

## L 3 AS 1477/11

Land  
Baden-Württemberg  
Sozialgericht  
LSG Baden-Württemberg  
Sachgebiet  
Grundsicherung für Arbeitsuchende  
Abteilung  
3  
1. Instanz  
SG Stuttgart (BWB)  
Aktenzeichen  
S 11 AS 4985/10  
Datum  
03.03.2011  
2. Instanz  
LSG Baden-Württemberg  
Aktenzeichen  
L 3 AS 1477/11  
Datum  
16.05.2012  
3. Instanz  
Bundessozialgericht  
Aktenzeichen  
-

Datum  
-

Kategorie

Urteil

Leitsätze

1. Eine in Deutschland ausgeübte Berufstätigkeit ohne dafür erforderliche Arbeitsgenehmigung begründet nicht den Status als Arbeitnehmer nach § 2 Abs. 2 Nr. 1 Var. 1, Abs. 3 FreizügG/EU (vgl. § 13 Halbsatz 2 FreizügG/EU). 2. Schwangere nichteheliche Lebensgefährten eines Unionsbürgers sind keine Familienangehörige im Sinne von § 3 Abs. 1, Abs. 2 FreizügG/EU. 3. Der Ausschluss aus [§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II](#) für Unionsbürger, die sich nur zur Arbeitssuche in Deutschland aufhalten, verstößt nicht gegen Recht der Europäischen Union, insbesondere nicht gegen Art. 4 i.V.m. Art. 70 der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29.04.2004 zur Koordinierung des Systeme der sozialen Sicherheit und auch nicht gegen Art. 24 Abs. 1, Abs. 2 der Richtlinie 2004/38/EG des Parlaments und des Rates vom 29.04.2004 über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten. 4. Auf etwaige Rechte aus dem Europäischen Fürsorgeabkommen (EFA) kann sich nicht berufen, wer lediglich die Staatsangehörigkeit eines Nichtsignatarstaats innehat, auch wenn dieser Staat Mitglied der EU ist.

1. Die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Sozialgerichts Stuttgart vom 03. März 2011 wird zurückgewiesen.

2. Außergerichtliche Kosten des Berufungsverfahrens sind nicht zu erstatten.

3. Die Revision wird zugelassen.

Tatbestand:

Die Klägerin begehrt Leistungen der Grundsicherung für Arbeitsuchende nach dem Zweiten Buch Sozialgesetzbuch (SGB II).

1. Die am 15.09.1988 geborene Klägerin ist Staatsangehörige der Republik Bulgarien. Mit einem am 22.07.2009 ausgestellten bulgarischen Reisepass verließ sie am 28.07.2009 an dem Grenzübergang &1043;&1056;&1040;&1044;&1048;&1053;&1040; (Gradina) Bulgarien. Zu einem späteren, nicht bekannten Zeitpunkt reiste sie in die Bundesrepublik ein. Einwohnermelderechtlich wurde sie erstmals am 08.04.2010 "aus Bulgarien kommend" in Stuttgart erfasst. Sie verfügte nicht über eine Arbeitserlaubnis. In der Zeit vor dem 08.04.2010 war sie nicht als Beschäftigte (bei einer Einzugsstelle oder der Minijobzentrale) angemeldet.

Am 06.07.2010 meldete sich die Klägerin bei einer Dienststelle des Jobcenters Stuttgart, das bis zum 31.12.2011 eine Arbeitsgemeinschaft bzw. Gemeinsame Einrichtung nach [§ 44b SGB II](#) dargestellt hatte und seitdem von der Beklagten als zugelassener kommunaler Trägerin geführt wird. Die Klägerin beehrte Leistungen. Sie sei schwanger, der errechnete Geburtstermin sei der 25.10.2010 (Mutterpass vom 13.07.2010). Vater des Kindes sei ihr Lebensgefährte, der Staatsangehöriger der Republik Griechenland sei und laufend Leistungen nach dem SGB II beziehe. Er habe die Vaterschaft bereits anerkannt (Urkunde des Jugendamts der Beklagten vom 20.07.2010). In einer internen Vorlage führte die Zeugin A., eine Mitarbeiterin des Jobcenters, aus, die Klägerin sei schon über ein Jahr in Deutschland und habe in verschiedenen Bars gearbeitet.

Am 21.07.2010 beantragte die Klägerin bei der Bundesagentur für Arbeit (BA) die Erteilung einer Arbeitsgenehmigung-EU, worüber zunächst nicht entschieden wurde.

Mit Bescheid vom 28.07.2010 lehnte das damalige Jobcenter den Antrag der Klägerin nach dem SGB II ab. Es bestehe kein Anspruch, da die Klägerin Bulgarin sei und ihr die Aufnahme einer Beschäftigung nicht erlaubt sei und von der BA auch nicht erlaubt worden sei. Die Entscheidung beruhe auf [§ 7 Abs. 1 Satz 2](#) und [§ 8 Abs. 2 SGB II](#).

Die Klägerin erhob über ihren (späteren) Prozessbevollmächtigten Widerspruch. Sie ließ vortragen, sie halte sich nicht zur Arbeitssuche im Bundesgebiet auf. Tatsächlich unterliege sie einem Beschäftigungsverbot. Ihr Aufenthalt diene dem gemeinsamen Familienleben im Sinne von Art. 8 der (Europäischen) Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (im Folgenden: EMRK).

Das Jobcenter erließ den zurückweisenden Widerspruchsbescheid vom 10.08.2010. Es führte ergänzend aus, es gehe bei der Klägerin von einem Aufenthalt zur Arbeitssuche aus, da kein anderer Grund, der sich aus dem Freizügigkeitsgesetz-EU (FreizügG-EU) ergebe, nachgewiesen sei. Insbesondere sei die Klägerin nicht als Familienangehörige eines in Deutschland erwerbstätigen Unionsbürgers eingereist. Hierzu gehörten nur die Angehörigen der eigenen Familie. Die Klägerin sei jedoch ledig. Die Bildung einer eheähnlichen Gemeinschaft stelle keine Familienangehörigkeit dar. Das Gleiche gelte hinsichtlich der Mutterschaft an dem ungeborenen Kind. Daraus lasse sich kein Aufenthaltsrecht ableiten. Die Klägerin sei daher von Leistungen nach dem SGB II ausgeschlossen. Es liege auch kein Ausnahmetatbestand vor. Insbesondere habe die Klägerin nicht durch eine Vorbeschäftigungszeit in Deutschland Arbeitnehmerstatus erlangt.

2. Am 06.08.2010 suchte die Klägerin bei dem Sozialgericht Stuttgart (SG) um einstweiligen Rechtsschutz nach (S 11 AS 4831/10 ER).

a) Sie ließ vortragen, auf Grund ihres Zusammenlebens mit dem seinerseits arbeitssuchenden, aber aufenthaltsberechtigten Vater ihres ungeborenen Kindes liege eine tatsächliche Verbindung zum deutschen Arbeitsmarkt vor. Auch sei ein vollständiger Leistungsausschluss gegenüber Schwangeren unverhältnismäßig, zumal nicht einmal Leistungen für eine Abtreibung gewährt würden. Sie meinte, nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) in den Urteilen vom 23.02.2010 ([C-310/08](#) und [C-480/08](#)) werde sie zumindest nach der Entbindung ein eigenständiges Aufenthaltsrecht innehaben, weil sie dann die elterliche Sorge für ein Kind eines in Deutschland aufenthaltsberechtigten Wanderarbeitnehmers - des Kindsvaters - ausüben werde. Auch schon vor der Entbindung sei sie auf die Unterstützung ihres Lebensgefährten angewiesen und daher aufenthaltsberechtigt. Ferner, so trug die Klägerin vor, ergäben sich ihre Leistungsansprüche aus dem Europäischen Fürsorgeabkommen (im Folgenden: EFA). Zwar sei Bulgarien kein Signatarstaat des EFA. Jedoch begünstige dieses Abkommen nicht nur Unionsbürger (gemeint wohl: Bürger eines Signatarstaats), sondern auch Drittstaatsangehörige. Die Türkei (gemeint wohl in diesem Verfahren: Griechenland) sei Signatarstaat. Ergänzend ließ die Klägerin vortragen, sie gehe davon aus, dass ihr Kind bei der Geburt nicht nur die griechische, sondern auch die deutsche Staatsangehörigkeit erwerben werde.

b) Das damalige Jobcenter trat dem Eilantrag der Klägerin entgegen, wobei er vor allem darauf verwies, dass Bulgarien das EFA nicht unterzeichnet habe.

c) Mit Beschluss vom 25.08.2010 lehnte das SG die Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes ab.

Es führte aus, es sei davon auszugehen, dass die Klägerin derzeit aus Rechtsgründen nicht erwerbsfähig sei und daher keine Ansprüche nach dem SGB II inne habe. Nach [§ 8 Abs. 2 SGB II](#) könnten Ausländer nur erwerbstätig und damit erwerbsfähig im Sinne von [§ 8 Abs. 1 SGB II](#) sein, wenn ihnen die Aufnahme einer Beschäftigung erlaubt sei oder erlaubt werden könne. Bereits dies sei bei der Klägerin nicht der Fall. Nach [§ 284 Abs. 1 Satz 1](#) (gemeint wohl: Satz 2) Drittes Buch Sozialgesetzbuch (SGB III) bedürften - unter anderem - Bulgarinnen und Bulgaren für die Aufnahme einer Beschäftigung in Deutschland einer Genehmigung der BA. Eine solche Genehmigung besitze die Klägerin nicht. Bei einer summarischen Prüfung sei auch davon auszugehen, dass sie eine solche Genehmigung nicht erhalten könne. Hierfür müsse die konkrete, realistische Aussicht auf die Genehmigung bestehen. Diese fehle. Für die Erteilung einer Arbeitserlaubnis-EU nach [§ 284 Abs. 3 SGB III](#) sei eine Arbeitsmarktprüfung erforderlich. Hierzu sei weder vorgetragen noch ersichtlich, auf welche Tätigkeit sich der Antrag der Klägerin beziehe. Eine Arbeitsberechtigung-EU nach [§ 39 Abs. 6 Aufenthaltsgesetz](#) (AufenthG) könne die Klägerin mangels einer qualifizierten, mindestens dreijährigen Berufsausbildung nicht erhalten. Ebenso bestehe kein Anspruch auf eine Arbeitsberechtigung-EU nach [§ 284 Abs. 5 SGB III](#), da die Klägerin nicht mindestens in einem zwölfmonatigen, ununterbrochenen Zeitraum eine wirksame Arbeitserlaubnis gehabt habe. In dieser Auslegung des [§ 8 Abs. 2 SGB II](#), so das SG weiter, liege keine unzulässige Diskriminierung von Unionsbürgern, da der Leistungsausschluss gerade auf einem nach dem primären Gemeinschaftsrecht zulässigen Ausschluss vom Arbeitsmarkt beruhe.

Ferner, so führte das SG weiter aus, stehe auch [§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II](#) einem Leistungsanspruch entgegen. Die Klägerin halte sich allein zur Arbeitssuche in Deutschland auf. Die übrigen Freizügigkeitsgründe aus [§ 2 Abs. 2 FreizügG-EU](#) griffen nicht ein. Insbesondere liege kein Familiennachzug vor. Angesichts des voraussichtlichen Geburtstermins am 25.10.2010 bestehe derzeit noch kein mutterschutzrechtliches Beschäftigungsverbot. Daher leite sich das Aufenthaltsrecht der Klägerin weiterhin aus der Arbeitssuche und nicht aus dem familiären Zusammenleben mit ihrem Lebensgefährten her. Auch dieser Leistungsausschluss, so das SG weiter, sei europarechtskonform.

Letztlich ständen der Klägerin auch unter Berücksichtigung des EFA keine Leistungsansprüche zu. Bulgarien habe das EFA nicht unterzeichnet. Auch das europarechtliche Gleichbehandlungsgebot führe nicht zu einer Erstreckung des EFA auf die Klägerin. Zudem finde das EFA nur auf solche Rechtsvorschriften Anwendung, die in seinem Anhang genannt seien. Dort sei - mit Stand 2000 - neben anderen lediglich das Bundessozialhilfegesetz (BSHG) aufgeführt, naturgegebenenmaßen aber nicht das SGB II. Außerdem habe die Bundesregierung bei der Ratifizierung des EFA einen Vorbehalt erklärt, aus dem sich ergebe, dass dieses nicht erweiternd ausgelegt werden könne, zumal das SGB II kein reines Nachfolgegesetz zum BSHG sei, sondern auch wesentliche Vorschriften der Arbeitsförderung enthalte, die zuvor im SGB III enthalten gewesen seien. Letztlich erfasse das EFA nach seinem Sinn und Zweck nur solche Ausländer, die sich bei Eintritt der Hilfebedürftigkeit bereits erlaubt in dem um Hilfe ersuchten Staat aufhalten. Das EFA solle dagegen nicht bereits Bedürftigen ermöglichen, sich unter den Vertragsstaaten das Land auszusuchen, in dem sie öffentliche Hilfe in Anspruch nehmen wollten.

Das SG verwies noch darauf, dass mögliche Ansprüche der Klägerin aus dem Zwölften Buch Sozialgesetzbuch (SGB XII) gegen den Träger der Sozialhilfe nicht Gegenstand des Eilverfahrens seien.

d) Die Klägerin erhob Beschwerde zum Landessozialgericht (LSG) Baden-Württemberg (L 3 AS 4246/10 ER-B). Sie vertiefte ihr erstinstanzliches Vorbringen.

Mit Beschluss vom 09.09.2010 lud der erkennende Senat die Landeshauptstadt Stuttgart (die jetzige Beklagte) als Trägerin der Sozialhilfe

zum Verfahren bei. Diese trug vor, die Klägerin sei von Leistungen nach dem SGB XII ausgeschlossen, da sie dem Grunde nach leistungsberechtigt nach dem SGB II sei.

In dem Erörterungstermin vor dem Berichterstatter des Senats am 05.10.2010 teilte die Klägerin mit, sie wolle unverzüglich ihren Lebensgefährten heiraten, sobald die in Bulgarien angeforderten Unterlagen, darunter das Ehefähigkeitszeugnis, vorlägen. Ferner teilte sie mit, sie habe in der Zwischenzeit von den SGB-II-Leistungen ihres Lebensgefährten sowie Zuwendungen ihrer Sozialarbeiterin sowie einer am 03.09.2010 bewilligten Beihilfe der Bundesstiftung Mutter und Kind von EUR 1.200,00 gelebt (vgl. Bewilligungsbescheid von diesem Tag).

Nachdem der Berichterstatter des Senats darauf hingewiesen hatte, der Klägerin ständen im Hinblick auf ihre Schwangerschaft möglicherweise Ansprüche auf Naturalleistungen analog § 1a Asylbewerberleistungsgesetz (AsylbLG) zu, weil sie als Unionsbürgerin nicht schlechter gestellt werden könne als ein Asylbewerber, schlossen die Beteiligten in dem Erörterungstermin sodann unter Erledigung des gesamten Eilrechtsverfahrens einen Vergleich, in dem sich - unter anderem - die jetzige Beklagte als Trägerin der Leistungen nach dem SGB XII und dem AsylbLG verpflichtete, der Klägerin ab dem 05.10.2010 vorläufig, längstens bis zu einer Eheschließung, Leistungen nach Maßgabe des § 1a AsylbLG zu gewähren.

Die Klägerin wurde am 27.10.2010 eines Mädchens entbunden. Sie bezieht seit dem Vergleichsschluss Geldleistungen in (abgesenkter) Höhe nach dem AsylbLG sowie Sachleistungen von der jetzigen Beklagten. Eine Heirat hat nicht stattgefunden, vielmehr haben sich die Klägerin und ihr Lebensgefährte getrennt.

3. Am 13.08.2010 hat die Klägerin Klage gegen den Ablehnungsbescheid vom 28.07.2010 in Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 10.08.2010 zum SG erhoben. Sie hat ergänzend vorgetragen, nach dem Regelungsgehalt von Art. 3 Abs. 2 lit. a der Richtlinie 2004/38/EG des Parlaments und des Rates vom 29.04.2004 (im Folgenden: "FreizügRL") sei sie wegen des Verlöbnisses mit dem Vater ihres ungeborenen Kindes zweifellos Familienangehörige. Auch bestehe in dieser Situation ein eigenständiges Aufenthaltsrecht, zumindest ein Anspruch auf Erteilung eines Visums oder einer Duldung. Hierzu hat sich die Klägerin auf verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung berufen.

Das Jobcenter ist der Klage entgegengetreten.

Nachdem das Eilrechtsverfahren durch den Vergleich vom 05.10.2010 beendet worden war, hat die Klägerin mitgeteilt, jener Vergleich habe das Klageverfahren nur teilweise und nur für die Zeit ab Vergleichsschluss erledigt.

Mit Beschluss vom 13.01.2011 hat das SG die Landeshauptstadt Stuttgart, die jetzige Beklagte, auch zum Klageverfahren beigegeben.

Unter dem 26.01.2011 hat die Klägerin darauf hingewiesen, dass nach dem Urteil des Bundessozialgerichts (BSG) vom 19.10.2010 ([B 14 AS 23/10 R](#)) der Ausschluss von Unionsbürgern aus Mitgliedsstaaten, die das EFA nicht unterzeichnet hätten, von Leistungen nach dem SGB II unzulässig sei. Dies habe auch der EuGH in der Sache Gottardo so entschieden. Zum EFA gehörten immerhin die Drittstaaten Island, Norwegen und Türkei. Bei Zweifeln an dieser Auslegung sei eine Vorabentscheidung des EuGH einzuholen.

Mit Urteil im schriftlichen Verfahren vom 03.03.2011 hat das SG die Klage abgewiesen. Es hat ausgeführt, streitbefangen sei nach dem Vergleich vom 05.10.2010 nur noch der Zeitraum vom 06.07.2010 bis zum 04.10.2010. Die Klage sei jedoch unbegründet. Zur Begründung hat das SG die Gründe seines Beschlusses vom 25.08.2010 wiedergegeben und ergänzend ausgeführt: Die Einschränkung der Arbeitnehmerfreizügigkeit für Bulgarinnen und Bulgaren sei zulässig, denn sie finde ihre Rechtsgrundlage in Art. 24 i.V.m. Anhang VI der Beitrittsakte Bulgariens (ABl. EU vom 23.09.2003, S. 875 ff.). Die Klägerin sei im streitigen Zeitraum auch nicht wegen ihrer Schwangerschaft von dem Erfordernis einer Arbeitserlaubnis entbunden gewesen. Es habe vor Beginn der (üblichen) Mutterschutzfristen kein Beschäftigungsverbot bestanden. Die von der Klägerin zitierte Rechtsprechung betreffe das Aufenthaltsrecht, jedoch nicht die Erforderlichkeit oder Entbehrlichkeit einer Arbeitserlaubnis. Da dem Leistungsanspruch der Klägerin daher nach wie vor [§ 8 Abs. 2 SGB II](#) entgegenstehe, könne nunmehr offen bleiben, ob auch [§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II](#) eingreife. Daher komme es nicht mehr darauf an, ob jener Ausschlussbestand mit Gemeinschaftsrecht vereinbar sei. Das Gleiche gelte, soweit nach der Rechtsprechung des BSG das Gleichbehandlungsgebot aus Art. 1 EFA als transformiertes Bundesrecht jenen Leistungsausschluss überlagere. Für die Frage der Erwerbsfähigkeit nach [§ 8 Abs. 2 SGB II](#) sei das EFA irrelevant. Daher sei - unter anderem - keine Vorlage des Verfahrens an den EuGH notwendig. Eine Verurteilung der Beigeladenen (der jetzigen Beklagten) als Sozialhilfeträger, so das SG abschließend, komme nicht in Betracht, nachdem die Klägerin vorgerichtlich und gerichtlich ausschließlich Ansprüche gegen das Jobcenter geltend gemacht habe. Im Übrigen hätte gegen den Sozialhilfeträger auch kein Anspruch auf Sozialhilfeleistungen bestanden, sondern allenfalls ein Anspruch auf unabwiesbare Hilfe analog § 1a AsylbLG, der jedoch im Grundsatz in natura zu erbringen sei und sich daher von den Leistungen, die die Klägerin begehrt habe, nach Grund und Rechtsfolge unterscheide.

4. Gegen dieses Urteil, das ihrem Prozessbevollmächtigten am 14.03.2011 zugestellt worden ist, hat die Klägerin am 05.04.2011 Berufung zum LSG eingelegt.

Sie meint, das europäische Freizügigkeitsregime vermittle weitergehende Rechte als die EMRK. Nach [Art. 7](#) der Grundrechtecharta der Europäischen Union (im Folgenden: GRC) falle auch die nichteheliche Lebensgemeinschaft unter den Begriff des Familienlebens und begründe ein Aufenthaltsrecht. Dieser aufenthaltsrechtliche Schutz sei für eine schwangere Lebensgefährtin naturgemäß nochmals erhöht. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verbiete in diesen Fällen eine Trennung und verschaffe so ein Aufenthaltsrecht einschließlich des Zugangs zu den örtlichen Sozialsystemen. Hierzu hat die Klägerin auf die Schlussanträge von Generalanwältin B. vom 15.05.2012 in dem vor dem EuGH anhängigen Verfahren [C-40/11](#) (Rs. Iida) verwiesen. Außerdem, so die Klägerin, habe das BSG in dem Urteil vom 19.10.2010 auch entschieden, dass das SGB II eine Leistung im Sinne des Anhangs zum EFA sei. Der Ausschluss der Klägerin von diesen Leistungen verletze [Art. 18](#) des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (im Folgenden: AEUV). Auch sei das Diskriminierungsverbot verletzt. Wenn italienische Unionsbürger Abkommensleistungen verlangen könnten, ständen sie auch bulgarischen Unionsbürgern zu.

Das damals noch beklagte Jobcenter ist der Berufung entgegengetreten. Es hat ergänzend vorgetragen, die Klägerin sei allein mit dem Ziel, hier zu arbeiten, nach Deutschland eingereist. Jedoch könne sie nicht nachweisen, hier auch gearbeitet zu haben. Insofern werde unterstellt,

dass sie auch mit der Absicht eingereist sei, hier von Sozialleistungen zu leben. Auch nach dem Nachranggrundsatz in [§ 2 SGB II](#) beständen Leistungsansprüche nicht, denn die Klägerin habe nicht plausibel dargelegt, dass sie insbesondere in ihrem Heimatstaat keinen Anspruch auf finanzielle Unterstützung habe oder aus welchem Grund eine Rückkehr nicht möglich (gewesen) sei. Zur Frage der europarechtlichen Einbeziehung des EFA trägt der Beklagte noch vor, aus der Regelung in Art. 307 EGV (jetzt [Art. 351 AEUV](#)) ergebe sich, dass es beim EFA, das bereits am 11.12.1953 und damit vor In-Kraft-Treten des (damaligen) Vertrags über die Gründung einer Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft zum 01.01.1958 (im Folgenden: EWGV) geschlossen worden sei, bei der bilateralen Bindung verbleibe und eine Ausweitung auf nicht beteiligte Drittstaaten ausscheide.

Mit Beschluss vom 26.01.2012 hat der Senat das Rubrum dieses Rechtsstreit dahin geändert, dass Beklagte nunmehr die Landeshauptstadt Stuttgart als zugelassene kommunale Trägerin nach dem SGB II ist, und den Beiladungsbeschluss des SG vom 13.01.2011 aufgehoben.

Die Klägerin beantragt,

das Urteil des Sozialgerichts Stuttgart vom 03. März 2011 aufzuheben und den Beklagten unter Aufhebung des Bescheids vom 28. Juli 2010 in Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 10. August 2010 zu verurteilen, ihr Leistungen nach dem SGB II für die Zeit vom 06. Juli 2010 bis zum 04. Oktober 2010 zu gewähren.

Die (nunmehrige) Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie macht sich die Ausführungen des bisherigen Beklagten zu Eigen.

Der Senat hat zur Frage, ob die Klägerin vor Antragstellung in Deutschland erwerbstätig war, die Klägerin persönlich angehört und Beweis erhoben durch uneidliche Vernehmung der Zeugin A ... Wegen des Ergebnisses der Anhörung und der Beweisaufnahme wird auf die Protokolle der nichtöffentlichen Sitzungen vom 08.12.2011 und 26.01.2012 verwiesen.

Die Beklagte hat auf Anfrage des Senats eine Auskunft aus der bei ihr geführten Gewerbedatei vorgelegt, wonach ein Gewerbe auf den Namen der Mutter des Lebensgefährten der Klägerin nicht angemeldet gewesen sei.

Zur weiteren Darstellung des Sachverhalts wird auf die Akten der Beklagten, die Gegenstand der mündlichen Verhandlung waren, und auf die Gerichtsakten beider Rechtszüge verwiesen.

Entscheidungsgründe:

1. Die Berufung der Klägerin ist zulässig.

Sie ist form- und fristgerecht erhoben worden.

Auch war sie nicht nach [§ 144 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1](#) Sozialgerichtsgesetz (SGG) zulassungsbedürftig. Die Klägerin ist aus dem angegriffenen Urteil um mehr als EUR 750,00 beschwert. Allein ihr möglicher Anspruch auf die Regelleistung einer Partnerin von - damals - EUR 323,00 pro Monat summiert sich für den streitigen Zeitraum vom 06.07. bis 04.10.2010 auf EUR 958,00; hinzu kommen die Ansprüche auf den Zuschlag für werdende Mütter nach [§ 21 Abs. 2 SGB II](#) a.F. und - möglicherweise - Ansprüche auf Leistungen für Unterkunft und Heizung.

Dass die Klägerin im Streitzeitraum Zuwendungen ihrer Sozialarbeiterin und der Bundesstiftung Mutter und Kind erhalten hat, schließt ihren Anspruch dem Grunde nach nicht aus und lässt damit ihre Beschwer nicht entfallen, weil es sich hierbei um zweckbestimmte Leistungen der freien Wohlfahrtspflege handelte, die nach [§ 11 Abs. 3 Nr. 1](#) lit. b SGB II a.F. kein anrechenbares Einkommen darstellten (vgl. § 5 Abs. 2 des Gesetzes zur Errichtung einer Stiftung "Mutter und Kind - Schutz des ungeborenen Lebens" [MuKStiftG]; ebenso VG Braunschweig, Urte. v. 09.11.1989, [4 A 4120/89](#), Juris, zur Sozialhilfe nach dem früheren Bundessozialhilfegesetz [BSHG]).

2. Die Berufung ist aber nicht begründet. Das SG hat die Anfechtungs- und Leistungsklage der Klägerin zu Recht abgewiesen. Der Klägerin steht für den Streitzeitraum schon dem Grunde nach kein Anspruch auf Leistungen nach dem SGB II gegen die Beklagte zu.

a) Dass die Klägerin die in [§ 7 Abs. 1 Satz 1 Nrn. 1, 3 und 4 SGB II](#) geregelten Vor-aussetzungen eines Leistungsanspruchs erfüllt, ist zwischen den Beteiligten allerdings nicht streitig.

aa) Die Klägerin unterfällt den maßgeblichen Altersgrenzen und war hilfebedürftig.

bb) Sie verfügte auch über einen gewöhnlichen Aufenthalt im Bundesgebiet im Sinne von [§ 30 Abs. 3 Satz 2](#) Erstes Buch Sozialgesetzbuch (SGB I).

Hierbei ist unerheblich, ob sie bei ihrer Einreise und ggfs. auch noch im Streitzeitraum über ein Aufenthaltsrecht verfügte, etwa ein Aufenthaltsrecht wegen Arbeitssuche nach § 2 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 Var. 2 FreizügG-EU. Der Senat geht davon aus, dass ein "gewöhnlicher Aufenthalt" im Sinne von [§ 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 SGB II](#) i.V.m. [§ 30 Abs. 3 Satz 2](#) Erstes Buch Sozialgesetzbuch (SGB I) bereits dann vorliegt, wenn der Betroffene aus seiner Sicht an dem gewählten Aufenthaltsort auf Dauer verweilen will und hierbei äußere Umstände, wie etwa die Gefahr einer Aufenthaltsbeendigung durch den Aufenthaltsstaat, grundsätzlich unerheblich sind, zumal in aller Regel ungewiss ist, ob und ggfs. wann solche Maßnahmen erfolgreich durchgeführt werden. Die Klägerin aber beabsichtigte nach allen Erkenntnissen des Verfahrens bereits im Streitzeitraum, in Deutschland zu bleiben. Ihr Aufenthalt war auch in einer Weise verfestigt, dass von seiner Dauerhaftigkeit auszugehen war: Ihr Lebensgefährte verfügte bereits damals über ein dauerhaftes Aufenthaltsrecht. Die Anmietung einer Wohnung war geplant. Das erwartete Kind dürfte nach § 4 Abs. 3 Satz 1 Staatsangehörigkeitsgesetz (StAG) zumindest von seiner Geburt an bis zur Vollendung des 23. Lebensjahrs die deutsche Staatsangehörigkeit erworben haben, nachdem sein Vater, der die Vaterschaft auch

entsprechend § 4 Abs. 1 Satz 2 StAG anerkannt hat, einen mehr als achtjährigen rechtmäßigen Aufenthalt in Deutschland zurückgelegt hatte.

b) Die Klägerin war auch erwerbsfähig. Im Hinblick auf ihre körperliche Leistungsfähigkeit (§ 8 Abs. 1 SGB II) ist dies offenkundig. Ferner war die Klägerin nicht aus Rechtsgründen im Sinne von § 8 Abs. 2 SGB II als erwerbsunfähig einzustufen:

In der hier streitigen Zeit sah § 8 Abs. 2 SGB II a.F. allein vor, dass ein Ausländer nur im Sinne von § 8 Abs. 1 SGB II erwerbstätig sein konnte - und damit auch erwerbsfähig im Sinne von § 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 SGB II war -, wenn ihm die Aufnahme einer Beschäftigung erlaubt war oder erlaubt werden konnte. Erst mit Wirkung ab dem 01.04.2011 wurde im Rahmen der SGB-II-Reform § 8 Abs. 2 SGB II um einen Satz 2 erweitert. Dieser bestimmt, dass für die Erwerbsfähigkeit die rechtliche Möglichkeit, eine Beschäftigung vorbehaltlich einer Zustimmung nach § 39 Aufenthaltsgesetz aufzunehmen ausreicht. Der Gesetzgeber wollte mit dieser Änderung lediglich "verdeutlichen", dass - wie es aus seiner Sicht schon der früheren Praxis entsprach - ein nachrangiger Arbeitsmarktzugang ausreiche (BT-Drucks. 17/3404 S. 152). Entsprechend dieser gesetzlichen Klarstellung ist davon auszugehen, dass - auch - ein Unionsbürger aus Bulgarien oder Rumänien, der noch nicht die vollständige Arbeitnehmerfreizügigkeit genießt, sondern nach § 284 Abs. 1 Satz 2 SGB III einer Arbeitserlaubnis der BA bedarf, zumindest dann erwerbsfähig im Sinne von § 8 SGB II ist, wenn dieser Erlaubnisvorbehalt allein aus Nachrangigkeitsgründen besteht und daher zumindest eine Arbeitserlaubnis-EU nach § 284 Abs. 3 SGB III i.V.m. § 39 Abs. 2 bis 4 und 6 AufenthG erteilt werden kann. Diese Rechtslage, die früher allerdings durchaus umstritten war, ist auch für Zeiträume vor dem 01.04.2011 anzunehmen, nachdem der Gesetzgeber deutlich gemacht hat, dass § 8 Abs. 2 Satz 2 SGB II n.F. lediglich eine Klarstellung sein sollte (so auch Hessisches LSG, Beschl. v. 14.07.2011, L 7 AS 107/11 B ER, Juris Rn. 24 ff.). Es reicht demnach auch für Bulgaren und Rumänen ein abstrakt-genereller Arbeitsmarktzugang aus (vgl. zu allem auch Hackethal, in JurisPK SGB II, § 8 Rn. 33, 35).

Der Klägerin hätte nach § 284 Abs. 3 SGB III i.V.m. § 39 Abs. 2 AufenthG eine Arbeitserlaubnis-EU erteilt werden können. Einer solchen Erteilung stand nur der Nachrangigkeitsgrundsatz aus § 39 Abs. 2 Nr. 1 lit. b AufenthG entgegen. Weitere Voraussetzungen musste die Klägerin nicht erfüllen. Sie verfügte zwar nicht über eine qualifizierte Berufsausbildung nach § 39 Abs. 6 AufenthG, dies ist jedoch unerheblich, da eine solche Ausbildung keine Voraussetzung für eine Prüfung nach Abs. 2 ist, sondern allein einen Vorrang des Unionsbürgers gegenüber Drittstaatsangehörigen begründet (vgl. Düe, in: Niesel/Brand, SGB III, 5. Aufl. 2010, § 284 Rn. 35). Auch Rumänen und Bulgaren ohne qualifizierte Ausbildung werden in die Vorrangprüfung des § 284 Abs. 3 SGB III i.V.m. § 39 Abs. 2 AufenthG einbezogen, wenn sie ihren gewöhnlichen Aufenthalt bereits - legal - im Inland haben (Düe, a.a.O., Rn. 41). Dies folgt aus einem Umkehrschluss zu § 284 Abs. 4 SGB III. Diese, speziell für die Angehörigen der neuen Mitgliedsstaaten geltende Regelung schließt Bewerber ohne qualifizierte Ausbildung nur dann grundsätzlich - ohne nachrangigen Zugang - vom deutschen Arbeitsmarkt aus, wenn sie ihren Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt im Ausland haben (vgl. Düe, a.a.O., Rn. 39). Bei der Klägerin kann dieser Ausschluss schon deshalb nicht eingreifen, jedenfalls nicht in dem hier streitigen Zeitraum, weil sie - neben ihrem rechtmäßigen gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland - zeitweise noch den Status als Arbeitnehmerin innehatte.

c) Dem Anspruch der Klägerin im Streitzeitraum stand auch nicht § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 SGB II a.F. (das Änderungsgesetz vom 24.03.2011 [BGBl I 453] hat mit Wirkung ab 01.04.2011 nur eine redaktionelle Änderung vorgesehen, indem auch Ausländerinnen ausdrücklich benannt worden sind) entgegen.

Nach dieser Vorschrift besteht für solche Ausländer, die weder Arbeitnehmer noch Selbstständige noch nach § 2 Abs. 3 FreizügG-EU freizügigkeitsberechtigt sind, für die ersten drei Monate ihres Aufenthalts kein Anspruch nach dem SGB II.

Die Klägerin war bei Antragstellung am 06.07.2010 bereits mindestens drei Monate in Deutschland. Sie hatte sich am 08.04.2010 erstmals in Stuttgart angemeldet. Auf Grund ihrer Aussagen gegenüber der Zeugin A. bei der Antragstellung und - zum Teil - ihrer Angaben in dem Erörterungstermin am 26.01.2012 ist der Senat jedoch davon überzeugt, dass sie sich bereits länger in Deutschland aufgehalten hatte. Sie war am 28.07.2009 aus Bulgarien ausgereist. Der Senat geht davon aus, dass sie unmittelbar danach in Deutschland eingereist ist. Ihre Aussage, sie habe zunächst ein Jahr in Griechenland verbracht, kann nicht zutreffen. Die Ausreise erfolgte über einen Grenzübergang nach Serbien an der Hauptverbindungsstrecke nach Mitteleuropa. Bulgarien verfügt aber auch über direkte Grenzübergänge nach Griechenland. Auf die diesbezügliche Frage hat die Klägerin nur die wenig glaubhafte Antwort gegeben, sie sei mit ihrer späteren griechischen Arbeitgeberin über Gradina ausgereist. Vor allem aber hat die Klägerin auch angegeben, sie habe ihren Lebensgefährten noch im Sommer 2009 kennengelernt, und zwar in Deutschland. Dies widerlegt einen einjährigen Aufenthalt in Griechenland nach der Ausreise Ende Juli 2009. Dieser Vortrag wird auch die Umstände bestätigt: Die Klägerin war etwa ab Januar 2010 schwanger, wie sich aus dem Entbindungstermin ergibt (§ 1593 Satz 1 BGB).

d) Der Leistungsanspruch der Klägerin war jedoch nach der Regelung in § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II ausgeschlossen:

aa) Nach dieser Vorschrift erhalten Ausländer, deren Aufenthaltsrecht sich allein aus dem Zweck der Arbeitssuche ergibt, und ihre Familienangehörigen, keine Leistungen nach dem SGB II. Diese Vorschrift knüpft an die aufenthaltsrechtlichen Regelungen über den Zweck von Aufhalten an, also bei Unionsbürgern an das FreizügG-EU, und zwar hinsichtlich des Aufenthaltszwecks "Arbeitssuche" konkret an die bereits genannte Regelung in § 2 Abs. 2 Nr. 1 Var. 2 FreizügG-EU. § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II greift dagegen nicht ein, wenn sich das Aufenthaltsrecht des Unionsbürgers (oder Drittstaatsangehörigen) zumindest auch aus einem anderen aufenthalts- oder freizügigkeitsrechtlich anerkannten Grund ergibt, wobei unerheblich ist, ob dieser weitere oder neue Grund für das Aufenthaltsrecht bereits bei Einreise vorlag oder sich erst während des Aufenthalts in Deutschland entwickelt hat. Eine solche einschränkende Auslegung des Anspruchsausschlusses ist - zumindest bei Unionsbürgern - schon deshalb notwendig, weil er zu einer Diskriminierung von ausländischen Unionsbürgern gegenüber Inländern führen kann (vgl. im Einzelnen LSG Niedersachsen-Bremen, Beschluss vom 11.03.2011, L 13 AS 52/11 B ER, Juris Rn. 7).

bb) Die Voraussetzungen dieser Norm sind erfüllt. Die Klägerin war im Streitzeitraum ab dem 06.07.2010 in Deutschland - allenfalls - aus Gründe der Arbeitssuche aufenthaltsberechtigt. Andere Aufenthaltsgründe lagen nicht vor.

(1) Bei Antragstellung war die Klägerin nicht Arbeitnehmerin im Sinne von § 2 Abs. 2 Nr. 1 Var. 1 FreizügG-EU. Zu diesem Zeitpunkt war die Klägerin nach ihren eigenen Angaben bei der Antragstellung arbeitslos.

(2) Weiterhin konnte sich die Klägerin nicht auf einen dauerhaft fortbestehenden Status als frühere Arbeitnehmerin berufen. Ein solches dauerhaftes Fortbestehen nach § 2 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 FreizügG-EU scheidet schon deshalb aus, weil die Klägerin in keinem Falle "mehr als ein Jahr" Arbeitnehmerin in Deutschland gewesen sein kann. Sie ist nicht vor dem 28.07.2009 nach Deutschland eingereist, wie sich aus dem Ausstellungsdatum und dem Ausreisestempel in ihrem bulgarischen Reisepass ergibt. Sie kann eine Beschäftigung in Deutschland daher frühestens am 29.07.2009 aufgenommen haben. Erstmals am 06.07.2010, also nach weniger als einem Jahr, hat sie sich mit der Aussage, sie habe keine Arbeit und kein Geld, bei dem Beklagten gemeldet.

(3) Auch stand der Klägerin bei Antragstellung am 06.07.2010 kein vorübergehend fortwirkender Status als Arbeitnehmerin nach § 2 Abs. 3 Satz 2 FreizügG-EU zu:

Nach dieser Vorschrift bleibt das Recht eines Unionsbürgers aus Art. 2 Abs. 1 FreizügG-EU, und zwar das Aufenthaltsrecht als Arbeitnehmer (vgl. Dienelt, in: Renner, Ausländerrecht, 9. Aufl. 2011, § 2 FreizügG-EU Rn. 86) während der Dauer von sechs Monaten unberührt bei einer unfreiwilligen, durch die zuständige Agentur für Arbeit bestätigten Arbeitslosigkeit nach weniger als einem Jahr Beschäftigung.

Auch diesen lediglich vorübergehend fortwirkenden Status als Arbeitnehmerin konnte die Klägerin bereits aus Rechtsgründen nicht erwerben. Nach § 13 Halbsatz 2 FreizügG-EU gelten jene Vorschriften des FreizügG-EU, die an den Status als Arbeitnehmer anknüpfen, nur, wenn die fragliche Beschäftigung durch die BA nach § 284 Abs. 1 SGB III genehmigt worden ist. Dies gilt auch für § 2 Abs. 3 Satz 2 FreizügG-EU. Diese nationalstaatliche Regelung ist auch mit höherrangigem Recht vereinbar. Für Bulgaren folgt ihre Rechtfertigung, worauf das SG in dem angegriffenen Urteil zutreffend hingewiesen hat, aus Art. 24 i.V.m. Anhang VI der Beitrittsakte Bulgariens (ABl. EU vom 23.09.2003, S. 875 ff.). Auch widerspricht es nicht der FreizügRL, den Erwerb des Aufenthaltsstatus als Arbeitnehmer von der Rechtmäßigkeit der Beschäftigung abhängig zu machen. § 2 Abs. 3 Satz 2 FreizügG-EU dient der Umsetzung von Art. 7 Abs. 3 lit. c FreizügRL. Nach dieser sekundärrechtlichen Norm bleibt die "Erwerbstätigeneigenschaft" als Arbeitnehmer oder Selbstständiger eines Unionsbürgers während mindestens sechs Monaten aufrechterhalten, wenn sich der Unionsbürger "bei ordnungsgemäß bestätigter unfreiwilliger Arbeitslosigkeit nach Ablauf seines auf weniger als ein Jahr befristeten Arbeitsvertrags oder bei im Laufe der ersten zwölf Monate eintretender unfreiwilliger Arbeitslosigkeit dem zuständigen Arbeitsamt zur Verfügung" stellt. Eine ordnungsgemäß bestätigte Arbeitslosigkeit in diesem Sinne kann nur bei einer legalen Beschäftigung erfolgen.

Ferner hat sich der Senat auf tatsächlicher Ebene nicht davon überzeugen können, dass die Klägerin überhaupt in Deutschland als oder wie eine Arbeitnehmerin beschäftigt war, unabhängig davon, ob es sich um eine rechtswidrige Beschäftigung gehandelt hat. Zwar ist der Begriff des Arbeitnehmers im Einklang mit den europarechtlichen Vorschriften weit auszulegen. Maßgeblich ist, ob der Unionsbürger während einer bestimmten Zeit für einen anderen nach dessen Weisung Leistungen erbringt, für die er als Gegenleistung eine Vergütung erhält (EuGH, Ur. v. 03.07.1986, Rs 66/85 - Larrie-Blum - Rn. 16 f.). Umfang der Tätigkeit und der Gegenleistung müssen nicht groß sein. Ausgeschlossen sind nur Tätigkeiten, die einen so geringen Umfang haben, dass es sich um völlig untergeordnete und unwesentliche Tätigkeiten handelt (EuGH, Ur. v. 26.02.1992, Rs C-3/09 - Bernini - Rn. 14). Auch eine solche Tätigkeit konnte aber nicht festgestellt werden. Zwar hat die Zeugin A. in ihrer Vernehmung bekundet, sie könne sich zwar nicht an die Angabe der Klägerin, sie habe in Bars gearbeitet, erinnern, wenn jedoch die Vorlage, die sie - die Zeugin - gefertigt habe, eine solche Mitteilung enthalte, dann habe die Klägerin diese gemacht. Die Angaben der Klägerin selbst in dem Erörterungstermin waren jedoch auch in Bezug auf die Erwerbstätigkeit derart ungenau und widersprüchlich, dass der Senat die Überzeugung, sie sei beschäftigt gewesen, nicht gewinnen konnte. Die Klägerin hat angegeben, sie habe zunächst ohne Papiere in einer Spielhalle mit Ausschank gearbeitet. Die Inhaberin dieser Spielhalle sei die Mutter ihres Lebensgefährten gewesen, ein weiterer - zweiter - Chef habe Christo oder Christos geheißen. Später habe sie in einem griechischen Restaurant gearbeitet, in dem auch Musik gespielt worden sei. Genauere Angaben zu der Lage dieser Gaststätten konnte die Klägerin nicht machen. Nach der erweiterten Gewerbergisterauskunft, die die Beklagte vorgelegt hat, war in Stuttgart nie ein Gewerbe auf den Namen der Mutter des damaligen Lebensgefährten der Klägerin angemeldet. Ferner hat die Klägerin im Antragsverfahren unter anderem angegeben, sie habe zeitweise bei einer Freundin in C. bzw. in Stuttgart gelebt, während sie nach ihren Angaben im Erörterungstermin in der Olgastraße in Stuttgart in der Wohnung der Familie ihres damaligen Lebensgefährten gelebt haben will. Von C. aus kann die Klägerin nicht nach Stuttgart zur Arbeit gekommen sein, ohne zumindest Busse und Regionalzüge zu benutzen, sie hat bei ihrer Anhörung jedoch nur "gelbe" Bahnen, also die Züge der Stuttgarter Stadtbahn, erwähnt.

(4) Die Klägerin war auch nicht als Familienangehörige eines anderen, seinerseits freizügigkeitsberechtigten Unionsbürgers nach § 2 Abs. 2 Nr. 6 FreizügG-EU aufenthaltsbefugt, wie ihr Prozessbevollmächtigter meint.

Zunächst konnte die Klägerin ein solches Aufenthaltsrecht nicht aus dem Aufenthaltsrecht ihres damaligen Lebensgefährten ableiten, auch wenn dieser als langjährig in Deutschland lebender Grieche ein Daueraufenthaltsrecht innegehabt hat, zumindest nach § 2 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 FreizügG-EU aufenthaltsberechtigt war. Die Klägerin war nicht seine Familienangehörige. Familienangehörige sind nach § 3 Abs. 2 FreizügG-EU neben den Verwandten in gerader Linie nur die Ehegatten eines aufenthaltsberechtigten Unionsbürgers. Bereits die Partner einer (eingetragenen) Lebenspartnerschaft erwerben nach § 2 Abs. 6 FreizügG-EU nur unter anderen Voraussetzungen ein Aufenthaltsrecht. Eheähnliche oder lebenspartnerschaftsähnliche Lebensgefährten sind dagegen nicht erfasst (so auch Dienelt, a.a.O., § 3 Rn. 23 unter Hinweis auf EuGH, Ur. v. 17.04.1986, Rs 59/85 - Reed - Rn. 15). Diese deutsche Regelung entspricht Art. 2 Nr. 2 lit. a bis d FreizügRL. Noch deutlicher als in der deutschen Regelung wird dort, dass nichteheliche Lebensgefährten nicht erfasst sind. Sie werden nämlich in Art. 3 Abs. 2 Satz 1 lit. b FreizügRL gesondert geregelt. Dort ist zwar auch von Lebenspartnern die Rede, aus einem Vergleich mit Art. 2 Nr. 2 lit. b FreizügRL ergibt sich jedoch, dass hier solche "Lebensgefährten" gemeint sind, die in einer Weise zusammenleben, die gerade nicht - wie ggfs. die eingetragene Lebenspartnerschaft deutschen Rechts - der Ehe entspricht. Nach dieser Regelung hat der nichteheliche Lebensgefährte kein abgeleitetes Aufenthaltsrecht, sondern wird auf seine etwaigen eigenen Rechte verwiesen. Entsprechend wurde diese Regelung auch nicht in das FreizügG-EU übertragen, sondern es verbleibt bei den allgemeinen Aufenthaltsvorschriften aus § 2 FreizügG-EU oder - wenn der nichteheliche Lebensgefährte kein Unionsbürger und kein Gleichgestellter ist - bei den Regelungen des Aufenthaltsgesetzes (Dienelt, a.a.O., Rn. 21 f.). Dass die Klägerin im Streitzeitraum schwanger war und ihr aufenthaltsberechtigter Lebensgefährte die Vaterschaft anerkannt hatte, ändert an dieser Einschätzung der Rechtslage nichts. Zwischen ihr und dem Kindsvater bestanden vor der Geburt des Kindes keine Rechtsbeziehungen. Es ist generell ausgeschlossen - sowohl nach nationalem deutschem Recht als auch nach der FreizügRL - einen eheähnlichen Lebensgefährten als "Ehegatten" einzustufen.

Auch im Hinblick auf ihr Kind konnte die Klägerin kein Aufenthaltsrecht als Familienangehörige erwerben, unabhängig davon, ob dieses Kind

die deutsche Staatsbürgerschaft erwerben würde oder zumindest als Kind eines daueraufenthaltsberechtigten anderen Elternteils seinerseits aufenthaltsberechtigt sein würde. "Verwandte" im Sinne von § 3 Abs. 2 Nr. 1 FreizügG-EU konnte die Klägerin erst ab der Geburt des Kindes sein. Vor der Geburt bestehen zwischen Mutter und Kind keine Rechtsbeziehungen, die auch nur im weitesten Sinne als "Verwandtschaft" eingestuft werden könnten. Dies wird durch eine Auslegung der Vorschrift nach Sinn und Zweck bestätigt. Das Aufenthaltsrecht eines Elternteils eines aufenthaltsberechtigten Kindes soll sicherstellen, dass das Familienleben gelebt werden kann und Kind und Elternteil nicht getrennt werden können. Vor der Geburt eines Kindes besteht diese Gefahr nicht. Es kann daher offen bleiben, ob die Klägerin ab der Geburt ihrer Tochter aufenthaltsbefugt war, obwohl § 3 Abs. 2 Nr. 2 FreizügG-EU insoweit voraussetzt, dass das Kind dem Elternteil Unterhalt gewährt, und nach § 4 FreizügG-EU ein ausreichender Krankenversicherungsschutz und ausreichende Existenzmittel notwendig wären.

cc) [§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II](#) verstößt auch nicht gegen Recht der Europäischen Union. Die Vorschrift ist daher nicht wegen des Grundsatzes des Vorrangs europarechtlicher Regelungen unanwendbar.

(1) Es liegt kein Verstoß gegen das Gleichbehandlungsgebot aus Art. 4 i.V.m. Art. 70 der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29.04.2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit (im Folgenden: VO) vor.

Allerdings war diese Verordnung im Streitzeitraum in zeitlicher Hinsicht bereits anwendbar. Sie ist seit dem 01.05.2010 im Verhältnis zwischen den Mitgliedsstaaten anwendbar, nachdem - erst - zu diesem Zeitpunkt die nach Art. 89, 91 VO notwendige Durchführungsverordnung (Verordnung [EG] Nr. 987/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16.09.2009 [DVO]) in Kraft getreten ist.

Mit dem In-Kraft-Treten dieser Neuregelung ist davon auszugehen, dass alle Unionsbürger ungeachtet des Grundes ihres Aufenthalts, also auch jene, die sich nur zum Zwecke der Arbeitssuche in einem anderen Mitgliedsstaat aufhalten, unter den selben Voraussetzungen Anspruch auf Leistungen nach dem SGB II haben wie die Bürger des Aufenthaltsstaats. Die Neuregelung hat die europarechtliche Lage gegenüber der früheren Wanderarbeitnehmerverordnung (Verordnung [EWG] Nr. 1408/71 des Rates vom 14.06.1971) erheblich verändert (so auch LSG Niedersachsen-Bremen, Beschluss vom 11.08.2011, [L 15 AS 188/11 B ER](#), Juris Rn. 24 m.w.N.). Art. 4 VO untersagt jegliche auf die Staatsangehörigkeit eines Mitgliedsstaates gestützte Diskriminierung einer in den Geltungsbereich der Verordnung fallenden Person in der sozialen Sicherheit als Ausfluss des primärrechtlich in [Art. 21 AEUV](#) verankerten Diskriminierungsverbotes unter EU-Bürgern. Die Norm gebietet, die sozialrechtlich geschuldete Leistung einem Angehörigen eines anderen Mitgliedsstaates unter denselben Voraussetzungen zu gewähren wie dem Staatsangehörigen des zuständigen Staates (Eichenhofer, in: Fuchs, Europäisches Sozialrecht, 5. Aufl., Art. 4 VO (EG) Nr. 883/2004, Rn. 1, Rn. 4 m.w.N.). Die VO umfasst nach ihrem Art. 3 Abs. 3 besondere beitragsunabhängige Sozialleistungen, diese allerdings nur nach Maßgabe von Art. 70 VO. Art. 70 Abs. 1 VO bestimmt, dass solche beitragsunabhängigen Sozialleistungen solche sind, die auf Grund ihres persönlichen Geltungsbereichs, ihrer Ziele und/oder ihrer Anspruchsvoraussetzungen sowohl Merkmale der in Art. 3 Abs. 1 VO genannten, immer erfassten Sozialleistungen als auch Merkmale der Sozialhilfe aufweisen. Die weiteren, konkreten Anforderungen sind in Art. 70 Abs. 2 VO genannt. Hiernach gehört zu diesen Leistungen auch das Arbeitslosengeld II nach dem deutschen SGB II. Es ist im Sinne von Art. 70 Abs. 2 lit. a Unterabs. i VO ein Mindesteinkommen zur Bestreitung des Lebensunterhalts, es wird ausschließlich durch Steuern finanziert (Art. 70 Abs. 2 lit. b VO) und es ist - vor allem dies ist entscheidend (vgl. Schreiber, in: Schreiber/Wunder/Dern, VO (EG) Nr. 883/2004, 2012, Art. 70 Rn. 21 f.) - von der Bundesrepublik benannt und daher ausdrücklich als erfasste Leistung in Anlage X Buchst. b zu Art. 70 VO aufgenommen worden (Art. 70 Abs. 2 lit. c VO). Eine Beschränkung des Gleichbehandlungsgebotes ist nur insoweit vorgesehen, als die Art. 70 VO unterliegenden besonderen beitragsunabhängigen Leistungen nicht in einen anderen Mitgliedsstaat exportiert werden dürfen (Art. 70 Abs. 4 VO). Der teilweise Geltungsausschluss nach Art. 70 Abs. 3 VO umfasst nicht das Gleichbehandlungsgebot aus Art. 4 VO.

Vor diesem Hintergrund wird auch in der Literatur angenommen, dass der Ausschluss des [§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II](#) gegen die genannten Vorschriften der VO verstoße (vgl. Schreiber, a.a.O., Art. 70 Rn. 35). In der Rechtsprechung wird ebenfalls eine Verletzung der VO angenommen oder zumindest für möglich gehalten, wobei bislang nur Eilentscheidungen von Sozial- und Landessozialgerichten vorliegen (Hessisches LSG, Beschluss vom 14.07.2011, [L 7 AS 107/11 B ER](#), Juris Rn. 17 ff.; LSG Baden-Württemberg, Beschl. v. 24.10.2011, [L 12 AS 3938/11 ER-B](#), Juris Rn. 15; LSG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 30.09.2011, [L 14 AS 1148/11 B ER](#) u. a., Juris Rn. 6; LSG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 30.12.2010, [L 34 AS 1501/10 B ER](#), Juris; LSG Nordrhein-Westfalen, Beschl. v. 07.12.2011, [L 19 AS 1956/11 B ER](#), Juris Rn. 34). Begründet wird diese Ansicht damit, dass Art. 4 VO jegliche Diskriminierung zwischen Unionsbürgern bei der Gewährung der von der Verordnung erfassten Sozialleistungen untersagt und insoweit enger ist das allgemeine, aus [Art. 18](#) oder [Art. 45 Abs. 2 AEUV](#) folgende Diskriminierungsverbot, weil eine Ungleichbehandlung aus Gründen der Staatsangehörigkeit im Anwendungsbereich des Art. 4 VO nur aus den in der VO selbst genannten Gründen zulässig ist. Einen Grund, der Deutschland zu einer Differenzierung zwischen Unionsbürgern wie in [§ 7 Abs. 1 Satz 2 SGB II](#) enthalten berechtigten würde, ist in der Verordnung aber nicht enthalten.

Die Klägerin dieses Verfahrens unterliegt dem persönlichen Geltungsbereich der VO. Im Gegensatz zur früheren Wanderarbeitnehmerverordnung stellt die VO keine weiteren Anforderungen als die Unionsbürgerschaft auf. Insbesondere ist sie nicht auf Arbeitnehmer oder Selbstständige beschränkt (vgl. LSG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 30.09.2011, [L 14 AS 1148/11 B ER](#), a.a.O., Rn. 10). Zweifelhaft wäre allenfalls, ob die Klägerin im Sinne von Art. 2 Abs. 1 VO den Rechtsvorschriften der Bundesrepublik unterlegen hat. Nach Art. 1 lit. I Satz 1 VO sind hiermit nämlich nur Rechtsvorschriften "in Bezug auf die in Art. 3 Abs. 1 genannten Zweige der sozialen Sicherheit" erfasst. Dies sind die grundsätzlich von der Verordnung erfassten beitragsabhängigen Sozialleistungen. Dagegen reicht es für den persönlichen Anwendungsbereich der VO nicht aus, dass ein Unionsbürger - nur - jenen Rechtsvorschriften unterworfen ist, die beitragsunabhängige Leistungen im Sinne von Art. 3 Abs. 3 VO erfassen (vgl. Schreiber, a.a.O., Art. 70 Rn. 25). Die Klägerin war aber nie in Deutschland in ein beitragsabhängiges System der sozialen Sicherheit einbezogen, bevor sie den Antrag bei dem Jobcenter gestellt hatte. Insbesondere war sie zuvor nicht arbeitslosenversichert gewesen (Art. 3 Abs. 1 lit. h VO).

Jedoch war Art. 4 VO hier aus einem anderen Grunde unanwendbar. Diese Vorschrift tritt hinter die Regelung in Art. 24 Abs. 2 FreizügRL zurück, die ihrerseits eine nationalstaatliche Regelung über den Ausschluss von EU-Bürgern von Leistungen nach dem SGB II zulässt.

Grundsätzlich ordnet Art. 24 Abs. 1 FreizügRL an, dass vorbehaltlich spezifischer und ausdrücklich im Vertrag und im abgeleiteten Recht vorgesehener Bestimmungen jeder Unionsbürger, der sich aufgrund dieser Richtlinie im Hoheitsgebiet des Aufnahmemitgliedstaats aufhält,

im Anwendungsbereich des Vertrags die gleiche Behandlung wie die Staatsangehörigen dieses Mitgliedstaats genießt und dass sich dieses Recht auf Gleichbehandlung auch auf Familienangehörige erstreckt, die nicht die Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaats besitzen und das Recht auf Aufenthalt oder das Recht auf Daueraufenthalt genießen. Diese Vorschrift sagt nichts Anderes als Art. 4 VO. Jedoch sieht Art. 24 Abs. 2 FreizügRL eine Ausnahme von diesem Grundsatz vor. Diese Vorschrift lautet: "Abweichend von Absatz 1 ist der Aufnahmemitgliedstaat jedoch nicht verpflichtet, anderen Personen als Arbeitnehmern oder Selbstständigen, Personen, denen dieser Status erhalten bleibt, und ihren Familienangehörigen während der ersten drei Monate des Aufenthalts oder gegebenenfalls während des längeren Zeitraums nach Artikel 14 Absatz 4 Buchstabe b) einen Anspruch auf Sozialhilfe oder vor Erwerb des Rechts auf Daueraufenthalt Studienbeihilfen, einschließlich Beihilfen zur Berufsausbildung, in Form eines Stipendiums oder Studendarlehens, zu gewähren". Diese Vorschrift erlaubt den Mitgliedsstaaten, auch alle diejenigen an sich freizügigkeitsberechtigten Unionsbürger von dem Bezug von "Sozialhilfe" auszuschließen, die nicht Arbeitnehmer, Selbstständige oder Personen mit fortgesetztem Arbeitnehmer- oder Selbstständigenstatus oder Familienangehöriger einer solchen Person sind. Dies hat der deutsche Gesetzgeber getan. Zur Sozialhilfe in diesem Sinne zählt auch die Regelleistung und die Leistungen für Unterkunft und Heizung nach §§ 20, 22 SGB II sowie - konkret für den Fall der Klägerin - die Mehrbedarfsleistungen für Schwangere nach § 21 Abs. 2 SGB II a.F. (so auch LSG Baden-Württemberg, Beschl. v. 22.02.2010, [L 13 AS 356/10 ER-B](#), und v. 15.04.2010, [L 13 AS 1124/10 ER-B](#), beide nach juris; a.A. - die Eigenschaft als Sozialhilfe anzweifelnd - dagegen LSG Baden-Württemberg, Beschl. v. 25.08.2010, [L 7 AS 3769/10 ER-B](#), Juris Rn. 13). Abzustellen ist hier auf den Inhalt, den Zweck und die Ausgestaltung der jeweiligen Leistung, und zwar ausgehend von der Sozialhilfe alten Rechts, die von Art. 24 Abs. 2 FreizügRL zweifellos erfasst wurde. Hierbei ist allerdings der Zweck der Leistung nach ihren Ergebnissen und nicht nach ihrer formalen Struktur zu bestimmen (EuGH, Urt. v. 04.06.2009, Rs. [C 22/08](#) und [C 23/08](#) - Vatsouras/Koupa-tant-ze - Juris Rn. 41 f.). Die genannten Leistungen nach dem SGB II sind in der Nachfolge des zum Ende 2004 aufgehobenen Bundessozialhilfegesetzes (BSHG) zur Sicherung des Lebensunterhalts eingeführt worden. Ihnen fehlt - anders als etwa den Eingliederungsleistungen nach dem SGB II - der spezifische Bezug zum Arbeitsmarkt, der für einen Vorrang der VO gegenüber der FreizügRL spricht. Sie unterscheiden sich in Höhe und Art nicht von den entsprechenden Leistungen nach dem Zwölften Buch Sozialgesetzbuch (SGB XII), denen ausdrücklich ein Bezug zum Arbeitsmarkt fehlt. Auch die Leistungen nach dem SGB II sind steuerfinanziert. Entsprechend hat im Übrigen auch das BSG in dem Urteil vom 19.10.2010 ([a.a.O.](#), Rn. 32) die genannten Leistungen nach dem SGB II als "Fürsorgeleistungen" Art. 1 EFA eingestuft und ausdrücklich an der speziellen Regelung zur deutschen "Sozialhilfe" in Anhang I zum EFA gemessen ([a.a.O.](#), Rn. 34). Dies zeigt, dass auch das BSG die genannten Leistungen eher als Sozialhilfe zur allgemeinen Sicherung des Lebensunterhalts einstuft denn als Leistungen zur Eingliederung in den Arbeitsmarkt. Mit dieser Einschätzung weicht der Senat nicht von dem genannten Urteil des EuGH vom 04.06.2009 ab. Der EuGH hat dort entschieden, dass für lediglich Arbeitssuchende nur ein Anspruch auf solche Leistungen bestehen muss, die den Zugang zum Arbeitsmarkt erleichtern sollen, sofern eine hinreichend tragfähige Beziehung zu dem (jeweiligen) Arbeitsmarkt festgestellt werden kann ([a.a.O.](#), Rn. 33 ff., 38; vgl. Thie/Schoch, LPK-SGB II, 4. Aufl. 2011, § 7 Rn. 31 m.w.N.), und er hat es offen gelassen, ob diese Voraussetzung für die genannten Leistungen nach dem SGB II vorliegt. Eine europarechtliche Einstufung nationalstaatlicher Leistungen wäre auch kaum möglich, nachdem die entsprechenden Regelungen in den Mitgliedsstaaten höchst unterschiedlich sind und es ggfs. auch von Zufälligkeiten abhängt, wie die Leistungen nationalstaatlich eingeordnet sind. So wäre z. B. eine Person mit einem Restleistungsvermögen von unter drei Stunden täglich, der aber eine entsprechende Erwerbstätigkeit ausübt, europarechtlich ein Arbeitnehmer, könnte aber wegen [§ 8 Abs. 1 SGB II](#) (aufstockende) Leistungen nicht nach dem SGB II, sondern womöglich nach dem SGB XII erhalten.

Art. 24 Abs. 2 FreizügRL hat auch Vorrang gegenüber Art. 4 VO. Der Senat schließt sich in diesem Punkt dem Beschluss des LSG Berlin-Brandenburg vom 03.04.2012 ([L 5 AS 2157/11 B ER](#), [L 5 AS 2177/11 B PKH](#), Juris Rn. 9) an. Hiernach sprechen zwar bei isolierter Betrachtung die Regelungen der VO für einen Gleichbehandlungsanspruch aller Unionsbürger auch hinsichtlich der Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts. Jedoch ist [§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II](#) in Verbindung mit Art. 24 Abs. 2 FreizügRL als speziellere Regelung anwendbar. Im Recht der Europäischen Union sind sekundärrechtliche Normenkollisionen nach den allgemeinen Rechtsgrundsätzen "lex posterior derogat legi priori" und "lex specialis derogat legi generali" zu lösen (Nettesheim, in: Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union, Stand Mai 2008, Art. 249 EGV Rn. 234). Die Anwendung des erstgenannten Rechtsgrundsatzes ist im vorliegenden Fall ausgeschlossen, da von einer früheren und einer späteren Regelung keine Rede sein kann. Die Richtlinie 2004/38/EG (FreizügRL) und die VO (EG) 883/2004 (VO) wurden am selben Tag erlassen, nämlich am 29.04.2004. An dieser Ausgangslage hat sich auch durch den späten Erlass der Durchführungsverordnungen zur VO nichts geändert. Diese Durchführungsverordnungen haben die VO zwar erst anwendbar gemacht. Sie enthalten aber keine Regelungen, die der Anwendung des Art. 24 Abs. 2 FreizügRL entgegenstehen. Auch soweit Art. 70 VO i.V.m. Anl. X zur VO die Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts ausdrücklich als besondere beitragsunabhängige Leistungen einstuft, steht das der Anwendung des § 24 Abs. 2 FreizügRL nicht entgegen. Diese Einstufung galt bereits nach der Vorgängerregelung des Art. 10a in Verbindung mit Anlage IIa der Wanderarbeitnehmerverordnung. Gleichwohl hat der EuGH in seiner bereits erwähnten Entscheidung vom 04.06.2009 (Vatsouras/Koupa-tant-ze) die Ausschlussregelung des Art. 24 Abs. 2 FreizügRL nicht für unanwendbar gehalten. Vor diesem Hintergrund ist sie gegenüber dem Gleichbehandlungsgebot aus Art. 4 VO als speziellere Vorschrift anzusehen. Die FreizügRL enthält insoweit ein eigenständiges Regelwerk. Während die VO allgemeine Vorschriften zur Koordinierung der sozialen Sicherungssysteme beinhaltet, regelt die FreizügRL das Aufenthaltsrecht der Unionsbürger. In Art. 24 Abs. 1 FreizügRL ist auch das Gleichbehandlungsgebot gesondert geregelt. Hierzu stellt Art. 24 Abs. 2 eine Ausnahmegvorschrift dar. Sie ist erforderlich, weil das Aufenthaltsrecht einerseits unter anderem schon tatbestandlich davon abhängt, dass Sozialhilfeleistungen nicht oder nicht unangemessen in Anspruch genommen werden (Art. 7 Abs. 1 Buchst. b und c, 12 Abs. 2, 14 Abs. 1 FreizügRL), andererseits aber die Inanspruchnahme von Sozialhilfeleistungen gemäß Art. 14 Abs. 3 FreizügRL nicht automatisch zu einer Ausweisung führen darf. Auch aus einem anderen Grunde ist Art. 24 Abs. 2 FreizügRL als speziellere Regelung einzustufen: Diese Regelung betrifft - nur - Arbeitnehmer und Selbstständige, während die VO alle Unionsbürger erfasst. Dies spricht dafür, dass Sozialleistungen im Bereich der Arbeitssuche abschließend in der FreizügRL geregelt sein sollen.

Die Klägerin fällt auch in den Anwendungsbereich des Art. 24 Abs. 2 FreizügRL. Sie war in Deutschland bei Antragstellung weder Arbeitnehmerin noch Selbstständige und hatte einen solchen Status, wie oben ausgeführt, auch nicht aus einer früheren Erwerbstätigkeit aufrechterhalten. Sie war zwar mehr als drei Monate in Deutschland. Jedoch durfte sie wegen des Verweises auf Art. 14 Abs. 4 lit. b FreizügRL in Art. 24 Abs. 2 FreizügRL weiterhin von den Leistungen nach dem SGB II ausgeschlossen bleiben. Art. 14 Abs. 4 lit. b FreizügRL knüpft wiederum an den Status als Arbeitssuchender an. Diesen Status hatte die Klägerin. Sie durfte deshalb zwar nicht ausgewiesen werden, wohl aber durfte [§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II](#) auf sie angewandt werden.

(2) Wie der EuGH in dem genannten Urteil ausgeführt hat, verletzt Art. 24 Abs. 2 FreizügRL auch nicht Primärrecht der Union, insbesondere nicht [Art. 39 EUV](#) (nunmehr [Art. 45 AEUV](#)). Daraus folgt, dass [§ 7 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 SGB II](#) seinerseits, weil er sich im Rahmen des Art. 24 Abs. 2 Freizügigkeitsrichtlinie hält, nicht gegen die Verträge verstößt.



(3) Ein Verstoß des [§ 7 Abs. 1 Satz 2 SGB II](#) gegen die Regelungen des EFA ist nicht ersichtlich. Das BSG hat in dem genannten Urteil vom 19.10.2010 den Ausschluss eines Unionsbürgers von den Leistungen nach dem SGB II nur dann als Verletzung des Gleichbehandlungsgebots aus dem EFA gesehen, wenn jener Bürger vom Anwendungsbereich des EFA erfasst war (Juris, Rn. 21 ff.). Bulgarien ist aber nicht Signatarstaat des EFA (BSG, a.a.O., Rn. 22), sodass die Klägerin als Bulgarin nicht unter den Schutz dieses Abkommens fällt. Auch aus dem Recht der Europäischen Union kann sie für sich nicht die Anwendbarkeit des EFA herleiten. Bei dem EFA handelt es sich um einen multilateralen völkerrechtlichen Vertrag außerhalb der EU. Dem EFA gehören nicht alle Mitgliedsstaaten der Union, dagegen aber Drittstaaten wie die Türkei an. Aus dem Recht der EU ist Deutschland Bulgarien gegenüber verpflichtet, die europarechtlichen Regelungen der Verträge und des Sekundärrechts nach ihrem jeweiligen Inhalt auch auf Bulgarinnen und Bulgaren anzuwenden. Das EFA ist kein Recht in diesem Sinne.

3. Die Entscheidung über die Kosten des Rechtsstreits beruht auf [§ 193 Abs. 1 SGG](#).

4. Der Senat lässt die Revision zu ([§ 160 Abs. 2 Nr. 1 SGG](#)), weil bisher keine Haupt–sache-entscheidungen der Obergerichte oder des Bundessozialgerichts zur Frage der Europarechtskonformität des [§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II](#) vorliegen.

Rechtskraft

Aus

Login

BWB

Saved

2012-07-02