
Datum: 05.05.2014
Gericht: Landessozialgericht NRW
Spruchkörper: 19. Senat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: L 19 AS 430/13
ECLI: ECLI:DE:LSGNRW:2014:0505.L19AS430.13.00

Vorinstanz: Sozialgericht Köln, S 11 AS 4730/11
Nachinstanz: Bundessozialgericht, B 14 AS 430/13
Sachgebiet: Grundsicherung für Arbeitsuchende
Rechtskraft: nicht rechtskräftig

Tenor:

Die Berufung des Beklagten gegen das Urteil des Sozialgerichts Köln vom 27.11.2012 wird zurückgewiesen. Der Beklagte trägt die erstattungsfähigen außergerichtlichen Kosten der Klägerinnen im Berufungsverfahren. Die Revision wird zugelassen.

- Tatbestand: 1
- Die Beteiligten streiten um einen Anspruch der Klägerinnen auf Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach dem SGB II für den Zeitraum von 25.09.2010 bis 30.11.2011. 2
- Die am 00.00.1977 geborene Klägerin zu 1) ist die Mutter der am 00.00.1998 geborenen Klägerin zu 2), die im streitigen Zeitraum Schülerin war. Beide sind bulgarische Staatsbürgerinnen. Sie lebten im streitigen Zeitraum zusammen mit den Eltern sowie einem Bruder der Klägerin zu 1) in einer gemeinsamen Wohnung in einem Übergangwohnheim, für die ein Nutzungsentgelt von 1720,04 Euro monatlich erhoben wurde. Der Mietrückstand im streitigen Zeitraum belief sich auf über 20.000,00 Euro. Die Klägerin zu 1) besaß ab dem 16.02.2011 eine unbefristete Arbeitsberechtigung nach § 284 SGB III sowie seit dem 31.08.2011 eine Freizügigkeitsbescheinigung. 3
- Die Klägerinnen reisten am 09.02.2004 mit weiteren Familienangehörigen unter falschen Namen in die Bundesrepublik Deutschland ein. Sie gaben sich als Personen mit 4

mazedonischer Staatsbürgerschaft aus, erhielten bis zum 13.04.2010 Duldungen und bis Februar 2010 Leistungen nach dem AsylbLG. Die zutreffende Identität der Klägerinnen wurde dem Ausländeramt am 13.07.2010 bekannt.

Am 10.09.2010 stellten die Klägerinnen einen Leistungsantrag bei der Rechtsvorgängerin des Beklagten (nachfolgend Beklagter) sowie beim Sozialgericht Köln einen Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung auf Verpflichtung des Beklagten zur einstweiligen Gewährung von Leistungen nach dem SGB II. Mit Beschluss vom 21.10.2010 lehnte das Sozialgericht den Antrag ab. Während des laufenden Gerichtsverfahrens stellten die Klägerinnen am 25.09.2010 einen weiteren Leistungsantrag. Diesen Antrag lehnte der Beklagte mit Bescheid vom 18.03.2011 ab. Die Klägerinnen seien nach § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II vom Leistungsbezug nach dem SGB II ausgeschlossen, da sie sich allein zum Zwecke der Arbeitsuche im Bundesgebiet aufhielten. Gegen diesen Bescheid legten die Klägerinnen am 30.03.2011 Widerspruch ein. 5

In einem weiteren Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes (S 33 AS 1570/11 ER) verpflichtete das Sozialgericht den Beklagten vorläufig, den Klägerinnen Leistungen in Gestalt der Regelleistung nach dem SGB II für die Zeit vom 15.04.2011 bis 15.07.2011 zu gewähren. Mit Bescheid vom 16.06.2011 führte der Beklagte diesen Beschluss aus und bewilligte vom 15.04.2011 bis 15.07.2011 Regelleistungen. Darüber hinaus bewilligte er vorläufige Leistungen für Unterkunft und Heizung. 6

Am 05.08.2011 beantragten die Klägerinnen Leistungen ab dem 15.07.2011. Diesen Antrag lehnte der Beklagte mit Bescheid vom 11.08.2011 ab. Er gewährte jedoch "in weiterer Ausführung des Beschlusses S 33 AS 1570/11 ER" vorläufig für die Zeit vom 01.08.2011 bis zum 31.01.2012 monatlich Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts i.H.v. 670,00 EUR und Leistungen für Unterkunft und Heizung i.H.v. 642,09 EUR. Gegen diesen Bescheid legten die Klägerinnen am 05.09.2011 Widerspruch ein. Mit Widerspruchsbescheid vom 10.11.2011 wies der Beklagte die Widersprüche gegen die Bescheide vom 18.03.2011 sowie 11.08.2011 als unbegründet zurück. 7

Mit Bescheid vom 30.11.2011 bewilligte die Familienkasse L Kindergeld für die Klägerin zu 2) rückwirkend seit 2007. Hieraus resultierten Nachzahlungen, die am 19.09.2011 i.H.v. 1.656,00 EUR sowie am 06.12.2011 i.H.v. 7.972,00 EUR auf das Konto der Klägerin zu 1) verbucht wurden. 8

Am 08.12.2011 haben die Klägerinnen Klage gegen die Bescheide vom 18.03.2011 und 11.08.2011 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 10.11.2011 erhoben. Die Voraussetzungen für einen Anspruch auf Leistungen nach § 7 SGB II seien erfüllt. Der Leistungsausschluss nach § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II verstoße gegen Recht der Europäischen Union, namentlich gegen das Gleichbehandlungsgebot des Art. 4 der Verordnung (EG) 883/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29.04.2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit (VO (EG) 883/2004). 9

Die Klägerinnen haben beantragt, 10

die Bescheide des Beklagten vom 18.03.2011 und 11.08.2011, beide in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 10.11.2011 aufzuheben und ihnen Leistungen nach dem SGB II für die Zeit vom 25.09.2010 bis zum 31.01.2012 nach Maßgabe der gesetzlichen Bestimmungen zu gewähren. 11

Der Beklagte hat beantragt, 12

die Klage abzuweisen.	13
Mit Urteil vom 27.11.2012 hat das Sozialgericht den Beklagten unter Abänderung der angefochtenen Bescheide verurteilt, den Klägerinnen dem Grunde nach Leistungen nach dem SGB II für die Zeit vom 25.09.2010 bis 30.11.2011 nach Maßgabe der gesetzlichen Bestimmungen zu gewähren und die weitergehende Klage abgewiesen. Die Klägerinnen könnten sich bei Erfüllung der Leistungsvoraussetzungen auf den Gleichbehandlungsgrundsatz nach Art. 4 VO (EG) 883/2004 berufen. Die Nachzahlung von Kindergeld i.H.v. 1.656,00 EUR im September 2011 lasse die Hilfebedürftigkeit nicht entfallen. Erst ab Dezember 2011 entfalle die Hilfebedürftigkeit wegen der Nachzahlung des Kindergeldes i.H.v. 7.972,00 EUR.	14
Gegen das dem Beklagten am 12.02.2013 zugestellte Urteil richtet sich dessen Berufung vom 08.03.2013. Der Beklagte beruft sich auf den Leistungsausschluss nach § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II. Die Klägerin zu 1) habe kein Aufenthaltsrecht als das zur Arbeitsuche. Den Klägerinnen stehe insbesondere kein Daueraufenthaltsrecht zu, da sie unter falschem Namen eingereist wären.	15
Der Beklagte beantragt,	16
das Urteil des Sozialgerichts Köln vom 27.11.2012 zu ändern und die Klage abzuweisen.	17
Die Klägerinnen beantragen,	18
die Berufung zurückzuweisen.	19
Sie halten das angefochtene Urteil für zutreffend.	20
Die Klägerin zu 1) gibt an, in Bulgarien bis zum fünften Schuljahr zur Schule gegangen zu sein. Sie habe anschließend nicht gearbeitet. In der Bundesrepublik habe sie vor etwa drei Jahren einmal arbeiten wollen. Seither sei sie krank gewesen. Um eine Arbeitsstelle beworben habe sie sich nicht. Wenn sie gesundheitlich dazu in der Lage wäre, würde sie gerne einen einfachen Job annehmen.	21
Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den Inhalt der Gerichts- und Verwaltungsakten sowie der Ausländerakten der Stadt L verwiesen, deren wesentlicher Inhalt Gegenstand der mündlichen Verhandlung gewesen ist.	22
Entscheidungsgründe:	23
Die zulässige Berufung des Beklagten ist unbegründet.	24
A. Den Streitgegenstand des Verfahrens bilden Ansprüche der Klägerinnen auf Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach dem SGB II für den Zeitraum vom 25.09.2010 bis 30.11.2011, über die der Beklagte durch die Bescheide vom 18.03.2011 und 11.08.2011 in der Fassung des Widerspruchsbescheides vom 10.11.2011 entschieden hat und zu deren Gewährung das Sozialgericht den Beklagten im Rahmen eines Grundurteils (§ 130 Abs. 1 SGG) verpflichtet hat. Da nur der Beklagte Berufung eingelegt hat, ist der streitige Leistungszeitraum bis November 2011 begrenzt.	25
B. Zu Recht hat das Sozialgericht der Klage teilweise stattgegeben. Die angefochtenen Bescheide sind rechtswidrig. Die Klägerinnen haben einen Anspruch auf Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach dem SGB II vom 25.09.2010 bis 30.11.2011.	26

1) Im streitbefangenen Zeitraum erfüllte die Klägerin zu 1) die Leistungsvoraussetzungen des § 7 Abs. 1 S. 1 SGB II. Sie hatte das 15. Lebensjahr vollendet und die Altersgrenze nach § 7a SGB II noch nicht erreicht (§ 7 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 SGB II). Als bulgarische Staatsangehörige war sie unabhängig von der Erteilung einer Arbeitsgenehmigung erwerbsfähig i.S.v. §§ 7 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 SGB II i.V.m. 8 Abs. 2 SGB II (vgl. BSG Urteil vom 30.01.2013 - B 4 AS 54/12 R, Rn. 13 ff.). Durchgreifende Zweifel an der gesundheitlichen Erwerbsfähigkeit der Klägerin zu 1) i.S.d. §§ 8 Abs. 1 S. 1 SGB II ergeben sich weder aus dem Umstand, dass sie im Erörterungstermin am 01.07.2013 ausgeführt hat, es sei ihr in den letzten drei Jahren gesundheitlich nicht gut gegangen noch daraus, dass sie nach einem Aktenvermerk der Bundesagentur für Arbeit vom 12.08.2013 ab August 2013 nach dem Ergebnis einer ärztlichen Begutachtung erwerbsunfähig sei. Denn diese Umstände liegen weit nach dem streitigen Zeitraum, für den Belege für eine dauerhafte Erwerbsunfähigkeit der Klägerin zu 1) nicht vorhanden sind und auch von den Beteiligten nicht geltend gemacht werden.

Die Klägerin zu 1) hatte ihren gewöhnlichen Aufenthalt in der Bundesrepublik Deutschland i.S.v. § 7 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 SGB II. Nach § 7 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 SGB II i.V.m. § 30 Abs. 2 S. 3 SGB I hat jemand seinen gewöhnlichen Aufenthalt dort, wo er sich unter Umständen aufhält, die erkennen lassen, dass er an diesem Ort oder in diesem Gebiet nicht nur vorübergehend verweilt. Die Klägerin zu 1) hielt sich im streitigen Zeitraum zukunfts offen und ohne erkennbare Anzeichen, dies ändern zu wollen, durchgehend in L auf. Ihr aufenthaltsrechtlicher Status als Staatsangehörige eines neuen Unionsstaates, für den noch Übergangsregelungen u.a. mit Einschränkungen der Arbeitnehmerfreizügigkeit bis zum 31.12.2013 galten, ist demgegenüber unerheblich. Anknüpfend an die Rechtsprechung des BSG (BSG Urteil vom 30.01.2013 - B 4 AS 54/12 R, kritisch zu dieser Rechtsprechung SG Darmstadt Beschluss vom 28.10.2013 - S 16 AS 534/13 ER), wonach bei einem EU-Bürger bis zur Entscheidung der Ausländerbehörde nach § 6 FreizügG/EU über den Verlust des Rechts zur Einreise und auf Aufenthalt ein zukunfts offener Aufenthalt i.S.v. § 30 SGB I unabhängig vom Vorliegen eines Aufenthaltsgrundes bzw. -rechts gegeben ist, bestand im streitbefangenen Zeitraum ein gewöhnlicher Aufenthalt in der Bundesrepublik Deutschland (vgl. hierzu Urteil des Senats vom 10.10.2013 - L 19 AS 129/13). Der Verlust des Rechts der Klägerin zu 1) zur Einreise und auf Aufenthalt wurde von der zuständigen Ausländerbehörde im streitbefangenen Zeitraum nicht festgestellt.

Die Klägerin zu 1) war im streitigen Zeitraum i.S.d. §§ 7 Abs. 1 S. 1 Nr. 3, 9 SGB II hilfebedürftig. Sie verfügte bis zum Zufluss des für die Klägerin zu 2) rückwirkend bewilligten Kindergeldes über kein Einkommen oder Vermögen. Der Zufluss der Kindergeldnachzahlung von 1.656,00 EUR am 20.09.2011 ließ die Bedürftigkeit nicht entfallen. Unter Zugrundelegung des durch § 11 Abs. 3 S. 2 SGB II auf bis zu sechs Monate begrenzten Verteilzeitraumes ergibt sich ein monatlicher Verteilbetrag i.H.v. 276,00 EUR, der den Bedarf der Klägerinnen nicht deckte.

2) Die Klägerin zu 1) ist nicht von Leistungen nach dem SGB II ausgeschlossen. § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II, wonach Ausländerinnen und Ausländer und ihre Familienangehörigen, deren Aufenthaltsrecht sich allein aus dem Zweck der Arbeitsuche ergibt, vom Leistungsanspruch ausgenommen sind, steht einem Leistungsanspruch nicht entgegen, weil die Klägerin zu 1) sich im streitigen Zeitraum auf ein solches Aufenthaltsrecht nicht berufen konnten (a). Der Klägerin zu 1) stand auch kein anderweitiges Aufenthaltsrecht zur Verfügung (b). Sie unterfällt als Unionsbürgerinnen ohne (materielles) Aufenthaltsrecht dem Leistungsausschluss nicht (c).

a) Ein Aufenthaltsrecht zur Arbeitsuche gem. § 2 Abs. 1 Nr. 1 FreizügG/EU bestand für die Klägerin zu 1) im streitigen Zeitraum nicht (mehr).

Das gemeinschaftsrechtliche Freizügigkeitsrecht eines Arbeitnehmers aus Art. 45 Abs. 3 AEUV, das in § 2 Abs. 2 Nr. 1 FreizügG/EU konkretisiert wird (Dienelt in Renner, Ausländerrecht, 10. Aufl., § 2 FreizügG/EU, Rn. 61) umfasst auch die Ersteinreise zum Zwecke der Arbeitsuche, ein konkretes Arbeitsverhältnis muss insoweit noch nicht bestehen (EuGH Urteil vom 25.10.2012 - C 367/11 Rechtssache Prête; VGH Bayern, Beschluss vom 16.01.2009 - 19 C 08.3271). Im streitigen Zeitraum hatte die Klägerin jedoch kein Aufenthaltsrecht zur Arbeitsuche mehr. Denn das Recht eines Arbeitnehmers auf Zugang zum Arbeitsmarkt begründet kein zeitlich unbeschränktes Aufenthaltsrecht. Dieses besteht vielmehr zunächst für drei Monate voraussetzungslos und danach nur so lange, wie ein Arbeitnehmer ernsthaft einen Arbeitsplatz sucht und sein Bemühen nicht objektiv aussichtslos ist (vgl. EuGH Urteile vom 20.02.1997 - C-344/95, vom 26.02.1991 - C-292/89 - Rechtssache Antonissen und 23.03.2004 - C-138/02 - Rechtssache Collins; Dienelt in Renner, Ausländerrecht, 10. Aufl. § 2 FreizügG/EU, Rn. 62; vergl. auch Art. 14 Abs. 4b S. 2 der Richtlinie 2004/38/EG des Europäischen 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 - ABl. L 158 - im Folgenden: Freizügigkeitsrichtlinie, wonach Arbeitsuchende nicht ausgewiesen werden dürfen, solange sie nachweisen können, dass sie weiterhin Arbeit suchen und eine begründete Aussicht haben, eingestellt zu werden).

Dahinstehen kann, welche Anforderungen an ernsthafte Bemühungen zur Erlangung eines Arbeitsplatzes zu stellen sind. Zur Überzeugung des Senats wären Einstellungsbemühungen im streitbefangenen Zeitraum für die Klägerin zu 1) objektiv ohne jede begründete Aussicht auf Erfolg gewesen. Sie verfügte lediglich über eine rudimentäre Schulausbildung, keine verwertbaren Kenntnisse der deutschen Sprache und keinerlei Berufserfahrung. Nach eigenen Angaben litt sie unter gesundheitlichen Einschränkungen. Als bulgarische Staatsangehörige benötigte sie zudem eine Arbeitserlaubnis/EU oder Arbeitsberechtigung/EU nach § 284 SGB III, die grundsätzlich nur unter den einschränkenden Voraussetzungen von § 39 Abs. 1 S. 1 AufenthG, d.h. insbesondere in Abhängigkeit vom Nichtvorhandensein bevorzogter Arbeitnehmer (§ 39 Abs. 2 S. 1b AufenthG), erteilt werden konnte. Ein Aufenthaltsrecht der Klägerin zu 1) zur Arbeitsuche bestand danach nicht.

b) Die Klägerin zu 1) konnte sich im streitbefangenen Zeitraum nicht auf ein anderweitiges Aufenthaltsrecht berufen. Ein solches Recht besteht weder nach dem FreizügG/EU (aa) noch nach Art. 21 AEUV (bb).

aa) Nach § 2 Abs. 1 FreizügG/EU haben freizügigkeitsberechtigte Unionsbürger und ihre Familienangehörigen ein Recht zur Einreise und zum Aufenthalt nach Maßgabe dieses Gesetzes.

Im streitbefangenen Zeitraum war die Klägerin zu 1) weder als Arbeitnehmerin beschäftigt (§ 2 Abs. 2 Nr. 1 FreizügG/EU), noch niedergelassene selbständige Erwerbstätige (§ 2 Abs. 2 Nr. 2 FreizügG/EU). § 2 Abs. 3 FreizügG/EU, wonach in bestimmten Fällen ein zuvor erworbener Status erhalten bleiben kann, greift zu Gunsten der Klägerin zu 1) nicht ein. Insbesondere hat sie nach ihrer Einreise in die Bundesrepublik weder eine Beschäftigung unfreiwillig verloren noch eine nach der Einreise aufgenommene selbständige Tätigkeit infolge von Umständen, auf die sie keinen Einfluss gehabt hat, eingestellt (§ 2 Abs. 3 Nr. 2 FreizügG/EU).

Ein Aufenthaltsrecht als nicht erwerbstätiger Unionsbürger nach § 4 FreizügG/EU lag ebenfalls nicht vor, da die Klägerin zu 1) nicht über ausreichende Existenzmittel verfügte.

Die Klägerin zu 1) hatte im streitbefangenen Zeitraum auch kein Daueraufenthaltsrecht nach § 4a FreizügG/EU erworben, da sie sich nicht seit mindestens fünf Jahren materiell rechtmäßig im Bundesgebiet aufgehalten hatte und auch die Voraussetzungen von § 4a Abs. 2 FreizügG/EU nicht vorlagen. 38

Ein von der Klägerin zu 2) abgeleitetes Aufenthaltsrecht steht der Klägerin zu 1) nicht zu. Auch die Klägerin zu 2) hatte kein Aufenthaltsrecht nach den vorgenannten Vorschriften. 39

Die Klägerin zu 1) konnte schließlich aus § 11 Abs. 1 S. 5 FreizügG/EU in der bis zum 30.06.2011 geltenden Fassung vom 19.08.2007 (BGBl I, 1970) kein Aufenthaltsrecht ableiten (vgl. hierzu BSG Urteil vom 30.01.2013 - B 4 AS 54/12 R, Rn. 321). Es lagen keine Gründe vor, die nach den Vorschriften des AufenthG ein Aufenthaltsrecht begründen konnten. 40

bb) Allein aus dem Freizügigkeitsrecht der Unionsbürger nach Art. 21 AEUV kann die Klägerin zu 1) kein materielles Aufenthaltsrecht ableiten. 41

Nach Art. 21 AEUV hat zwar jeder Unionsbürger das Recht, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten vorbehaltlich der in diesem Vertrag und in den Durchführungsvorschriften vorgesehenen Beschränkungen und Bedingungen frei zu bewegen und aufzuhalten. Die Vorschrift begründet ein subjektiv öffentliches Recht, das dem Unionsbürger unabhängig vom Zweck seiner Inanspruchnahme unmittelbar zusteht und gewährleistet das Recht, aus einem Mitgliedstaat auszureisen, in einen anderen Mitgliedstaat einzureisen und sich dort ohne zeitliche und grundsätzlich ohne inhaltliche Begrenzung aufzuhalten. Das Recht der Staatsangehörigen eines Mitgliedstaats, sich im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats aufzuhalten, ohne dort einer Tätigkeit im Lohn- oder Gehaltsverhältnis oder einer selbständigen Tätigkeit nachzugehen, besteht jedoch nicht uneingeschränkt, sondern vorbehaltlich der im Vertrag und in den Durchführungsvorschriften vorgesehenen Beschränkungen und Bedingungen. Hinsichtlich dieser Beschränkungen und Bedingungen ist Art. 7 Abs. 1 b) der Freizügigkeitsrichtlinie zu entnehmen, dass die Mitgliedstaaten verlangen können, dass die Staatsangehörigen eines anderen Mitgliedstaats, die das Aufenthaltsrecht in ihrem Hoheitsgebiet für einen Zeitraum von über drei Monaten wahrnehmen wollen, ohne eine wirtschaftliche Tätigkeit auszuüben, für sich und ihre Familienangehörigen über einen umfassenden Krankenversicherungsschutz im Aufnahmemitgliedstaat und über ausreichende Existenzmittel verfügen, so dass sie während ihres Aufenthalts keine Sozialhilfeleistungen des Aufnahmemitgliedstaats in Anspruch nehmen müssen (EuGH Urteil vom 19.09.2013 - C-140/12 - Rechtsache Brey; vergl. zur Konkretisierung des Freizügigkeitsrechts durch die Freizügigkeitsrichtlinie auch EuGH Urteil vom 21.12.2011 - C 424/10, Rn. 38 f.; BVerwG Urteil vom 13.07.2010 - 1 C 14/09, Rn. 24 ff.). 42

c) Mithin lässt sich das Vorliegen eines Aufenthaltsrechtes nach dem FreizügG/EU bzw. der Freizügigkeitsrichtlinie nicht positiv feststellen. Dies gilt namentlich hinsichtlich eines Aufenthaltsrechts zur Arbeitsuche. Der Aufenthaltswitz der Arbeitsuche stellt keinen Auffangtatbestand dar, der zur Anwendung gelangt, wenn ein anderer Zweck nicht feststellbar ist (vgl. Dienelt, a.a.O., § 2 FreizügG/EU Rn. 59, Hessisches LSG Beschluss vom 30.09.2010 - L 6 AS 433/13 B ER). Es handelt sich bei den Klägerinnen um EU-Bürgerinnen ohne Aufenthaltsgrund bzw. ohne materielles Aufenthaltsrecht (zu dieser Personengruppe vgl. auch BVerwG Urteil vom 31.05.2012 - 10 C 8/12; VG Dresden Beschluss vom 01.08.2013 - 3 L 300/13). 43

Auf EU-Bürger ohne materielles Aufenthaltsrecht findet der Leistungsausschluss des § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II keine Anwendung (ebenso bereits Urteil des Senats vom 10.10.2013 - L 19 AS 129/13, Revision B 4 AS 64/13 R; LSG Thüringen Beschluss vom 25.04.2014 - L 4 AS 306/14 B ER; Hessisches LSG Urteil vom 27.11.2013 - L 6 AS 378/12, Revision B 14 AS 15/14 R; LSG Berlin-Brandenburg Urteil vom 06.03.2014 - L 31 AS 1348/13; a.A. LSG Nordrhein-Westfalen Urteil vom 28.11.2013 - L 6 AS 130/13, Revision B 4 AS 24/14 R; kritisch Kador/Greiser ZFSH/SGB 2014, 152 ff.; zu der in mehrerlei Hinsicht ungeklärten Rechtslage betreffend diese Personengruppe weiter Thym, NZS 2014, 81, 89)

aa) Der Wortlaut der Vorschrift stellt nur auf das Aufenthaltsrecht allein aus dem Zweck der Arbeitsuche ab (Hessisches LSG Beschluss vom 30.09.2013 - L 6 AS 433/13 B ER; LSG Berlin-Brandenburg Beschluss vom 25.03.2013 - L 31 AS 362/13 B ER; Kingreen, SGB 2013, 132 ff.; zum im Wortlaut identischen Leistungsausschluss des § 23 Abs. 3 S. 1 Alt. 2 SGB XII Schlette in Hauck/Noftz, SGB XII, § 23, Rn. 54d). 45

bb) Die Vorschrift kann nicht erweiternd dahingehend ausgelegt werden, dass der Leistungsausschluss bei EU-Bürgern, deren Aufenthaltsrecht allein auf Arbeitsuche beruht, "erst recht" für EU-Bürger ohne materielles Aufenthaltsrecht gilt (ebenso Hessisches LSG Beschluss vom 30.09.2013 - L 6 AS 433/13 B ER, Rn. 24, LSG Berlin-Brandenburg Beschluss vom 25.03.2013 - L 31 AS 362//13 B ER; Kingreen SGB 2013 S. 132, 134; für das SGB XII LSG Baden-Württemberg Beschluss vom 23.07.2008 - L 7 AS 3031/08 ER-B, Rn. 17; LSG Niedersachsen-Bremen Beschluss vom 27.11.2008 - L 8 SO 173/08 ER, Rn. 16; Schlette in Hauck/Noftz, SGB XII, § 23, Rn. 54d; a.A. LSG Nordrhein-Westfalen Urteil vom 28.11.2013 - L 6 AS 130/13, LSG Berlin-Brandenburg Urteil vom 19.07.2012 - L 12 AS 511/11; Hessisches LSG Beschluss vom 14.10.2009 - L 7 AS 166/09 B ER; SG Leipzig Vorlagebeschluss vom 03.06.2013 - S 17 AS 2198/12). 46

Gegen eine erweiternde Auslegung bzw. analoge Anwendung spricht schon der Ausnahmecharakter des § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II (zum Gebot, Ausnahmenvorschriften jedenfalls nur in engen Grenzen analog anzuwenden vergl. BSG Urteil vom 23.08.2012 - B 4 AS 32/12 R) unter besonderer Gewichtung der verfassungsrechtlichen Garantie der Sicherung eines menschenwürdigen Existenzminimums. § 7 Abs. 1 S. 1 SGB II stellt den leistungsrechtlichen Grundsatz auf, wonach Personen innerhalb der Altersgrenzen, die ihren gewöhnlichen Aufenthalt in der Bundesrepublik Deutschland haben sowie erwerbsfähig und hilfebedürftig sind, grundsätzlich einen Anspruch auf Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts haben. Dieser Grundsatz entspricht der verfassungsrechtlichen Verpflichtung des Staates zur Sicherung eines menschenwürdigen Existenzminimums (hierzu BVerfG Urteile vom 09.02.2010 - 1 BvL 1/09, 1 BvL 3/09, 1 BvL 4/09 und 18.07.2012 - 1 BvL 10/10, 1 BvL 2/11). Der Anspruch auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums aus Art. 1 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 20 Abs. 1 GG umfasst bei Ausländern die Sicherstellung des Existenzminimums auch bei kurzer Aufenthaltsdauer oder kurzer Aufenthaltsperspektive in Deutschland in jedem Fall und zu jeder Zeit (vgl. hierzu BVerfG Urteil vom 18.07.2012 - 1 BvL 10/10, 1 BvL 2/11, Rn. 90 f, 120). 47

Die Leistungsausschlüsse des § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 bis 3 SGB II sind ausdrücklich als Ausnahmen von diesem Grundsatz konzipiert ("ausgenommen sind."). Ausnahmeregelungen sind insbesondere dann eng auszulegen, wenn sie bestimmte Personengruppen von verfassungsrechtlich geschuldeten Mindeststandards ausschließen (so ausdrücklich BSG Urteil vom 30.01.2013 - B 4 AS 54/12 R, Rn. 26; zustimmend Janda ZFSH/SGB 2013, 453 f.). Dem kann nicht entgegeng gehalten werden, dass der Betroffene sich dem Leistungsausschluss entziehen und in das Sicherungssystem seines Heimatlandes begeben 48

kann, indem er ausreist. Dies darf nicht verlangt werden, denn Unionsbürger sind erst dann zur Ausreise verpflichtet, wenn der Verlust ihres Freizügigkeitsrechts durch die Ausländerbehörde festgestellt worden ist (BSG Urteil vom 30.01.2013 - B 4 AS 54/12 R, Rn. 20).

Auch nach der Rechtsprechung des BSG ist § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II als Regelung, die von existenzsichernden Leistungen ausschließt, eng auszulegen in dem Sinne, dass ein Aufenthaltsrecht in der Bundesrepublik allein zur Arbeitsuche positiv festzustellen ist, bevor der Leistungsausschluss angewendet werden kann (BSG Urteil vom 30.01.2013 - B 4 AS 54/12 R, Rn. 26 m.w.N.).

49

Unabhängig von diesem Gesichtspunkt liegen die Voraussetzungen für einen methodisch zulässigen "erst-recht" - Schluss nicht vor. Richterliche Rechtsfortbildung mittels eines "erst recht" - Schlusses (argumentum a maiore ad minus), der mit der Analogie nahe verwandt ist (Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Auflage 1991 S. 390), setzt - ebenso wie diese - voraus, dass die Norm, deren Anwendungsbereich ausgedehnt werden soll, analogiefähig ist. Dies erfordert, dass das Gesetz eine planwidrige Regelungslücke enthält und der zu beurteilende Sachverhalt dem geregelten Sachverhalt vergleichbar ist. Eine planwidrige Regelungslücke liegt dabei nur vor, wenn das Gesetz nach der ihm zugrunde liegenden Regelungsabsicht für eine bestimmte Fallgestaltung eine Regelung hätte erwarten lassen, diese jedoch unbeabsichtigt nicht erfolgt ist. Weiter muss der zu beurteilende Sachverhalt in rechtlicher Hinsicht so weit mit dem geregelten Tatbestand vergleichbar sein, dass angenommen werden kann, der Gesetzgeber hätte bei einer Interessenabwägung unter Beibehaltung der bei dem Erlass der herangezogenen Gesetzesvorschrift beachteten Grundsätze eine identische Regelung gewählt. Denn Analogie und "erst recht" Schluss beruhen gleichermaßen auf der Forderung normativer Gerechtigkeit, Gleichartiges gleich zu behandeln (BSG Urteil vom 25.08.2011 - B 11 AL 30/10 R m.w.N.). Beide Voraussetzungen sind hier nicht gewahrt.

50

Aus den Gesetzesmaterialien zur Einführung von § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II ergibt sich eine unbeabsichtigte Regelungslücke nicht. Die Vorschrift wurde eingefügt durch Art. 1 Nr. 2a des Gesetzes zur Änderung des SGB II und anderer Gesetze (SGB II-ÄndG) vom 24.03.2006 (BGBl. I 558 ff.) in der Absicht, die Option des Art. 24 Abs. 2 i.V.m. Art. 14 Abs. 4 der Freizügigkeitsrichtlinie zu nutzen (vgl. Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Arbeit und Soziales zum SGB II-ÄndG; BT-Drs. 16/688 S. 13). Art. 24 Abs. 2 der Freizügigkeitsrichtlinie erlaubt die Einschränkung der Verpflichtung des Aufnahmemitgliedstaates zur Gewährung von Sozialhilfe während der ersten drei Monate eines Aufenthaltes sowie dann, wenn wegen nachgewiesener Arbeitsuche bei begründeter Einstellungsaussicht (Art. 14 Abs. 4 b der Freizügigkeitsrichtlinie) noch Ausweisungsschutz besteht. Dementsprechend sollten durch Einführung von § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II diejenigen, die ihr Freizügigkeitsrecht über drei Monate hinaus in Anspruch nehmen, nicht nur von Sozialhilfeleistungen nach dem SGB XII, sondern auch von Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach dem SGB II ausgeschlossen werden (zu diesem Gesetzeszweck auch BSG Urteil vom 30.01.2013 - B 4 AS 54/12 R Rn. 25; Hessisches LSG Beschluss vom 14.10.2009 - L 7 AS 166/09 B ER Rn. 21). Der Gesetzgeber hat damit nur eine Regelung für freizügigkeitsberechtigte Unionsbürger treffen wollen, ohne andere Personengruppen versehentlich nicht einbezogen zu haben.

51

Auch unterscheiden sich Unionsbürger ohne Aufenthaltsgrund wesentlich von den vom Leistungsausschluss nach § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II betroffenen Personen, deren Aufenthaltsrecht sich allein aus dem Zweck der Arbeitsuche ergibt, so dass der insoweit zu

52

beurteilende Sachverhalt in rechtlicher Hinsicht gerade nicht so weit mit dem Tatbestand vergleichbar ist, den der Gesetzgeber geregelt hat (Unionsbürger mit Aufenthaltsrecht allein zur Arbeitsuche), dass angenommen werden muss, er wäre bei einer Interessenabwägung zu dem gleichen Abwägungsergebnis gekommen.

Personen, die sich allein zum Zweck der Arbeitsuche in einem anderen Unionsstaat aufhalten, müssen nach dem europäischen Gemeinschaftsrecht - nach Ablauf einer dreimonatigen Frist eines voraussetzungslosen Aufenthaltes - grundsätzlich über ausreichende Existenzmittel und Krankenversicherungsschutz verfügen (vgl. EuGH Urteil vom 19.09.2013 C-140/12 - Rechtssache Brey, Rn. 53 ff.). Nach Art. 7 Abs. 1 der Freizügigkeitsrichtlinie hat jeder Unionsbürger das Recht auf Aufenthalt im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats für einen Zeitraum von über drei Monaten, wenn er Arbeitnehmer oder Selbständiger im Aufnahmemitgliedstaat ist (a) oder für sich und seine Familienangehörigen über ausreichende Existenzmittel verfügt, so dass sie während ihres Aufenthaltes keine Sozialhilfeleistungen in Anspruch nehmen müssen und er und seine Familienangehörigen über einen umfassenden Krankenversicherungsschutz im Aufnahmemitgliedstaat verfügen (b). Dieses Aufenthaltsrecht steht gem. Art. 14 Abs. 2 der Freizügigkeitsrichtlinie Unionsbürgern und ihren Familienangehörigen (nur) zu, solange sie die dort genannten Voraussetzungen erfüllen. Arbeitsuchende sind keine Arbeitnehmer i.S.d. Art. 7 Abs. 1 a der Freizügigkeitsrichtlinie. Zwar umfasst die Arbeitnehmerfreizügigkeit nach Art. 45 Abs. 3 AEUV auch das Recht, sich um tatsächlich angebotene Stellen zu bewerben und sich zu diesem Zweck im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen. Dennoch ist der Stellensuchende (noch) kein Arbeitnehmer (EuGH Urteile vom 18.06.1987 - C-316/85 - Rechtssache Lebon und 21.12.2011 - C-424/10, C-425/10 zur Inanspruchnahme sozialer Vergünstigungen durch Arbeitsuchende; ebenso Khan in Geiger/Khan/Kotzur, EUV/AEUV, 5. Aufl., Art. 45, Rn. 24). Dies verdeutlicht auch die Unterscheidung zwischen Arbeitnehmern oder Selbständigen einerseits und Arbeitsuchenden andererseits im Erwägungsgrund 21 der Freizügigkeitsrichtlinie. Das Gemeinschaftsrecht geht damit grundsätzlich davon aus, dass Personen, die sich über einen längeren Zeitraum zur Arbeitsuche in einem anderen Mitgliedstaat aufhalten wollen, über ausreichende Existenzmittel und Krankenversicherungsschutz verfügen und deshalb das soziale Sicherungssystem des Aufnahmestaates nicht in Anspruch nehmen müssen. Dieses Erfordernis soll verhindern, dass die Sozialhilfeleistungen des Aufnahmemitgliedstaates unangemessen in Anspruch genommen werden (vgl. auch den Erwägungsgrund 10 der Freizügigkeitsrichtlinie). Mit diesen Regelungen setzt die Freizügigkeitsrichtlinie den Vorschlag der Kommission vom 23.05.2001 um, wonach es für Erwerbstätige zur Ausübung der Freizügigkeit nur eine Voraussetzung - die Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit - geben und für Nichterwerbstätige die Voraussetzung der ausreichenden Existenzmittel und einer Krankenversicherung während der ersten vier Jahre des Aufenthalts im Aufnahmemitgliedstaat beibehalten bleiben sollte, damit die Betroffenen nicht zu einer unangemessen hohen finanziellen Belastung für den Aufnahmemitgliedstaat werden (Vorschlag der Kommission für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten vom 23.05.2001 - Kom (2001) 257 2001/0111 (COD)).

Allerdings begründet das Gemeinschaftsrecht für Unionsbürger, die in das Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaates eingereist sind, um Arbeit zu suchen, einen Ausweisungsschutz. Um diesen in Anspruch nehmen zu können, müssen die Unionsbürger - sofern nicht von der Arbeitsuche unabhängige Aufenthaltsgründe bestehen - nachweisen, dass sie weiterhin Arbeit suchen und eine begründete Aussicht haben, eingestellt zu werden (Art. 14 Abs. 4b

der Freizügigkeitsrichtlinie; diesen Aspekt in der Annahme eines Vollzugsdefizites betonend LSG Berlin-Brandenburg Urteil vom 06.03.2014 - L 31 AS 1348/13, vgl. auch VG München Urteil vom 02.08.2012 - M 12 K 12.1882, M 12 S). Diese Regelung setzt auch das FreizügG/EU um, wenn es in § 2 Abs. 2 Nr. 1 und Nr. 5 zwischen Unionsbürgern, die sich zur Arbeitsuche im Bundesgebiet aufhalten wollen einerseits und nicht erwerbstätigen Unionsbürgern andererseits unterscheidet und nur für die letztgenannte Personengruppe durch die Verweisung in § 2 Abs. 2 Nr. 5 auf § 4 ausreichende Existenzmittel und ausreichenden Krankenversicherungsschutz fordert.

Der Leistungsausschluss des § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II betrifft also Unionsbürger, die entweder selbst über ausreichende Existenzmittel und ausreichenden Krankenversicherungsschutz verfügen (und ist insoweit unproblematisch) oder die wenigstens die begründete Aussicht haben, in absehbarer Zeit eingestellt zu werden. Beide für die Bewertung des sozialen Sicherungsbedürfnisses relevanten Gesichtspunkte treffen auf die Klägerin zu 1) nicht zu, weshalb auf die gegen die Vereinbarkeit des Leistungsausschlusses mit europäischem Gemeinschaftsrecht erhobenen Bedenken hier nicht einzugehen ist (zur Frage der europarechtlichen Zulässigkeit vgl. BSG Urteil vom 30.01.2013 - B 4 AS 54/12 R, Rn. 26, LSG Nordrhein-Westfalen Urteil vom 28.11.2013 - L 6 AS 130/13; Hessisches LSG Urteil vom 20.09.2013 - L 7 AS 474/13; Bayerisches LSG Urteil vom 19.06.2013 - L 16 AS 847/12; SG Leipzig Vorlagebeschluss vom 03.06.2013 - S 17 AS 2198/12; siehe aber auch LSG Baden-Württemberg Urteil vom 16.05.2012 - L 3 AS 1477/11; die europarechtliche Zulässigkeit des Leistungsausschlusses bejahend Schlussanträge des Generalanwalts Wathelet vom 20.05.2014 in der Rechtssache C-333/13 - Dano, zugänglich unter www.curia.europa.eu/juris). Offen bleiben kann vor diesem Hintergrund auch, ob die Klägerin zu 1) als im streitbefangenen Zeitraum wirtschaftliche inaktive Unionsbürgerin aufgrund tatsächlicher Bindungen nach Deutschland als Aufenthaltsstaat aus primärem Gemeinschaftsrecht (Art. 18, 20, 21 AEUV) einen Teilhabeanspruch auf existenzsichernde Leistungen der sozialen Sicherheit ableiten kann (hierzu Janda ZFSH/SGB 2013, 453 ff., 455; Hofmann/Kummer ZESAR 2013, 199 ff.).

55

3) Ob der Bezug von Leistungen nach dem SGB II Anlass zu aufenthaltsbeendenden Maßnahmen gibt, obliegt allein der Prüfung durch die Ausländerbehörde. Nach Auffassung des BVerwG (BVerwG Urteil vom 31.05.2012 - 10 C 8/12) spricht viel dafür, dass es sich bei den Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts um aufenthaltsrechtlich schädliche Sozialhilfeleistungen i.S.d. Freizügigkeitsrichtlinie handelt. Dafür sei nicht entscheidend, ob finanzielle Leistungen, die den Zugang zum Arbeitsmarkt erleichtern sollen, als Sozialhilfeleistungen i.S.d. Art. 24 Abs. 2 der Freizügigkeitsrichtlinie angesehen werden könnten (hierzu EuGH Urteil vom 04.06.2009 - C-22/08, C-23/08 - Rechtssache Vatsouras/Koupatanze; zur aufenthaltsrechtlichen Definition EuGH Urteil vom 19.09.2013 C-140/12 - Rechtssache Brey, Rn. 60 f.). Der aufenthaltsrechtliche und der leistungsrechtliche Begriff der "Sozialhilfe" in der Freizügigkeitsrichtlinie müssen nach Auffassung des BVerwG nicht zwingend identisch sein. Denn die aufenthaltsrechtliche Fragestellung, ob ein Unionsbürger wegen der Inanspruchnahme von Sozialhilfeleistungen ausgewiesen werden darf, sei von der Frage zu trennen, in welchem Umfang der Aufnahmemitgliedstaat nach dem Gebot der Gleichbehandlung von Unionsbürgern mit Angehörigen der Mitgliedstaaten gehindert ist, Unionsbürger aus anderen Mitgliedstaaten von dem Bezug bestimmter steuerfinanzierter Leistungen auszuschließen (kritisch hierzu BSG Urteil vom 30.01.2013 - B 4 AS 54/12 R). Nach der Rechtsprechung des EuGH (EuGH Urteil vom 19.09.2013 - C-140/12 - Rechtssache Brey, Rn. 60) bezieht sich der in Art. 7 der Freizügigkeitsrichtlinie verwendete Begriff der "Sozialhilfe" auf sämtliche von öffentlichen Stellen eingerichteten Hilfssysteme, die auf nationaler, regionaler und örtlicher Ebene bestehen und die ein

56

Einzelner in Anspruch nimmt, der nicht über ausreichende Existenzmittel zur Bestreitung seiner Grundbedürfnisse und derjenigen seiner Familie verfügt und deshalb während seines Aufenthalts möglicherweise die öffentlichen Finanzen des Aufnahmemitgliedstaats belasten muss.

Nach dem Erwägungsgrund Nr. 16 der Freizügigkeitsrichtlinie soll keine Ausweisung erfolgen, solange die Aufenthaltsberechtigten die Sozialhilfeleistungen des Aufnahmemitgliedstaats nicht unangemessen in Anspruch nehmen. Nach der Rechtsprechung des EuGH (EuGH Urteil vom 19.09.2013 - C-140/12 - Rechtsache Brey, Rn. 69) hat der Aufnahmemitgliedstaat in diesem Zusammenhang zum einen zu prüfen, ob der Betreffende vorübergehende Schwierigkeiten hat und zum anderen die Dauer des Aufenthalts, die persönlichen Umstände des Betreffenden und den Umfang der bereits gewährten Sozialhilfe. 57

3) Die Klägerin zu 2) hat nach § 7 Abs. 2 SGB II i.V.m. § 28 Abs. 1 S. 1 SGB II in der bis zum 31.12.2010 geltenden Fassung (jetzt § 19 Abs. 1 S. 2 SGB II) als Nichterwerbsfähige einen Anspruch auf Sozialgeld. Sie bildet mit der Klägerin zu 1) eine Bedarfsgemeinschaft gem. § 7 Abs. 3 Nr. 4 SGB II. Sie verfügte nicht über ausreichendes eigenes Einkommen und Vermögen, aus dem sie Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts beschaffen konnte. 58

Die Kostenentscheidung beruht auf § 193 SGG. 59

Der Senat hat wegen der grundsätzlichen Bedeutung der Streitsache die Revision zugelassen (§ 160 Abs. 2 Nr. 1 SGG). 60