
Datum: 12.09.2016
Gericht: Sozialgericht Dortmund
Spruchkörper: 32. Kammer
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: S 32 AS 4289/15 WA
ECLI: ECLI:DE:SGDO:2016:0912:S32AS4289.15WA.00

Sachgebiet: Grundsicherung für Arbeitsuchende
Rechtskraft: nicht rechtskräftig

Tenor:

Die Klage wird abgewiesen. Außergerichtliche Kosten sind nicht zu erstatten. Die Sprungrevision wird nicht zugelassen.

- Tatbestand: 1
- Die Kläger und die Beklagte streiten in dem ursprünglich unter dem Aktenzeichen S 32 AS 2010/13 geführten Klageverfahren, dessen Ruhen durch Beschluss vom 04.09.2014 gem. § 202 Sozialgerichtsgesetz (SGG) i. V. m. 251 ZPO angeordnet worden war, und das am 12.10.2015 auf Antrag der Beklagten unter dem neuen Aktenzeichen S 32 AS 4289/15 WA fortgesetzt worden ist, um die Verpflichtung der Beklagten zur Gewährung von Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach §§ 19 ff. Sozialgesetzbuch (SGB) Zweites Buch (II) – Grundsicherung für Arbeitssuchende – (nachfolgend: SGB II) dem Grunde nach im Zeitraum vom 01.01.2013 bis zum 30.09.2013. Streitig ist allein, ob die Kläger in diesem Zeitraum in den Anwendungsbereich des Leistungsausschlusses gem. § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II fielen. 2
- Die am 16.08.1978 geborene Klägerin zu 1), der am 24.01.1968 geborene Kläger zu 2) und ihre mit ihnen in Bedarfsgemeinschaft lebenden Kinder, die zwischen November 2000 und Oktober 2007 geborenen Kläger zu 3) bis 6), sind bulgarische Staatsangehörige. Sie hielten sich bis zu ihrem Zuzug nach Deutschland im Februar 2012 (Klägerin zu 1)) bzw. Mai 2012 (Kläger zu 2) bis 6)) in Spanien auf. 3
- Die Klägerin zu 1) arbeitete nach ihrem Schulabschluss im 16. Lebensjahr in Bulgarien als Gemeindearbeiterin, in Spanien als Küchenhilfe. Nach der Einreise nach Deutschland 4

bemühte sie sich nach eigenem Bekunden um Arbeit und war einige Zeit bei einem Personaldienstleister für die Fleischwarenindustrie gelistet (C), erhielt von diesem aber keine konkrete Beschäftigung angeboten. Der Kläger zu 2) ging in Bulgarien bis zur 11. Klasse zur Schule, arbeitete dann im Baugewerbe, in der Landwirtschaft sowie in einer Dorfschule als Wächter und Hausmeister. Im Jahre 2003 ging er nach Spanien, arbeitete überwiegend im Baugewerbe und bezog Lohnersatzleistungen. In der Bundesrepublik bewarb er sich ergebnislos bei einer Brauerei (Mitte 2012) und bei einem Personaldienstleister für das Fleischverarbeitungsgewerbe (C), der keine Beschäftigung anbot. Für die Kläger zu 1) und 2) lag jeweils eine Arbeitsgenehmigung nach § 284 Sozialgesetzbuch (SGB) Drittes Buch (III) – Arbeitsförderung (nachfolgend: SGB III) in Form einer auf ein Jahr befristeten Arbeitserlaubnis-EU (befristete Arbeitsgenehmigung nach § 284 Abs. 2, 3 und 4 SGB III i. V. m. § 39 Abs. 2-4 und 6 AufenthG) für eine Tätigkeit bei C vor (Bl. 49-50 der Verwaltungsvorgänge der Beklagten (VV), Band I (Bd. I)), zu der es aber – wie ausgeführt – nie kam. Die Kläger zu 3), 4) und 5) besuchten nach dem klägerischen Vortrag und den eingereichten Schulbescheinigungen (insbes. Bl. 160, 199 ff., 211 ff., 217 ff. der Gerichtsakte (GA)) ab Mai 2012 durchgehend und auch im streitigen Zeitraum in Hamm die Schule, die Klägerin zu 6) besuchte eine Kindertagesstätte. Die Kläger zu 1) und 2) sprechen und verstehen kein Deutsch, jedenfalls war dies im streitigen Zeitraum so. Sie bezogen für die Kläger zu 3) bis 6) Kindergeld i. H. v. monatlich insgesamt 773,00 EUR (je 184,00 EUR für die Kläger zu 3) und 4), 190,00 EUR für den Kläger zu 5) und 215,00 EUR für die Klägerin zu 6)).

Am 14.01.2013 beantragten die Kläger bei der Beklagten Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach dem SGB II, weil die Ersparnisse, von denen sie bislang gelebt hätten, aufgebraucht seien.

5

Diesen Antrag lehnte der Antragsgegner mit Bescheid vom 29.01.2013 (Bl. 21 VV Bd. I) ab. Der Widerspruch der Kläger wurde mit Widerspruchsbescheid vom 27.03.2013 (Bl. 58 VV Bd. I) als unbegründet zurückgewiesen. Die Beklagte führte zur Begründung ihrer Entscheidungen aus, dass die Kläger sich alleine zur Arbeitsuche in der Bundesrepublik aufhielten und daher gem. § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II vom Bezug von Leistungen nach dem SGB II ausgeschlossen seien.

6

Am 27.04.2013 haben die Kläger gegen den Ablehnungsbescheid vom 29.01.2013 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 27.03.2013 die vorliegende Klage erhoben.

7

Bereits am 19.02.2013 stellten die Kläger einen Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung in Bezug auf die vorläufige Gewährung von Leistungen nach dem SGB II im gesetzlichen Umfang, der bei der erkennenden Kammer unter dem Az. S 32 AS 693/13 ER anhängig war. Mit Beschluss vom 02.04.2013 lehnte die Kammer den Antrag wegen nicht glaubhaft gemachten Anordnungsgrundes ab. Auf die hiergegen eingelegte Beschwerde der Kläger änderte das LSG NRW den Beschluss der Kammer ab und verpflichtete die Beklagte, den Klägern vorläufig für die Zeit vom 09.07.2013 bis zu einer rechtskräftigen Entscheidung in der Hauptsache, längstens bis zum 31.12.2013, Leistungen nach dem SGB II für den Regelbedarf zu gewähren; im Übrigen wurde die Beschwerde zurückgewiesen. Zur Begründung führte das LSG NRW im Wesentlichen aus, dass der Leistungsausschluss des § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II auf EU-Bürger ohne Aufenthaltsgrund (nicht einmal mit einem Aufenthaltsrecht zum Zweck der Arbeitssuche) – wie die Kläger – nach seinem Wortlaut keine Anwendung finde (LSG NRW, Beschluss vom 22.08.2013 – L 19 AS 766/13 B ER – juris).

8

Die Kläger haben zunächst im Eilverfahren wie auch im vorliegenden Klageverfahren vorgetragen, dass sie als EU-Bürger einen Gleichbehandlungsanspruch besäßen, der einer Anwendung des Leistungsausschlusses entgegenstehe. Sie besäßen eine tatsächliche Verbindung zum deutschen Arbeitsmarkt; dafür seien eine tatsächliche Arbeitssuche während eines angemessenen Zeitraums und das Vorliegen einer Arbeitsgenehmigung ausreichend.

Nach dem Beschluss des LSG NRW vom 22.08.2013 in dem Beschwerdeverfahren L 19 AS 766/13 B ER haben sie sich ausdrücklich die von diesem dort vertretene Rechtsauffassung zu Eigen gemacht, nach der sie tatbestandlich nicht von dem Leistungsausschluss erfasst waren. 10

Sie haben ferner – allerdings erst nach Abschluss des Eilverfahrens auch in der Beschwerdeinstanz durch den Beschluss des LSG NRW vom 22.08.2013 – vorgetragen, dass die Klägerin zu 1) vom 07.06.2013 bis zum 06.09.2013 (3 Monate; an anderer Stelle (Bl. 166 (R) GA) wird insofern versehentlich der Zeitraum 07.06.-09.06.2013 genannt) in einem geringfügigen Beschäftigungsverhältnis gestanden habe. Sie habe als Servicekraft in einem Restaurant in B (Bl. 85, 103 GA), dem Schnellimbiss "T" von I, gearbeitet. In den Verwaltungsvorgängen findet sich hierzu der erste Hinweis in dem Vorsprachevermerk vom 18.09.2013 (Bl. 221 VV Bd. II). Die Kläger haben damals eine Arbeitsbescheinigung nach § 57 SGB II (Bl. 243 f. VV Bd. II) für den Zeitraum 07.06.-06.09.2013 und eine Arbeitsbescheinigung nach § 312 SGB III (Bl. 245 ff. VV Bd. II) mit Angaben zum Verdienst eingereicht. Danach erhielt die Klägerin zu 1) 364,00 EUR für Juni, 455,00 EUR für Juli und 91,00 EUR für September, für August ist kein Entgelt angegeben. Als Arbeitszeit werden 15 Stunden / Woche angegeben. In einem Stellungnahmeschreiben vom 08.11.2013 an das LSG NRW (Bl. 275 VV Bd. II / Bl. 200 GA zu S 32 AS 693/13 ER) hat die Klägerin zu 1) insofern angegeben, die Chefin habe zunächst sehen wollen, wie sie arbeitet; sie habe daraufhin mehrere Male zur Probe gearbeitet und keinen Vertrag bekommen und zunächst auch kein Geld; erst Ende Juli habe sie nach mehrfacher vergeblicher Aufforderung ihr Entgelt bar ausgezahlt erhalten und erst am 23.09.2013 habe sie endlich – auch auf ihr wiederholtes Drängen hin – eine Arbeitsbescheinigung bekommen. Zum Zeitpunkt des Eilverfahrens bzw. des Termins bei dem LSG NRW am 01.07.2013 habe sie ihre Tätigkeit wegen des fehlenden Vertrags und der ausgebliebenen Bezahlung noch als unbezahltes Probearbeitsverhältnis angesehen und daher nicht erwähnt. Hinsichtlich weiterer Details dieses Arbeitsverhältnisses und der Frage, ob für diese Tätigkeit bzw. während der Zeit vom 07.06.2013 bis zum 06.09.2013 eine Arbeitsgenehmigung nach § 284 SGB III vorlag, wird auf das Sitzungsprotokoll zur mündlichen Verhandlung vom 12.09.2016 und auf die später folgenden Ausführungen im Tatbestand und in den Entscheidungsgründen Bezug genommen. Die Kläger berufen sich nunmehr darauf, dass aus der Tätigkeit der Klägerin zu 1) im Schnellimbiss "T" ab dem 07.06.2013 ein Arbeitnehmerstatus folge und folglich der Leistungsausschluss für den Teilzeitraum vom 07.06.2013 bis zum 30.09.2013 keine Anwendung finde. 11

Zudem vertreten sie die Meinung, aus dem durchgehend ab Mai 2012 erfolgenden Schulbesuch der Kläger zu 3), 4) und 5) folge ein unmittelbares oder abgeleitetes Aufenthaltsrecht aller Kläger aus Art. 10 VO (EU) 492/2011 zumindest ab Aufnahme der Tätigkeit der Klägerin zu 1) im Schnellimbiss "T" am 07.06.2013. 12

Ferner haben die Kläger dahingehend argumentiert, dass ihnen hilfsweise Leistungen nach dem Sozialgesetzbuch (SGB) Zwölftes Buch (XII) – Sozialhilfe – (SGB XII) von der Beigeladenen zu gewähren seien; sie haben insofern Bezug auf die entsprechende Rechtsprechung des BSG (Urteile vom 03.12.2015 usw.) genommen. 13

Hinsichtlich ihres bisherigen Werdegangs, ihrer Aufenthaltsperspektive, ihrer Hilfebedürftigkeit und verschiedener anderer Aspekte haben die Kläger zudem diverse Fragen des Gerichts (Bl. 93 GA) beantwortet (Bl. 102 GA) und u. a. Kontoauszüge (Bl. 106 ff. / 134 ff. GA) eingereicht.	14
Die Kläger beantragen,	15
den Bescheid der Beklagten vom 29.01.2013 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 27.03.2013 aufzuheben und die Beklagte zu verurteilen, den Klägern für den Zeitraum vom 01.01.2013 bis zum 30.09.2013 Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach dem SGB II nach Maßgabe der gesetzlichen Bestimmungen zu gewähren,	16
hilfsweise,	17
die Beigeladene zu verurteilen, den Klägern für den Zeitraum vom 01.01.2013 bis zum 30.09.2013 Leistungen der Hilfe zum Lebensunterhalt nach dem Dritten Kapitel des SGB XII in gesetzlicher Höhe zu gewähren.	18
Ferner beantragen sie,	19
für den Fall der Abweisung der Klage die Sprungrevision zuzulassen.	20
Die Beklagte beantragt,	21
die Klage abzuweisen.	22
Die Beklagte vertritt weiterhin die Auffassung, dass im noch streitigen Zeitraum der Leistungsausschluss eingreife. Eine materielle Freizügigkeitsberechtigung bzw. ein Aufenthaltsrecht habe nicht bestanden. Angesichts der Erörterungen im Erörterungstermin bei dem LSG NRW am 01.07.2013 sei nicht einmal von einem Aufenthaltsrecht zur Arbeitssuche auszugehen. Die Kläger seien deshalb "erst recht" vom Leistungsausschluss erfasst gewesen. Hinsichtlich der Einzelheiten wird auf den schriftsätzlichen Vortrag der Beklagten Bezug genommen.	23
Mit Beschluss vom 21.07.2016 hat die Kammer den örtlichen Träger der Leistungen nach dem Sozialgesetzbuch (SGB) Zwölftes Buch (XII) – Sozialhilfe – gemäß § 75 Abs. 2 Alt. 2 SGG beigeladen ("unechte" notwendige Beiladung).	24
Die Beigeladene hat keinen Antrag gestellt.	25
Ab dem 01.10.2013 bezogen die Kläger nach Aufnahme einer neuen Erwerbstätigkeit durch die Klägerin zu 1) (Arbeitsvertrag mit der D-GmbH, Bl. 261 VV Bd. II) "aufstockende" Leistungen nach dem SGB II (dazu näher in den Entscheidungsgründen). Die Klägerin zu 1) besaß zudem aufgrund ihres Antrags vom 26.08.2013 ab dem 06.09.2013 eine unbefristete und uneingeschränkte Arbeitsberechtigung-EU (Bl. 326 VV Bd. II), der Kläger zu 2) besaß aufgrund seines Antrags vom 22.10.2013 ab dem 13.11.2013 ebenfalls eine solche Arbeitsberechtigung-EU (Bl. 325 VV Bd. II).	26
Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den Inhalt der Gerichtsakten (auch zum Verfahren S 32 AS 693/13 ER) sowie den Inhalt der Verwaltungsvorgänge der Beklagten und auf den Inhalt der zu den Klägern geführten Ausländerakten Bezug genommen. Diese lagen vor und waren Gegenstand der gerichtlichen Entscheidung.	27

Entscheidungsgründe:	28
Die Klage ist zulässig aber unbegründet. Sie war daher abzuweisen.	29
Richtige Beklagte ist nicht (mehr) die Stadt Hamm sondern die Anstalt des öffentlichen Rechts (AöR) "Kommunales Jobcenter Hamm".	30
Das Passivrubrum war insofern, da in der Klageschrift noch die Stadt Hamm (wenn auch mit dem Zusatztext "Kommunales JobCenter Hamm") als Beklagte bezeichnet worden ist, von Amts wegen zu berichtigen.	31
Dies ergibt sich daraus, dass die Stadt Hamm der AöR mit Wirkung vom 01.07.2013 gem. § 2 Abs. 1 der "Satzung der Stadt Hamm über die kommunale Einrichtung ‚Kommunales Jobcenter Hamm‘ in der Rechtsform der Anstalt des öffentlichen Rechts" vom 18.06.2013 sämtliche ihr gemäß § 6a SGB II obliegenden Aufgaben zur Umsetzung des SGB II übertragen hat, also auch die bis dahin bei ihr verbliebenen Aufgaben im Zusammenhang mit der Erbringung der Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts. Die AöR ist nach § 1 Abs. 1 Satz 1 der Satzung rechtsfähig. Die Satzung wurde vom Rat der Stadt am 14.05.2013 beschlossen und aufgrund Bekanntmachungsanordnung des Oberbürgermeisters vom 18.06.2013 im Westfälischen Anzeiger Nr. 144 vom 25.06.2013 veröffentlicht. Sie ist gem. § 16 Satz 1 am 01.07.2013 in Kraft getreten. Nach § 16 Satz 2 ist gleichzeitig die Satzung der Stadt Hamm über die kommunale Einrichtung "Kommunales Job-Center Hamm" in der Rechtsform der Anstalt des öffentlichen Rechts vom 26.03.2010 außer Kraft getreten, deren § 2 Abs. 1 bereits zur Übertragung einiger Aufgaben nach dem SGB II auf die AöR geführt hatte. Eine Einschränkung derart, dass die (Vervollständigung der) Aufgabenübertragung nur für die Zukunft oder nicht für laufende Verfahren erfolgen soll, enthält die Satzung nicht. Rechtsgrundlagen für die Aufgabenübertragung auf die AöR sind § 6a Abs. 5 SGB II und § 3 AG-SGB II NRW (Gesetz zur Ausführung des Zweiten Buches Sozialgesetzbuch für das Land Nordrhein-Westfalen vom 16.12.2004) sowie § 114a GO NRW (Gemeindeordnung für das Land Nordrhein-Westfalen). Die Kammer bewertet diesen Sachverhalt als Fall eines kraft Gesetzes, hier konkret kraft Satzung, eingetretenen Beteiligtenwechsels (Funktionsnachfolge), der zu einer Rubrumsberichtigung von Amts wegen führen muss und keine Klage- bzw. Antragsänderung gem. § 99 des Sozialgerichtsgesetzes (SGG) erfordert (vgl. Leitherer in: Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer, SGG, 11. Auflage 2014, § 99 Rn. 6a m. w. N.; vgl. zu einem ähnlichen Fall auch BSG, Urteil vom 18.01.2011 – B 4 AS 99/10 R – juris).	32
Die Beklagte, die AöR, wird dabei aufgrund § 9 Abs. 1 einer mit der Stadt Hamm getroffenen Beistandsvereinbarung vom 17.03.2008 in gerichtlichen Verfahren durch das Rechtsamt der Stadt Hamm vertreten.	33
Dass die Stadt Hamm nun Beigeladene ist und zugleich Rechtsträger der Behörde, deren Rechtsamt aufgrund dieser Beistandsvereinbarung auch für die Vertretung der Beklagten zuständig ist, hält die Kammer für unbedenklich, da sogar eine – hier angesichts der eigenen Rechtspersönlichkeit der AöR nicht vorliegende – Identität des SGB II-Trägers und des SGB XII-Trägers unbedenklich wäre (vgl. hierzu BSG, Urteil vom 16.12.2015 – B 14 AS 15/14 R – juris (Rn. 43-44)).	34
Streitgegenstand ist zunächst der Ablehnungsbescheid vom 29.01.2013, mit dem der gem. § 37 Abs. 2 Satz 2 SGB II auf den 01.01.2013 zurückwirkende Antrag der Kläger auf Gewährung von Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach den §§ 19 ff. SGB II abgelehnt wurde, in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 27.03.2013, soweit diese Bescheide sich nicht nach § 39 Abs. 2 SGB X durch spätere Entscheidungen der Beklagten	35

erledigt haben (dazu sogleich näher). Streitgegenstand ist in diesem Rahmen ferner der mögliche SGB II-Leistungsanspruch der Kläger dem Grunde nach im Zeitraum vom 01.01.2013 (nicht bis zum Ende der letzten mündlichen Verhandlung der Tatsacheninstanz sondern nur) bis zum 30.09.2013.

Zum einen haben die Kläger ihr Klagebegehren in der mündlichen Verhandlung – 36
zulässigerweise und wirksam – ausdrücklich entsprechend zeitlich beschränkt, da seit dem Schriftsatz der Beklagten vom 14.07.2014 (Bl. 59 GA) erkennbar nur noch dieser Zeitraum im Streit stand.

Zum anderen wurden den Klägern mit Wirkung ab dem 01.10.2013 Leistungen nach dem 37
SGB II gewährt und die Beteiligten sind sich darüber einig, dass für diesen Zeitraum dem Grunde nach ein Leistungsanspruch bestand, da von der Klägerin am 01.10.2013 durch Aufnahme der Tätigkeit bei der C-GmbH ein Arbeitnehmerstatus begründet worden und der Leistungsausschluss nicht mehr anwendbar war, und dass die Leistungsgewährung insofern nicht lediglich in Ausführung der einstweiligen Anordnung durch den Beschluss des LSG NRW vom 22.08.2013 – L 19 AS 766/13 B ER – erfolgte.

Dass für den Zeitraum ab dem 01.10.2013 bis zuletzt nur der Bescheid vom 20.09.2013 (Bl. 38
238 VV Bd. II) ergangen war, der nach seinem Wortlaut hinsichtlich der Leistungsgewährung dem Grunde nach nur ein Ausführungsbescheid zu dem genannten Beschluss ist (zu Ausführungsbescheiden später näher), steht dem nicht entgegen. Die Kammer geht davon aus, dass spätestens durch die Abgabe der Erklärungen der Beklagten in den Schriftsätzen vom 14.07.2014 (Bl. 59 GA: " seit dem 01.10.2013 durchgehend einer Erwerbstätigkeit nachgeht und die Beklagte aufgrund dessen aufstockende Leistungen () gewährt") und vom 08.10.2015 (Bl. 85 GA: "grundsätzliche Leistungsberechtigung der Kläger anerkannt") der Bescheid vom 20.09.2013 für den Teilzeitraum ab dem 01.10.2013 zumindest konkludent von einem Ausführungsbescheid in einen regulären, eigenständigen Bewilligungsbescheid "umgewandelt" worden ist. Um einen Ausführungsbescheid handelte es sich danach nur noch für den Teilzeitraum vom 09.07.2013 bis zum 30.09.2013 (dazu später näher).

Die Wirkung dieses derart "umgewandelten" Bescheides für das Klageverfahren besteht 39
dabei (allein) in der teilweisen (zeitanteiligen) Erledigung des angefochtenen Ablehnungsbescheides nach § 39 Abs. 2 SGB X für den Zeitraum ab dem 01.10.2013. Die Bewilligungsentscheidung für die Zeit ab dem 01.10.2013 ist nicht ihrerseits nach § 96 SGG "automatisch" Gegenstand des Klageverfahrens geworden.

In einem Rechtsbehelfsverfahren, in dem – wie hier – ein Ablehnungsbescheid angefochten 40
wird, führen sowohl ein auf einen Neuantrag ergehender weiterer Ablehnungsbescheid als auch ein Bewilligungsbescheid, mit dem ab einem späteren Zeitpunkt Leistungen bewilligt werden – wie er hier mit dem Bescheid vom 20.09.2013 nach der beschriebenen teilweisen Umwandlung von einem Ausführungsbescheid in einen regulären Bewilligungsbescheid bzgl. der Zeit ab dem 01.10.2013 vorliegt –, zwar zu einer teilweisen (zeitanteiligen) Erledigung des Ablehnungsbescheides nach § 39 Abs. 2 SGB X für den Zeitraum, ab dem der neue Bescheid Wirkung entfaltet. Jedoch wird ein solcher neuer Bescheid nicht nach §§ 86, 96 SGG Gegenstand des Verfahrens, da ein Ablehnungsbescheid kein einer Abänderung oder Ersetzung zugänglicher Dauerverwaltungsakt ist (vgl. BSG, Urteil vom 31.10.2007 – B 14/11b AS 59/06 R – juris (Rn. 13) und Urteil vom 11.12.2007 – B 8/9b SO 12/06 R – juris (Rn. 8), jeweils zu einer Ablehnung eines Neuantrags; BSG, Urteil vom 25.06.2008 – B 11b AS 45/06 R – juris (Rn. 26 ff.) zu einer späteren Bewilligung ab einem späteren Zeitpunkt auf einen Neuantrag; BSG, Urteil vom 01.07.2009 – B 4 AS 9/09 R – juris (Rn. 10) zu einer späteren Bewilligung ab einem späteren Zeitpunkt (offenbar) ohne Neuantrag; vgl. insoweit auch Aubel

in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB II, 4. Aufl. 2015, § 37 Rn. 34 m. w. N.). Anders ist es ggf. bei einer erneuten Ablehnungsentscheidung zum ursprünglichen Antrag nach vorgenommener neuer Sachprüfung (vgl. insoweit BSG, Urteil vom 16. Juni 2015 – B 4 AS 37/14 R – juris (Rn. 13) m. w. N.).

Dafür, dass ein ab einem späteren Zeitpunkt wirkender Bewilligungsbescheid auch dann, wenn er – wie hier – nicht auf einen Neuantrag sondern auf den ursprünglichen, zunächst abgelehnten Antrag ergeht, nicht Gegenstand eines Rechtsbehelfsverfahrens wird, spricht außer den in der o. g. Rechtsprechung vom BSG angestellten Überlegungen auch, dass nach h. M. auch ein Abhilfebescheid, jedenfalls dann, wenn er den Rechtsbehelfsführer vollständig klaglos stellt, nicht nach §§ 86, 96 Gegenstand eines bereits anhängigen Rechtsbehelfsverfahrens wird (vgl. BSG, Urteil vom 10.10.1978 – 7 RAr 65/77 – juris; Leitherer in: Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer, SGG, 11. Auflage 2014, § 96 Rn. 4b; a. A. Bienert, NZS 2011, 732 (734); Hintz in: Rolfs/Giesen/Kreikebohm/Udsching, Beck scher Online-Kommentar Sozialrecht (BeckOK SozR), 40. Edition, Stand: 01.12.2015, SGG § 86 Rn. 3 und SGG § 96 Rn. 1). Vielmehr beseitigen Voll-Abhilfebescheide die Beschwer und lassen zumindest das Rechtsschutzbedürfnis entfallen (vgl. Breitzkreuz in: Breitzkreuz/Fichte, SGG, 2. Auflage 2014, § 96 Rn. 14). Hier handelte es sich bei dem "umgewandelten" Bescheid vom 20.09.2013 zwar nicht um einen förmlichen Abhilfebescheid nach § 85 Abs. 1 SGG als Abschlussentscheidung zu einem Widerspruchsverfahren sondern um eine außerhalb des Widerspruchsverfahrens vorgenommene faktische (s. o.) und auch nicht vollständige sondern nur teilweise (zeitanteilige) "Abhilfe". Dennoch spricht nach Ansicht des Gerichts alles dafür, dass auch ein solcher nur teilweise Abhilfe i. w. S. schaffender Bescheid nicht unter §§ 86, 96 fällt. Die ursprüngliche Beschwer bzgl. des Ablehnungsbescheides vom 29.01.2013 in Gestalt der vollständigen Ablehnung eines SGB II-Leistungsanspruchs dem Grunde nach liegt insoweit nicht mehr vor, als es um den Teilzeitraum ab dem 01.10.2013 geht. Ein Bewilligungsbescheid wie der hier vorliegende enthält allenfalls eine andere, neue Beschwer, nämlich keine Beschwer bzgl. des Anspruchsgrundes sondern nur eine bzgl. der Anspruchshöhe. Damit lag für den Zeitraum ab dem 01.10.2013 die ursprünglich streitige Beschwer nicht mehr vor und lag damit insoweit auch ein Rechtsschutzbedürfnis nicht mehr vor.

41

Die Bewilligung von Leistungen, die die Beklagte nur in Umsetzung der in dem Eilverfahren der Kläger auf der Grundlage von § 86b Abs. 2 SGG ergangenen gerichtlichen einstweiligen Anordnung mit dem Bescheid vom 20.09.2013 vornahm – dies betrifft hier nach der teilweisen Umwandlung des Bescheides nur noch den Teilzeitraum vom 03.07.2013 bis zum 30.09.2013 –, besitzt demgegenüber keine den Streitgegenstand begrenzende "Zäsurwirkung", da sie bzgl. der Gewährung von Leistungen dem Grunde nach keinen eigenständigen, anfechtbaren behördlichen Verwaltungsakt sondern lediglich einen Ausführungsbescheid (vgl. hierzu z. B. Engelmann in: von Wulffen/Schütze, SGB X, 8. Auflage 2014, § 31 Rn. 30 m. w. N.) darstellt. Bei einstweiligen Anordnungen handelt es sich um im Hinblick auf den Charakter des Eilrechtsschutzverfahrens vorläufige Verpflichtungen, die unter dem Vorbehalt einer endgültigen Regelung durch einen bestandskräftigen Bescheid oder eine rechtskräftige gerichtliche Hauptsacheentscheidung stehen. Ein Ausführungsbescheid, mit dem eine einstweilige Anordnung umgesetzt wird, wird nicht nach § 96 SGG Gegenstand des Klageverfahrens gegen den vorangegangenen Ablehnungsbescheid (vgl. LSG NRW, Urteil vom 10.10.2013 – L 19 AS 129/13 – juris (Rn. 31); insoweit bestätigt durch BSG, Urteil vom 03.12.2015 – B 4 AS 44/15 R – juris (Rn. 12) m. w. N.; vgl. ferner BSG, Urteil vom 20.10.2005 – B 7a/7 AL 76/04 R – juris (Rn. 12)) und erledigt ihn auch nicht gem. § 39 Abs. 2 SGB X (vgl. BSG, Urteil vom 20.10.2005 a. a. O.) sondern belässt ihn wirksam. Mit dem das Hauptsacheverfahren abschließenden Urteil

42

verliert ein Ausführungsbescheid "automatisch" seine Wirkung (vgl. BSG, Urteil vom 20.10.2005 a. a. O. (Rn. 13)).

Insgesamt ist damit der mögliche Leistungsanspruch der Kläger gegenüber der Beklagten im Zeitraum vom 01.01.2013 bis zum 30.09.2013 streitgegenständlich. 43

Hilfsweise für den Fall, dass der Leistungsausschluss nach § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II eingreift und die Klage gegen die Beklagte abzuweisen ist, ist ein möglicher Leistungsanspruch nach §§ 23 Abs. 1 Satz 3, 27 ff. SGB XII gegenüber der nach § 75 Abs. 2 Alt. 2 SGG Beigeladenen als örtlichem Sozialhilfeträger streitgegenständlich. 44

Die mit dem Hauptantrag auf eine Aufhebung der angefochtenen Ablehnungsentscheidung der Beklagten und auf ihre Verurteilung zur Erbringung von Leistungen nach den §§ 19 ff. SGB II dem Grunde nach gerichtete kombinierte Anfechtungs- und "unechte" Leistungsklage gem. §§ 54 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 4, 56 SGG i. V. m. § 130 Abs. 1 SGG (vgl. z. B. Hessisches LSG, Urteil vom 27.11.2013 – L 6 AS 378/12 – juris (Rn. 24)) ist statthaft und auch im Übrigen unproblematisch zulässig. 45

Das hilfsweise verfolgte Rechtsschutzbegehren richtet sich gegen eine nach § 75 Abs. 2 Alt. 2 SGG Beigeladene ("unechte" notwendige Beiladung). Der zwar nicht unbedingt notwendige (vgl. BSG, Urteil vom 03.12.2015 – B 4 AS 44/15 R – juris (Rn. 13)) aber hier in der mündlichen Verhandlung ausdrücklich gestellte Hilfsantrag ist zulässig. Insoweit kommt eine Verurteilung nach § 75 Abs. 5 SGG in Betracht. Der Durchführung eines vorherigen Verwaltungs- und Vorverfahrens bei der Beigeladenen bedarf es nicht. Die Beigeladene darf einen entsprechenden Antrag nur noch nicht bestandskräftig abgelehnt haben (vgl. Leitherer in: Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer, SGG, 11. Aufl. 2014, § 75 Rn. 18 ff.). Dies war hier unstreitig nicht der Fall. Zudem müssen der streitgegenständliche Anspruch gegen die Beklagte und der Anspruch gegen die Beigeladene zueinander in einem Ausschließlichkeitsverhältnis stehen (vgl. auch hierzu Leitherer in: Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer, SGG, 11. Aufl. 2014, § 75 Rn. 18 ff.), was der Fall ist. 46

Die danach insgesamt zulässige Klage ist sowohl mit dem gegen die Beklagte gerichteten Rechtsschutzbegehren, also mit dem Hauptantrag, unbegründet, als auch mit dem gegen die Beigeladene gerichteten, hilfsweise geltend gemachten Rechtsschutzbegehren. 47

Die Klägerin wird durch den angefochtenen Ablehnungsbescheid in Gestalt des Widerspruchsbescheides nicht i. S. v. § 54 Abs. 2 SGG beschwert, denn sie verfügt bereits dem Grunde nach nicht über einen Anspruch auf Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach den §§ 19 ff. SGB II. Auch besteht kein Anspruch gegenüber der Beigeladenen. Das gilt für den gesamten streitigen Zeitraum. 48

Zum Hauptantrag (Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach den §§ 19 ff. SGB II dem Grunde nach): 49

Die Anspruchsvoraussetzungen nach § 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1-4 SGB II stehen insgesamt nicht im Streit und sind – ohne dass es nach dem hier vertretenen Rechtsstandpunkt darauf entscheidend ankäme – nach der Überzeugung der Kammer erfüllt. 50

Die Kläger zu 1) und 2) gehörten im streitigen Zeitraum zu dem Personenkreis, für den die im SGB II aufgeführten Leistungen vorgesehen sind, denn sie hatten das 15. Lebensjahr vollendet und die Altersgrenze nach § 7a SGB II noch nicht erreicht (§ 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 SGB II). Für die Kläger zu 1) und 2) kam insofern der Bezug von Arbeitslosengeld II in Frage, 51

für die noch nicht 15-jährigen Kläger zu 3)-6) als Kinder der Kläger zu 1) und 2) und Mitglieder ihrer Bedarfsgemeinschaft gem. § 7 Abs. 2 Satz 1 und Abs. 3 Nr. 4 SGB II i. V. m. § 19 Abs. 1 Satz 2 SGB II der Bezug von Sozialgeld.

Auch die Erwerbsfähigkeit der Kläger zu 1) und 2) gem. § 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 SGB II i. V. m. § 8 SGB II lag vor. Die gesundheitliche Erwerbsfähigkeit gem. § 8 Abs. 1 SGB II ist nicht fraglich und auch die rechtliche Erwerbsfähigkeit gem. § 8 Abs. 2 SGB II ist bei Staatsangehörigen von EU-Mitgliedstaaten – hier: Bulgarien – unproblematisch gegeben. Für die Annahme, dass eine Beschäftigung i. S. d. § 8 Abs. 2 SGB II "erlaubt ist oder erlaubt werden könnte", reicht es aus, wenn die Aufnahme einer Tätigkeit im Sinne einer rechtlich-theoretischen Möglichkeit mit einer Zustimmung der Bundesagentur zur Beschäftigungsaufnahme erlaubt sein könnte, auch wenn dies im Einzelfall bezogen auf einen konkreten Arbeitsplatz durch die Verfügbarkeit geeigneter bevorzogter Bewerber (§ 39 Abs. 2 des Aufenthaltsgesetzes (AufenthG)) verhindert wird. Dass auf eine abstrakt-rechtliche Möglichkeit der Erteilung einer Arbeitsgenehmigung abzustellen ist, ergibt sich ausdrücklich aus § 8 Abs. 2 Satz 2 SGB II, wonach die rechtliche Möglichkeit, eine Beschäftigung vorbehaltlich einer Zustimmung nach § 39 AufenthG aufzunehmen, ausreichend ist (vgl. BSG, Urteil vom 30.01.2013 – B 4 AS 54/12 R – juris (Rn. 15 f.); LSG NRW, Urteil vom 10.10.2013 – L 19 AS 129/13 – juris (Rn. 35); Hessisches LSG, Urteil vom 27.11.2013 – L 6 AS 726/12 – juris (Rn. 35)). Es kommt daher für die Erwerbsfähigkeit nicht darauf an, ob die Kläger zu 1) und 2) in dem in das Jahr 2013 fallenden streitigen Zeitraum, in dem sie als Unionsbürger aus dem damals noch "neuen" Mitgliedsstaat Bulgarien gem. § 13 FreizügG/EU in den Fassungen vom 20.12.2011 und vom 17.06.2013 noch eine Arbeitsgenehmigung nach § 284 Abs. 1 SGB III benötigten, über eine solche Genehmigung – entweder in der Form einer befristeten Arbeitsgenehmigung ("Arbeitserlaubnis-EU") nach § 284 Abs. 2, 3 und 4 SGB III i. V. m. § 39 Abs. 2-4 und 6 AufenthG oder in der Form einer unbefristeten Arbeitsgenehmigung ("Arbeitsberechtigung-EU") nach § 284 Abs. 5 SGB III i. V. m. dem damals noch geltenden § 12a der Arbeitsgenehmigungsverordnung (ArGV) – verfügten.

Zudem geht die Kammer nach dem Vortrag der Kläger und den von ihnen im Hauptsache- und bereits im Eilverfahren eingereichten Unterlagen (insbesondere Kontoauszügen) davon aus, dass sie nach ihren Einkommens- und Vermögensverhältnissen dem Grunde nach hilfebedürftig im Sinne von § 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 SGB II i. V. m. §§ 9 ff. SGB II waren. Den Klägern stand im gesamten streitigen Zeitraum, in allen streitigen Kalendermonaten, entweder kein oder (aufgrund der Tätigkeit ab dem 07.06.2013) nur ein geringfügiges, nicht ansatzweise den Bedarf der Familie deckendes Einkommen zur Verfügung. Auch unmittelbar realisierbare Ansprüche auf vorrangige Sozialleistungen oder Unterhaltsleistungen sind nicht erkennbar. Daran, dass die Kläger über kein Vermögen und nur zeitweilig über geringfügige Einkünfte aus ihren Erwerbstätigkeiten verfügten, hat das Gericht nach alledem keinerlei Zweifel.

Mit ihren Einreisen in die Bundesrepublik Deutschland im Februar 2012 bzw. Mai 2012 und ihrem anschließenden Aufenthalt in Deutschland begründeten die Kläger hier auch ihren gewöhnlichen Aufenthalt (§ 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 SGB II i. V. m. § 30 Abs. 3 Satz 2 SGB I) und erhielten ihn im gesamten streitigen Zeitraum aufrecht (vgl. auch Bl. 104 GA: ununterbrochener Aufenthalt). Denn der örtliche Schwerpunkt ihrer Lebensverhältnisse war faktisch dauerhaft – nämlich nicht auf Beendigung angelegt, sondern zukunfts offen – im Inland (vgl. insoweit z. B. BSG, Urteil vom 30.01.2013 – B 4 AS 54/12 R – juris (Rn. 18 ff.); LSG NRW, Urteil vom 10.10.2013 – L 19 AS 129/13 – juris (Rn. 35)). Auf rechtliche Erfordernisse zum Aufenthaltsstatus im Sinne einer "Einfärbungslehre" kommt es für die

Annahme eines gewöhnlichen Aufenthalts jedenfalls für den Bereich des SGB II nicht an (vgl. BSG a. a. O. (Rn. 19); vgl. auch LSG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 06.03.2014 – L 31 AS 1348/13 – juris (Rn. 23 ff.)). Dass die Kläger ihren Lebensmittelpunkt bzw. den örtlichen Schwerpunkt ihrer Lebensverhältnisse in Deutschland hatten, ergibt sich hier in zeitlicher Hinsicht aus der bis zum 30.09.2013 angefallenen Aufenthaltsdauer in Deutschland einschließlich der kurzen Erwerbstätigkeit der Klägerin zu 1) und dem Kita- bzw. Schulbesuch der Kläger zu 3)-6) sowie daraus, dass kein Verfahren gem. § 2 Abs. 7 Satz 1 oder Satz 2 FreizügG/EU (Feststellung des Nichtbestehens des Rechts nach § 2 Abs. 1 FreizügG/EU) oder gem. §§ 5 Abs. 4 oder 6 FreizügG/EU (Feststellung des Verlusts des Rechts nach § 2 Abs. 1 FreizügG/EU) durchgeführt und daher keine Ausreisepflicht nach § 7 FreizügG/EU entstanden und der Aufenthalt folglich zukunfts offen war (vgl. BSG a. a. O. (Rn. 20) m. w. N.; LSG NRW, Urteil vom 28.11.2013 – L 6 AS 130/13 – juris (Rn. 27)).

Soweit die Auffassung vertreten wird, dass die in § 7 Abs. 1 S. 1 SGB II normierten Leistungsvoraussetzungen um die ungeschriebene Anspruchsvoraussetzung des Bestehens eines (materiellen) Aufenthaltsrechts zu erweitern sei (so Hessisches LSG, Beschluss vom 11.12.2014 – L 7 AS 528/14 B ER – juris), folgt die Kammer dem nicht. Es fehlt insoweit bereits an einer planwidrigen Regelungslücke (vgl. LSG NRW, Beschluss vom 20.03.2015 – L 19 AS 116/15 B ER – juris (Rn. 22); LSG NRW, Urteil vom 01.06.2015 – L 19 AS 1923/14 – juris (Rn. 36) m. w. N. (insofern durch das BSG im Urteil vom 20.01.2016 – B 14 AS 35/15 R – nicht beanstandet); LSG NRW, Beschluss vom 09.09.2015 – L 19 AS 1260/15 B ER – juris (Rn. 19)). 55

Jedoch greift in Übereinstimmung mit der Auffassung der Beklagten der Leistungsausschluss des § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II (Nr. 1 und Nr. 3 sind ersichtlich nicht einschlägig) zu Lasten der Kläger ein. 56

Nach § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II werden Ausländerinnen und Ausländer einschließlich ihrer Familienangehörigen aus dem Kreis der Leistungsberechtigten ausgenommen, wenn sich ihr Aufenthaltsrecht allein aus dem Zweck der Arbeitssuche ergibt. 57

Das Aufenthaltsrecht aus dem Grund der Arbeitssuche ist heute in § 2 Abs. 2 Nr. 1a FreizügG/EU in der seit dem 09.12.2014 geltenden Fassung des "Gesetzes zur Änderung des Freizügigkeitsgesetzes/EU und weiterer Vorschriften" vom 02.12.2014 (BGBl I, 1922) geregelt. "Unionsrechtlich freizügigkeitsberechtigt sind" danach "Unionsbürger, die sich zur Arbeitssuche aufhalten, für bis zu sechs Monate und darüber hinaus nur, solange sie nachweisen können, dass sie weiterhin Arbeit suchen und begründete Aussicht haben, eingestellt zu werden." Zuvor und auch während des hier streitigen Zeitraums war es in § 2 Abs. 2 Nr. 1 Alt. 2 FreizügG/EU a. F. geregelt. "Unionsrechtlich freizügigkeitsberechtigt" waren danach "Unionsbürger, die sich () zur Arbeitssuche () aufhalten wollen". 58

Die Anwendbarkeit der Ausschlussregelung des § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II erfordert eine ("fiktive") Prüfung des Grundes bzw. der Gründe für eine im streitigen Leistungszeitraum (weiterhin) bestehende Freizügigkeitsberechtigung nach dem FreizügG/EU, welches die Aufenthaltsrechte von Unionsbürgern nach dem AEUV i. V. m. der Unionsbürgerrichtlinie vom 29.04.2004 (RL 2004/38/EG) in nationales Recht umsetzt, bzw. eines Aufenthaltsrechts nach dem gem. § 11 Abs. 1 Satz 11 FreizügG/EU ("Das Aufenthaltsgesetz findet auch dann Anwendung, wenn es eine günstigere Rechtsstellung vermittelt als dieses Gesetz.") – im Wege eines Günstigkeitsvergleichs – anwendbaren Regelungen des Aufenthaltsgesetzes (AufenthG). Bereits das Vorliegen der Voraussetzungen für ein anderes materiell bestehendes Aufenthaltsrecht als ein solches aus dem Zweck der Arbeitssuche hindert sozialrechtlich die positive Feststellung eines Aufenthaltsrechts "allein aus dem Zweck der 59

Arbeitsuche" i. S. v. § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II bzw. lässt den Leistungsausschluss "von vornherein" entfallen (vgl. BSG, Urteil vom 03.12.2015 – B 4 AS 43/15 R – juris (Rn. 27) m. w. N.; vgl. ferner BSG, Vorlage-Beschluss an den Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH) vom 12.12.2013 – B 4 AS 9/13 R – juris (Rn. 15); BSG, Urteil vom 30.01.2013 – B 4 AS 54/12 R – juris (Rn. 22 ff.) ; LSG NRW, Beschluss vom 09.09.2015 – L 19 AS 1260/15 B ER – juris (Rn. 21); LSG NRW, Beschluss vom 06.07.2015 – L 19 AS 931/15 B ER – juris (Rn. 21); LSG NRW, Urteil vom 01.06.2015 – L 19 AS 1923/14 – juris (Rn. 39) m. w. N.).

Soweit Aufenthaltsrechte nach § 11 Abs. 1 Satz 11 FreizügG/EU i. V. m. den Vorschriften des AufenthG zu prüfen sind, ist nach der Rechtsprechung des BSG (Urteil vom 30.01.2013, a. a. O.; siehe auch VG Gießen, Urteil vom 16.04.2013 – 7 K 4111/11.GI – juris mit Wiedergabe des Meinungsstandes zur Bedeutung von § 11 Abs. 1 Satz 11 FreizügG/EU im Verhältnis zu den Aufenthaltsrechten nach dem FreizügG/EU) unerheblich, ob dem Unionsbürger ein Aufenthaltstitel nach dem AufenthG erteilt worden ist. Entscheidend ist, ob ein solcher Titel zu erteilen wäre (vgl. LSG NRW, Urteil vom 01.06.2015 – L 19 AS 1923/14 – juris (Rn. 39)). Es kommt insoweit auf das Vorliegen der – unionsrechtlich nicht modifizierten – Erteilungsvoraussetzungen an (vgl. VG Gießen a. a. O.; Dienelt in: Bergmann/Dienelt, Ausländerrecht, 11. Auflage 2016, § 11 FreizügG/EU Rn. 36). Zudem tendiert die Kammer dazu, dass im Rahmen des "Günstigkeitsvergleichs" kein abstrakter Vergleich vorzunehmen ist (wonach ein Status als Unionsbürger oder Familienangehöriger eines Unionsbürgers wohl grundsätzlich bzw. typischerweise / überwiegend günstiger wäre), sondern ein konkreter Vergleich im Hinblick auf die konkret in Rede stehenden sozialleistungsrechtlichen Auswirkungen (vgl. zu dieser Problematik u. a. VG Gießen a. a. O. (Rn. 17) m. w. N.).

Ein anderes Aufenthaltsrecht i. S. d. § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II kann sich zudem nicht nur aus § 2 FreizügG/EU oder aus § 11 Abs. 1 Satz 11 FreizügG/EU i. V. m. Vorschriften des AufenthG ergeben sondern auch in einem – eigenständigen oder abgeleiteten – Aufenthaltsrecht nach Art. 10 der Verordnung (EU) Nr. 492/2011 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. April 2011 über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Union (VO (EU) 492/2011; vormals: Art 12 der Verordnung (EWG) Nr. 1612/68 des Rates vom 15. Oktober 1968 über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Gemeinschaft (VO 1612/68)) bestehen (vgl. BSG, Urteil vom 03.12.2015 – B 4 AS 43/15 R – juris (Rn. 27, 29-35); LSG NRW, Beschluss vom 16.03.2015 – L 19 AS 275/15 B ER – juris m. w. N.; vgl. hierzu auch ausführlich den Beschluss der erkennenden Kammer vom 20.07.2016 – S 32 AS 3037/16 ER – juris).

Über den wörtlich geregelten Fall hinaus umfasst der Leistungsausschluss nach § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II "erst recht" diejenigen Staatsangehörigen anderer Mitgliedstaaten der EU, die keine deutsche Staatsangehörigkeit besitzen (EU-Ausländer) und überhaupt nicht über eine materielle Freizügigkeitsberechtigung nach dem FreizügG/EU oder ein Aufenthaltsrecht nach dem AufenthG verfügen, also nicht einmal über eine materielle Freizügigkeitsberechtigung aus dem Zweck der Arbeitssuche nach § 2 Abs. 2 Nr. 1a FreizügG/EU (vgl. BSG, Urteil vom 20.01.2016 – B 14 AS 35/15 R – juris (Rn. 24) m. w. N.; BSG, Urteil vom 03.12.2015 – B 4 AS 44/15 R – juris (Rn. 19 ff.) m. w. N.). Die Kammer hat ihre bisherige insoweit abweichende Auffassung, nach der ein solcher "Erst-Recht-Schluss" nicht zulässig sei (vgl. hierzu u. a. das Urteil der Kammer vom 14.04.2014 – S 32 AS 4882/12 – juris; bestätigt durch LSG NRW, Urteil vom 27.08.2015 – L 7 AS 1161/14 – juris; Revision anhängig: BSG, Az: B 4 AS 49/15 R), aufgegeben, da sie die Ausführungen des BSG zu dieser Frage im Urteil vom 03.12.2015 – B 4 AS 44/15 R – juris (Rn. 19 ff.) für überzeugend hält (vgl. den Beschluss der erkennenden Kammer vom 18.04.2016 – S 32 AS 380/16 ER – juris (Rn. 41 f.)).

Nach diesem Maßstab ist vorliegend für den gesamten streitigen Zeitraum ein Aufenthaltsrecht allein (oder nicht einmal) aus dem Zweck der Arbeitssuche i. S. d. § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II i. V. m. § 2 Abs. 2 Nr. 1 Alt. 2 FreizügG/EU a. F. bzw. § 2 Abs. 2 Nr. 1a FreizügG/EU n. F. positiv festzustellen, weil sich kein anderes materielles Aufenthaltsrecht feststellen lässt. Die Kläger fallen damit vom Wortlaut her (oder "erst recht") in den Anwendungsbereich des Leistungsausschlusses.	63
Im Einzelnen:	64
Die Kammer ist nach dem Aktenstand und den sonst vorliegenden Erkenntnissen, auch aus der persönlichen Anhörung der Kläger in der mündlichen Verhandlung, nicht davon überzeugt, dass diese irgendwann im streitigen Zeitraum einen Arbeitnehmerstatus nach § 2 Abs. 2 Nr. 1 Alt. 1 FreizügG/EU erworben und / oder "fortwirkend" nach § 2 Abs. 3 FreizügG/EU besessen haben.	65
Ernsthaft in Frage kommen insoweit nur ein Arbeitnehmerstatus der Klägerin zu 1) im Zeitraum ab dem 07.06.2013 bis zum 06.09.2013 und ein sich hieran anschließender fortwirkender Arbeitnehmerstatus der Klägerin zu 1) im Zeitraum ab dem 07.09.2013, jeweils wegen der Tätigkeit in dem Schnellimbiss in B, denn die Listung als mögliche Arbeitskraft bei C ohne Arbeitseinsatz und Vergütung stellt keinesfalls eine Tätigkeit als Arbeitnehmer dar.	66
Das BSG hat zum Begriff des Arbeitnehmers in seinem Urteil vom 03.12.2015 – B 4 AS 44/15 R – ausgeführt (juris: Rn. 26): "Der Begriff des Arbeitnehmers in § 7 Abs 1 S 2 SGB II ist, wie die Wortverbindung in dessen Nr 1 zum FreizügG/EU bereits zeigt, ebenfalls europarechtlich geprägt; durch dieses Gesetz wird die, die Freizügigkeitsrechte der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen innerhalb der Union regelnde RL 2004/38/EG - auf Grundlage der Europäischen Verträge - in das nationale Recht umgesetzt (Dienelt in Renner/Bergmann/Dienelt, Ausländerrecht, 10. Aufl 2013, Vorbemerkung 0.1.2 zum Freizügigkeitsgesetz/EU). Eine kodifizierte Definition des Arbeitnehmerbegriffs findet sich im Europarecht zwar nicht. Es ist daher auf die Ausprägung dessen zurückzugreifen, die er auf Grundlage der Rechtsprechung des EuGH erfahren hat. Die Arbeitnehmereigenschaft wird danach bei der Ausübung einer tatsächlichen und echten Tätigkeit als gegeben angesehen, was gestützt auf objektive Kriterien und in einer Gesamtbetrachtung aller Umstände, die die Art der in Rede stehenden Tätigkeiten und des fraglichen Arbeitsverhältnisses betreffen, festzustellen ist (EuGH Rs Ninni-Orasche vom 6.11.2003 - C-413/01 RdNr 24; EuGH vom 21.2.2013 - C-46/12 RdNr 39 ff; Dienelt in Renner/Bergmann/Dienelt, Ausländerrecht, 10. Aufl 2013, § 2 FreizügG/EU RdNr 37; Tewocht in Beck scher Online-Kommentar Ausländerrecht, Kluth/Heusch, 9. Edition, Stand XI/2015, § 2 FreizügG/EU RdNr 18 ff). Um Arbeitnehmer zu sein, muss die betreffende Person während einer bestimmten Zeit für einen anderen nach dessen Weisung Leistungen erbringen, für die sie als Gegenleistung eine Vergütung erhält. Dabei sind nicht nur Gesichtspunkte wie die Arbeitszeit und die Höhe der Vergütung zu berücksichtigen, sondern auch solche wie der Anspruch auf bezahlten Urlaub, die Geltung von Lohnfortzahlung im Krankheitsfall, die Anwendung des Tarifvertrags in der jeweils gültigen Fassung auf den Arbeitsvertrag sowie die Dauer des Arbeitsverhältnisses (EuGH Rs Genc vom 4.2.2010 - C-14/09 RdNr 27). Dies bedeutet, dass eine Integration in den Betrieb des Arbeitgebers gegeben sein muss, bei der die betreffende Person unter der Weisung oder Aufsicht eines Dritten steht, der die zu erbringenden Leistungen und/oder die Arbeitszeiten vorschreibt und dessen Anordnungen durch den Arbeitnehmer zu befolgen sind (vgl Hoffmann in Hofmann/Hoffmann, HK-AuslR, 1. Aufl 2008, § 2 FreizügG/EU RdNr 8)."	67
Abzustellen ist danach auf den autonomen unionsrechtlichen Begriff des Arbeitnehmers im Sinne von Art. 45 AEUV. Dieser darf nicht eng ausgelegt werden und ist anhand objektiver	68

Kriterien zu definieren, die das Arbeitsverhältnis im Hinblick auf die Rechte und Pflichten der betroffenen Personen kennzeichnen. Das wesentliche, anhand objektiver Kriterien zu bestimmende Merkmal des Arbeitsverhältnisses besteht darin, dass jemand während einer bestimmten Zeit für einen anderen nach dessen Weisung Leistungen erbringt, für die er als Gegenleistung eine Vergütung erhält. Für die Qualifizierung als "Arbeitnehmer" ist erforderlich, dass eine Person eine tatsächliche und echte Tätigkeit ausübt, die keinen so geringen Umfang hat, dass sie sich als vollständig untergeordnet und unwesentlich darstellt. Es bleiben daher Tätigkeiten außer Betracht, die einen so geringen Umfang haben, dass sie sich als "völlig untergeordnet und unwesentlich" darstellen. Ob der Betreffende Arbeitnehmer ist, bedarf einer Gesamtbeurteilung, die anhand aller ein Arbeitsverhältnis kennzeichnenden Aspekte zu treffen ist (vgl. LSG NRW, Beschluss vom 01.04.2015 – L 19 AS 170/15 B ER – juris (Rn. 25) m. w. N.; vgl. zu alledem ferner z. B. Schleswig-Holsteinisches LSG, Beschluss vom 11.11.2015 – L 6 AS 197/15 B ER – juris (Rn. 20) m. w. N.; SG Aachen, Beschluss vom 20.03.2015 – S 11 AS 169/15 ER – juris (Rn. 24 ff.) m. w. N.; LSG Niedersachsen-Bremen, Beschluss vom 11.11.2014 – L 8 SO 306/14 B ER – juris (Rn. 18 ff.) m. w. N.; vgl. aus der Rechtsprechung des EuGH z. B. Urteil vom 21.02.2013 – C-46/12 – juris (Rn. 39) m. w. N.; Urteil vom 04.02.2010 – C 14/09 "Genc" – NVwZ 2010, 367 = juris m. w. N.; Urteil vom 04.06.2009 – C-22/08, C-23/08 "Vatsouras, Koupatantze" – juris; Urteil vom 06.11.2003 – C-413/01 "Ninni-Orasche" – juris; Urteil vom 18.07.2007 – C-213/05 "Geven" – juris; Urteil vom 14.12.1995 – C 444/93 "Megner und Scheffel" – juris; Urteil vom 26.02.1992 – C 357/89 "Raulin" – juris; Urteil vom 23.03.1982 – 53/81 "Levin" – juris).

Dabei lässt sich auch bei geringfügigen und kurzzeitigen Beschäftigungsverhältnissen ein Arbeitnehmerstatus nur in Ausnahmefällen verneinen (vgl. LSG NRW, Beschluss vom 01.04.2015 – L 19 AS 170/15 B ER – a. a. O.; SG Aachen, Beschluss vom 20.03.2015 – S 11 AS 169/15 ER – a. a. O.; LSG Niedersachsen-Bremen, Beschluss vom 09.09.2013 – L 13 AS 260/13 B ER – juris (Rn. 14 ff.) m. w. N.; Sächsisches LSG, Beschluss vom 30.04.2014 – L 7 AS 502/14 B ER – juris (Rn. 30); BVerwG, Urteil vom 19.04.2012 – 1 C 10/11 – BVerwGE 143, 38 = juris (Arbeitnehmereigenschaft bejaht bei einer geringfügigen Beschäftigung als Raumpflegerin mit zunächst 5,5 und später 10 Wochenstunden); VGH Baden-Württemberg, Urteil vom 29.10.2012 – 11 S 24/12 – juris (bejaht bei einer geringfügigen Beschäftigung mit 5 bzw. 6 Wochenstunden und einem Monatslohn von nur 180 EUR bzw. 240 EUR); BSG, Urteil vom 19.10.2010 – B 14 AS 23/10 R – juris (Rn. 3, 18: bejaht bei einer geringfügigen Beschäftigung mit einer wöchentlichen Arbeitszeit von 7,5 Stunden und einem monatlichen Entgelt von 100 EUR)).

69

Die Kammer ist zudem davon überzeugt, dass eine Tätigkeit, die nach Maßgabe einer Norm, die eine unionsrechtlich zulässige Beschränkung der Arbeitnehmerfreizügigkeit darstellt, illegal ist, keinen Arbeitnehmerstatus im Sinne des Unionsrechts bzw. i. S. v. § 2 Abs. 2 Nr. 1 Alt. 1 oder Abs. 3 FreizügG/EU begründen kann. Eine solche die Arbeitnehmerfreizügigkeit einschränkende Norm stellte § 13 FreizügG/EU in den hier geltenden Fassungen vom 20.12.2011 und vom 17.06.2013 dar. Daraus ergab sich aufgrund des Beitrittsvertrages vom 25.04.2005 über den Beitritt der Republik Bulgarien und Rumäniens zur Europäischen Union ("Vertrag zwischen dem Königreich Belgien, der Tschechischen Republik, dem Königreich Dänemark, der Bundesrepublik Deutschland, der Republik Estland, der Hellenischen Republik, dem Königreich Spanien, der Französischen Republik, Irland, der Italienischen Republik, der Republik Zypern, der Republik Lettland, der Republik Litauen, dem Großherzogtum Luxemburg, der Republik Ungarn, der Republik Malta, dem Königreich der Niederlande, der Republik Österreich, der Republik Polen, der Portugiesischen Republik, der Republik Slowenien, der Slowakischen Republik, der Republik Finnland, dem Königreich Schweden, dem Vereinigten Königreich Großbritannien und Nordirland (Mitgliedstaaten der

70

Europäischen Union) und der Republik Bulgarien und Rumänien über den Beitritt der Republik Bulgarien und Rumäniens zur Europäischen Union") und den in der Schlussakte vom selben Tage aufgeführten Erklärungen zu diesem Vertrag (ABl. EU 2005, Nr. L 157; vgl. auch das "Gesetz zu dem Vertrag vom 25. April 2005 über den Beitritt der Republik Bulgarien und Rumäniens zur Europäischen Union" vom 07.12.2006, BGBl. II, 1146) und damit in Übereinstimmung mit dem Europarecht ausdrücklich, dass das FreizügG/EU – gemeint ist damit gerade die Norm über die materielle Freizügigkeitsberechtigung von Arbeitnehmern in § 2 Abs. 2 Nr. 1 Alt. 1 FreizügG/EU – und damit die Arbeitnehmerfreizügigkeit auf Arbeitnehmer aus den "neuen" EU-Mitgliedsstaaten Bulgarien und Rumänien (und ab dem 01.07.2013 auch Kroatien) nur Anwendung findet, wenn eine Arbeitsgenehmigung nach § 284 Abs. 1 SGB III erteilt worden ist.

Die Tätigkeit der Klägerin zu 1) war nach der Überzeugung der Kammer in diesem Sinne illegal und § 2 Abs. 2 Nr. 1 FreizügG/EU nicht anwendbar, da sie für ihre Tätigkeit in dem Schnellimbiss in Ahlen nicht über die erforderliche Arbeitsgenehmigung verfügte. 71

Die Kläger zu 1) und 2) als bulgarische Staatsangehörige hatten im streitigen Zeitraum, der in das Jahr 2013 fällt, wie bereits erwähnt nach § 13 FreizügG/EU in den damals geltenden Fassungen vom 20.12.2011 und vom 17.06.2013 noch eine Arbeitsgenehmigung nach § 284 Abs. 1 SGB III einzuholen – entweder in der Form einer befristeten Arbeitsgenehmigung ("Arbeitserlaubnis-EU") nach § 284 Abs. 2, 3 und 4 SGB III i. V. m. § 39 Abs. 2-4 und 6 AufenthG oder in der Form einer unbefristeten Arbeitsgenehmigung ("Arbeitsberechtigung-EU") nach § 284 Abs. 5 SGB III i. V. m. § 12a der Arbeitsgenehmigungsverordnung (ArGV) in den damals geltenden Fassungen vom 20.12.2011 und vom 17.06.2013. 72

Ausnahmsweise konnte zwar nach § 284 Abs. 1, 6 und 7 SGB III i. V. m. § 42 AufenthG i. V. m. Vorschriften der Verordnung über die Zulassung von neu einreisenden Ausländern zur Ausübung einer Beschäftigung (Beschäftigungsverordnung – BeschV – in der bis zum 30.06.2013 geltenden Fassung vom 22.11.2004) oder der ab dem 01.07.2013 anwendbaren Verordnung über die Beschäftigung von Ausländerinnen und Ausländern (Beschäftigungsverordnung – BeschV) vom 06.06.2013 keine Genehmigung erforderlich sein (vgl. etwa § 9 BeschV vom 06.06.2013). In den Fällen, in denen ein Beschäftigungsverhältnis vorliegt, für das nach §§ 39 Abs. 1, 42 AufenthG i. V. m. der BeschV keine Zustimmung der Bundesagentur zur Erteilung eines Aufenthaltstitels für Nicht-EU-Ausländer erforderlich wäre, besteht auch keine Arbeitsgenehmigungspflicht nach § 284 SGB III. Zwar verweist § 284 Abs. 3 SGB III nur auf § 39 Abs. 2-4 und 6 AufenthG und nicht auch auf § 39 Abs. 1 AufenthG, der einen Bezug zu § 42 AufenthG i. V. m. der BeschV herstellen würde. Jedoch ergibt sich aus § 284 Abs. 6 SGB III die entsprechende Anwendbarkeit des AufenthG und der BeschV als auf der Grundlage von § 42 AufenthG erlassener Rechtsverordnung(en), soweit sie günstigere Regelungen enthalten. Deshalb ist die Erteilung einer Arbeitserlaubnis-EU z. B. nicht erforderlich, wenn die Voraussetzungen von § 9 Abs. 1 BeschV n. F. erfüllt sind. Für eine derartige Konstellation ist aber weder etwas dargetan noch sonst ersichtlich. 73

Hier war also eine Arbeitsgenehmigung erforderlich. Diese lag aber nur für einen einzigen Tag, den 06.09.2013, vor. Das reicht nicht aus, um einen Arbeitnehmerstatus zu bejahen. 74

Auf Nachfrage der Kammer ist von der Klägerin zu 1) in der mündlichen Verhandlung nicht konkret dargetan sondern im Gegenteil verneint worden, dass sie eine spezifische Arbeitsgenehmigung nach § 284 Abs. 1 SGB III für die fragliche Tätigkeit in dem Schnellimbiss besessen habe. Ihr Vortrag bzgl. einer "irgendwann" noch im Jahr 2013 bzw. – so ihre spätere Angabe – ab September 2013 besessenen unbefristeten und auch im Übrigen (bzgl. der Arbeitsstelle) uneingeschränkten Arbeitsgenehmigung (Arbeitsberechtigung-EU) 75

blieb vage und kann sich allenfalls auf die Arbeitsberechtigung-EU bezogen haben, die mit Wirkung ab dem 06.09.2013 und damit nur noch für den letzten Tag der Tätigkeit galt (Bl. 326 VV Bd. II).

Die Kammer musste der Frage, ob eine andere (weitergehende bzw. vor dem 06.09.2013 wirksame) Arbeitsgenehmigung existierte bei so vagem Vortrag der Kläger nicht – nach Vertagung – näher nachgehen. Es erscheint nach dem Vorbringen der Klägerin jedenfalls ausgeschlossen, dass eine unbefristete Arbeitsgenehmigung schon vor dem Monat September vorlag, geschweige denn zu einem Zeitpunkt, bei dem in Betracht kommen würde, den daran anschließenden Teilzeitraum der Tätigkeit in dem Schnellimbiss schon als tatsächliche und echte, nicht vollständig untergeordnete und unwesentliche Tätigkeit einzustufen. Ein Tag legaler Tätigkeit kann ersichtlich keine tatsächliche und echte, nicht vollständig untergeordnete und unwesentliche Tätigkeit darstellen und damit keinen Arbeitnehmerstatus begründen; das gleiche würde für sechs Tage legaler Erwerbstätigkeit gelten, falls man eine Arbeitsgenehmigung aufgrund des ungenauen Vorbringens der Klägerin zu 1) zu ihren Gunsten schon zum ersten Tag des Monats September annähme.

76

Die Nichterweislichkeit (non liquet) des Vorliegens einer Arbeitsgenehmigung als Voraussetzung einer legalen Tätigkeit in einem ausreichenden zeitlichen Umfang geht zu Lasten der Klägerin zu 1). Sie hat die materielle Beweislast (Feststellungslast) für das Vorliegen dieser Voraussetzung zu tragen, da es sich dabei um eine Tatsache handelt, die für sie günstig ist. Nur so ließe sich ggf. (siehe aber sogleich) eine wenigstens zeitanteilige materielle Freizügigkeitsberechtigung der Klägerin zu 1) als Arbeitnehmerin i. S. v. § 2 Abs. 2 Nr. 1 FreizügG/EU irgendwann im streitigen Zeitraum begründen.

77

Jedoch ist die Kammer der Auffassung, dass die Tätigkeit in dem Schnellimbiss auch dann, wenn sie insgesamt, von Beginn an, legal gewesen sein sollte, keinen Arbeitnehmerstatus begründet hätte.

78

Bereits die im Tatbestand des Urteils auszugsweise wiedergegebene Schilderung der Klägerin zu 1) im Stellungnahmeschreiben vom 08.11.2013 an das LSG NRW (Bl. 275 VV Bd. II / Bl. 200 GA zu S 32 AS 693/13 ER) bzgl. der diversen Schwierigkeiten mit der Arbeitgeberin sprechen dagegen, dass es sich um eine tatsächliche und echte, nicht vollständig untergeordnete und unwesentliche Tätigkeit handelt. Hinzu kommt folgendes: Zwar war die Tätigkeit wohl nach dem dargestellten, relativ großzügigen Maßstab auf der Grundlage der eingereichten Bescheinigungen in einigen Monaten für sich genommen "ausreichend" in Bezug auf Umfang (15 Stunden / Woche) und Entlohnung (455,00 EUR für Juli sowie 364,00 EUR für den Zeitraum ab 07.06.2013 und 91,00 EUR für den ebenfalls "angebrochenen" September (bis 06.09.2013), zusammen ebenfalls 455,00 EUR), wobei es sich immerhin knapp um eine sozialversicherungspflichtige Beschäftigung handelte. Jedoch erfolgten die Arbeitsleistung und die Vergütung letztlich doch auffallend unregelmäßig: Im August 2013 wurde offenbar keine Arbeit erbracht und kein Entgelt erzielt; es ist nicht dargetan worden oder sonst erkennbar, dass insofern ein unerfüllter Entgeltanspruch vorliegen würde. Damit dauerte das Arbeitsverhältnis auch nur drei Monate an wobei von diesen "auf dem Papier" drei Monaten letztlich nur in zwei Monaten gearbeitet wurde. Es ergibt sich für drei Monate ein rechnerisches monatliches Durchschnittsentgelt von $2 \times 455,00 \text{ EUR} = 910,00 \text{ EUR}$: $3 \text{ Monate} = 303,33 \text{ EUR} / \text{Monat}$.

79

Nach Meinung der Kammer ist ein Arbeitsverhältnis mit einer derart unregelmäßig erbrachten Arbeitsleistung und einem dementsprechend unregelmäßig gezahlten und im Durchschnitt relativ geringen Entgelt mit einer Dauer von nur drei Monaten, in denen nur während 2/3 der Zeit tatsächlich gearbeitet wurde, auch unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des

80

EuGH, insbesondere des Urteils vom 06.11.2003 – C-413/01 "Ninni-Orasche" –, wonach "der bloße Umstand, dass eine unselbständige Tätigkeit von kurzer Dauer ist, als solcher nicht dazu führt, dass diese Tätigkeit vom Anwendungsbereich des Artikels 48 EG-Vertrag ausgeschlossen wird" (EuGH a. a. O. (juris: Rn. 25 f.)) nicht ausreichend, um einen Arbeitnehmerstatus anzunehmen.

Auch die anderen in § 2 Abs. 2 FreizügG/EU geregelten Aufenthaltsrechtsvarianten liegen – 81
unstreitig – nicht vor.

Ein Aufenthalt zur Berufsausbildung (§ 2 Abs. 2 Nr. 1 Alt. 2 FreizügG/EU n. F. bzw. § 2 Abs. 2 82
Nr. 1 Alt. 3 FreizügG/EU a. F.) war nicht gegeben. Auch der Aufenthaltsgrund der
selbständigen Erwerbstätigkeit nach § 2 Abs. 2 Nr. 2 FreizügG/EU (ggf. i. V. m. § 2 Abs. 3
Satz 1 Nr. 1, 2 oder 3 FreizügG/EU) lag nicht vor. Ferner waren die Kläger weder Erbringer (§
2 Abs. 2 Nr. 3 FreizügG/EU) noch Empfänger von Dienstleistungen (§ 2 Abs. 2 Nr. 4
FreizügG/EU).

Auch über ein Aufenthaltsrecht nach § 2 Abs. 2 Nr. 5 i. V. m. § 4 FreizügG/EU als nicht 83
erwerbstätige Unionsbürgerin verfügten die Kläger nicht. Hierfür fehlte es jedenfalls an
ausreichenden Existenzmitteln. Die Kläger verfügten – wie auch das Eil- und das
Hauptsacheverfahren zeigen – durchgehend bis zum Ende des streitigen Zeitraums nicht
über Existenzmittel, die sicherstellen würden, dass sie die "Sozialhilfe" des
Aufnahmemitgliedstaats Deutschland nicht in Anspruch nehmen müssen (vgl. hierzu
BVerwG, Urteil vom 16.07.2015 – 1 C 22/14 – juris (Rn. 21)). Da hier nicht die
Voraussetzungen einer Verlustfeststellung gem. § 5 Abs. 4 FreizügG/EU oder § 6
FreizügG/EU in Bezug auf die Freizügigkeitsberechtigung zu prüfen sind, sondern die
Voraussetzungen von § 4 FreizügG/EU als einem möglichen anderen materiellen
Aufenthaltsrecht als dem zur Arbeitssuche mit der Folge eines Leistungsanspruchs nach dem
SGB II, kommt es nach Auffassung der Kammer hier nicht darauf an, ob eine
"unangemessene" Inanspruchnahme von Sozialhilfeleistungen vorliegt oder ob eine
Feststellung des Verlusts des Freizügigkeitsrechts hier rechtmäßig gewesen wäre,
insbesondere dem Erfordernis der Verhältnismäßigkeit genügt hätte (vgl. hierzu – im Kontext
einer Verlustfeststellung gem. § 5 Abs. 4 FreizügG/EU – BVerwG, Urteil vom 16.07.2015 – 1
C 22/14 – juris (Rn. 21)). Dass die Kläger nicht über ausreichende Existenzmittel im hier
relevanten Sinn verfügten, zeigt sich vielmehr bereits daran, dass sie hilfebedürftig i. S. d. § 7
Abs. 1 Nr. 3 i. V. m. § 9 SGB II waren (vgl. BSG, Urteil vom 03.12.2015 – B 4 AS 44/15 R –
juris (Rn. 31); vgl. ferner Thym, NJW 2015, 130 (132)).

Auch aus § 2 Abs. 2 Nr. 6 i. V. m. § 3 FreizügG/EU (Familiennachzug) ergibt sich kein 84
(abgeleitetes) Aufenthaltsrecht.

Ferner lag schon angesichts des Einreisezeitpunkts im streitigen Zeitraum auch noch kein 85
Daueraufenthaltsrecht nach § 2 Abs. 2 Nr. 7 i. V. m. § 4a FreizügG/EU vor, unabhängig von
der Frage, ob der Aufenthalt durchgehend "rechtmäßig" i. S. v. § 4a Abs. 1 Satz 1
FreizügG/EU war (vgl. hierzu BVerwG, Urteil vom 16.07.2015 – 1 C 22/14 – juris (Rn. 16 ff.);
BVerwG, Urteil vom 31.05.2012 – 10 C 8/12 – juris (Rn. 16); EuGH, Urteil vom 21.12.2011 –
C 424/10 u. a. "Ziolkowski u. a." – juris).

Ein Aufenthaltsrecht ergibt sich auch nicht aus § 11 Abs. 1 Satz 11 FreizügG/EU i. V. m. §§ 86
27, 28 AufenthG (Familiennachzug zu Deutschen) oder aus § 11 Abs. 1 Satz 11 FreizügG/EU
i. V. m. § 7 Abs. 1 Satz 3 AufenthG i. V. m. Art. 6 Abs. 1 des Grundgesetzes (GG) (vgl. zu
derartigen Fällen LSG NRW, Beschluss vom 25.02.2013 – L 12 AS 1858/12 B ER, L 12 AS
1859/12 B – juris; BSG, Urteil vom 30.01.2013 – B 4 AS 54/12 R – juris (Rn. 31 ff.)).

Schließlich ergeben sich auch aus Art. 10 der Verordnung (EU) Nr. 492/2011 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. April 2011 über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Union und dem – unstreitigen – Schulbesuch der Kinder, der Kläger zu 3), 4) und 5), keine originären oder abgeleiteten Aufenthaltsrechte für die Kläger, da es aus den weiter oben dargestellten Gründen an der Voraussetzung fehlt, dass die Klägerin zu 1) irgendwann während des Aufenthalts der (ggf. späteren) Schulkinder in Deutschland (vor dem oder im hier streitigen Zeitraum) als Arbeitnehmerin in Deutschland wohnte (vgl. zu der Bedeutung und den Voraussetzungen des Aufenthaltsrechts nach Art. 10 VO (EU) 492/2011 ausführlich den Beschluss der Kammer vom 20.07.2016 – S 32 AS 3037/16 ER – juris (Rn. 36 ff., insbes. Rn. 41)).	87
Die Kammer kann daher kein anderes Aufenthaltsrecht positiv feststellen und die Kläger fallen somit entweder vom Wortlaut her oder "erst recht" in den Anwendungsbereich des Leistungsausschlusses.	88
Das Gleichbehandlungsgebot nach Art. 1 des Europäischen Fürsorgeabkommens (EFA) steht dem nicht entgegen. Denn das EFA ist schon nach seinem persönlichen Anwendungsbereich nicht einschlägig, weil die Klägerin bulgarische Staatsangehörige und Bulgarien nicht Signatarstaat dieses Abkommens ist (vgl. BSG, Urteil vom 20.01.2016 – B 14 AS 35/15 R – juris (Rn. 30); vgl. ferner BSG, Urteil vom 03.12.2015 – B 4 AS 43/15 R – juris (Rn. 15 ff.), auch zu dem von der Bundesregierung erklärten Vorbehalt).	89
Auch steht vorrangiges Recht der Europäischen Union (EU) dem nicht entgegen. Ein Leistungsausschluss wie der gem. § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II verstößt nach der für die Kammer als nationales Gericht bindenden Auslegung des Europarechts durch den EuGH (a. A. offenbar SG Mainz, Beschluss vom 12.11.2015 – S 12 AS 946/15 ER – juris (Rn. 41 ff.)) nicht gegen EU-Recht (vgl. EuGH, Urteil vom 15.09.2015 – C-67/14 "Alimanovic" – juris; EuGH, Urteil vom 11.11.2014 – C-333/13 "Dano" – juris; vgl. ferner zu § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 SGB II EuGH, Urteil vom 25.02.2016 – C-299/14 "Garcia-Nieto" – juris). Die Kammer hat ihre frühere hiervon abweichende Rechtsauffassung, dass der Leistungsausschluss gem. § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz aus Art. 4 VO (EG) 883/2004 verstößt und nicht von der Ermächtigung in Art. 24 Abs. 2 RL 2004/38/EG gedeckt ist (vgl. hierzu z. B. das Urteil der Kammer vom 14.04.2014 – S 32 AS 4882/12 – juris; bestätigt durch LSG NRW, Urteil vom 27.08.2015 – L 7 AS 1161/14 – juris; Revision anhängig: BSG, Az: B 4 AS 49/15 R), bereits im Beschluss vom 18.04.2016 – S 32 AS 380/16 ER – ausdrücklich aufgegeben.	90
Den Klägern steht damit kein Anspruch auf Gewährung von Leistungen nach dem SGB II dem Grunde nach zu.	91
Nachdem das BSG und der EuGH über die streitigen Fragen entschieden haben und ein "passendes" Verfahren bei dem Bundesverfassungsgericht (BVerfG) derzeit nicht anhängig ist, kann auch nicht ein mit dem streitigen Anspruch auf endgültige Leistungen nach dem SGB II im Wesentlichen inhaltsgleicher, im Falle einer Ermessensreduzierung "auf Null" möglicher Anspruch aus § 40 Abs. 2 Nr. 1 SGB II i. V. m. § 328 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 oder 2 SGB III als Grundlage für eine Verurteilung der Beklagten herangezogen werden. Der Vorlagebeschluss des SG Mainz vom 18.04.2016 – S 3 AS 149/16 – juris hat zwar dazu geführt, dass derzeit ein Verfahren in Bezug auf die Verfassungsmäßigkeit von § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II bei dem BVerfG anhängig ist, wie es § 328 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 SGB III voraussetzt. Jedoch kann sich der Kläger in dem dortigen Fall nicht auf eine materielle oder wenigstens formelle Freizügigkeitsberechtigung als EU-Bürger nach § 2 Abs. 2 Nr. 1a FreizügG/EU berufen bzw. er fällt von vornherein nicht unter den durch § 1 FreizügG/EU	92

definierten Anwendungsbereich des FreizügG/EU, da er weder Staatsangehöriger eines anderen Mitgliedsstaates der Europäischen Union (Unionsbürger) noch ein Familienangehöriger eines/r solchen ist. Vielmehr ist er Angehöriger eines Drittstaats und Inhaber einer Aufenthaltserlaubnis nach § 16 Abs. 4 AufenthG. Dabei handelt es sich zwar wohl wie bei § 2 Abs. 2 Nr. 1a FreizügG/EU um ein "Aufenthaltsrecht allein aus dem Zweck der Arbeitsuche" i. S. v. § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II. Jedoch ist die aufenthaltsrechtliche Situation insofern eine grundlegend andere, so dass sich jedenfalls zum Teil andere verfassungsrechtliche Fragen stellen (vgl. in diesem Zusammenhang auch – insbesondere zu den Unterschieden zwischen der "privatisierten" Unionsbürgerfreizügigkeit und der klassischen aufenthaltsrechtlichen Zugangssteuerung – Thym, "Sozialhilfe für erwerbsfähige Unionsbürger - Das Bundessozialgericht auf Umwegen", NZS 2016, 441 ff.). Es ist aus Sicht der Kammer nicht zu erwarten, dass die Entscheidung des BVerfG in dem o. g. konkreten Normenkontrollverfahren nach Art. 100 Abs. 1 Satz 1 Grundgesetz (GG) die Frage nach der Verfassungsmäßigkeit der Anwendung des Leistungsausschlusses nach § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II auf Unionsbürger bei gleichzeitigem Fehlen eines anderweitigen Anspruchs auf existenzsichernde Sozialleistungen klären wird (vgl. hierzu bereits den Beschluss der Kammer vom 20.07.2016 – S 32 AS 3037/16 ER – juris (Rn. 62 f.)).

Zum Hilfsantrag (Leistungen nach dem 3. Kapitel des SGB XII dem Grunde nach): 93

Die Kläger besitzen auch keinen Anspruch auf Leistungen nach dem Sozialgesetzbuch (SGB) Zwölftes Buch (XII) – Sozialhilfe – (SGB XII), so dass die auf der Grundlage von § 75 Abs. 2 Alt. 2 SGG "unecht" notwendig Beigeladene, der örtlich zuständige Sozialhilfeträger, nicht nach § 75 Abs. 5 SGG zu verurteilen war. 94

Die nachfolgenden Ausführungen der Kammer entsprechen zu einem großen Teil – teils sinngemäß, teils wörtlich – den Ausführungen der Kammer in den Gründen zu Ziff. II des Beschlusses vom 18.04.2016 – S 32 AS 380/16 ER – juris (Rn. 75 ff.) einschließlich der dortigen umfangreichen Zitate aus anderen Entscheidungen, insbesondere aus dem für die Problematik grundlegenden Beschluss der 35. Kammer des Sozialgerichts Dortmund vom 11.02.2016 – S 35 AS 5396/15 ER –. 95

An ihrer dort zum Ausdruck gebrachten Sichtweise hält die Kammer auch nach nochmaliger Überprüfung vollumfänglich fest. Die Kammer ergänzt ihre Ausführungen nachfolgend um einige aktuelle Rechtsprechungs- und Literaturnachweise und auch um einige zusätzliche rechtliche Erwägungen: 96

Die Kläger zu 1) und 2) sind (mit ihren Kindern) als – unstreitig – Erwerbsfähige gemäß § 21 Satz 1 SGB XII vom Bezug von Leistungen nach dem SGB XII ausgeschlossen. 97

Dies folgt aus dem Wortlaut und dem systematischen Aufbau des § 21 SGB XII, der Gesetzesbegründung sowie dem vom BSG in weiteren Urteilen aufgezeigten systematischen Wechselspiel von SGB II und SGB XII und der in diesem Zusammenhang angenommenen abgrenzenden Funktion des § 21 SGB XII und der in § 7 SGB II vertretenen Leistungsausschlüsse. Dessen ungeachtet kommt auch wegen § 23 Abs. 3 SGB XII die Gewährung laufender Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach dem SGB XII nicht in Betracht, auch nicht nach § 23 Abs. 1 Satz 3 SGB XII. 98

Die Kammer folgt insoweit weiterhin nicht der Rechtsauffassung des 4. und des 14. Senats des Bundessozialgerichts (BSG), wie sie sich den Urteilen vom 03.12.2015 (Az.: B 4 AS 59/13 R, B 4 AS 44/15 R und B 4 AS 43/15 R), vom 16.12.2015 (Az.: B 14 AS 15/14 R, B 14 AS 18/14 R und B 14 AS 33/14 R), vom 20.01.2016 (Az.: B 14 AS 15/15 R und B 14 AS 99

35/15 R), vom 17.02.2016 (Az.: B 4 AS 24/14 R) und vom 17.03.2015 (Az.: B 4 AS 32/15 R) entnehmen lässt, und nach der hier zumindest ein Anspruch auf eine ermessensfehlerfreie Entscheidung über die Gewährung von Leistungen nach § 23 Abs. 1 Satz 3 SGB XII, ggf. aber auch aufgrund einer Ermessensreduzierung auf Null ein (quasi) gebundener Anspruch auf Hilfe zum Lebensunterhalt nach § 23 Abs. 1 Satz 3 SGB XII i. V. m. §§ 27 ff. SGB XII gegen die Beigeladene als insoweit örtlich und sachlich zuständigen Leistungsträger bestehen würde, weil der Leistungsausschluss gem. § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II eingreift.

Die Kammer vertritt vielmehr die Auffassung, dass sowohl § 21 SGB XII als auch § 23 Abs. 3 100 SGB XII der Gewährung von Leistungen nach § 23 Abs. 1 Satz 3 XII an erwerbsfähige Hilfebedürftige, die EU-Staatsangehörige sind, entgegenstehen und die Gewährung von existenzsichernden Leistungen an EU-Ausländer auch nicht verfassungsrechtlich geboten ist (vgl. zu letzterem Aspekt bereits den nicht veröffentlichten (n. v.) Beschluss der erkennenden Kammer vom 30.10.2015 – S 32 AS 3492/15 ER – zum Leistungsausschluss für die ersten drei Monate des Aufenthalts in Deutschland gem. § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 SGB II; vgl. ferner SG Dortmund, Beschluss vom 23.11.2015 – S 30 AS 3827/15 ER – juris m. w. N.; vgl. zu der hier und in der Entscheidung der Kammer vom 18.04.2016 in dem Verfahren S 32 AS 380/16 ER vertretenen, von der BSG-Rechtsprechung abweichenden Auffassung zu §§ 21, 23 Abs. 3 SGB XII sodann in chronologischer Reihenfolge: SG Berlin, Urteil vom 11.12.2015 – S 149 AS 7191/13 – juris; SG Berlin, Urteil vom 14.01.2016 – S 26 AS 12515/13 – juris; LSG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 22.01.2016 – L 29 AS 20/16 B ER, L 29 AS 21/16 B ER PKH (unter Bestätigung der Vorinstanz: SG Berlin, Beschluss vom 06.01.2016 – S 59 AS 26012/15 ER – n. v.); SG Halle (Saale), Beschluss vom 22.01.2016 – S 5 AS 4299/15 ER – juris; SG Dortmund, Beschluss vom 11.02.2016 – S 35 AS 5396/15 ER – juris; SG Berlin, Beschluss vom 22.02.2016 – S 95 SO 3345/15 ER – juris; LSG Niedersachsen-Bremen, Beschluss vom 22.02.2016 – L 9 AS 1335/15 B ER – juris; SG Berlin, Beschluss vom 02.03.2016 – S 205 AS 1365/16 ER – juris; LSG NRW, Beschluss vom 07.03.2016 – L 12 SO 79/16 B ER – juris; SG Dortmund, Beschluss vom 18.03.2016 – S 35 AS 521/16 ER – n. v.; SG Dortmund, Beschluss vom 18.03.2016 – S 19 AS 91/16 ER – n. v.; SG Reutlingen, Urteil vom 23.03.2016 – S 4 AS 114/14 – juris; SG Speyer, Urteil vom 29.03.2016 – S 5 AS 493/14 – juris; SG Berlin, Beschluss vom 07.04.2016 – S 92 AS 359/16 ER – juris; SG Dortmund, Beschluss vom 13.04.2016 – S 62 SO 164/16 ER – n. v.; SG Freiburg (Breisgau), Beschluss vom 14.04.2016 – S 7 SO 773/16 ER – juris; SG Berlin, Urteil vom 18.04.2016 – S 135 AS 22330/13 – juris; SG Berlin, Urteil vom 23.05.2016 – S 135 AS 3655/13 – juris; LSG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 09.06.2016 – L 31 AS 1158/16 B ER – juris; LSG Mecklenburg-Vorpommern, Beschluss vom 07.07.2016 – L 9 SO 12/16 B ER, L 9 SO 13/16 B PKH – juris; Beschluss der erkennenden Kammer vom 20.07.2016 – S 32 AS 3037/16 ER – juris; SG Halle (Saale), Beschluss vom 08.08.2016 – S 16 AS 2316/16 ER – juris; LSG Rheinland-Pfalz, Beschluss vom 11.08.2016 – L 3 AS 376/16 B ER – juris; vgl. zudem die vom 20. Senat des LSG NRW im Beschluss vom 23.05.2016 – L 20 SO 139/16 B ER – juris (Rn. 44 ff.) geäußerten, nur für das Eilverfahren zurückgestellten, erheblichen Zweifel; sehr kritisch auch die Aufsätze von Thym, "Sozialhilfe für erwerbsfähige Unionsbürger - Das Bundessozialgericht auf Umwegen", NZS 2016, 441 ff. und von Bernsdorff, "Sozialhilfe für nichterwerbstätige Unionsbürger - Kassel locuta, causa finita?", NVwZ 2016, 633 ff.; vgl. außerdem das nach der mündlichen Verhandlung veröffentlichte Urteil des SG Aachen vom 30.08.2016 – S 14 AS 267/16 – juris; vgl. ferner die nach dem Schluss der mündlichen Verhandlung ergangenen Beschlüsse des Hessischen LSG vom 29.09.2016 – L 9 AS 427/16 B ER – juris und vom 26.09.2016 – L 9 AS 643/16 B ER – bislang nur veröffentlicht unter www.sozialgerichtsbarkeit.de; vgl. schließlich auch den ebenfalls nach der mündlichen Verhandlung ergangenen Beschluss der 62. Kammer des SG Dortmund vom 20.09.2016 – S 62 SO 403/16 ER – juris).

Die 35. Kammer des Sozialgerichts Dortmund hat in ihrer bereits erwähnten, grundlegenden Entscheidung (Beschluss vom 11.02.2016 – S 35 AS 5396/15 ER – juris (Rn. 23 ff.); ebenso LSG NRW, Beschluss vom 07.03.2016 – L 12 SO 79/16 B ER – juris) zu § 21 Satz 1 SGB XII ausgeführt: 101

"Bereits der Wortlaut des § 21 Satz 1 SGB XII spricht gegen die vom BSG angenommene Möglichkeit, einem Hilfebedürftigen, dessen mangelnde Anspruchsberechtigung auf Leistungen nach dem SGB II nicht aus dem Merkmal der (ggf. auch "fingierten") Erwerbsunfähigkeit resultiert, Leistungen nach dem SGB XII zu gewähren. Gemäß § 21 Satz 1 SGB XII erhalten Personen, die nach dem Zweiten Buch als Erwerbsfähige oder als Angehörige dem Grunde nach leistungsberechtigt sind, keine Leistungen für den Lebensunterhalt. Die Tatsache, dass der Gesetzgeber auf eine Leistungsberechtigung "als Erwerbsfähiger" "dem Grunde nach" abstellt, zeigt für die Kammer aber, dass bereits die positive Feststellung der Anspruchsvoraussetzung des § 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 ("erwerbsfähig sind") dazu führen soll, dass ein Anspruch auf Leistungen nach dem SGB XII ausscheidet. Sowohl das Tatbestandsmerkmal "als Erwerbsfähige" wie auch das Tatbestandsmerkmal "dem Grunde nach" wären nämlich überflüssig, wenn es nicht um das Vorliegen von Erwerbsfähigkeit als zentrales Ausschlusskriterium, sondern um die tatsächliche Leistungsberechtigung bzw. den Anspruch auf Leistungen nach dem SGB II ginge. Dann hätte vielmehr der bloße Verweis eben auf diese Leistungsberechtigung oder diesen Anspruch nahegelegen. 102

Auch das Vorliegen eines Leistungsausschlusses (so auch gemäß § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II) lässt die Leistungsberechtigung "als Erwerbsfähiger" "dem Grunde nach" nach der Systematik der Norm im Übrigen nicht entfallen, denn während § 7 Abs. 1 Satz 1 SGB II die (positiv formulierten) Tatbestandsvoraussetzungen ("dem Grunde nach") für einen Bezug von Leistungen nach dem SGB II benennt, schließen die Regelungen des § 7 Abs. 1 Satz 2 SGB II ("ausgenommen sind" ") nach § 7 Abs. 1 Satz 1 SGB II leistungsberechtigte Personengruppen wieder vom Leistungsbezug nach dem SGB II aus. Die Voraussetzung eines weiteren Aufenthaltsrechts als "positive Tatbestandsvoraussetzung" hat der Gesetzgeber gerade nicht vorgenommen. 103

Für die Auslegung der Kammer spricht auch die weitere Systematik des § 21 SGB XII: 104

Gemäß § 21 Satz 2 SGB XII können Personen, die nicht hilfebedürftig nach § 9 des Zweiten Buches sind, abweichend von Satz 1 Leistungen nach § 36 (SGB XII) erhalten. 105

Auch diese Regelung wäre aber überflüssig, wenn allein die fehlende Leistungsberechtigung nach dem SGB II (unabhängig vom Kriterium der Erwerbsfähigkeit) den Weg in einen Leistungsbezug nach dem SGB XII eröffnen könnte. Schon das Fehlen der in § 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 SGB II als positive Tatbestandsvoraussetzung benannten (und in § 9 SGB II näher definierten) Hilfebedürftigkeit ließe nämlich die Leistungsberechtigung nach dem SGB II entfallen. In § 21 Satz 2 SGB XII ließe sich dann keine Abweichung zu § 21 Satz 1 SGB XII erkennen (so aber der Gesetzeswortlaut). 106

Weiter beschreibt § 21 Satz 3 SGB XII das zwischen den Trägern von Leistungen nach dem SGB II und dem SGB XII anzuwendende Verfahren, wenn zwischen diesen unterschiedliche Auffassungen über die Zuständigkeit bestehen. Diesbezüglich ist der Träger von Leistungen nach dem SGB XII an die Feststellung einer vollen Erwerbsminderung im Sinne des § 43 Abs. 2 Satz des Sechsten Buchs Sozialgesetzbuchs (SGB VI) und nach Abschluss des Widerspruchsverfahrens an die Entscheidung der Agentur für Arbeit zur Erwerbsfähigkeit gemäß § 44 a Abs. 1 SGB II gebunden. Dieses Instrumentarium vermittelt die Auffassung des 107

Gesetzgebers, dass allein die unterschiedliche Einschätzung der Erwerbsfähigkeit als entscheidendes Abgrenzungskriterium zu Zuständigkeitsstreitigkeiten zwischen den Trägern führen kann. Einen Mechanismus für die Bewältigung weiterer möglicher Abgrenzungsfragen (so z.B. für die nach der neuen Rechtsprechung des BSG erforderliche Klärung, ob neben dem Aufenthaltsrecht zur Arbeitsuche noch ein weiteres Aufenthaltsrecht vorliegt) sieht § 21 SGB XII nicht vor.

Auch die Gesetzesbegründung zu § 21 SGB XII (BT Drs. 15/1514, S. 57) spricht dafür, dass Erwerbsfähigen der Weg zu Leistungen nach dem SGB XII nicht eröffnet werden soll. Hier heißt es: "Die Regelung setzt nicht voraus, dass jemand tatsächlich Leistungen des anderen Sozialleistungsträgers erhält oder voll erhält, sondern knüpft an die Eigenschaft als Erwerbsfähige oder deren im Zweiten Buch näher bezeichneten Angehörigen an" (vgl. hierzu überzeugend SG Berlin, Urteil vom 11.12.2015, S 149 AS 7191/13, - juris). 108

Dass das Tatbestandsmerkmal der Erwerbsfähigkeit entscheidendes Abgrenzungskriterium zwischen den Leistungssystemen von SGB II und SGB XII sein soll (so auch Coseriu in juris-PK zu § 21 SGB XII, Rn. 10, der § 21 SGB XII eine systemabgrenzende Funktion beimisst [Anmerkung der 32. Kammer: hier hätte Eicher statt Coseriu als Autor genannt werden müssen]) führt das BSG auch in seiner Entscheidung vom 03. Dezember 2015 – (Rn.41, - juris) aus. Hier heißt es: "Im Grundsatz gilt für die Systemzuweisung aufgrund der Erwerbszentriertheit des SGB II, dass derjenige, der von dem auf die Aufnahme einer Erwerbstätigkeit ausgerichteten Leistungssystem des SGB II ausgeschlossen werden soll, dem System des SGB XII zugewiesen wird." 109

Diese Bedeutung der Erwerbsfähigkeit und der Arbeitsmarktnähe des Hilfebedürftigen für seine Zuweisung zu dem seiner ursprünglichen Konzeption nach erwerbszentrierten und arbeitsmarktnahen System des SGB II und dem "arbeitsmarktfernen" System des SGB XII hat das BSG auch in mehreren Entscheidungen herausgearbeitet, auf die es in seinem Urteil vom 03.12.2015 nunmehr zur Begründung seiner Prämisse verweist, dass im Falle des Ausschlusses eines erwerbsfähigen Ausländers von Leistungen gemäß § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II nach dem SGB II ein Anspruch auf Leistungen nach dem SGB XII grundsätzlich möglich bleibe (Zitat: "Auf dieser Grundlage hat das BSG bereits für andere in § 7 SGB II geregelte Leistungsausschlüsse ausdrücklich entschieden, dass die "Anwendungssperre" des § 21 S 1 SGB XII nicht greift" Rn. 42 (juris)) Eine differenzierte Betrachtung der Leistungsausschlüsse sei erforderlich. 110

Im Einzelnen nennt das BSG in diesem Zusammenhang folgende Urteile, die alle einen Leistungsausschluss gemäß § 7 Abs. 4 SGB II zum Gegenstand haben: 111

BSG vom 16.5.2012 - B 4 AS 105/11 R - SozR 4-4200 § 7 Nr 30 RdNr 20 (Leistungsausschluss gemäß § 7 Abs. 4 SGB II wegen Bezugs einer litauischen Altersrente) 112

BSG vom 2.12.2014 - B 14 AS 66/13 R - SozR 4-4200 § 7 Nr 42 RdNr 10, 24 (Leistungsausschluss gemäß § 7 Abs. 4 wegen Unterbringung in einer Klinik) 113

BSG vom 19.8.2015 - B 14 AS 1/15 R - zur Veröffentlichung in BSGE und SozR vorgesehen - RdNr 47: vorzeitige Altersrente nach Aufforderung durch den Grundsicherungsträger) 114

In dem erstgenannten Urteil vom 16.05.2012 (B 4 AS 105/11 R, Rn.23, - juris) führt das BSG zum Hintergrund des Leistungsausschlusses gemäß § 7 Abs. 4 Satz 1 SGB II und im Hinblick auf die Zuordnung der Empfängerin einer ausländischen Rente zum Leistungssystem nach dem SGB XII exemplarisch aus: 115

"Anspruch auf Leistungen haben allerdings grundsätzlich nur erwerbsfähige Hilfebedürftige. 116
Nicht leistungsberechtigt ist, wer nicht erwerbsfähig iS des § 8 Abs 1 SGB II ist. Letzteres ist
bei Personen in einer stationären Einrichtung (BSGE 99, 88 = SozR 4-4200 § 7 Nr 7, RdNr 13
f; SozR 4-4200 § 7 Nr 24, RdNr 20) und beim Bezug einer Altersrente (Spellbrink in
Eicher/Spellbrink, SGB II, 2. Aufl 2008, § 7 RdNr 71) nicht unbedingt der Fall. Bei Beziehern
von Altersrenten vor Erreichen des Regelrentenalters - danach sind sie bereits aus Gründen
des § 7 Abs 1 S 1 Nr 1 SGB II nicht mehr leistungsberechtigt - wird jedoch nach der
Begründung zur Regelung des § 7 Abs 4 S 1 SGB II typisierend angenommen, sie seien
endgültig aus dem Erwerbsleben ausgeschieden und müssten daher nicht mehr in Arbeit
eingegliedert werden (vgl BT-Drucks 15/1749, S 31). Sie benötigen aus diesem Grunde keine
Leistungen aus dem System des SGB II mehr."

Weiter heißt es: 117

"() denn Erwerbsfähigkeit schließt Leistungen nach dem System des SGB XII gemäß § 21 S 118
1 SGB XII grundsätzlich aus. Nach § 21 S 1 SGB XII erhalten Personen, die nach dem SGB
II als Erwerbsfähige oder als Angehörige dem Grunde nach leistungsberechtigt sind, keine
Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts. Wenn jedoch vor dem Hintergrund des
systematischen "Wechselspiels" zwischen SGB II und SGB XII Altersrentner vor Vollendung
des Regelrentenalters nach deutschem Recht nicht als Erwerbsfähige leistungsberechtigt iS
des SGB II sind, kann unter Gleichbehandlungsgesichtspunkten für Bezieher ausländischer
Altersrenten nichts Anderes gelten."

Warum im Hinblick auf den Leistungsausschluss des § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II nichts 119
anderes gilt als in Bezug auf die in den vorgenannten Urteilen streitgegenständlichen
Leistungsausschlüsse des § 7 Abs. 4 SGB II (so BSG, Urteil vom 03.12.2015, B 44 AS 15 R
[Anmerkung der 32. Kammer: gemeint ist B 4 AS 44/15 R], Rn.43,- juris), ist nicht ohne
Weiteres zu erkennen:

Sämtliche der in den früheren zitierten Urteilen des BSG behandelten Fallkonstellationen sind 120
nämlich solche, in denen der Leistungsausschluss des BSG auf einer "fingierten
Erwerbsunfähigkeit" beruht. So führt Coseriu [Anmerkung der 32. Kammer: auch hier hätte
Eicher statt Coseriu als Autor genannt werden müssen] in juris-PK zu § 21 SGB XII zu den
Fallkonstellationen des § 7 Abs. 4 SGB II aus: "Nach der Rechtsprechung des BSG handelt
es sich bei dieser Norm, soweit es die Unterbringung in Einrichtungen betrifft, um eine
"verkappte" Regelung der Erwerbsunfähigkeit. Auch bei den übrigen Varianten ist von einem
Ausscheiden aus dem Erwerbsleben auszugehen."

Dass die "fingierte Erwerbsunfähigkeit" maßgeblicher Hintergrund der Leistungsausschlüsse 121
des § 7 Abs. 4 SGB II ist, ergibt sich plastisch aus der "Unterausnahme" des § 7 Abs. 4 Satz
3 Nr. 2 SGB II:

Die Ausübung einer Erwerbstätigkeit unter den Bedingungen des allgemeinen 122
Arbeitsmarktes, die einen wöchentlichen Umfang von mindestens 15 Stunden erreicht, hebt
die "typisierende Annahme" der Erwerbsunfähigkeit nämlich auch für in einer stationären
Einrichtung untergebrachte Hilfebedürftige wieder auf.

Liegen die in § 7 Abs. 4 SGB II geregelten Leistungsausschlüsse vor, erscheint es vor dem 123
Hintergrund der vorab dargestellten Systemzusammenhangs von SGB und SGB XII auch der
erkennenden Kammer geboten, von ihnen erfasste Hilfebedürftige im Rahmen einer
teleologischen Reduktion nicht als "Erwerbsfähige" im Sinne von § 21 Satz 1 SGB XII zu
behandeln. Maßgebliche Funktion dieser Leistungsausschlüsse ist es nämlich, dem

Arbeitsmarkt nicht zur Verfügung stehende Personen nicht dem nach seiner ursprünglichen Zielsetzung auf Aktivierung und Wiedereingliederung in den Arbeitsmarkt ausgerichteten System des SGB II zuzuordnen, sondern in das hiervon unabhängige Grundsicherungssystem des SGB XII zu integrieren.

Dieser Hintergrund kann aber für den Leistungsausschluss des § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II 124 nicht angenommen werden. Eine Fiktion der Erwerbsunfähigkeit ist aus einem Freizügigkeitsrecht zum Zweck der Arbeitsuche gerade nicht herauszulesen.

Vielmehr sollte der Leistungsausschluss des § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II eine 125 leistungsrechtliche Hürde für den Zugang zu Sozialleistungen schaffen. Der Gesetzgeber wollte mit dieser Norm nämlich von der Option des Art. 24 der RL 2004/38 EG Gebrauch machen, die vorgenannten Personengruppen vom Anspruch auf Sozialhilfe - mithin Leistungen nach dem SGB XII und dem SGB XII - auszuschließen (vgl. hierzu eindringlich und überzeugend BSG, Urteil vom 03.12.2015, B 44 AS 15 R, Rn.21-24 und Rn.48-50, juris). Der Leistungsausschluss sollte in beiden Systemen gleichermaßen greifen (BSG, Urteil vom 03.12.2015, B 44 AS 15 R, Rn.50,- juris). Vor dem Hintergrund dieser sozialpolitischen Zielsetzung hat der Leistungsausschluss des § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II anders als in den Fällen des § 7 Abs. 4 SGB II keine systemabgrenzende, sondern eine "systemausschließende" Funktion. Anders als in den Fällen des § 7 Abs. 4 SGB II erscheint es dann aber wenig sachgerecht, von diesem Leistungsausschluss Betroffene dem zu "bedingungslosen" Leistungen zur Grundsicherung führenden Leistungssystem des SGB XII zuzuweisen.

Dass aufgrund der Vorschrift des § 21 Satz 1 SGB XII grundsätzlich auch Erwerbsfähigen der 126 Zugang zum SGB XII eröffnet werden sollte, kann auch nicht damit begründet werden, dass die Leistungsausschlüsse der §§ 22 Abs. 1, 23 Abs. 3 Satz 2 SGB XII ansonsten "leerliefen":

Im Hinblick auf § 22 Abs. 1 SGB XII, der Auszubildende, deren Ausbildung nach den 127 Vorschriften des Bundesausbildungsförderungsgesetzes (BAföG) und des Dritten Buchs Sozialgesetzbuchs (SGB III) grundsätzlich förderungsfähig ist, vom Bezug von Leistungen nach dem SGB XII ausschließt, ergibt sich dies daraus, dass die Aufnahme einer Ausbildung oder eines Studiums nicht zwangsläufig eine Erwerbsfähigkeit im Sinne des § 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 SGB II voraussetzt, so dass für diese der Norm des § 7 Abs. 5 SGB II entsprechende und aus dem Bundessozialhilfegesetz (BSHG) übernommene Vorschrift auch bei einer Einordnung des § 21 SGB XII als "Anwendungssperre" für Erwerbsfähige ein eigenständiger Regelungsgehalt verbleibt. Dass § 22 Abs. 1 SGB XII sich auf nicht erwerbsfähige Auszubildende beziehen soll, hat das BSG in seinem Urteil vom 06.09.2007 (B 14/7b As 36/06 R,-juris) auch ausdrücklich dargestellt. Hier heißt es:

"Soweit der Kläger meint, Auszubildende würden nach dem SGB II schlechter gestellt als 128 nach dem SGB XII, weil die Leistungen im besonderen Härtefall nach dem SGB II nur als Darlehen, nach § 22 Abs.1 Satz 2 SGB XII jedoch auch als Beihilfe gewährt werden können, führt dieses ebenfalls nicht zur Erforderlichkeit einer vom SGB XII abweichenden Anwendung des § 7 Abs.5 Satz 1 SGB II. Grund für die unterschiedlichen Leistungsarten ist die Zuordnung zu dem einen oder anderen System, differenziert nach der Erwerbsfähigkeit. Bei dem Erwerbsfähigen kann erwartet werden, dass er die Leistung nach Beendigung der Ausbildung und Aufnahme einer Erwerbstätigkeit zurückzahlen kann. Diese Aussicht besteht bei dem SGB XII-Leistungsempfänger nicht ohne weiteres, so dass die Leistungsgewährung in Form der Beihilfe berechtigt erscheint."

Die gebotene Differenzierung zwischen erwerbsfähigen und nicht erwerbsfähigen Auszubildenden, die die (früher) ungleiche Konzeption der Leistungsausschlüsse der §§ 7 Abs. 5 Satz 1 SGB II und 22 Abs. 1 Satz 2 SGB XII rechtfertigt, wird auch vom Bundesverfassungsgericht in seinem Beschluss vom 03.09.2014, 1 BvR 1768/11 aufgegriffen.

Auch aus der der Norm des § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II entsprechenden 2. Alternative des § 23 Abs. 3 Satz 1 SGB XII (Leistungsausschluss für Ausländer, deren Aufenthaltsrecht sich allein aus dem Zweck der Arbeitsuche ergibt) lässt sich kein Argument gegen eine solche Auslegung der Vorschrift des § 21 Satz 1 SGB XII ableiten. Zunächst ist es nach Auffassung der Kammer bereits dem Grunde nach nicht zulässig, aus der Einführung der auf dem Entwurf des Gesetzes zur Änderung des SGB XII und anderer Gesetze vom 25.09.2006 beruhenden Norm des § 23 Abs.3 Satz 1 SGB XII auf den gesetzgeberischen Willen bei der Konzeption der Norm des § 21 Satz 1 SGB XII (vom 27.12.2003) zu schließen. 130

Überdies führt Coseriu im juris-PK zu § 23 SGB II zur Entstehungsgeschichte des § 23 Abs. 3 Satz 1 2. Alt. SGB XII (Rn. 64) aus: 131

"Der zunächst im SGB XII noch nicht vorgesehene Ausschluss von Leistungen nach dem SGB XII ist mit Wirkung vom 07.12.2006 durch das Gesetz zur Änderung des Zwölften Buches Sozialgesetzbuch und anderer Gesetze vom 02.12.2006 eingeführt worden und sollte im Hinblick auf die entsprechende Regelung in § 7 Abs. 1 Satz 2 SGB II sicherstellen, dass der von Leistungen nach dem SGB II ausgeschlossene Ausländer keinen Leistungsanspruch nach dem SGB XII herleiten kann. Dies hatte etwa das LSG NRW zu Recht mit der Begründung angenommen, der Ausländer habe dem Grunde nach keinen Leistungsanspruch nach dem SGB II; deshalb greife der Leistungsausschluss des § 21 Abs. 1 SGB XII nicht." 132

Sofern die Einführung des § 23 Abs. 3 Satz 1 2. Alt. SGB XII aber als "sicherstellende" gesetzgeberische Reaktion auf eine bereits in der damaligen Rechtsprechung vertretene Auffassung, die über die Anwendung des SGB XII eine faktische Aufhebung des vom Gesetzgeber durch § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II gewünschten Ausschlusses bestimmter Personengruppen vom Sozialleistungsbezug bewirkte, zu verstehen ist, lässt sie sich aber nicht argumentativ gegen die Auslegung des § 21 Satz 1 SGB XII als "Anwendungssperre" für Erwerbsfähige ins Feld führen. 133

In der Gesetzesbegründung des aufgrund des Gesetzes zur 2. Änderung des Zweiten Buchs Sozialgesetzbuchs vom 24.03.2006 eingeführten § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II (BT Drs. 16/688, S. 13) heißt es zudem: "Auch wenn bei Ausländern die allgemeinen Anspruchsvoraussetzungen vorliegen, das heißt sie zwischen 15 und unter 65 Jahre alt, erwerbsfähig und hilfebedürftig sind und ihren gewöhnlichen Aufenthalt in der Bundesrepublik Deutschland haben, können dennoch die Leistungen nach diesem Buch durch den neugefassten Satz 2 ausgeschlossen sein. Darüber hinaus kommen dann für diese Personengruppe auch Leistungen des SGB XII wegen § 21 Satz 1 SGB XII nicht in Betracht, da sie dem Grunde nach leistungsberechtigt nach dem SGB II ist." Jedenfalls auch zu diesem Zeitpunkt ist der Gesetzgeber mithin noch davon ausgegangen, dass Erwerbsfähige aufgrund der Vorschrift des § 21 Satz 1 SGB XII keine Leistungen nach dem SGB XII beziehen konnten." 134

Diesen überzeugenden Ausführungen schließt sich die Kammer nach eigener Prüfung an (vgl. insoweit aus der obigen Auflistung von der BSG-Rechtsprechung abweichender Entscheidungen vor allem auch LSG Niedersachsen-Bremen, Beschluss vom 22.02.2016 – L 9 AS 1335/15 B ER – juris (Rn. 57-66) mit sehr ausführlicher Begründung, auch zur Methodik 135

der Auslegung von Gesetzen (insofern v. a. Rn. 79 und 80 ff.) und LSG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 22.01.2016 – L 29 AS 20/16 B ER, L 29 AS 21/16 B ER PKH – juris (Rn. 25 ff.)).

Soweit das BSG in einer weiteren Entscheidung zu seiner Auslegung von § 21 SGB XII ausgeführt hat (BSG, Urteil vom 20.01.2016 – B 14 AS 35/15 R – juris (Rn. 35)), dass "die "Systemabgrenzung" zwischen SGB II und SGB XII nicht auf das schlichte Kriterium der Erwerbsfähigkeit reduziert werden kann, sondern differenzierter ist" und insoweit auf das Urteil vom 03.12.2015 – B 4 AS 44/15 R – Bezug nimmt, überzeugt das nicht, da sich auch der Begründung dieses Urteils kein nachvollziehbarer Hinweis entnehmen lässt, inwieweit die Abgrenzung der Systeme "differenzierter" sein soll und welche Differenzierungskriterien zu beachten sein sollen. Die Begründung erschöpft sich in der These, dass die Abgrenzung "differenzierter" betrachtet werden müsse, in der Feststellung, dass das BSG für bestimmte Leistungsausschlüsse bereits entschieden habe, dass die ausgeschlossene Person dann dem SGB XII-Leistungssystem zugewiesen sei, und in der Behauptung "Bezogen auf den Leistungsausschluss des § 7 Abs. 1 Satz 2 SGB II gilt nichts anderes" (nebst zwei Literaturnachweisen). Und auch, dass das BSG dort ausgeführt hat (BSG a. a. O. Rn. 35): "Dagegen spricht nicht, dass in den Gesetzesmaterialien abweichende Regelungsvorstellungen zum Ausdruck gelangt sind. Denn soweit § 21 SGB XII ausweislich der Materialien durch die Anknüpfung an die Eigenschaft als Erwerbsfähige oder deren Angehörige nach dem SGB II eine eindeutige Abgrenzung leisten sollte (Begründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Einordnung des Sozialhilferechts in das Sozialgesetzbuch vom 5.9.2003, BT-Drucks 15/1514 S 57), ist diese allein auf das Kriterium der Erwerbsfähigkeit abstellende Abgrenzung der existenzsichernden Leistungssysteme in den gesetzlichen Abgrenzungsregelungen des SGB II und des SGB XII so nicht verwirklicht worden. Zudem sind diese seit ihrem Inkrafttreten am 1.1.2005 bereits mehrfach geändert worden", vermag nicht zu überzeugen. Aus den vorstehend wiedergegebenen Ausführungen der 35. Kammer ergibt sich nach Meinung der erkennenden Kammer, dass der Gesetzgeber seine Regelungsvorstellung hinreichend deutlich im Wortlaut und in der Systematik der gesetzlichen Vorschriften zum Ausdruck gebracht hat.

136

Die Klägerin ist danach bereits gemäß § 21 Satz 1 SGB XII vom Bezug von Leistungen nach dem SGB XII ausgeschlossen.

137

Ein weiterer Ausschlussgrund ergibt sich allerdings nach Auffassung der Kammer aus § 23 Abs. 3 Satz 1 Alt. 2 SGB XII, mit dem der Gesetzgeber – wie bereits weiter oben in dem Zitat aus der Entscheidung der 35. Kammer ausgeführt worden ist – eine "sicherstellende" Regelung zusätzlich zu der "Anwendungssperre" des § 21 Satz 1 SGB X schaffen wollte und geschaffen hat (vgl. zur Entstehungsgeschichte nochmals Coseriu in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB XII, 2. Aufl. 2014, § 23 SGB XII Rn. 64; vgl. zum Verhältnis zwischen § 23 Abs. 3 Satz 1 Alt. 2 und § 21 SGB XII auch LSG Niedersachsen-Bremen, Beschluss vom 22.02.2016 – L 9 AS 1335/15 B ER – juris (Rn. 64 ff.)).

138

Abgesehen davon, dass § 23 Abs. 1 Satz 3 SGB XII bereits aufgrund seiner systematischen Stellung und seines Wortlauts ("Im Übrigen ") nicht als Anspruchsgrundlage für Leistungen geeignet ist, die bereits von § 23 Abs. 1 Satz 1 SGB XII umfasst sind, d. h. insbesondere nicht für Leistungen wie "Hilfe zum Lebensunterhalt" (vgl. SG Dortmund, Beschluss vom 18.03.2016 – S 19 AS 91/16 ER – n. v.; LSG Niedersachsen-Bremen, Beschluss vom 22.02.2016 – L 9 AS 1335/15 B ER – juris (Rn. 70)), steht einem Leistungsanspruch der Klägerin auf Gewährung von Leistungen nach § 23 Abs. 1 Satz 3 SGB XII i. V. m. § 27 SGB XII nach Auffassung der Kammer jedenfalls die Regelung des § 23 Abs. 3 Satz 1 SGB XII

139

entgegen (vgl. insoweit aus der o. g. Liste von Entscheidungen vor allem LSG Niedersachsen-Bremen, Beschluss vom 22.02.2016 – L 9 AS 1335/15 B ER – juris; LSG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 07.03.2016 – L 12 SO 79/16 B ER – juris; SG Berlin, Beschluss vom 22.02.2016 – S 95 SO 3345/15 ER – juris (Rn. 37)).

Die 35. Kammer des Sozialgerichts Dortmund hat in ihrer soeben bereits umfänglich
wiedergegebenen Entscheidung (Beschluss vom 11.02.2016 – S 35 AS 5396/15 ER – juris
(Rn. 46 ff.); ebenso LSG NRW, Beschluss vom 07.03.2016 – L 12 SO 79/16 B ER – juris) zu
§ 23 Abs. 3 Satz 1 SGB XII u. a. ausgeführt: 140

"Gemäß § 23 Abs.1 SGB XII ist Ausländern, die sich im Inland tatsächlich aufhalten, Hilfe
zum Lebensunterhalt, Hilfe bei Krankheit, Hilfe bei Schwangerschaft und Mutterschaft sowie
Hilfe zur Pflege nach diesem Buch zu leisten. Die Vorschriften des Vierten Kapitels bleiben
unberührt. Im Übrigen kann Sozialhilfe geleistet werden, soweit dies im Einzelfall
gerechtfertigt ist () Nach § 23 Abs.3 Satz 1 SGB XII haben Ausländer, die eingereist sind, um
Sozialhilfe zu erlangen, oder deren Aufenthaltsrecht sich allein aus dem Zweck der
Arbeitssuche ergibt, sowie ihre Familienangehörigen keinen Anspruch auf Sozialhilfe. 141

Bereits nach dem systematischen Aufbau der Vorschrift bezieht sich der in § 23 Abs. 3 Satz 1
2. Alt. SGB XII geregelte Leistungsausschluss aber auf die davor aufgeführten Absätze und
damit auch auf die Vorschrift des § 23 Abs. 1 SGB XII insgesamt – mithin auch auf § 23 Abs.
1 Satz 3 SGB XII. 142

Soweit das BSG auf den "unveränderten Wortlaut" des § 23 SGB XII im Verhältnis zum
früheren § 120 BSHG und in diesem Zusammenhang maßgeblich auf eine frühere
Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts (BVerwG, Urteil vom 10. Dezember 1987 – 5
C 32/85 –, BVerwGE 78, 314-321) verweist (BSG, Urteil vom 03.12.2015, B 44 AS 15 R,
Rn.51/52,- juris), ist einzuräumen, dass der Wortlaut des § 120 BSHG zwar unmittelbar vor
der Einführung des SGB XII im Wesentlichen dem Wortlaut des § 23 SGB XII entsprach. 143

Die der Entscheidung des BVerwG vom 10.12.1987 zugrundeliegende Fassung des § 120
BSHG war aber in ihren wesentlichen Grundzügen anders gefasst. § 120 Abs. 1 BSHG in der
Fassung vom 22.12.1983 lautete: 144

"Personen, die nicht Deutsche im Sinne des Artikels 116 Abs. 1 des Grundgesetzes sind und
die sich im Geltungsbereich dieses Gesetzes tatsächlich aufhalten, ist Hilfe zum
Lebensunterhalt, Krankenhilfe, Hilfe für werdende Mütter und Wöchnerinnen,
Tuberkulosehilfe und Hilfe zur Pflege nach diesem Gesetz zu gewähren; wer sich in den
Geltungsbereich dieses Gesetzes begeben hat, um Sozialhilfe zu erlangen, hat keinen
Anspruch. Im übrigen kann Sozialhilfe gewährt werden, soweit dies im Einzelfall gerechtfertigt
ist." 145

Im Gegensatz zu späteren Fassungen des BSHG (ab dem Jahr 1993) ist hier die Möglichkeit
der Gewährung von Leistungen im Wege des Ermessens aber nach dem
Leistungsausschluss aufgeführt. Diese Systematik konnte in der Tat zu der Annahme
berechtigen, dass die Gewährung von Leistungen im Ermessenswege auch im Falle eines
Leistungsausschlusses möglich bleiben sollte. 146

Vor diesem Hintergrund bezog sich das BVerwG in dem vom BSG zitierten Urteil auch
gerade auf den Wortlaut der Norm des § 120 BSHG. Es führt aus: 147

"Auch aus der Systematik des § 120 Abs. 1 Sätze 1 und 2 BSHG folgt dieses Verständnis. Der mit "Im übrigen ..." eingeleitete Satz 2 des § 120 Abs. 1 BSHG schließt an den Satz 1 mit seinen b e i d e n Halbsätzen an. Daß sich der Ausschluß vom Rechtsanspruch auf bestimmte Hilfen (zum Beispiel die Eingliederungshilfe), der nach Halbsatz 1 des § 120 Abs. 1 Satz 1 BSHG von vornherein besteht, aus einem Umkehrschluß ergibt, während er im Halbsatz 2 unmittelbar bestimmt ist, ändert nichts an der "Gleichwertigkeit" des Ausschlusses vom Rechtsanspruch als des Tatbestandsmerkmals, an das im anschließenden Satz 2 die Möglichkeit der Hilfestellung im Einzelfall (in Ausübung von Ermessen) geknüpft ist (BVerwG, Urteil vom 10. Dezember 1987 – 5 C 32/85 –, BVerwGE 78, 314-321, Rn. 14).

Unter Berücksichtigung des geänderten Aufbaus der Norm sind die Ausführungen des Bundesverwaltungsgerichts zur Überzeugung der Kammer für die Beurteilung der Systematik des § 23 SGB XII nicht mehr heranzuziehen. 149

Weiter geht die Kammer nicht davon aus, dass die Begrifflichkeit des "Anspruchs" in § 23 Abs. 3 Satz 1 2. Alt. SGB XII tatsächlich nur den "gebundenen Anspruch" bzw. "Rechtsanspruch" und nicht auch die Gewährung von Leistungen im Ermessenswege gemäß § 23 Abs. 1 Satz 3 SGB XII erfassen soll. 150

Dies ergibt sich aus § 17 SGB XII, der die gesetzliche Überschrift "Anspruch" trägt und diese Begrifflichkeit damit definiert. Er lautet wie folgt: "(1) Auf Sozialhilfe besteht ein Anspruch, soweit bestimmt wird, dass die Leistung zu erbringen ist. Der Anspruch kann nicht übertragen, verpfändet oder gepfändet werden. (2) Über Art und Maß der Leistungserbringung ist nach pflichtmäßigem Ermessen zu entscheiden, soweit das Ermessen nicht ausgeschlossen wird. Werden Leistungen auf Grund von Ermessensentscheidungen erbracht, sind die Entscheidungen im Hinblick auf die sie tragenden Gründe und Ziele zu überprüfen und im Einzelfall gegebenenfalls abzuändern." 151

Mit dem Begriff "Anspruch" meint das Gesetz nach seinem Sinn und Zweck nicht nur die Forderung gegen den Sozialhilfeträger auf eine Mussleistung, sondern auch Forderungen aus einer Ermessensleistung bewilligenden Entscheidung (so ausdrücklich Coseriu in juris-PK zu § 17 SGB XII, Rn.19). Dies ergibt sich für die Kammer insbesondere auch daraus, dass der zweite Absatz des ausweislich seiner Überschrift die Begrifflichkeit des Anspruchs definierenden § 17 SGB XII explizit regelt, in welchem Zusammenhang Leistungsträger bei der Realisierung des Anspruchs Ermessen auszuüben hat und wie dieses Ermessen auszuüben ist. Die Einbeziehung dieser Regelung in die Norm des § 17 SGB XII erschiene aber nicht sinnvoll, wenn der Gesetzgeber den Anspruch auf Ermessensentscheidungen nicht in die Definition des Anspruchs einbeziehen wollte. Warum der Begriff des "Anspruchs" in § 23 Abs. 3 Satz 2 2. Alt. SGB XII aber von dem des § 17 SGB XII abweichen sollte, ist nicht ersichtlich. Von einem "Rechtsanspruch" ist in § 23 Abs. 3 Satz 2 SGB XII indes nicht die Rede. 152

Das BSG weist in seinem Urteil vom 03.12.2015, B 44 AS 15 R, Rn.49,- juris überzeugend daraufhin, dass die Einführung des Leistungsausschlusses des § 23 Abs.3 Satz 1 2.Alt. sicherstellen sollte, dass von einem Leistungsausschluss nach dem SGB II erfasste Ausländer auch aus dem SGB XII keine Ansprüche herleiten konnten. Dieses gesetzgeberische Ziel wird vor dem Hintergrund der nunmehr vom BSG gewählten Auslegung der Norm nur eingeschränkt erreicht." 153

Das LSG NRW hat zu dieser Thematik ergänzend ausgeführt (Beschluss vom 07.03.2016 – L 12 SO 79/16 B ER – juris (Rn. 31)): 154

"Sowohl die Auslegung des BSG von § 23 SGB XII als von § 21 S. 1 SGB XII steht dem in den gesetzgeberischen Motiven zum Ausdruck kommenden eindeutigen Willen des Gesetzgebers entgegen. Im Entwurf des Gesetzes zur Änderung des SGB XII und anderer Gesetze vom 25.09.2009 (BT-Drucks 16/2711, S. 10), mit dem dann § 23 Abs. 3 S. 1 SGB XII in der nunmehr gültigen Fassung eingeführt wurde, heißt es: "Die Einführung normiert einen der Regelung im Zweiten Buch Sozialgesetzbuch entsprechenden Leistungsausschluss für Ausländer und stellt damit zugleich sicher, dass Ausländer, die nach § 7 Abs. 1 S. 2 des Zweiten Buches Sozialgesetzbuch keinen Anspruch auf Leistungen nach dem Zweiten Buch Sozialgesetzbuch haben, auch aus dem Zwölften Buch Sozialgesetzbuch keine Ansprüche herleiten können." Die Formulierung lässt keinen Zweifel daran zu, dass der Gesetzgeber mit der Einführung der Norm auch eine Leistungsbewilligung über die Vorschrift des § 23 Abs. 1 S. 3 SGB XII ausschließen wollte. Andernfalls hätte er die insofern sprachlich eindeutige Formulierung "aus dem Zwölften Buch Sozialgesetzbuch" eingeschränkt. Dem BSG waren die Motive bei Fassung des Urteils vom 03.12.2015 auch bekannt. Es benutzt das Zitat an anderer Stelle (BSG a. a. O., Rn. 48 ff, juris), um zu erklären, dass nach dem gesetzgeberischen Willen von dem Leistungsausschluss in § 23 Abs. 3 S. 1 2. Alt SGB XII trotz abweichender Formulierung dieselbe Personengruppe betroffen sein soll wie von dem Ausschluss in § 7 Abs. 1 S. 3 Nr. 2 SGB II. Warum das BSG die gesetzgeberischen Motive dann jedoch bei der Auslegung des Umfangs des Ausschlusses außer Betracht lässt, bleibt unbeantwortet."

Diesen überzeugenden Ausführungen in den genannten Entscheidungen schließt sich die Kammer nach eigener Prüfung an (vgl. insoweit vor allem auch LSG Niedersachsen-Bremen, Beschluss vom 22.02.2016 – L 9 AS 1335/15 B ER – juris (Rn. 67 ff.), auch zur Methodik der Auslegung einschließlich der Grenzen "grundrechtsgeleiteter" und "verfassungskonformer" Auslegung von Gesetzen (insofern v. a. Rn. 79 und 80 ff.); zu den Grenzen "verfassungskonformer" Gesetzesauslegung weiter unten näher). 156

Die vorstehend wiedergegebene Rechtslage verstößt nach Überzeugung der Kammer auch nicht gegen das Grundgesetz, insbesondere gegen das aus Art. 1 Abs. 1 GG i. V. m. Art. 20 Abs. 1 GG hergeleitete (vgl. BVerfG, Urteil vom 09.02.2010 – 1 BvL 1/09, 1 BvL 3/09, 1 BvL 4/09) Grundrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums (so bereits der Beschluss der erkennenden Kammer vom 30.10.2015 – S 32 AS 3492/15 ER – n. v. (zu § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 SGB II)). 157

In diesem Beschluss hatte die Kammer folgendes ausgeführt: 158

"Die Kammer ist zudem im Rahmen der im vorliegenden Eilverfahren durchgeführten summarischen Prüfung der Auffassung, dass die in Rechtsprechung und Literatur unterschiedlich beantwortete Frage, ob ein derartiger Leistungsausschluss gegen deutsches Verfassungsrecht – konkret insbesondere gegen das Grundrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums gem. Art. 1 Abs. 1 GG i. V. m. Art. 20 Abs. 1 GG und gegen Art. 3 Abs. 1 GG – verstößt, zu verneinen ist (so auch LSG Hamburg, Beschluss vom 15.10.2015 – L 4 AS 403/15 B ER – juris (zu § 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 SGB II); Bayerisches LSG, Beschluss vom 01.10.2015 – L 7 AS 627/15 B ER – juris (ebenfalls zu § 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 SGB II); a. A. Kingreen, "Staatsangehörigkeit als Differenzierungskriterium im Sozialleistungsrecht – Zur Vereinbarkeit von § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II mit europäischem Unions- und deutschem Verfassungsrecht", SGB 2013, 132 (137-139); a. A. jüngst auch SG Mainz, Beschluss vom 02.09.2015 – S 3 AS 599/15 ER – bislang offenbar n. v. bei juris usw., aber abrufbar unter <http://www.srif.de/> (ebenfalls zu § 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 SGB II))." 159

Daran hält die Kammer fest.

160

Die 35. Kammer des Sozialgerichts Dortmund (Beschluss vom 11.02.2016 – S 35 AS 5396/15 ER – juris (Rn. 53 ff.); ebenso LSG NRW, Beschluss vom 07.03.2016 – L 12 SO 79/16 B ER – juris) führt außerdem hierzu aus:	161
"Die Kammer geht auch nicht davon aus, dass der Ausschluss von Ausländern, deren Aufenthaltsrecht sich allein aus dem Zweck der Arbeitsuche ergibt, gegen die Art.1 Abs.1, Art. 20 Abs. 1 des Grundgesetzes (GG) verstößt (vgl. hierzu umfassend und überzeugend Sozialgericht Dortmund, Beschluss vom 23.11.2015, S 30 AS 3827/15 ER,- juris; Landessozialgericht Rheinland-Pfalz, Beschluss vom 05. November 2015 – L 3 AS 479/15 B ER –, juris).	162
Vielmehr hat der Gesetzgeber mit dem Leistungsausschluss für EU-Ausländer, die ihr Aufenthaltsrecht allein aus dem Zweck der Arbeitsuche ableiten, den Nachrang des deutschen Sozialleistungssystems gegenüber dem des Herkunftslandes normiert. Dies ist verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden (Landessozialgericht Rheinland-Pfalz, Beschluss vom 05. November 2015 – L 3 AS 479/15 B ER –Rn.26 , juris).	163
Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 18.07.2012 (1 BvL 10/10, 1BvL 2/11, juris).	164
Gegenstand dieser Entscheidung ist die Frage, inwiefern der Gesetzgeber bei der Ermittlung der Höhe von Leistungen zur Sicherung des Existenzminimums (dort: Höhe der Leistungen nach dem Asylbewerberleistungsgesetz (AsylbLG) im Vergleich zu den Leistungen nach dem SGB II und SGB XII) unterschiedliche Bedarfe festsetzen und sich bei dieser Differenzierung am Aufenthaltsstatus der Hilfebedürftigen orientieren darf. Das BVerfG führt in diesem Zusammenhang in Rn.74 (juris) aus:	165
"Falls der Gesetzgeber bei der Festlegung des menschenwürdigen Existenzminimums die Besonderheiten bestimmter Personengruppen berücksichtigen will, darf er bei der konkreten Ausgestaltung existenzsichernder Leistungen nicht pauschal nach dem Aufenthaltsstatus differenzieren. Eine Differenzierung ist nur möglich, sofern deren Bedarf an existenznotwendigen Leistungen von dem anderer Bedürftiger signifikant abweicht und dies folgerichtig in einem inhaltlich transparenten Verfahren anhand des tatsächlichen Bedarfs gerade dieser Gruppe belegt werden kann."	166
In Rn. 75 (juris) heißt es: "Ob und in welchem Umfang der Bedarf existenznotwendigen Leistungen für Menschen mit nur vorübergehendem Aufenthaltsrecht in Deutschland () bestimmt werden kann, hängt allein davon ab, ob wegen eines nur kurzfristigen Aufenthalts konkrete Minderbedarfe gegenüber Hilfeempfängern mit Daueraufenthaltsrecht nachvollziehbar festgestellt und bemessen werden können"	167
Das Urteil enthält dagegen keine Aussage darüber, inwiefern es dem Gesetzgeber möglich ist, Personen ohne Aufenthaltsrecht Sozialleistungen zu verwehren (in Rn.74 knüpft es vielmehr an ein bestehendes Aufenthaltsrecht an) oder Personen mit einem bestimmten, näher definierten Aufenthaltsrecht (hier: dem Aufenthaltsrecht zur Arbeitsuche) vom Bezug von Sozialleistungen auszuschließen.	168
Die Kammer verweist in diesem Zusammenhang darauf, dass die Situation eines Asylbewerbers nicht mit der eines EU-Bürgers vergleichbar ist, der von seinem Freizügigkeitsrecht zum Zweck der Arbeitsuche Gebrauch gemacht hat und in die Bundesrepublik Deutschland eingereist ist. Während ein Asylbewerber, der sich auf eine politische Verfolgung in seinem Heimatland beruft, regelmäßig nicht in sein Herkunftsland	169

zurückkehren kann, ist dies der hier betroffenen Personengruppe grundsätzlich ohne Weiteres möglich. Diese Rückkehr in das Heimatland stellt auch ein zumutbares Mittel zur Selbsthilfe dar, dessen Einforderung das Grundrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums nicht verletzt.

Das Bundesverfassungsgericht hat in einer gegen den Leistungsausschluss des § 7 Abs.5 Satz 1 SGB II (Leistungsausschluss für Auszubildende) gerichteten Verfassungsbeschwerde die Bewilligung von Prozesskostenhilfe abgelehnt (Beschluss vom 08.10.2014, 1 BvR 886/11 (juris)). Es hat in diesem Zusammenhang in Rn.13 ausgeführt: "Das Grundrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums aus Art.1 Abs.1 GG in Verbindung mit Art.20 Abs.1 GG () ist nicht verletzt. Nach § 2 Abs.2 Satz 2 SGB II müssen erwerbsfähige Leistungsberechtigte ihre Arbeitskraft zur Beschaffung des Lebensunterhalts einsetzen; dies tut der Beschwerdeführer nicht, wenn er studiert. Daher schließt § 7 Abs.5 Satz 1 SGB a.F. im Fall des Beschwerdeführers die Gewährung dieser Grundsicherungsleistungen aus." In Rn.14 heißt es weiter: "Der faktische Zwang, ein Studium abbrechen zu müssen, weil keine Sozialleistungen zur Verfügung stehen, berührt zwar die teilhaberechtliche Dimension des Art.12 Abs.1 in Verbindung mit Art.3 Abs.1 GG und dem Sozialstaatsgebot des Art.20 Abs.1 GG () Der Gesetzgeber hat mit den Vorschriften des Bundesausbildungsförderungsgesetzes jedoch ein besonderes Sozialleistungssystem zur individuellen Förderung der Hochschulausbildung durch den Staat geschaffen, das diese Teilhabe sichern soll."

Die erkennende Kammer entnimmt diesen Ausführungen, dass das Bundesverfassungsgericht keinen von dem Hilfebedürftigen möglichen Mitwirkungshandlungen losgelöst, allein aus der Hilfebedürftigkeit und dem tatsächlichen Aufenthalt im Bundesgebiet resultierenden Anspruch auf Sicherung des Existenzminimums annimmt. Der faktische Zwang, die bisherige Lebensführung zur Sicherung des Existenzminimums ändern zu müssen, führt danach nicht zur Verletzung des Grundrechts auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums, sondern berührt vielmehr das Grundrecht, das diese vom Hilfebedürftigen anvisierte Lebensgestaltung schützt (im Fall 1 BvR 886/11 die dort genannten Grundrechte, hier ggf. Art.2 Abs.1 GG). Nach diesen Maßgaben sieht die Kammer keine Verpflichtung des Gesetzgebers, einen Aufenthalt des Hilfebedürftigen im Bundesgebiet trotz einer ihm möglichen Rückkehr in sein Heimatland durch die Gewährung von Sozialleistungen zu ermöglichen, wenn der Hilfebedürftige über gar kein Aufenthaltsrecht oder nur über ein solches verfügt, dessen Gewährung der nationale Gesetzgeber originär - europarechtlich zulässig - mit der Versagung von Leistungen zur Sicherung des Existenzminimums verknüpft hat.

Eine Prüfung, inwiefern ein Hilfebedürftiger in seinem Herkunftsland das Existenzminimum nach deutschen Maßstäben sichern kann, ist in diesem Zusammenhang nicht anzustellen. Im Ausländerrecht ist die nachteilige wirtschaftliche Situation im Herkunftsland nämlich kein Maßstab, der zur Gewährung eines Aufenthaltsrechts oder dem Schutz vor einer Abschiebung führen kann. Sofern wirtschaftliche Gesichtspunkte bei der Beurteilung einer Abschiebung ins Herkunftsland nicht die Annahme der Unzumutbarkeit einer Rückkehr rechtfertigen können (vgl. hierzu OVG NRW, Beschluss vom 06.09.2007, 11 A 633/05 A, Rn.28-32 (juris) zur Zumutbarkeit einer Abschiebung nach Sierra Leone trotz völlig fehlender sozialer Sicherungssysteme und einer Arbeitslosenquote von 70 %), erscheint es zur Überzeugung der Kammer unter Berücksichtigung des Gedankens der Einheit der Rechtsordnung auch nicht gangbar, solche nachteiligen Lebensumstände im Herkunftsland bei der Prüfung der sozialrechtlichen Zumutbarkeit einer Rückkehr ins Feld zu führen."

Das LSG Nordrhein-Westfalen hat hierzu ergänzend ausgeführt (Beschluss vom 07.03.2016 – L 12 SO 79/16 B ER – juris):

"Die Überlegungen stehen im Einklang mit den Ausführungen des BVerfG in der oben zitierten Entscheidung vom 18.07.2012. Zwar wird dort festgehalten (bei juris Rn. 63): "Wenn Menschen, die zur Gewährleistung eines menschenwürdigen Daseins notwendigen materiellen Mittel fehlen, (...) ist der Staat im Rahmen seines Auftrages zum Schutz der Menschenwürde (...) verpflichtet, dafür Sorge zu tragen, dass die materiellen Voraussetzungen dafür Hilfebedürftigen zur Verfügung stehen." Das BVerfG folgert daraus: "(Mit) dieser objektiven Verpflichtung aus Art. 1 GG korrespondiert ein individueller Leistungsanspruch, da das Grundrecht die Würde jedes einzelnen Menschen schützt und sie in solchen Notlagen nur durch materielle Unterstützung gesichert werden kann." Es knüpft damit einen "Anspruch" auf Sozialleistungen an das Vorliegen einer Notlage, zu deren Behebung eine entsprechende materielle Unterstützung (der Bundesrepublik Deutschland) von Nöten ist. Das ist bei EU-Ausländern aber regelmäßig nicht der Fall. Denn ihnen steht es frei, in ihr Heimatland zurückzukehren, dort ohne Sprachbarriere (wieder) eine Tätigkeit aufzunehmen oder auf die dortigen sozialen Sicherungssysteme zurückzugreifen. Auf Leistungen der Bundesrepublik Deutschland sind EU-Ausländer zur Sicherung einer menschenwürdigen Existenz regelhaft nicht angewiesen." (vgl. auch LSG Niedersachsen-Bremen, Beschluss vom 22.02.2016 – L 9 AS 1335/15 B ER – juris (Rn. 84 ff.); SG Berlin, Beschluss vom 22.02.2016 – S 95 SO 3345/15 ER; SG Berlin, Urteil vom 14.01.2016 – S 26 AS 12515/13; SG Berlin, Urteil vom 11.12.2015 – S 149 AS 7191/13).

174

Auch diesen überzeugenden Ausführungen in den genannten Entscheidungen schließt sich die Kammer nach eigener Prüfung an.

175

Hinsichtlich der verfassungsrechtlichen Unbedenklichkeit eines Verweises auf Rückkehr- bzw. Überbrückungsleistungen – die hier allerdings nicht streitgegenständlich sind (dazu noch näher weiter unten) – zusätzlich kurz hingewiesen auf etwas ältere Rechtsprechung des 19. Senats des LSG NRW, nämlich den Beschluss vom 16.04.2007 – L 19 B 13/07 AS ER – juris und den Beschluss vom 07.10.2011 – L 19 AS 1560/11 B ER – juris. Die dortigen Ausführungen überzeugen immer noch.

176

Außerdem führt "(d)ie Entscheidung des BSG () zu einer nach Art. 3 Abs. 1 GG unzulässigen Ungleichbehandlung von erwerbsfähigen Leistungsbeziehern nach dem SGB II und nach dem SGB XII. Nach § 2 Abs. 1 Satz 1 SGB II müssen erwerbsfähige Leistungsberechtigte und die mit ihnen in einer Bedarfsgemeinschaft lebenden Personen alle Möglichkeiten zur Beendigung oder Verringerung ihrer Hilfebedürftigkeit ausschöpfen. Eine erwerbsfähige leistungsberechtigte Person muss aktiv an allen Maßnahmen zu ihrer Eingliederung in Arbeit mitwirken, insbesondere eine Eingliederungsvereinbarung abschließen (§ 2 Abs. 1 Satz 2 SGB II). Wenn eine Erwerbstätigkeit auf dem allgemeinen Arbeitsmarkt in absehbarer Zeit nicht möglich ist, hat die erwerbsfähige leistungsberechtigte Person eine ihr angebotene zumutbare Arbeitsgelegenheit zu übernehmen (§ 2 Abs. 1 Satz 3 SGB II). Bei Verletzung der Pflichten nach § 31 SGB II drohen zudem Leistungskürzungen nach § 31 a SGB II. Vergleichbare Regelungen fehlen im Rahmen des SGB XII. Die Rechtsauffassung des Bundessozialgerichts kann somit nicht zutreffend sein, da sie zu einer verfassungswidrigen Ungleichbehandlung von erwerbsfähigen Leistungsbeziehern nach dem SGB II und dem SGB XII führt." (SG Speyer, Urteil vom 29.03.2016 – S 5 AS 493/14 – juris (Rn. 67)).

177

Selbst wenn man schließlich entgegen der hier vertretenen Auffassung die Möglichkeit eines Leistungsbezugs nach dem SGB XII für erwerbsfähige EU-Ausländer annehmen wollte, spräche nach der Überzeugung der Kammer nichts dafür, (schon) nach Ablauf von (bloß)

178

sechs Monaten bei der Anwendung von § 23 Abs. 1 Satz 3 SGB XII eine "Verfestigung" des Aufenthalts und deshalb regelmäßig eine Ermessensreduzierung auf Null zugunsten einer Gewährung von Leistungen nach §§ 27 ff. SGB anzunehmen (vgl. insoweit auch LSG Rheinland-Pfalz, Beschluss vom 11.02.2016 – L 3 AS 668/15 B ER – juris; LSG Niedersachsen-Bremen, Beschluss vom 07.03.2016 – L 15 AS 185/15 B ER – juris; LSG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 13.04.2016 – L 15 SO 53/16 B ER – juris; LSG Hamburg, Beschluss vom 14.04.2016 – L 4 AS 76/16 B ER – juris; ähnlich LSG Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 31.05.2016 – L 8 SO 8/16 B ER – juris; kritisch auch Pfersich, ZAR 2016, 196 (Anm. zu BSG, Urteil vom 03.12.2015 – B 4 AS 44/15 R –)).

"Denn abgesehen davon, dass sich für eine regelmäßige "Verfestigung des Aufenthaltsrechts" nach sechs Monaten aus den einschlägigen gesetzlichen Regelungen keinerlei Anhaltspunkte ableiten lassen (im Gegenteil dürfte sich das Aufenthaltsrecht nach § 2 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1a und Satz 2 FreizügG/EU für arbeitslose und arbeitssuchende Unionsbürger nach sechs Monaten eher lockern) und aus einem solchen Aufenthaltsrecht im Hinblick auf die gerade für diese Fälle geltenden Leistungsausschlüssen nach § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II und § 23 Abs. 3 Satz 1 SGB XII jedenfalls für einen Anspruch auf Sozialhilfe keine Rückschlüsse ziehen lassen, handelt es sich hierbei um eine abstrakt-generelle Erwägung, die eine Ausnahme in einem konkreten Einzelfall angesichts des auch für diesen Fall gesetzlich grundsätzlich angeordneten Leistungsausschlusses nicht rechtfertigen kann. Denn dadurch würde die gesetzliche Regelung nach § 23 Abs. 3 Satz 1 SGB XII mit abstrakt-generellen Erwägungen – jedenfalls was Unionsbürger betrifft, die sich länger als sechs Monate im Bundesgebiet aufhalten – in ihr Gegenteil verkehrt und damit eine (abstrakt-generelle) Regelung zur Anwendung gebracht, für die es so in den gesetzgebenden Körperschaften keine politische Mehrheit gegeben hat" (LSG Rheinland-Pfalz, Beschluss vom 11.02.2016 – L 3 AS 668/15 B ER – juris (Rn. 30)).

179

Nach der Überzeugung der Kammer ist der vom BSG zur Begründung seiner Rechtsprechung, insbesondere bzgl. der vermeintlichen "Verfestigung des Aufenthalts" nach bereits sechs Monaten, angeführte Aspekt eines ausländerrechtlichen "Vollzugsdefizits" schon deshalb verfehlt, weil für Unionsbürger mit dem FreizügG/EU und der ihm zugrunde liegenden Unionsbürgerrichtlinie ein System einer "privatisierten" Unionsbürgerfreizügigkeit geschaffen worden ist, das sich durch das Fehlen einer klassischen aufenthaltsrechtlichen Zugangssteuerung auszeichnet (vgl. hierzu ausführlich Thym, NZS 2016, 441 ff.).

180

Die schlichte Duldung dieses "privatisierten", ungesteuerten, in den ersten drei Monaten sogar vollkommen "zwecklos" zulässigen Aufenthalts von EU-Bürgern in Deutschland kann nach der Überzeugung der Kammer keinen verfassungsrechtlichen, einfachgesetzlich durch Schaffung eines entsprechenden Leistungssystems oder – im Rahmen der entsprechenden Grenzen (hierzu sogleich näher) – durch verfassungskonforme Auslegung zu gewährleistenden Anspruch auf fortwährende Alimentation begründen. Der Aufenthalt von Unionsbürgern beruht auf einem Freizügigkeitssystem, das gerade unter der Prämisse geschaffen worden ist, dass ein Aufenthalt nur zur Arbeitssuche oder nicht einmal zur Arbeitssuche nicht zu einer Alimentationspflicht führt (vgl. EuGH, Urteil vom 11.11.2014 – C-333/13 "Dano" – juris; EuGH, Urteil vom 15.09.2015 – C-67/14 "Alimanovic" – juris; EuGH, Urteil vom 25.02.2016 – C-299/14 "Garcia-Nieto" – juris). Diese Umstände dürfen bei der Bewertung einer Untätigkeit der Ausländerbehörden nicht unberücksichtigt bleiben.

181

Es ist auch nicht so, dass das Fehlen einer materiellen Freizügigkeitsberechtigung die Ausländerbehörden ohne weiteres, "automatisch" berechtigen würde, eine Verlustfeststellung vorzunehmen, eine Ausreisepflicht zu begründen und den Aufenthalt, notfalls zwangsweise,

182

zu beenden, und sie so in die Lage wären, der "Verfestigung des Aufenthalts" konsequent entgegenzuwirken. Denn die Feststellung des Verlusts des Freizügigkeitsrechts muss unter anderem dem Erfordernis der Verhältnismäßigkeit genügen (vgl. hierzu BVerwG, Urteil vom 16.07.2015 – 1 C 22/14 – juris (Rn. 21)).

Die vom BSG wohl – allerdings ohne eine ausdrückliche und nachvollziehbare Prüfung, ob § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II bei isolierter Betrachtung einen Verfassungsverstoß darstellen würde bzw., ob es im Lichte von Art. 1, 20 GG der Gewährung irgendwelcher laufender existenzsichernder Leistungen an alle Personen, die sich tatsächlich in Deutschland aufhalten, bedarf – vorgenommene verfassungskonforme Auslegung der §§ 21, 23 Abs. 3 und Abs. 1 Satz 3 SGB XII einschließlich der Annahme einer regelmäßigen Ermessensreduzierung auf Null ist aus Sicht der Kammer nicht nur falsch sondern nicht vertretbar und ihrerseits wegen Verletzung der Grenzen richterlicher Gesetzesauslegung und der Vorlagepflicht gem. Art. 100 GG und damit der Garantie des gesetzlichen Richters aus Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG verfassungswidrig (vgl. hierzu insbesondere Bernsdorff in: "Sozialhilfe für nichterwerbstätige Unionsbürger - Kassel locuta, causa finita?", NVwZ 2016, 633 (insbes. S. 636 f.); vgl. ferner LSG NRW, Beschluss vom 23.05.2016 – L 20 SO 139/16 B ER – juris (insbes. Rn. 44 ff.) m. N. auf BVerfG, Beschluss vom 16.12.2014 – 1 BvR 2142/11 – BVerfGE 138, 64-102 = juris; kritisch auch Thym, NZS 2016, 441 (insbes. S. 443 f.)).

Nach Auffassung der Kammer ergeben sich aus der Rechtsprechung des BSG, insbesondere aus der Annahme einer Ermessensreduzierung auf Null nach Ablauf von sechs Monaten, auch erhebliche Wertungswidersprüche im Hinblick auf die Möglichkeit eines SGB XII-Leistungsbezugs in den ersten drei Monaten des Aufenthalts in Deutschland einerseits und in den Monaten 4, 5 und 6 andererseits.

In Bezug auf den die ersten drei Monate betreffenden Leistungsausschluss gem. § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 SGB II dürfte das BSG davon ausgegangen sein, dass § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 SGB II zwar anwendbar und rechtlich nicht zu beanstanden ist (vgl. zur Vereinbarkeit mit dem Europarecht das Urteil des EuGH vom 25.02.2016 in der Rechtssache C-299/14 "Garcia-Nieto"), dass aber in den ersten drei Monaten zumindest genau wie in den Monaten 4-6 ein Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung über die Gewährung von Sozialhilfeleistungen (Ermessen dem Grunde, der Form und der Höhe nach) aus § 23 Abs. 1 Satz 3 SGB XII folgt. Jedoch erscheint dies zweifelhaft.

Es spricht viel dafür, dass eine erwerbsfähige Person, die nach § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 SGB II in den ersten drei Monaten von Leistungen nach dem SGB II ausgeschlossen ist, für diesen Zeitraum nach dem Ansatz des BSG nicht nur einen Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung über die Gewährung von Sozialhilfeleistungen (Ermessen dem Grunde, der Form und der Höhe nach) besitzen müsste sondern einen Rechtsanspruch auf Hilfe zum Lebensunterhalt.

Denn § 23 Abs. 3 SGB XII enthält jedenfalls nicht ausdrücklich einen der Regelung des § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 SGB II entsprechenden Leistungsausschluss für die ersten drei Monate des Aufenthalts in Deutschland. Geregelt ist nur ein Ausschluss für Fälle einer Einreise, "um Sozialhilfe zu erlangen" (§ 23 Abs. 3 Satz 1 Alt. 1 SGB XII; vgl. hierzu LSG NRW, Beschluss vom 22.04.2015 – L 9 SO 496/14 B – juris). Dieser Ausschlusstatbestand greift nur ein, wenn ein finaler Zusammenhang zwischen dem Einreiseentschluss und der Inanspruchnahme von Sozialhilfe gegeben ist, und wenn bei unterschiedlichen Einreisemotiven der Zweck der Inanspruchnahme von Sozialhilfe für den Einreiseentschluss von prägender Bedeutung war (vgl. hierzu z. B. LSG Baden-Württemberg, Beschluss vom 22.06.2016 – L 2 SO 2095/16 ER-B – juris (Rn. 20)). Dies wird sich meist nur schwer nachweisen lassen.

Das BSG hat in seinem Urteil vom 30.01.2013 – B 4 AS 37/12 R – juris (Rn. 22) darauf hingewiesen, dass die Regelung des § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 SGB II als Reaktion auf den erst im Jahr 2007 eingeführten § 2 Abs. 5 FreizügG/EU erfolgt sei, weil der Leistungsausschluss für Arbeitsuchende diese Gruppe nicht erfasste. Dann dürfte es aber auch nicht möglich sein, diese Gruppe in den Leistungsausschluss in § 23 Abs. 3 SGB XII hineinzulesen. Und auch ein "Erst-Recht-Schluss" erscheint problematisch. Das für die ersten drei Monate bestehende voraussetzungslose Aufenthaltsrecht nach § 2 Abs. 5 FreizügG/EU dürfte ein anderes Aufenthaltsrecht sein als "nur" eines zur Arbeitssuche gem. § 2 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1a FreizügG/EU bzw. § 23 Abs. 3 Satz 1 Alt. 2 SGB XII und es dürfte auch nicht ohne weiteres gleichzusetzen sein mit einem Aufenthalt ohne materielle Freizügigkeitsberechtigung, für den das BSG einen solchen "Erst-Recht-Schluss" bejaht hat. 188

Infolge der BSG-Rechtsprechung wäre daher mit einiger Wahrscheinlichkeit davon auszugehen, dass in den ersten drei Monaten mangels gesetzlichen Leistungsausschlusses ein "gebundener" Anspruch auf Hilfe zum Lebensunterhalt in gesetzlichem Umfang nach §§ 23 Abs. 1 Satz 1, 27 ff. SGB XII besteht, in den Monaten 4-6 nur ein Anspruch auf eine fehlerfreie Ermessensentscheidung nach § 23 Abs. 1 Satz 3 SGB XII und nach Ablauf von insgesamt 6 Monaten, also ab dem 7. Monat, dann wieder eine Quasi-Bindung in Richtung einer Gewährung von Hilfe zum Lebensunterhalt in gesetzlichem Umfang nach §§ 27 ff. SGB XII aufgrund Ermessensreduzierung auf Null im Rahmen von § 23 Abs. 1 Satz 3 SGB XII. 189

Eine solche "Achterbahnfahrt" wäre kaum nachvollziehbar. Es ist insbesondere nicht nachvollziehbar, dass ausgerechnet während des voraussetzungslos zulässigen Aufenthalts in den ersten drei Monaten, in denen von einer "Aufenthaltsverfestigung" keine Rede sein kann, ein Anspruch nach dem SGB XII bestehen sollte, und es erscheint fraglich, mit welchen Ermessenserwägungen sich bei dieser Ausgangslage in den Monaten 4-6 plötzlich eine Leistungsablehnung oder auch nur eine der Form oder Höhe nach eingeschränkte Leistungsgewährung rechtfertigen lassen könnten. 190

Die Kammer hatte nicht darüber zu entscheiden, ob und ggf. auf welcher Rechtsgrundlage, von Seiten welches Leistungsträgers, in welchem Umfang und für welche Zeitspanne im Fall der Kläger die Erbringung von Leistungen zur Übernahme der Kosten der Rückreise und des bis dahin erforderlichen Aufenthalts (Überbrückungsleistungen) in Betracht zu ziehen gewesen sein könnte. 191

Hierzu wird einerseits vertreten, dass derartige Leistungen vom SGB XII-Träger geschuldet sein können (vgl. LSG Niedersachsen-Bremen, Beschluss vom 15.11.2013 – L 15 AS 365/13 B ER – juris (Rn. 66 f.)), und andererseits, dass grundsätzlich der SGB II-Träger "zuständig" sein soll, soweit noch nicht durch eine Verlustfeststellung eine Ausreisepflicht (§ 7 FreizügG/EU) begründet worden und diese entweder durch Eintritt der Bestandskraft oder durch Anordnung der sofortigen Vollziehbarkeit nach § 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 VwGO (§ 84 AufenthG ist nicht anwendbar, weshalb Rechtsbehelfe gegen eine Verlustfeststellung aufschiebende Wirkung besitzen) vollziehbar geworden ist (vgl. Hessisches LSG, Beschluss vom 22.05.2015 – L 4 SO 31/15 B ER – juris (Rn. 25)). 192

Durch Entstehung einer vollziehbaren Ausreisepflicht würde es schließlich wohl zur Anwendung von § 1 Abs. 1 Nr. 5 AsylbLG i. V. m. § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 SGB II kommen (so jdf. Hessisches LSG, Beschluss vom 05.02.2015 – L 6 AS 883/14 B ER – juris (Rn. 12); a. A. wohl Frerichs in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB XII, 2. Aufl. 2014, § 1 AsylbLG, Rn. 43). 193

Die Kläger beabsichtigten im streitigen Zeitraum nicht, Deutschland zu verlassen, und beantragten weder bei der Beklagten oder der Beigeladenen noch bei Gericht derartige 194

Überbrückungsleistungen. Sie strebten und streben vielmehr ausschließlich laufende Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts für einen dauerhaften Verbleib in Deutschland an.

Bei diesen begehrten laufenden Leistungen handelt es sich um einen qualitativ anderen Streitgegenstand als bei Überbrückungsleistungen. Das Gericht hatte daher nicht – gewissermaßen als minus zu dem Begehren der Kläger – über solche Leistungen zu entscheiden. 195

Die Kostenentscheidung beruht auf § 193 SGG und trägt dem vollständigen Unterliegen der Kläger Rechnung. 196

Die vorliegende Entscheidung der Kammer beruht insoweit, als die Klage auch bzgl. des hilfsweise gegenüber der Beigeladenen verfolgten Anspruchs auf Leistungen nach dem SGB XII abgewiesen worden ist, auf einer Abweichung von der Rechtsprechung des BSG zu §§ 21 SGB XII, 23 Abs. 3 und Abs. 1 Satz 3 SGB XII (s. o.) und somit dürften die Voraussetzungen von §§ 161 Abs. 2 Satz 1, 160 Abs. 2 Nr. 2 Alt. 1 SGG für eine Zulassung der Revision zum Bundessozialgericht unter Übergehung der Berufungsinstanz (Sprungrevision) prinzipiell vorliegen. 197

Die Kammer hat das ihr bei der Entscheidung, ob die Sprungrevision zugelassen wird, zustehende Ermessen (vgl. hierzu Leitherer in: Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer, SGG, 11. Auflage 2014, § 161 Rn. 6) allerdings dahingehend ausgeübt, dass die Zulassung nicht erfolgt. Dementsprechend hat sie ausdrücklich entschieden, dass die Sprungrevision nicht zugelassen wird. 198

Auch wenn die Zulassung der Sprungrevision von den Klägern beantragt worden ist und die Beklagte und die Beigeladene ihre Zustimmung mit der Einlegung der Sprungrevision bereits in der mündlichen Verhandlung erklärt haben, hält die Kammer eine Übergehung der Berufungsinstanz vorliegend nicht für sachgerecht. 199

Denn das Urteil beruht, soweit der hauptsächlich streitige bzw. von den Klägern vorrangig geltend gemachte Anspruch gegenüber der Beklagten auf Gewährung von Leistungen nach dem SGB II verneint worden ist, nicht auf einer Abweichung von der BSG-Rechtsprechung sondern auf dem festgestellten Sachverhalt und rechtlichen Bewertungen in Bezug auf das (Nicht)Vorliegen eines anderen Aufenthaltsrechts als dem zur Arbeitssuche. Eine Abweichung von der BSG-Rechtsprechung liegt allein in Bezug auf den hilfsweise geltend gemachten Anspruch auf Leistungen nach § 23 Abs. 1 Satz 3 SGB XII gegenüber der Beigeladenen vor. Auf eine Abgrenzung zwischen den "Leistungszuständigkeiten" der Beklagten und der Beigeladenen kann auch nach dem Rechtsstandpunkt des BSG nicht verzichtet werden. Aus Sicht der Kammer waren für die Entscheidung über den Anspruch nach dem SGB II weitere Ermittlungen zum Sachverhalt bzw. weitere tatsächliche Feststellungen nicht geboten. Bei anderer rechtlicher Bewertung könnte sich jedoch herausstellen, dass weitere Ermittlungen erforderlich sind, die dem BSG im Revisionsverfahren nicht möglich wären. Die Kammer ist daher davon ausgegangen, dass es einzig sachgerecht ist, die Berufungsinstanz als zweite Tatsacheninstanz nicht zu übergehen. 200

Wegen der hier ausdrücklich entschiedenen Nichtzulassung steht den Beteiligten nach Auffassung der Kammer keine Möglichkeit mehr zu, einen Antrag auf Zulassung der Sprungrevision zu stellen. Die Überprüfung der Entscheidung des Gerichts über die Nichtzulassung des Rechtsmittels ist nur im Verfahren der Nichtzulassungsbeschwerde zulässig, die es aber gegen die Nichtzulassung der Sprungrevision nicht gibt; dem 201

unterlegenen Beteiligten bleibt die Berufung und danach – ggf. – die Revision (str.; wie hier Krasney/Udsching, Handbuch des sozialgerichtlichen Verfahrens, IX. Revision, Rn. 28 m. w. N.; Leitherer in: Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer, SGG, 11. Auflage 2014, § 161 Rn. 7 m. w. N.; Dr. Wolfgang Fichte in: Breitzkreuz/Fichte, SGG, § 161 Rn. 11; offen gelassen in BSG, Urteil vom 16.02.1989 – 4 REg 6/88 – juris (Rn. 10) m. w. N.). Dass die nachfolgende Rechtsmittelbelehrung keine Belehrung über einen möglichen Antrag auf Zulassung der Sprungrevision enthält, beruht auf dieser Auffassung der Kammer.
