine Freizügigkeitsberechtigung nach § 2 Abs 2 FreizügG/EU nach der Nr 3 oder 4 (Erbringer oder Empfänger von Dienstleistungen) sowie Nr 7 (Inhaber eines Daueraufenthaltsrechts) oder als Familienangehörige nach § 2 Abs 2 Nr 6, § 3 FreizügG/EU sind den Feststellungen des LSG nicht zu entnehmen. Aufgrund ihrer Hilfebedürftigkeit iS des [§ 7 Abs 1 Satz 1 Nr 3 SGB II](#) scheidet auch eine Freizügigkeitsberechtigung der Klägerin zu 1 als nicht Erwerbstätige nach § 2 Abs 2 Nr 5, § 4 FreizügG/EU aus.

28

b) Ein Aufenthaltsrecht der Klägerin zu 1 nach dem AufenthG, insbesondere vermittelt der Günstigkeitsregelung in § 11 Abs 1 Satz 11 FreizügG/EU, das eine Ausnahme vom Leistungsausschluss nach [§ 7 Abs 1 Satz 2 SGB II](#) zu rechtfertigen vermag, ist aufgrund der Feststellungen des LSG nicht ersichtlich.

29

Denn vorliegend kommt allenfalls ein vorübergehendes Aufenthaltsrecht aufgrund einer Aufenthaltserlaubnis aus dringenden humanitären oder persönlichen Gründen nach [§ 25 Abs 4 AufenthG](#) wegen der Risikoschwangerschaft der Klägerin zu 1 bei ihrer Einreise nach Deutschland und der Geburt ihrer Kinder hier in Betracht, nicht aber ein Aufenthaltsrecht mit längerfristiger Bleibeperspektive, wie es sich zB aus den aufenthaltsrechtlichen Vorwirkungen einer bevorstehenden Familiengründung ergeben kann (vgl BSG Urteil vom 30.1.2013 - [B 4 AS 54/12 R](#) - BSGE 113, 60 = SozR 4-4200 § 7 Nr 34; vgl auch BSG Urteil vom 16.12.2015 - [B 14 AS 15/14 R](#) - zur Veröffentlichung vorgesehen in SozR, RdNr 30 ff). Nur ein Aufenthaltsrecht, das eine längerfristige Bleibeperspektive vermittelt und das deshalb auch einer Eingliederung in den Arbeitsmarkt nicht entgegensteht, ist geeignet als Ausnahme zu [§ 7 Abs 1 Satz 2 SGB II](#) den Zugang zu Leistungen nach dem SGB II zu eröffnen. Ohne längerfristige Bleibeperspektive ist die Eröffnung des Zugangs zu diesen Leistungen einschließlich denen zur Eingliederung in Arbeit nicht sachgerecht. Die hier allenfalls in Betracht kommende Erteilung und ggf Verlängerung einer Aufenthaltserlaubnis nach [§ 25 Abs 4 Satz 1 und 2 AufenthG](#) mag mit einem erlaubten, aber nur vorübergehenden Aufenthalt zwar eine Antwort des Aufenthaltsrechts auf eine Krisensituation der Klägerin zu 1 bieten, lässt die Anwendung des Leistungsausschlusses nach [§ 7 Abs 1 Satz 2 SGB II](#) auf sie nach dessen Sinn und Zweck indes unberührt.

30

7. Das Gleichbehandlungsgebot des Art 1 EFA steht diesem Leistungsausschluss der Klägerin zu 1 nach [§ 7 Abs 1 Satz 2 SGB II](#) nicht entgegen. Denn das EFA ist weder nach seinem sachlichen (zur Nichtanwendbarkeit des EFA im Rahmen des SGB II aufgrund des von Deutschland erklärten Vorbehalts BSG Urteil vom 3.12.2015 - [B 4 AS 43/15 R](#) - zur Veröffentlichung vorgesehen in BSGE und SozR, RdNr 18 ff) noch nach seinem persönlichen Anwendungsbereich einschlägig, weil die Klägerin zu 1 bulgarische Staatsangehörige und Bulgarien kein

Unterzeichnerstaat dieses Abkommens ist.

31

8. Mit EU-Recht ist dieser Leistungsausschluss der Klägerin zu 1 nach [§ 7 Abs 1 Satz 2 SGB II](#) vereinbar, wie sich aus den Entscheidungen des EuGH vom 11.11.2014 ([C-333/13](#) - Dano, [NJW 2015, 145](#)) und vom 15.9.2015 ([C-67/14](#) - Alimanovic, SGB 2015, 638) ergibt. Auch wenn Alg II und Sozialgeld nach dem SGB II als besondere beitragsunabhängige Geldleistungen iS des Art 70 VO (EG) Nr 883/2004 und als "Sozialhilfe" iS des Art 24 Abs 2 RL 2004/38/EG eingeordnet werden, stehen Art 24 Abs 1 iVm Art 7 Abs 1 Buchst b RL 2004/38/EG und Art 4 VO (EG) Nr 883/2004 der Regelung eines Mitgliedstaats nicht entgegen, nach der Staatsangehörige anderer Mitgliedstaaten (einschließlich ihrer Familienangehörigen) vom Bezug dieser Leistungen ausgeschlossen werden, sofern diesen Staatsangehörigen im Aufnahmemitgliedstaat kein Aufenthaltsrecht nach der RL 2004/38/EG zusteht (EuGH Urteil vom 11.11.2014, [aaO](#), RdNr 84). Gleiches gilt für Staatsangehörige anderer Mitgliedstaaten (einschließlich ihrer Familienangehörigen), die nach Deutschland eingereist sind, um Arbeit zu suchen, wenn sie nicht Arbeitnehmer oder Selbstständige sind oder ihnen dieser Status erhalten geblieben ist (EuGH Urteil vom 15.9.2015, [aaO](#), RdNr 63).

32

9. Verfassungsrechtliche Bedenken stehen diesem Leistungsausschluss der Klägerin zu 1 nach [§ 7 Abs 1 Satz 2 SGB II](#) nicht entgegen. Der Leistungsausschluss ist insbesondere schon deshalb mit dem Grundrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums aus [Art 1 Abs 1 GG](#) iVm dem Sozialstaatsprinzip des [Art 20 Abs 1 GG](#) vereinbar, weil der Klägerin zu 1 existenzsichernde Leistungen durch die Beigeladene nach [§ 23 Abs 1 Satz 3 SGB XII](#) zu gewähren sind.

33

10. Die Leistungsvoraussetzungen der Hilfe zum Lebensunterhalt nach [§ 19 Abs 1](#), [§ 27 Abs 1 SGB XII](#) erfüllte die Klägerin zu 1 nach den Feststellungen des LSG zu den Voraussetzungen des [§ 7 Abs 1 Satz 1 SGB II](#). Hinsichtlich der nach [§ 18 Abs 1 SGB XII](#) erforderlichen Kenntnis des beigeladenen Sozialhilfeträgers ist auf die Kenntnis des beklagten Jobcenters zu verweisen (BSG Urteil vom 3.12.2015 - [B 4 AS 44/15 R](#) - zur Veröffentlichung vorgesehen in BSGE und SozR 4-4200 § 7 Nr 43, RdNr 39 mwN).

34

11. Der Anwendbarkeit des SGB XII auf die Klägerin zu 1 steht [§ 21 Satz 1 SGB XII](#) nicht entgegen.

35

Die Klägerin zu 1 war danach nicht von Leistungen für den Lebensunterhalt ausgeschlossen, weil die "Systemabgrenzung" zwischen SGB II und SGB XII nicht auf das schlichte Kriterium der Erwerbsfähigkeit reduziert werden kann, sondern differenzierter ist (BSG Urteil vom 3.12.2015 - [B 4 AS 44/15 R](#) - zur Veröffentlichung vorgesehen in BSGE und SozR 4-4200 § 7 Nr 43, RdNr 40 ff; BSG Urteil vom 16.12.2015 - [B 14 AS 15/14 R](#) - zur Veröffentlichung vorgesehen in SozR, RdNr 38; jeweils mwN). Im Sinne der mit [§ 5 Abs 2 Satz 1 SGB II](#) korrespondierenden Abgrenzungsregelung des [§ 21 Satz 1 SGB XII](#) sind nach dem SGB II "als Erwerbsfähige oder als Angehörige dem Grunde nach leistungsberechtigt" grundsätzlich die Personen nicht, die auch bei Erfüllung der Leistungsvoraussetzungen des SGB II von Leistungen nach dem SGB II ausgeschlossen sind. Diese Personen können Leistungen für den Lebensunterhalt nach dem SGB XII erhalten, wenn sie nicht auch durch das SGB XII von Leistungen ausgeschlossen sind (wie zB durch [§ 22 SGB XII](#), der [§ 7 Abs 5](#) und 6 SGB II entspricht, oder durch [§ 23 Abs 2 SGB XII](#), der [§ 7 Abs 1 Satz 2 Nr 3 SGB II](#) entspricht).

36

Dagegen spricht nicht, dass in den Gesetzesmaterialien abweichende Regelungsvorstellungen zum Ausdruck gelangt sind. Denn soweit [§ 21 SGB XII](#) ausweislich der Materialien durch die Anknüpfung an die Eigenschaft als Erwerbsfähige oder deren Angehörige nach dem SGB II eine eindeutige Abgrenzung leisten sollte (Begründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Einordnung des Sozialhilferechts in das Sozialgesetzbuch vom 5.9.2003, [BT-Drucks 15/1514 S 57](#)), ist diese allein auf das Kriterium der Erwerbsfähigkeit abstellende Abgrenzung der existenzsichernden Leistungssysteme in den gesetzlichen Abgrenzungsregelungen des SGB II und des SGB XII so nicht verwirklicht worden. Zudem sind diese seit ihrem Inkrafttreten am 1.1.2005 bereits mehrfach geändert worden.

37

12. Die Klägerin zu 1 unterliegt indes dem Leistungsausschluss nach [§ 23 Abs 3 Satz 1 SGB XII](#). Danach haben Ausländer, die eingereist sind, um Sozialhilfe zu erlangen, oder deren Aufenthaltsrecht sich allein aus dem Zweck der Arbeitsuche ergibt, sowie ihre Familienangehörigen keinen Anspruch auf Sozialhilfe.

38

a) Zwar ist die Klägerin zu 1 nach dem Gesamtzusammenhang der Feststellungen des LSG nicht eingereist, um iS des [§ 23 Abs 3 Satz 1 Alt 1 SGB XII](#) Sozialhilfe zu erlangen. Hierfür wäre Voraussetzung, dass der Zweck, Sozialhilfe zu erlangen, den Einreiseentschluss geprägt hat (BSG Urteil vom 3.12.2015 - [B 4 AS 44/15 R](#) - zur Veröffentlichung vorgesehen in BSGE und SozR 4-4200 § 7 Nr 43, RdNr 45 mwN). Ein solcher finaler Zusammenhang ist hier nicht gegeben, denn die Klägerin zu 1 ist eingereist zu ihrem und zum Schutz ihrer ungeborenen Kinder vor ihrem Ex-Freund. Doch sind ebenso wie nach [§ 7 Abs 1 Satz 2 SGB II](#) nach [§ 23 Abs 3 Satz 1 Alt 2 SGB XII](#) EU-Ausländer, die weder über eine Freizügigkeitsberechtigung nach dem FreizügG/EU, die nicht von diesem Leistungsausschluss umfasst ist, noch ein Aufenthaltsrecht nach dem AufenthG verfügen, vom Anspruch auf Sozialhilfe ausgeschlossen (BSG, [aaO](#), RdNr 48 ff).

39

b) Das Gleichbehandlungsgebot des Art 1 EFA steht diesem Leistungsausschluss der Klägerin zu 1 nicht entgegen (zur Anwendbarkeit des EFA im Rahmen des SGB XII BSG Urteil vom 3.12.2015 - [B 4 AS 59/13 R](#) - juris RdNr 20 ff), weil die Klägerin zu 1 bulgarische Staatsangehörige und Bulgarien kein Unterzeichnerstaat dieses Abkommens ist. Durchgreifende Gründe, dieses völkerrechtliche Abkommen zwischen bestimmten Staaten, die zwar (mittlerweile) größtenteils zur EU gehören, auf die Staatsangehörigen auch anderer Mitgliedstaaten der EU auszudehnen (so wohl Eichenhofer, [SGB 2011, 458](#)), sind nicht zu erkennen (BSG Urteil vom 16.12.2015 - [B 14 AS 15/14 R](#) - zur Veröffentlichung vorgesehen in SozR, RdNr 34). Der Ausschluss vom Anspruch auf Sozialhilfe ist auch mit dem EU-Recht vereinbar; hier gilt nichts anderes wie zum Leistungsausschluss im SGB II.

40

13. Die Anwendung des Leistungsausschlusses nach [§ 23 Abs 3 Satz 1 SGB XII](#) führt indes nicht zum Ausschluss auch von Ermessensleistungen nach [§ 23 Abs 1 Satz 3 SGB XII](#).

41

[§ 23 Abs 3 Satz 1 SGB XII](#) beinhaltet, wie schon dem Wortlaut entnommen werden kann, nur einen Ausschluss von einem Anspruch auf Sozialhilfe iS des [§ 23 Abs 1 Satz 1 SGB XII](#), nicht aber von im Wege des Ermessens zu gewährenden Leistungen der Sozialhilfe, wie sie [§ 23 Abs 1 Satz 3 SGB XII](#) vorsieht (BSG Urteil vom 3.12.2015 - [B 4 AS 44/15 R](#) - zur Veröffentlichung vorgesehen in BSGE und SozR 4-4200 § 7 Nr 43, RdNr 51 f mwN, auch auf die Rspr des BVerwG zur Vorläufervorschrift in § 120 BSHG). Aufgrund dieser Ermessensregelung in [§ 23 Abs 1 Satz 3 SGB XII](#) kommen für vom Leistungsausschluss nach [§ 23 Abs 3 Satz 1 SGB XII](#) erfasste Personen auch die Leistungen nach dem SGB XII in Betracht, auf die für nicht vom Leistungsausschluss erfasste Personen ein Anspruch nach [§ 23 Abs 1 Satz 1 SGB XII](#) besteht. Dieses Verständnis des systematischen Verhältnisses von [§ 23 Abs 3 Satz 1 SGB XII](#) zu [§ 23 Abs 1 Satz 1](#) und 3 SGB XII, das den Zugang zu den Leistungen nach dem SGB XII, insbesondere der Hilfe zum Lebensunterhalt, eröffnet, ist angezeigt in einer verfassungsrechtlichen Perspektive durch das Grundrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums aus [Art 1 Abs 1 GG](#) iVm [Art 20 Abs 1 GG](#) (zu diesem grundlegend BVerfG Urteil vom 9.2.2010 - [1 BvL 1/09](#) ua - [BVerfGE 125, 175](#) = SozR 4-4200 § 20 Nr 12) bei einem tatsächlichen Aufenthalt eines Ausländers in Deutschland, gegen den ausländerbehördliche Maßnahmen nicht ergriffen werden, sondern dessen Aufenthalt faktisch geduldet wird (vgl zur Geltung des Grundrechts als Menschenrecht für ausländische Staatsangehörige, die sich in Deutschland aufhalten, BVerfG Urteil vom 18.7.2012 - [1 BvL 10/10](#) ua - [BVerfGE 132, 134](#), insbesondere RdNr 63; dort auch RdNr 92 ff zur insoweit ohnehin nur begrenzten Relevanz der Aufenthaltsdauer).

42

Auf die Möglichkeit einer Heimkehr des Ausländers in sein Herkunftsland kommt es in diesem Zusammenhang nicht an. Diese Möglichkeit ist im Hinblick auf die Ausgestaltung des genannten Grundrechts als Menschenrecht schon verfassungsrechtlich jedenfalls solange unbeachtlich, wie der tatsächliche Aufenthalt in Deutschland von den zuständigen Behörden faktisch geduldet wird. Ungeachtet dessen findet der Verweis auf eine so verstandene Selbsthilfe in dieser Lage nach dem derzeit geltenden Recht auch sozialhilferechtlich keine Grundlage. Zwar erhält Sozialhilfe nach dem Nachranggrundsatz des [§ 2 Abs 1 SGB XII](#) nicht, wer sich - vor allem durch Einsatz seiner Arbeitskraft, seines Einkommens und seines Vermögens - selbst helfen kann oder wer die erforderliche Leistung von anderen, insbesondere von Angehörigen oder von Trägern anderer Sozialleistungen, erhält. Diese Vorschrift ist jedoch nach der Rechtsprechung des Sozialhilfesenats des BSG keine eigenständige Ausschlussnorm, sondern ihr kommt regelmäßig nur im Zusammenhang mit ergänzenden bzw konkretisierenden sonstigen Vorschriften des SGB XII Bedeutung zu; ein Leistungsausschluss ohne Rückgriff auf andere Normen des SGB XII ist mithin allenfalls in extremen Ausnahmefällen denkbar, etwa wenn sich der Bedürftige generell eigenen Bemühungen verschließt und Ansprüche ohne Weiteres realisierbar sind (stRspr; vgl zuletzt BSG Urteil vom 22.3.2012 - [B 8 SO 30/10 R](#) - [BSGE 110, 301](#) = SozR 4-3500 § 54 Nr 8, RdNr 25 mwN). Für die Annahme einer solchen Ausnahmelage fehlt indes - nachdem eine ausdrückliche Rechtsgrundlage für einen Verweis auf die Rückkehr in das Heimatland nach geltendem Recht im SGB XII nicht besteht - ohne Begründung einer Ausreisepflicht des Ausländers als Ergebnis eines ausländerbehördlichen Verfahrens schon im Ansatz jeder Anhaltspunkt.

43

Auf dieser Grundlage hat die Klägerin zu 1 zunächst einen Anspruch gegen die Beigeladene auf ermessensfehlerfreie Entscheidung. Diese wird über das Leistungsbegehren der Klägerin zu 1 für die Zeit vom 15.2.2013 bis 14.5.2013 eine Ermessensentscheidung dem Grunde und der Höhe nach zu treffen haben. Bei dieser ist zu berücksichtigen, dass zum einen Ermessensgesichtspunkte dafür, Leistungen ganz abzulehnen, nicht ersichtlich sind, und zum anderen, dass neben den unmittelbar existenzsichernden Leistungen der Hilfe zum Lebensunterhalt nach [§§ 27](#) ff SGB XII auch Leistungen im Rahmen der Hilfen zur Gesundheit nach [§§ 47](#) ff SGB XII in Betracht kommen, zumal für die in dieser Zeit hochschwängere Klägerin zu 1, die am 9.3.2013 ihre beiden Kinder gebar.

44

14. Ab 15.5.2013 stehen der Klägerin zu 1 sodann nach [§ 23 Abs 1 Satz 3 SGB XII](#) aufgrund einer Ermessensreduzierung auf null Leistungen nach dem SGB XII zu.

45

Das Ermessen der Beigeladenen ist ab diesem Zeitpunkt dem Grunde und der Höhe nach auf null reduziert, weil sich der Aufenthalt der Klägerin zu 1 nach Ablauf von sechs Monaten tatsächlichem Aufenthalt in Deutschland so verfestigt hat, dass die Erbringung existenzsichernder Leistungen nur im Einzelfall nach Ermessen den verfassungsrechtlichen Anforderungen nicht mehr genügt (vgl BSG Urteil vom 3.12.2015 - [B 4 AS 44/15 R](#) - zur Veröffentlichung vorgesehen in BSGE und SozR 4-4200 § 7 Nr 43, RdNr 53 ff). Aufgrund dieser Anforderungen können EU-Ausländern nach Ablauf von sechs Monaten keine oder nur verminderte existenzsichernde Leistungen im Ermessenswege allenfalls gewährt werden, wenn sich ihr Aufenthalt trotz dieses Zeitablaufs entgegen dem Regelfall nicht verfestigt hat oder sie sich nur noch absehbar kurzzeitig in Deutschland aufhalten (vgl BSG, aaO, RdNr 58). Dies ist bei der Klägerin zu 1 nicht der Fall, nachdem die Ausländerbehörde das innerhalb der ersten sechs Monate eingeleitete Verlustfeststellungsverfahren aufgrund des Schicksals

der Klägerin zu 1 nicht weiter betrieben und ihren weiteren Aufenthalt in Deutschland faktisch geduldet hat. Doch steht die Einleitung dieses Verlustfeststellungsverfahrens zugleich der ausnahmsweisen Annahme einer Aufenthaltsverfestigung abweichend vom Regelfall bereits vor Ablauf von sechs Monaten entgegen; eine Ermessensreduzierung auf null vor dem 15.5.2013 scheidet aus.

46

Mit der Verfestigung ihres tatsächlichen, von der Ausländerbehörde faktisch geduldeten Aufenthalts stehen der Klägerin zu 1 ausgehend vom Tag ihrer Einreise am 15.11.2012 nach Ablauf von sechs Monaten ab 15.5.2013 dem Grunde und der Höhe nach die gesetzlichen existenzsichernden Leistungen nach dem SGB XII zu. Auch insoweit gilt, dass diese Leistungen neben der Hilfe zum Lebensunterhalt auch die Hilfen zur Gesundheit nach dem SGB XII umfassen.

47

15. Für die am 9.3.2013 in Deutschland geborenen Kläger zu 2 und 3 gilt im Ergebnis nichts anderes. Sie haben keinen Anspruch auf Leistungen nach dem SGB II.

48

Abgesehen von dem hier nicht einschlägigen [§ 7 Abs 2 Satz 3 SGB II](#) könnten sie einen Anspruch auf Leistungen nach dem SGB II nur über eine Bedarfsgemeinschaft nach [§ 7 Abs 3 SGB II](#) mit einer leistungsberechtigten Person haben. Die dafür vorliegend allein infrage kommende Klägerin zu 1 ist jedoch keine leistungsberechtigte Person nach dem SGB II, sondern - wie oben gezeigt - von Leistungen nach dem SGB II ausgeschlossen.

49

16. Doch sind ebenso wie für die Klägerin zu 1 auch für die Kläger zu 2 und 3 im streitigen Zeitraum Leistungen nach dem SGB XII zu gewähren. Die Leistungsvoraussetzungen der Hilfe zum Lebensunterhalt erfüllten sie nach den Feststellungen des LSG zu den Voraussetzungen des [§ 7 Abs 2 Satz 1, Abs 3 Nr 4 SGB II](#).

50

Als Familienangehörige iS des § 3 Abs 1, Abs 2 Nr 1 FreizügG/EU eines sich in Deutschland aufhaltenden EU-Ausländers unterliegen wie die Klägerin zu 1 zwar auch sie dem Leistungsausschluss nach [§ 23 Abs 3 Satz 1 Alt 2 SGB XII](#). Für die Zeit vom 9.3.2013 bis 14.5.2013 haben sie indes wie die Klägerin zu 1 als deren mit ihr in einem Haushalt lebende Kinder aufgrund von [§ 23 Abs 1 Satz 3 SGB XII](#) gegen die Beigeladene einen Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung über Leistungen nach dem SGB XII. Ab 15.5.2013 stehen sodann auch ihnen aufgrund einer Ermessensreduzierung auf null dem Grunde und der Höhe nach die Leistungen nach dem SGB XII zu. Zwar hielten sie sich zu diesem Zeitpunkt noch nicht länger als sechs Monate tatsächlich in Deutschland auf, doch kommen keine Ermessensgesichtspunkte dafür in Betracht, der Klägerin zu 1, ihrer Mutter, ab diesem Zeitpunkt Leistungen nach dem SGB XII im Wege einer Ermessensreduzierung auf null zuzuerkennen, den Klägern zu 2 und 3 aber noch nicht.

51

Die Kostenentscheidung beruht auf [§ 193 SGG](#).

Rechtskraft

Aus

Login

BRD

Saved

2016-06-23