

## **B 4 AS 7/16 R**

Land  
Bundesrepublik Deutschland  
Sozialgericht  
Bundessozialgericht  
Sachgebiet  
Grundsicherung für Arbeitsuchende  
Abteilung  
4

1. Instanz  
SG Berlin (BRB)  
Aktenzeichen  
S 115 AS 30347/08

Datum  
13.10.2011  
2. Instanz  
LSG Berlin-Brandenburg  
Aktenzeichen  
L 34 AS 2053/11

Datum  
15.10.2015  
3. Instanz  
Bundessozialgericht  
Aktenzeichen  
B 4 AS 7/16 R  
Datum  
23.02.2017

Kategorie  
Urteil

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des Landessozialgerichts Berlin-Brandenburg vom 15. Oktober 2015 aufgehoben und der Rechtsstreit zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Landessozialgericht zurückverwiesen.

Gründe:

I

1 Im Streit steht, ob die Klägerin als Bürgerin der Europäischen Union (EU-Bürgerin) ohne nachgewiesenes Aufenthaltsrecht vom 1.7. bis 31.12.2007 Anspruch auf Leistungen nach dem SGB II hat, oder ob dieser durch [§ 7 Abs 1 S 2 Nr 2 SGB II](#) ausgeschlossen ist, sowie ob ggf ein anderes System Leistungen zu erbringen hat.

2 Die 1969 geborene Klägerin ist polnische Staatsangehörige. Sie lebte jedenfalls zeitweise mit dem 1946 geborenen deutschen Staatsangehörigen R K in eheähnlicher Gemeinschaft in B zusammen. Die näheren Umstände zum Aufenthalt der Klägerin blieben ungeklärt.

3 Der Beklagte erbrachte der Klägerin und ihrem Lebenspartner vom 1.1.2005 bis 30.6.2007 Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach dem SGB II. Für die Zeit vom 1.7. bis 31.12.2007 bewilligte er nur noch für den Lebenspartner Leistungen, während er diese für die Klägerin ablehnte. Sie habe keine Freizügigkeitsbescheinigung vorlegen können und ihr Aufenthaltsstatus sei ungeklärt (Bescheid vom 6.9.2007; Widerspruchsbescheid vom 4.10.2007).

4 Hiergegen haben die Klägerin und ihr Lebenspartner Klage beim SG Berlin erhoben, die später auf Ansprüche der Klägerin "begrenzt" worden ist. Sie hat geltend gemacht, sie sei im Besitz einer unbefristeten Aufenthaltserlaubnis für die Bundesrepublik Deutschland. Insbesondere sei sie hier vom 1.5.1990 bis 31.12.1995 mit Unterbrechungen beschäftigt gewesen und habe Pflichtbeitragszeiten in der gesetzlichen Rentenversicherung zurückgelegt. Sie hat die Freizügigkeitsbescheinigung vom 11.12.2008 vorgelegt, die als Zeitpunkt der Anmeldung eines Wohnsitzes in B den 1.1.2005 angibt. Das SG hat verschiedene Auskünfte von Meldebehörden eingeholt und die Klage sodann abgewiesen (Gerichtsbescheid vom 13.10.2011). Ein Leistungsanspruch bestehe nicht, weil er nach [§ 7 Abs 1 S 2 Nr 2 SGB II](#) ausgeschlossen sei. Die Klägerin habe für den streitigen Zeitraum weder eine unbefristete Aufenthaltserlaubnis noch halte sie sich seit fünf Jahren rechtmäßig in Deutschland auf.

5 Auf die Berufung der Klägerin hat das LSG den Lebensgefährten der Klägerin sowie ihre Zahnärztin als Zeugen vernommen. Es hat Auskünfte aus dem Melderegister der Stadt L sowie des Landesamts für Bürger und Ordnungsangelegenheiten B vom 2.10.2015 über den Aufenthalt der Klägerin und des Lebenspartners eingeholt. Das LSG hat die Berufung zurückgewiesen (Urteil vom 15.10.2015). Die Klägerin sei nach [§ 7 Abs 1 S 2 Nr 2 SGB II](#) von Leistungen nach dem SGB II ausgeschlossen. Ein Daueraufenthaltsrecht sei nicht nachgewiesen.

6 Die Klägerin hat die vom LSG zugelassene Revision eingelegt. Sie rügt, das Urteil des LSG verletze [§ 7 Abs 1 S 2 Nr 2 SGB II](#). Der bundesrechtliche Leistungsausschluss nach dieser Vorschrift verstoße gegen ihr Grundrecht auf Gewährung eines menschenwürdigen Existenzminimums aus [Art 1](#) iVm [Art 20 Abs 1 GG](#). Auch habe das LSG rechtsfehlerhaft angenommen, sie verfüge nicht über ein Daueraufenthaltsrecht. Sie erhebt auch Verfahrensrügen: Das LSG habe seiner Entscheidung die beiden Melderegisterauskünfte vom 2.10.2015 zugrunde gelegt. Diese seien ihr erst kurz vor der mündlichen Verhandlung zur Kenntnis gelangt, sodass sie sich nicht sachgerecht zu den Auskünften habe äußern oder eine qualifizierte Melderegisterauskunft einholen können. Hierin liege eine Verletzung ihres rechtlichen Gehörs. Auch habe das LSG ihren Hilfsbeweis Antrag, zum Beweis ihres Aufenthalts in B und Deutschland von 1987 bis 30.4.2009 den Zeugen W R , in W , zu hören, nicht ablehnen dürfen. Hätte das LSG dem Beweisantrag Folge geleistet, wäre es ggf zu einer

anderen Entscheidung gelangt. Schließlich habe das LSG im Hinblick auf die inzwischen ergangenen Entscheidungen des BSG den Sozialhilfeträger notwendig zum Berufungsverfahren beiladen müssen.

7 Die Klägerin beantragt, das Urteil des Landessozialgerichts Berlin-Brandenburg vom 15. Oktober 2015 und den Gerichtsbescheid des Sozialgerichts Berlin vom 13. Oktober 2011 aufzuheben sowie den Bescheid des Beklagten vom 6. September 2007 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 4. Oktober 2007 abzuändern und den Beklagten zu verurteilen, der Klägerin für den Zeitraum vom 1. Juli 2007 bis 31. Dezember 2007 Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach dem SGB II in der gesetzlichen Höhe zu bewilligen.

8 Der Beklagte beantragt, die Revision der Klägerin zurückzuweisen.

9 Er hält die angefochtene Entscheidung des LSG für überzeugend.

10 Die Beteiligten haben auf Anfrage des Senats ihr Einverständnis mit einer Entscheidung ohne mündliche Verhandlung erklärt.

II

11 Die zulässige Revision, über die der Senat nach erklärtem Einverständnis der Beteiligten ohne mündliche Verhandlung entscheiden konnte (§§ 165, 124 Abs 2 SGG; dazu Leitherer in Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer, SGG, 11. Aufl 2014, § 165 RdNr 4), ist im Sinne der Aufhebung und Zurückverweisung begründet (§ 170 Abs 2 S 2 SGG).

12 Gegenstand des Revisionsverfahrens ist das Urteil des LSG vom 15.10.2015, der Gerichtsbescheid des SG vom 13.10.2011 sowie der die Bewilligung von Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach dem SGB II ablehnende Bescheid des Beklagten vom 6.9.2007 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 4.10.2007. In zeitlicher Hinsicht macht die Klägerin Leistungsansprüche für den Zeitraum vom 1.7. bis 31.12.2007 geltend.

13 Das LSG hat zu Recht entschieden, dass die Klägerin in dem streitigen Zeitraum vom 1.7. bis 31.12.2007 keinen Anspruch auf Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach dem SGB II hat (1.). Ihre gegen die Verneinung des Anspruchs durch das LSG erhobenen Verfahrensrügen greifen nicht durch (a). Auch unterliegt sie dem Leistungsausschluss nach § 7 Abs 1 S 2 Nr 2 SGB II (b). Der Senat kann in der Sache aber nicht abschließend entscheiden, weil das LSG wie die Klägerin zutreffend rügt - den zuständigen Sozialhilfeträger als möglichen alternativ leistungspflichtigen Träger nicht gemäß § 75 Abs 2 Alt 2 SGG zum Rechtsstreit beigegeben hat (2.). Das LSG wird dessen Beiladung nachzuholen haben.

14 1. Die Klägerin hat keinen Anspruch auf Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach dem SGB II gegen den Beklagten.

15 a) Die Verfahrensrügen der Klägerin, die sich auf die Feststellungen des LSG zum Anspruch auf Leistungen nach dem SGB II beziehen, konkret die Rüge der Verletzung des rechtlichen Gehörs und das Übergehen eines Beweisantrags, greifen nicht durch.

16 aa) Das Urteil des LSG beruht nicht auf einer Verletzung des rechtlichen Gehörs der Klägerin (§ 62 SGG, Art 103 Abs 1 GG).

17 Die Klägerin macht zwar geltend, sie habe sich nicht sachgerecht zu den vom LSG eingeholten und ihr vor der mündlichen Verhandlung per Telefax übersandten Melderegisterauskünften vom 2.10.2015 äußern können. Insoweit scheitert der Erfolg einer Gehörsrüge schon daran, dass sie nicht alles unternommen hat, sich rechtliches Gehör zu verschaffen (dazu BSG Beschluss vom 20.1.1998 B 13 RJ 207/97 B = SozR 3 1500 § 160 Nr 22 S 35). Nachdem das LSG ihr die eingeholten Auskünfte vom 2.10.2015 zugesandt hatte, hat die anwaltlich vertretene Klägerin weder eine Vertagung des Rechtsstreits noch ein Schriftsatzrecht beantragt. Daher liegt eine Verletzung des rechtlichen Gehörs nicht vor (vgl BSG Beschluss vom 23.10.2003 B 4 RA 37/03 B - SozR 4 1500 § 62 Nr 1).

18 bb) Das LSG hat auch nicht die Pflicht zur Amtsermittlung (§ 103 SGG) verletzt, indem es den Antrag auf Vernehmung eines weiteren Zeugen abgelehnt hat.

19 Zwar hat die Klägerin in der mündlichen Verhandlung hilfsweise beantragt, einen mit Namen und Anschrift benannten Zeugen aus " W " (richtig: W ) zum Thema "Aufenthalt in B bzw Deutschland seit 1987 bis 30.4.2009" zu vernehmen. Die Pflicht zur Amtsermittlung ist aber nur verletzt, wenn das LSG einen prozessordnungsgemäß gestellten Beweisantrag, der ausgehend von der Rechtsauffassung des LSG entscheidungserheblich ist, abgelehnt hätte.

20 Die Klägerin hat keinen prozessordnungsgemäßen Beweisantrag gestellt. Dazu wäre erforderlich, dass ein anwaltlich vertretener Beteiligter für bestimmte Tatsachen bestimmte Beweismittel benennt; daneben muss er das Beweisthema zumindest umreißen und angeben, was die Beweisaufnahme ergeben soll (vgl BSG Beschluss vom 29.3.2007 B 9a VJ 5/06 B - SozR 4 1500 § 160 Nr 13; Leitherer in Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer, SGG, 11. Aufl 2014, § 160 RdNr 18d mwN). Was die Vernehmung des Zeugen zum Thema "Aufenthalt" ergeben soll, hat die Klägerin nicht deutlich gemacht. Dies war auch nicht ausnahmsweise entbehrlich, denn grundsätzlich ist ein entfernt lebender Freund oder Bekannter kein geeignetes Beweismittel für den Nachweis eines durchgehenden Aufenthalts (zu den Anforderungen BSG Urteil vom 30.1.2013 B 4 AS 54/12 R - BSGE 113, 60 = SozR 4 4200 § 7 Nr 34, RdNr 18 f) über einen langen Zeitraum. Wenn es um den Nachweis des tatsächlichen Aufenthalts über einen langen Zeitraum geht, ist aufzuzeigen, warum ein benannter, in W bei H lebender Zeuge ein geeignetes Beweismittel sein könnte, um Wahrnehmungen über den Aufenthalt der Klägerin in B und L zu bekunden.

21 b) Zwar erfüllt die Klägerin nach den Feststellungen des LSG im streitigen Zeitraum die Anspruchsvoraussetzungen für Leistungen nach dem SGB II (§ 7 Abs 1 S 1 und Abs 2, §§ 8, 9 SGB II). Sie ist jedoch nach Maßgabe des § 7 Abs 1 S 2 Nr 2 SGB II (in der ab 28.8.2007 geltenden Fassung der Vorschrift; vgl Gesetz zur Umsetzung aufenthalts- und asylrechtlicher Richtlinien der Europäischen Union vom 19.8.2007, BGBl I 1970, 2008; SGB II aF) von Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach dem SGB II ausgeschlossen.

22 Nach der Vorschrift sind von den Leistungen nach dem SGB II ua Ausländerinnen und Ausländer ausgenommen, deren Aufenthaltsrecht sich allein aus dem Zweck der Arbeitssuche ergibt, und ihre Familienangehörigen (Nr 2). Die Klägerin unterfällt diesem Leistungsausschluss,

denn in dem streitigen Zeitraum kann sie sich weder auf eine materielle Freizügigkeitsberechtigung nach dem FreizügG/EU noch auf ein Aufenthaltsrecht nach dem AufenthG berufen. Der Aufenthalt zur Arbeitssuche schließt die der Anwendung des Leistungsausschlusses dagegen nicht aus.

23 Durch den mit Freizügigkeitsbescheinigung belegten Aufenthalt im Bundesgebiet seit 1.1.2005 hat sie insbesondere kein Aufenthaltsrecht nach § 2 Abs 5 S 1 FreizügG/EU af erworben. Nach dieser Vorschrift haben Unionsbürger, ihre Ehegatten oder Lebenspartner und ihre unterhaltsberechtigten Kinder, die sich seit fünf Jahren ständig rechtmäßig im Bundesgebiet aufgehalten haben, unabhängig vom weiteren Vorliegen der Freizügigkeitsvoraussetzungen, das Recht auf Aufenthalt. Ein rechtmäßiger für mehr als fünf Jahre bestehender Aufenthalt ist weder durch die Bescheinigung der Ausländerbehörde belegt noch hat das LSG diesen festgestellt.

24 Es kann dahinstehen, ob die Klägerin wie vom LSG angenommen - ein Aufenthaltsrecht zu dem Zweck der Arbeitssuche hat, oder ob sie nicht mehr über ein solches Freizügigkeitsrecht verfügt, denn in beiden Fällen ist sie gemäß [§ 7 Abs 1 S 2 Nr 2 SGB II](#) von Leistungen nach dem SGB II ausgeschlossen. Beide für die Grundsicherung nach dem SGB II zuständigen Senate des BSG haben entschieden, dass über den Wortlaut der Regelung hinaus - auch diejenigen EU-Bürger von den Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach dem SGB II ausgeschlossen sind, die weder über eine materielle Freizügigkeitsberechtigung noch ein anderes materielles Aufenthaltsrecht verfügen. Die Vorschrift ist insoweit planwidrig lückenhaft, als sie nicht ausdrücklich den Ausschluss auch derjenigen normiert, die über keine materielle Freizügigkeitsberechtigung oder ein anderes materielles Aufenthaltsrecht verfügen, weil sie einen Leistungsausschluss schon für solche Ausländer anordnet, die sich auf eine Freizügigkeitsberechtigung im Sinne des FreizügG/EU zum Zwecke der Arbeitssuche berufen können. Ein Erst-Recht-Schluss ergibt, dass auch solche EU-Bürger von dem Ausschluss betroffen sind (vgl Urteil des Senats vom 3.12.2015 [B 4 AS 44/15 R](#) - für BSGE vorgesehen = SozR 4 4200 § 7 Nr 43, RdNr 19 f; BSG Urteil vom 16.12.2015 [B 14 AS 15/14 R](#) SozR 4 4200 § 7 Nr 48 RdNr 20; BSG Urteil vom 20.1.2016 [B 14 AS 35/15 R](#) SozR 4 4200 § 7 Nr 47 RdNr 24).

25 Diese Auslegung des [§ 7 Abs 1 S 2 Nr 2 SGB II](#) ist nach den Entscheidungen des EuGH in der Rechtssache Dano (Urteil vom 11.11.2014 [C-333/13](#) (Dano) - [NZS 2015, 20](#) ff) und in der Rechtssache Alimanovic (Urteil vom 15.9.2015 [C-67/14](#) (Alimanovic) - SGB 2015, 638 ff) europarechtskonform (vgl auch BSG Urteil vom 3.12.2015 [B 4 AS 44/15 R](#) - für BSGE vorgesehen = SozR 4 4200 § 7 Nr 43, RdNr 35; BSG Urteil vom 16.12.2015 [B 14 AS 15/14 R](#) - SozR 4 4200 § 7 Nr 48 RdNr 35; BSG Urteil vom 20.1.2016 [B 14 AS 35/15 R](#) - SozR 4 4200 § 7 Nr 47 RdNr 31). Insbesondere liegt ein Verstoß gegen das in [Art 45, 18 AEUV](#) enthaltene Diskriminierungsverbot bei finanziellen Leistungen, die den Zugang zum Arbeitsmarkt eines Mitgliedstaats erleichtern sollen, nicht vor, weil Leistungen nach dem SGB II ausschließlich als solche der "Sozialhilfe" im Sinne von Art 24 Abs 2 RL 2004/38/EG zu charakterisieren sind (EuGH Urteil vom 15.9.2015 [C-67/14](#) (Alimanovic) - SGB 2015, 638 ff; bestätigt durch EuGH Urteil vom 25.2.2016 [C-299/14](#) - juris RdNr 37).

26 Verfassungsrechtliche Bedenken stehen dem Leistungsausschluss nach [§ 7 Abs 1 S 2 SGB II](#) ebenfalls nicht entgegen (BSG Urteil vom 3.12.2015 [B 4 AS 44/15 R](#) - für BSGE vorgesehen = SozR 4 4200 § 7 Nr 43; BSG Urteil vom 20.1.2016 [B 14 AS 35/15 R](#) - SozR 4 4200 § 7 Nr 47).

27 2. Allerdings ist das Urteil des LSG deshalb aufzuheben und die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das LSG zurückzuverweisen, weil der Klägerin Ansprüche nach dem SGB XII zustehen könnten.

28 Die Grundsicherungssenate des BSG haben für EU-Bürger, die dem Leistungsausschluss nach [§ 7 Abs 1 S 2 Nr 2 SGB II](#) unterliegen, einen Anspruch nach [§ 23 Abs 1 S 3 SGB XII](#) (idF bis 28.12.2016) grundsätzlich für möglich gehalten (BSG Urteil vom 3.12.2015 [B 4 AS 44/15 R](#) - für BSGE vorgesehen = SozR 4 4200 § 7 Nr 43; BSG Urteil vom 20.1.2016 [B 14 AS 35/15 R](#) - SozR 4 4200 § 7 Nr 47).

29 Zur Prüfung, ob die Klägerin einen Anspruch auf existenzsichernde Leistungen nach dem SGB XII hat, wird das LSG im wiedereröffneten Berufungsverfahren den Sozialhilfeträger beizuladen haben (so genannte unechte notwendige Beiladung nach [§ 75 Abs 2 Alt 2 SGG](#); vgl BSG Urteil vom 7.11.2006 B [7b AS 14/06 R](#) - [BSGE 97, 242](#) = SozR 4 4200 § 20 Nr 1, RdNr 12; BSG Urteil vom 25.4.2013 [B 8 SO 16/11 R](#) - juris RdNr 10). Die Klägerin hat die unterbliebene Beiladung mit der Revision zu Recht als Verfahrensmangel gerügt.

30 Von der nach [§ 168 S 2 SGG](#) eröffneten Möglichkeit, den zuständigen Sozialhilfeträger mit seiner Zustimmung noch im Revisionsverfahren beizuladen, hat der Senat keinen Gebrauch gemacht. Bei der zu treffenden Entscheidung sind sowohl rechtliche als auch einen möglichen Sozialhilfeanspruch betreffende - tatsächliche Gesichtspunkte zu prüfen. So ist die Frage zu klären, ob sich die Klägerin im fraglichen Zeitraum überhaupt in Deutschland aufgehalten hat; auch hat das LSG bisher keine Feststellungen zur Hilfebedürftigkeit der Klägerin nach dem SGB XII getroffen (vgl BSG Urteil vom 17.3.2016 [B 4 AS 32/15 R](#) - juris RdNr 21).

31 Die Zurückverweisung zum Zwecke der Beiladung des Sozialhilfeträgers kann auch nicht deshalb unterbleiben, weil Ansprüche der Klägerin auf Leistungen nach [§ 23 Abs 1 S 3 SGB XII](#) (idF bis 28.12.2016) nicht (mehr) in Betracht kämen.

32 Zwar hat der Gesetzgeber die maßgebliche Anspruchsgrundlage in [§ 23 SGB XII](#) durch Art 2 des Gesetzes zur Regelung von Ansprüchen ausländischer Personen in der Grundsicherung für Arbeitsuchende nach dem Zweiten Buch Sozialgesetzbuch und in der Sozialhilfe nach dem Zwölften Buch Sozialgesetzbuch vom 22.12.2016 ([BGBl I 3155](#)) geändert. Durch die Neufassung sollen die Leistungsausschlüsse im SGB XII an diejenigen in [§ 7 Abs 1 S 2 Nr 2 SGB II](#) angepasst und zugleich "klargestellt" werden, dass den ausgeschlossenen Personen weder ein Anspruch auf Leistungen nach [§ 23 Abs 1 SGB XII](#) zusteht, noch dass ihnen Leistungen im Ermessenswege gewährt werden müssen (vgl [BT-Drucks 18/10211 S 15](#) f).

33 Das LSG wird zu prüfen haben, ob und ggf welche Auswirkungen diese Änderungen des SGB XII auf Ansprüche der Klägerin haben. Insoweit ist zweifelhaft, ob die Änderung des [§ 23 SGB XII](#) die von der Klägerin geltend gemachten Ansprüche im Zeitraum vom 1.7. bis 31.12.2007 überhaupt betreffen kann. Denn das fragliche Gesetz ist nach dessen Art 5 Abs 1 am Tag nach der Verkündung im Bundesgesetzblatt, also am 29.12.2016, in Kraft getreten. Es misst sich weder rückwirkende Geltung bei noch ist angeordnet, dass es auf zeitlich zurückliegende Sachverhalte Anwendung findet (vgl BSG Urteil vom 25.6.2015 [B 14 AS 28/14 R](#) - SozR 4 4200 § 42a Nr 1 RdNr 19 f).

34 Das LSG wird auch über die Kosten des Revisionsverfahrens zu entscheiden haben.  
Rechtskraft

Aus  
Login  
BRD  
Saved  
2017-07-27