
Datum: 24.10.2016
Gericht: Sozialgericht Dortmund
Spruchkörper: 32. Kammer
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: S 32 AS 4290/15 WA
ECLI: ECLI:DE:SGDO:2016:1024.S32AS4290.15WA.00

Sachgebiet: Grundsicherung für Arbeitsuchende
Rechtskraft: nicht rechtskräftig

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

-
- Tatbestand: 1
- Die Klägerin und die Beklagte streiten in dem ursprünglich unter dem Aktenzeichen S 32 AS 4883/13 geführten Klageverfahren, dessen Ruhen durch Beschluss vom 14.07.2014 gem. § 202 Sozialgerichtsgesetz (SGG) i. V. m. 251 ZPO angeordnet worden war, und das am 12.10.2016 auf Antrag der Beklagten unter dem neuen Aktenzeichen S 32 AS 4290/15 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 01.09.2013 bis zum 13.02.2014. 2
- Streitig ist insofern allein, ob die Klägerin in diesem Zeitraum in den Anwendungsbereich des Leistungsausschlusses gem. § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II fiel. 3
- Die am XX.XX.XXXX geborene Klägerin besitzt die polnische Staatsangehörigkeit. Am 09.08.2012 reiste sie nach Deutschland ein. Mit diesem Einzugsdatum wurde sie melderechtlich mit Hauptwohnung in I erfasst. 4
- Mit Arbeitsvertrag vom 12.10.2012 nahm sie für die Zeit vom 16.10.2012 bis zum 15.04.2013 ein befristetes Vollzeit-Arbeitsverhältnis als Hilfskraft mit der Bäckerei I KG in I zu einem Brutto-Arbeitsentgelt von 8,88 EUR / Stunde mit Lohnauszahlung im Folgemonat auf. Dieses 5

Arbeitsverhältnis wurde von der Arbeitgeberin mit Schreiben vom 29.01.2013 ordentlich zum 28.02.2013 gekündigt.

Am 06.02.2013 beantragte die Klägerin erstmals Leistungen nach dem SGB II bei der Funktionsvorgängerin der Beklagten, der Stadt I (dazu näher in der Begründung; nachfolgend ist einheitlich von der Beklagten die Rede). 6

Mit Bescheid vom 20.02.2013 bewilligte die Beklagte der Klägerin für den Zeitraum vom 01.02.2013 bis zum 31.07.2013 – für den Monat Februar ausweislich des Textes auf Seite 2 des Bescheides endgültig und im Übrigen nach § 40 Abs. 2 Nr. 1 SGB II i. V. m. § 328 Abs. 1 Nr. 3 SGB III vorläufig – Leistungen nach dem SGB II. 7

Am 14.06.2013 stellte die Klägerin einen Weiterbewilligungsantrag. Mit Bescheid vom 23.07.2013 bewilligte die Beklagte der Klägerin für den Zeitraum vom 01.08.2013 bis zum 31.08.2013 Leistungen nach dem SGB II. Als Grund für die befristete Bewilligung verwies sie auf § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II i. V. m. § 2 Abs. 3 Satz 2 FreizügG/EU und erklärte, der Klägerin stehe ein Anspruch nur für sechs Monate ab Wirksamwerden der Kündigung des Arbeitsvertrages zu. 8

Am 16.09.2013 stellte die Klägerin erneut einen Weiterbewilligungsantrag. 9

Dieser Leistungsantrag wurde mit Bescheid vom 18.09.2013 abgelehnt. Zur Begründung gab die Beklagte an, die Klägerin sei nach § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II vom Leistungsbezug ausgeschlossen, da sich ihr Aufenthaltsrecht allein aus dem Zweck der Arbeitsuche ergebe. 10

Die Klägerin erhob hiergegen am 26.09.2013 Widerspruch und machte geltend, sie habe im August 2012 ihre Tante in I besucht. Es habe ihr gefallen und sie habe sich schnell entschlossen, da zu bleiben. Sie habe sich eine Arbeit gesucht und bis zum 28.02.2013 gearbeitet. Sie lebe seit August 2012 ununterbrochen in I. Sie habe ihren Lebensmittelpunkt hier und deshalb seien ihr Leistungen zu gewähren. 11

Der Widerspruch wurde mit Widerspruchsbescheid vom 02.10.2013 als unbegründet zurückgewiesen. Die Beklagte verwies wiederum auf § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II. Die Klägerin habe wegen unverschuldeter Arbeitslosigkeit nach weniger als einem Jahr Beschäftigung nur für die Dauer von sechs Monaten einen Anspruch besessen. 12

Am 22.10.2013 hat die Klägerin gegen den Ablehnungsbescheid in der Gestalt des Widerspruchsbescheides die vorliegende Klage erhoben und zugleich um einstweiligen Rechtsschutz nachgesucht. 13

In dem Eilverfahren (Az. S 32 AS 4845/13 ER) hat die Kammer die Beklagte im Wege einstweiliger Anordnung verpflichtet, der Klägerin vorläufig für die Zeit vom 22.10.2013 bis zur rechtskräftigen Entscheidung in der Hauptsache, längstens bis zum 28.02.2014, Leistungen nach dem SGB II – mit Ausnahme von Bedarfen für Unterkunft und Heizung – zu gewähren (Beschluss vom 17.12.2013). 14

Die Beklagte hat in der Beschwerdeinstanz (Az. L 2 AS 123/14 B ER) mit Schriftsatz vom 07.03.2014 den Leistungsanspruch der Klägerin für den Zeitraum ab dem 14.02.2014 wegen Arbeitsaufnahme anerkannt, die von dem Beschluss der Kammer vom 17.12.2013 nicht erfassten Kosten der Unterkunft für Februar 2014 (und auch für März) ausgezahlt und ihre Beschwerde gegen den Beschluss vom 17.12.2013 zurückgenommen. 15

Die Klägerin hat im Eil- und zunächst auch im Klageverfahren die Auffassung vertreten, der Leistungsausschluss des § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II sei nicht anwendbar, und sich insoweit auf zwei Entscheidungen des 19. Senats des LSG NRW berufen (Beschluss vom 22.08.2013 – L 19 AS 766/13 B ER – und Urteil vom 10.10.2013 – L 19 AS 129/13 –). Zwar verfüge sie anders als die Antragsteller/Kläger in jenen Entscheidungen über einen Aufenthaltsgrund nach dem FreizügG/EU. Jedoch seien die Entscheidungen dennoch auf ihren Fall übertragbar, da sich auch bei ihr nicht positiv feststellen lasse, dass sie sich nur aus dem Grund der Arbeitssuche in Deutschland aufhalte; vielmehr lebe sie hier zusammen mit ihrer Familie, zwar nicht in einer gemeinsamen Wohnung aber in einem gemeinsamen Ort. Sie verfüge außerdem über den Aufenthaltsgrund nach § 2 Abs. 2 Nr. 6, § 3 Abs. 2 Nr. 2 FreizügG/EU, weil sie mit ihrer Großmutter – wenn auch nicht in einer gemeinsamen Wohnung – in I lebe. Schließlich müsse § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II europarechtskonform dahingehend ausgelegt werden, dass er auf sie keine Anwendung finde, da sie einen Gleichbehandlungsanspruch aus Art. 4 VO (EG) 883/2004 und Art. 24 Abs. 1 der Freizügigkeits-RL 2004/38 besitze. Sie hat insoweit im Eilverfahren im Einzelnen vorgetragen und unter dem 21.10.2013 (Bl. 9 ER-GA) und 12.11.2013 (Bl. 43 ER-GA) an Eides statt versichert: In Polen habe sie von 1993 bis 2003 die Hauptschule besucht und mit dem Hauptschulabschluss abgeschlossen. Von 2003 bis 2006 habe sie als Kellnerin in Restaurants und ab 2007 bis 2009 als Produktionshelferin bei Opel im Werk H gearbeitet, wo ihr wegen der schlechten wirtschaftlichen Lage gekündigt worden sei. Sie habe dann in Polen keine Arbeit mehr finden können. Daher sei sie von Polen zunächst nach Spanien gezogen, um dort zu arbeiten. Von April bis September 2009 habe sie dort in einem Restaurant als Bedienung und Küchenreinigungskraft gearbeitet. Ab Oktober sei sie arbeitslos gewesen und habe von Ersparnissen gelebt. Im Jahr 2010 sei sie nach Holland, Amsterdam, gezogen. Auch dort habe sie zunächst für ein Jahr als Bedienung und Küchenreinigungskraft gearbeitet. Danach habe sie viele verschiedene Arbeitsstellen für kürzere Zeiträume gehabt; sie habe immer schnell eine neue Stelle gefunden. Am 09.08.2012 sei sie nach Deutschland gezogen. Hier, in I, leben eine Großmutter, ein Onkel, eine Tante, zwei Cousins und ein Cousin. Sie habe diese im August 2012 besucht und wolle nun dauerhaft hierbleiben. Sie habe hier vom 16.10.2012 bis 28.02.2013 bei der Brotfabrik I als Konditoreihilfe gearbeitet. Zuletzt sei sie Weihnachten 2012 in Polen gewesen, wo noch ihr Vater und ihr Bruder wohnen; die Mutter sei schon 1998 verstorben. Außer zu Vater und Bruder habe sie keinen Kontakt mehr nach Polen. Sie habe nach der Befristung bzw. Ablehnung der Gewährung von SGB II-Leistungen im September und Oktober die Miete für ihre allein bewohnte Wohnung nicht zahlen können. Nahrung erhalte sie von ihrer Großmutter, die auch in I lebe. Vermögen besitze sie nicht. Sie verfüge bisher nur über geringe Kenntnisse der deutschen Sprache, lerne aber in einem Sprachkurs hinzu und spreche Englisch. Sie warte ansonsten auf eine Arbeitsstelle. Über Krankenversicherungsschutz verfüge sie nicht. Weiterhin hat die Klägerin auf das Urteil des LSG NRW vom 28.11.2013 – L 6 AS 130/13 – verwiesen, wonach § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II europarechtswidrig sei. Die Klägerin hat im Eilverfahren außerdem diverse Kontoauszüge und Kontoumsatzanzeigen eingereicht (Bl. 40 ff., Bl. 56 ff. und Bl. 65 ER-GA), aus denen sich keine Anhaltspunkte für irgendwelche Einkünfte im streitigen Zeitraum ergeben. Die Klägerin hat im Klageverfahren zuletzt vor allem noch die Auffassung vertreten, dass ihr entweder Leistungen nach dem SGB II in analoger Anwendung oder nach der BSG-Rechtsprechung vom 03.12.2015 usw. zumindest SGB XII-Leistungen zustünden.

Die Klägerin beantragt,

17

den Bescheid der Beklagten vom 18.09.2013 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 02.10.2013 aufzuheben und die Beklagte zu verurteilen, der Klägerin für den Zeitraum vom 01.09.2013 bis zum 13.02.2014 Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach

18

dem SGB II nach Maßgabe der gesetzlichen Bestimmungen zu gewähren,	
hilfsweise, die Beigeladene zu verurteilen, der Klägerin für den Zeitraum vom 01.09.2013 bis zum 13.02.2014 Leistungen der Hilfe zum Lebensunterhalt nach dem Dritten Kapitel des SGB XII in gesetzlicher Höhe zu gewähren.	19
Ferner beantragt sie,	20
für den Fall der Abweisung der Klage die Sprungrevision zuzulassen.	21
Die Beklagte beantragt,	22
die Klage abzuweisen.	23
Sie trägt im Wesentlichen vor, die Klägerin sei nur zur Arbeitssuche in Deutschland, der Leistungsausschluss gem. § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II sei europarechtskonform, eine analoge Anwendung des SGB II scheide aus und auch Leistungen nach dem SGB XII seien ausgeschlossen; sie ist der Auffassung, dass der Klägerin überhaupt keine Sozialleistungen zustehen (vgl. die Schriftsätze der Beklagten vom 07.10.2015 (Bl. 62 GA), 27.10.2015 (Bl. 69 GA) und 15.04.2016 (Bl. 119 GA)).	24
Im Termin zur mündlichen Verhandlung hat die Beklagte zu Protokoll ihre Zustimmung zu einer Einlegung der Sprungrevision erklärt.	25
Mit Beschluss vom 15.12.2015 (Bl. 79 GA) 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).	26
Die Beigeladene hat keinen Antrag gestellt. Sie vertritt allerdings die Auffassung, dass ein Anspruch auf Leistungen nach dem SGB XII entgegen der Rechtsprechung des BSG (Urteile vom 03.12.2015 usw.) aus verschiedenen Gründen ausscheide. Hinsichtlich der Einzelheiten der umfassenden Argumentation wird auf die Schriftsätze der Beigeladenen vom 18.01.2016 (Bl. 102 GA) und 15.03.2016 (Bl. 103/109 GA) Bezug genommen.	27
Im Termin zur mündlichen Verhandlung hat auch die Beigeladene zu Protokoll ihre Zustimmung zu einer Einlegung der Sprungrevision erklärt.	28
Aus den beigezogenen Ausländerakten der Klägerin ergibt sich lediglich, dass die Klägerin vom Amt für Soziale Integration – Allgemeine Ausländerangelegenheiten, Asyl- und Flüchtlingsangelegenheiten – der Beigeladenen mit Schreiben vom 04.02.2016 zur Mitwirkung im Hinblick auf die Überprüfung der Freizügigkeitsberechtigung aufgefordert werden sollte; die Zustellung dieses Schreibens scheiterte allerdings (vgl. Bl. 84-86 der Ausländerakten; vgl. hierzu auch Seite 1 des Schriftsatzes der Beigeladenen vom 15.03.2016).	29
Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den Inhalt der Gerichtsakten des vorliegenden Verfahrens (GA) und des erledigten Eilverfahrens S 32 AS 4845/13 ER (ER-GA) und auf den Inhalt der Ausländerakten der Klägerin Bezug genommen. Diese lagen vor und waren Gegenstand der mündlichen Verhandlung. Bezüglich der im Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung nicht wieder vorliegenden Verwaltungsvorgänge der Beklagten (VV) wird auf Seite 2 der Sitzungsniederschrift (Bl. 133 (R) GA) Bezug genommen.	30
Entscheidungsgründe:	31

Die Klage ist zulässig aber unbegründet. Sie war daher abzuweisen.	32
Richtige Beklagte ist nicht die Stadt I sondern – wie es auch in der Klageschrift angegeben worden ist – die Anstalt des öffentlichen Rechts (AöR) "Kommunales Jobcenter I", die die angefochtene Ablehnungsentscheidung erlassen hat. Dass der Leistungsantrag noch bei der Stadt I gestellt worden war, spielt keine Rolle.	33
Dies ergibt sich daraus, dass die Stadt I der AöR mit Wirkung vom 01.07.2013 gem. § 2 Abs. 1 der "Satzung der Stadt I über die kommunale Einrichtung ‚Kommunales Jobcenter I‘ 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 I über die kommunale Einrichtung "Kommunales Job-Center I" 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 in ständiger Rechtsprechung in Rechtsstreitigkeiten, in denen die Klage gegen die Stadt I erhoben worden ist, 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).	34
Die Beklagte, die AöR, wird dabei aufgrund § 9 Abs. 1 einer mit der Stadt I getroffenen Beistandsvereinbarung vom 17.03.2008 in gerichtlichen Verfahren durch das Rechtsamt der Stadt I vertreten.	35
Dass die Stadt I hier 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)).	36
Streitgegenstand des Klageverfahrens sind der Ablehnungsbescheid vom 18.09.2013 (Bl. 3 ER-GA), mit dem der auf den Zeitraum ab dem 01.09.2013 bezogene Leistungsantrag der Klägerin abgelehnt wurde, in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 02.10.2013 (Bl. 5 ER-GA), soweit diese Bescheide sich nicht nach § 39 Abs. 2 SGB X erledigt haben (hierzu sogleich näher) und in diesem Rahmen der mögliche Leistungsanspruch der Klägerin dem Grunde nach im Zeitraum vom 01.09.2013 (nicht bis zum Ende der letzten mündlichen Verhandlung der Tatsacheninstanz sondern nur) bis zum 13.02.2014.	37

Zum einen hat die Klägerin ihr Klagebegehren in der mündlichen Verhandlung – zulässigerweise und wirksam – ausdrücklich entsprechend zeitlich beschränkt.

Zum anderen hatte die Beklagte – was auch den Hintergrund dieser Beschränkung bildet – im Eilverfahren mit ihrem Schriftsatz vom 07.03.2014 mit Wirkung ab dem 14.02.2014 den Leistungsanspruch der Klägerin dem Grunde nach anerkannt und ihr sodann ab diesem Zeitpunkt unstreitig Leistungen nach dem SGB II gewährt. 39

Die Wirkung dieser neuen Entscheidung – des Anerkenntnisses und seiner Umsetzung – für das Klageverfahren besteht dabei (allein) in der teilweisen (zeitanteiligen) Erledigung des angefochtenen Ablehnungsbescheides nach § 39 Abs. 2 SGB X für den Zeitraum ab dem 14.02.2014. Die Bewilligungsentscheidung ist nicht ihrerseits nach § 96 SGG "automatisch" Gegenstand des Klageverfahrens geworden. 40

In einem Rechtsbehelfsverfahren, in dem – wie hier – ein Ablehnungsbescheid angefochten wird, führen sowohl ein auf einen Neuantrag ergehender weiterer Ablehnungsbescheid als auch ein Entscheidung, mit der ab einem späteren Zeitpunkt Leistungen bewilligt werden, zwar zu einer teilweisen (zeitanteiligen) Erledigung des Ablehnungsbescheides nach § 39 Abs. 2 SGB X für den Zeitraum, ab dem die neue Entscheidung Wirkung entfaltet. Jedoch wird eine solche neue Entscheidung 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.). 41

Dafür, dass eine ab einem späteren Zeitpunkt wirkende Bewilligungsentscheidung auch dann, wenn sie – 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 SGG 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. Breitkreuz in: Breitkreuz/Fichte, SGG, 2. Auflage 2014, § 96 Rn. 14). Hier handelte es sich 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 18.09.2013 in Gestalt der 42

vollständigen Ablehnung eines SGB II-Leistungsanspruchs dem Grunde nach liegt insoweit nicht mehr vor, als es um den Teilzeitraum ab dem 14.02.2014 geht. Eine Bewilligung 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 14.02.2014 die ursprüngliche Beschwer nicht mehr vor und lag damit insoweit auch ein Rechtsschutzbedürfnis nicht mehr vor.

Die Bewilligung von Leistungen, die die Beklagte nur in Umsetzung der in dem Eilverfahren der Klägerin (S 32 AS 4845/13 ER) auf der Grundlage von § 86b Abs. 2 SGG ergangenen gerichtlichen einstweiligen Anordnung vornahm – dies betrifft hier nach dem teilweisen Anerkenntnis nur noch den Teilzeitraum vom 22.10.2013 bis zum 13.02.2014 –, 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 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 Klägerin gegenüber der Beklagten im Zeitraum vom 01.09.2013 bis zum 13.02.2014 streitgegenständlich.

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.

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 zulässig.

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 hierfür 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.

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. 48

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. 49

Zum Hauptantrag (Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach den §§ 19 ff. SGB II dem Grunde nach): 50

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. 51

Die Klägerin gehörte im streitigen Zeitraum zu dem Personenkreis, für den die im SGB II aufgeführten Leistungen vorgesehen sind; sie hatte das 15. Lebensjahr vollendet und die Altersgrenze nach § 7a SGB II noch nicht erreicht (§ 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 SGB II). 52

Auch die Erwerbsfähigkeit (§ 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: Polen – 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)). Eine Unionsbürgerin aus Polen wie die Klägerin benötigte aber im streitigen Zeitraum ohnehin keine Arbeitsgenehmigung nach § 284 Abs. 1 SGB III mehr, bevor sie einer unselbständigen Beschäftigung nachgeht (vgl. § 13 FreizügG/EU in den hier anwendbaren seit dem 01.07.2013 bzw. 01.01.2014 geltenden Fassungen) – weder eine befristete Arbeitsgenehmigung ("Arbeitserlaubnis-EU") nach § 284 Abs. 2, 3 und 4 SGB III i. V. m. § 39 Abs. 2-4 und 6 AufenthG noch eine unbefristete Arbeitsgenehmigung ("Arbeitsberechtigung-EU") nach § 284 Abs. 5 SGB III i. V. m. § 12a der Arbeitsgenehmigungsverordnung (ArGV). Denn sie besitzt das sich aus § 2 Abs. 1 FreizügG/EU bzw. den dieser Norm zugrunde liegenden europäischen Rechtsvorschriften über die Freizügigkeit ergebende Recht auf Einreise und Aufenthalt mit allen damit zusammenhängenden Rechtsvorteilen, hier konkret das aus der Grundfreiheit der Arbeitnehmerfreizügigkeit (Art. 45 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV)) folgende Recht, den Arbeitsplatz frei von 53

nationalen Behinderungen zu suchen (freier Arbeitsmarktzugang).

54
Zudem war die Klägerin nach ihren Einkommens- und Vermögensverhältnissen dem Grunde nach unstreitig hilfebedürftig im Sinne von § 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 SGB II i. V. m. §§ 9 ff. SGB II. Der Klägerin stand im gesamten streitigen Zeitraum, in allen streitigen Kalendermonaten, ersichtlich kein (bedarfsdeckendes) Einkommen zur Verfügung. Der Lebensunterhalt wurde im Wesentlichen durch die aufgrund der gerichtlichen einstweiligen Anordnung für den Teilzeitraum ab dem 22.10.2013 vorläufig erbrachten Leistungen für den Regelbedarf sichergestellt. Auch aus den im Eilverfahren eingereichten Kontoauszügen ergaben sich keine Zweifel an der Einkommenslosigkeit. Auch unmittelbar realisierbare Ansprüche auf vorrangige Sozialleistungen oder Unterhaltsleistungen sind nicht erkennbar. Der Erhalt von Nahrung von der Großmutter bzw. die Versorgung mit Mahlzeiten durch sie ist unschädlich. Dabei handelt es sich nach § 13 Abs. 1 Nr. 1 SGB II i. V. m. § 1 Abs. 1 Nr. 11 der Verordnung zur Berechnung von Einkommen sowie zur Nichtberücksichtigung von Einkommen und Vermögen beim Arbeitslosengeld II/Sozialgeld (Alg II-V) um eine nicht als Einkommen i. S. v. § 11 SGB II zu berücksichtigende "Verpflegung, die außerhalb der in den §§ 2, 3 und 4 Nummer 4 genannten Einkommensarten bereitgestellt wird". Daran, dass die Klägerin über Vermögen oder anzurechnendes (geschweige denn bedarfsdeckendes) Einkommen nicht verfügte, hat das Gericht nach alledem keinerlei Zweifel.

55
Mit ihrer Einreise in die Bundesrepublik Deutschland im August 2012 (wohl zu Besuchszwecken) und mit ihrem anschließenden Aufenthalt in Deutschland in der Absicht, hier Arbeit zu suchen, und der schnellen Aufnahme einer Erwerbstätigkeit hatte die Klägerin auch im streitigen Zeitraum hier ihren gewöhnlichen Aufenthalt begründet (§ 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 SGB II i. V. m. § 30 Abs. 3 Satz 2 SGB I), denn der örtliche Schwerpunkt ihrer Lebensverhältnisse war nach ihrem glaubhaften Gesamtvorbringen 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 Klägerin ihren Lebensmittelpunkt bzw. den örtlichen Schwerpunkt ihrer Lebensverhältnisse in Deutschland hatte, ergibt sich hier in zeitlicher Hinsicht aus der bis dato etwa einjährigen und offenbar ununterbrochenen Aufenthaltsdauer in Deutschland und daraus, dass im streitigen Zeitraum weder ein Verfahren gem. § 2 Abs. 7 Satz 1 oder Satz 2 FreizügG/EU (Feststellung des Nichtbestehens des Rechts nach § 2 Abs. 1 FreizügG/EU) noch ein Verfahren gem. § 5 Abs. 4 FreizügG/EU oder § 6 FreizügG/EU (Feststellung des Verlusts des Rechts nach § 2 Abs. 1 FreizügG/EU) durchgeführt oder auch nur eingeleitet worden war, so dass 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)).

56
Soweit die Auffassung vertreten wird, dass die in § 7 Abs. 1 Satz 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)).

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 Klägerin ein. 57

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. 58

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". 59

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 den 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 Arbeitssuche" 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.). 60

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 61

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. ferner den Beschluss der erkennenden Kammer vom 20.07.2016 – S 32 AS 3037/16 ER – juris (Rn. 22 ff.)).

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 frühere 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), 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. positiv festzustellen, weil sich kein anderes materielles Aufenthaltsrecht feststellen lässt. Die Klägerin fällt damit vom Wortlaut her (oder "erst recht") in den Anwendungsbereich des Leistungsausschlusses.

Die Klägerin besaß im streitigen Zeitraum keinen Arbeitnehmerstatus nach § 2 Abs. 2 Nr. 1 Alt. 1 FreizügG/EU, auch nicht einen "fortwirkenden" Arbeitnehmerstatus nach § 2 Abs. 3 FreizügG/EU. § 2 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 FreizügG/EU greift nicht ein, da die Dauer der Tätigkeit für die Bäckerei I KG hierfür nicht ausreicht ("nach mehr als einem Jahr Tätigkeit"). Der sechsmonatige Zeitraum, während dessen ihr der Arbeitnehmerstatus gem. § 2 Abs. 3 Satz 2 FreizügG/EU erhalten blieb, lief am 31.08.2013 ab.

Auch ein Aufenthalt zur Berufsausbildung (§ 2 Abs. 2 Nr. 1 Alt. 3 FreizügG/EU a. F.) oder zum Zweck einer 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) lagen nicht vor. Ferner war die Klägerin 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 erwerbstätige Unionsbürgerin verfügte die Klägerin nicht. Hierfür fehlte es jedenfalls an ausreichenden Existenzmitteln. Die Klägerin verfügte – wie auch das Eil- und das Hauptsacheverfahren zeigen – nicht über Existenzmittel, die sicherstellen würden, dass sie

die "Sozialhilfe" des Aufnahmemitgliedstaats Deutschland nicht in Anspruch nehmen muss (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 Klägerin nicht über ausreichende Existenzmittel im hier relevanten Sinn verfügte, zeigt sich vielmehr bereits daran, dass sie hilfebedürftig i. S. d. § 7 Abs. 1 Nr. 3 i. V. m. § 9 SGB II war (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 (abgeleitetes) Aufenthaltsrecht, auch nicht im Hinblick auf den Umstand, dass die Großmutter der Klägerin auch in I (in einer anderen Wohnung) lebt. 68

Unabhängig von den Fragen, ob die Großmutter zu der Gruppe der "in § 2 Abs. 2 Nr. 1 bis 5 genannten Unionsbürger" (§ 3 Abs. 1 FreizügG/EU) gehört, und ob das Wohnen in derselben Stadt schon ein "begleiten oder nachziehen" ist – wobei diese Voraussetzung eine im Sinne des Ehe- und Familienschutzes schutzwürdige tatsächliche Beziehung impliziert (vgl. BVerwG, Urteil vom 16.07.2015 – 1 C 22/14 – juris (Rn. 23)) –, scheitert die Anwendung von § 3 FreizügG/EU daran, dass die Klägerin nicht Familienangehörige i. S. v. § 3 Abs. 2 FreizügG/EU ist. 69

§ 3 Abs. 2 Nr. 1 FreizügG/EU scheidet aus, da die im Jahr XXXX geborene Klägerin im streitigen Zeitraum nicht mehr unter 21 Jahre alt war. 70

§ 3 Abs. 2 Nr. 2 FreizügG/EU scheidet aus, weil die Großmutter der Klägerin nicht i. S. dieser Norm "Unterhalt" gewährte. Das Aufenthaltsrecht des Angehörigen ergibt sich bei der Variante des § 3 Abs. 2 Nr. 2 FreizügG/EU aus einer tatsächlichen Situation, die dadurch gekennzeichnet ist, dass der Familienangehörige vom Aufenthaltsberechtigten materiell unterstützt wird. Nach der Rechtsprechung des EuGH ist es nicht möglich, die Inanspruchnahme von Sozialhilfeleistungen als Indiz für eine mangelnde Unterhaltsgewährung anzusehen. Zudem ist keine "ausreichende" oder "bedarfsdeckende" Unterhaltsgewährung erforderlich (vgl. LSG NRW, Beschluss vom 28.05.2015 – L 7 AS 372/15 B ER, L 7 AS 373/15 B – juris (Rn. 13)). Zu einer materiell Unterstützung im o. g. Sinne gehört aber eine fortgesetzte und regelmäßige Unterstützung in einem Umfang, der es ermöglicht, zumindest einen Teil des Lebensunterhalts regelmäßig zu decken (vgl. BVerwG, Urteil vom 16.07.2015 – 1 C 22/14 – juris (Rn. 24)). Die Kammer ist der Auffassung, dass die hier wohl erbrachten reinen Naturalleistungen in Gestalt von Verpflegung als Unterhaltsleistung nicht ausreichen, zumal es sich dabei nicht um anzurechnendes Einkommen i. S. v. § 11 SGB II handelt (s. o.). 71

Ferner lag schon angesichts des Einreisezeitpunkts (2012) im streitigen Zeitraum (2013/2014) noch kein 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 72

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. §§ 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 ergibt 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 kein Aufenthaltsrecht.

Die Kammer kann daher kein anderes Aufenthaltsrecht positiv feststellen und die Klägerin fällt entweder vom Wortlaut her oder "erst recht" in den Anwendungsbereich des Leistungsausschlusses.

Das Gleichbehandlungsgebot nach Art. 1 des Europäischen Fürsorgeabkommens (EFA) steht dem nicht entgegen. Denn das EFA ist nicht nur nach seinem sachlichen sondern schon nach seinem persönlichen Anwendungsbereich nicht einschlägig, weil die Klägerin polnische Staatsangehörige und Polen nicht Signatarstaat dieses Abkommens ist (vgl. BSG, Urteil vom 20.01.2016 – B 14 AS 35/15 R – juris (Rn. 30) zum sachlichen und persönlichen Anwendungsbereich des EFA; 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).

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), bereits im Beschluss vom 18.04.2016 – S 32 AS 380/16 ER – ausdrücklich aufgegeben.

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 auf vorläufige Leistungen 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 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.)).

Die Klage war damit mit dem gegen die Beklagte gerichteten Hauptantrag abzuweisen. 80

Zum Hilfsantrag (Leistungen nach dem 3. Kapitel des SGB XII dem Grunde nach): 81

Die Klägerin besitzt 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. 82

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 –. 83

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: 84

Der Antragsteller ist als – unstreitig – Erwerbsfähiger gemäß § 21 Satz 1 SGB XII vom Bezug von Leistungen nach dem SGB XII ausgeschlossen. 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. 85

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 86

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 weiterhin die Auffassung, dass sowohl § 21 SGB XII als auch § 23 Abs. 3 SGB XII der Gewährung von Leistungen nach § 23 Abs. 1 Satz 3 SGB 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 Satz 1, 23 Abs. 3 und Abs. 1 Satz 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 ER 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; SG Aachen, Urteil vom 30.08.2016 – S 14 AS 267/16 – juris; Hessisches LSG, Beschlüsse 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; SG Dortmund, Beschluss vom 20.09.2016 – S 62 SO 403/16 ER – juris; vgl. auch die Urteile der erkennenden Kammer vom 12.09.2016 – S 32 AS 3198/13, S 32 AS 5367/15 WA (zu § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 SGB II), S 32 AS 4289/15 WA und S 32 AS 190/16 WA – von denen S 32 AS 4289/15 WA und S 32 AS 5367/15 WA demnächst veröffentlicht werden sollen; vgl. außerdem nicht zuletzt 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 verfassungsrechtlichen Zweifel an der Rechtsprechung des BSG; vgl. schließlich auch die sehr kritischen 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. ferner die nach der mündlichen Verhandlung ergangenen Entscheidungen des SG Aachen (Urteil vom 25.10.2016 – S 11 AS 357/16 – juris) und des SG Dresden (Beschluss vom 24.11.2016 – S 32 AS 4260/16 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: 88

"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. 89

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. 90

Für die Auslegung der Kammer spricht auch die weitere Systematik des § 21 SGB XII: 91

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. 92

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). 93

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 94

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

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:

"Anspruch auf Leistungen haben allerdings grundsätzlich nur erwerbsfähige Hilfebedürftige. 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:

"() denn Erwerbsfähigkeit schließt Leistungen nach dem System des SGB XII gemäß § 21 S 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 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 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 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 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 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 111 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 112 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 113 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 114 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 115 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. 116

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. 117

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: 118

"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." 119

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. 120

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." 121

Diesen überzeugenden Ausführungen schließt sich die Kammer nach eigener Prüfung – weiterhin – 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 der Auslegung von Gesetzen (insoweit 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 sehr wohl hinreichend deutlich im Wortlaut und in der Systematik der gesetzlichen Vorschriften zum Ausdruck gebracht hat.

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

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.)).

Abgesehen davon, dass § 23 Abs. 1 Satz 3 SGB XII schon 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 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: 127

"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. 128

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. 129

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. 130

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: 131

"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." 132

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. 133

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:

"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 beiden 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 Hilfgewährung im Einzelfall (in Ausübung von Ermessen) geknüpft ist (BVerwG, Urteil vom 10. Dezember 1987 – 5 C 32/85 –, BVerwGE 78, 314-321, Rn. 14). 135

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. 136

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. 137

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." 138

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 II 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. 139

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." 140

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

"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."

142

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

143

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)).

144

In diesem Beschluss hatte die Kammer folgendes ausgeführt:

145

"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.,

146

aber abrufbar unter <http://www.srif.de/> (ebenfalls zu § 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 SGB II))."

Daran hält die Kammer – weiterhin – fest. 147

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 zu dieser Thematik außerdem aus: 148

"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). 149

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). 150

Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 18.07.2012 (1 BvL 10/10, 1BvL 2/11, juris). 151

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: 152

"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." 153

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 Hilfsempfängern mit Daueraufenthaltsrecht nachvollziehbar festgestellt und bemessen werden können" 154

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. 155

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 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."

157

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.

158

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

159

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): 160

"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). 161

Auch diesen überzeugenden Ausführungen in den genannten Entscheidungen schließt sich die Kammer nach eigener Prüfung – weiterhin – an. 162

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. 163

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 164

SGB XII führt." (SG Speyer, Urteil vom 29.03.2016 – S 5 AS 493/14 – juris (Rn. 67)).

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) 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)).

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" verfehlt.

Für Unionsbürger ist mit dem FreizügG/EU und der ihm zugrunde liegenden Unionsbürgerrichtlinie ein System einer "privatisierten" Unionsbürgerfreizügigkeit geschaffen worden, das sich durch das Fehlen einer klassischen aufenthaltsrechtlichen Zugangssteuerung auszeichnet (vgl. hierzu ausführlich Thym, NZS 2016, 441 ff.). Die schlichte Duldung dieses "privatisierten", ungesteuerten Aufenthalts von EU-Bürgern in Deutschland kann nach der Überzeugung der Kammer keinen verfassungsrechtlichen, einfachgesetzlich durch Schaffung eines entsprechenden Leistungssystems oder durch verfassungskonforme Auslegung – freilich nur im Rahmen der entsprechenden Grenzen (hierzu sogleich näher) – 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 in den ersten drei Monaten – außer beim Vorliegen eines ggf. fortwirkenden Status als Arbeitnehmer(in) oder Selbständige(r) – und über diesen Zeitraum hinaus ein Aufenthalt nur (oder nicht einmal) zur Arbeitssuche nicht zu einer Alimentationspflicht des Aufenthaltsstaates 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 speziell bei der Bewertung einer angeblichen "Untätigkeit" der Ausländerbehörden im Vollzug des FreizügG/EU und generell bei der verfassungsrechtlichen Beurteilung von Leistungsausschlüssen für diesen Personenkreis nicht unberücksichtigt bleiben.

Es ist nicht einmal 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, 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)). 169

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.)). 170

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. 171

In Bezug auf den die ersten drei Monate des Aufenthalts in Deutschland betreffenden Leistungsausschluss gem. § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 SGB II dürfte das BSG bei seiner o. g. Rechtsprechung (insbes. Urteil vom 03.12.2015 – B 4 AS 44/15 R –) unausgesprochen davon ausgegangen sein, dass § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 SGB II zwar anwendbar und rechtlich nicht zu beanstanden ist, dass aber in den ersten drei Monaten des Aufenthalts wie in den Monaten 4 bis 6 ein Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung über die Gewährung von Sozialhilfeleistungen aus § 23 Abs. 1 Satz 3 SGB XII (Ermessen dem Grunde, der Form und der Höhe nach) folgt. 172

Die Kammer geht jedoch davon aus, dass dies nicht zutrifft. Vielmehr würde 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 – jedenfalls häufig – nicht nur einen Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung über die Gewährung von Sozialhilfeleistungen besitzen sondern einen Rechtsanspruch auf Hilfe zum Lebensunterhalt nach § 23 Abs. 1 Satz 1 SGB XII (vgl. hierzu und zu den nachfolgenden Erwägungen bereits den Beschluss der Kammer vom 18.04.2016 173

Denn § 23 Abs. 3 SGB XII enthält keinen 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)). 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 (auch hierzu sogleich näher). Diese Voraussetzung ist nicht in jedem Fall eines Aufenthalts in den ersten drei Monaten, in dem es zu einem Sozialleistungsantrag kommt, ohne weiteres erfüllt; auch die Nachweisführung kann schwierig sein. 174

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 ist es aber nach Meinung der Kammer nicht möglich, diese Gruppe in den Leistungsausschluss in § 23 Abs. 3 SGB XII hineinzulesen. Und auch ein "Erst-Recht-Schluss" ist nach Meinung der Kammer nicht möglich. Das für die ersten drei Monate bestehende voraussetzungslose Aufenthaltsrecht nach § 2 Abs. 5 FreizügG/EU ("Für einen Aufenthalt von Unionsbürgern von bis zu drei Monaten ist der Besitz eines gültigen Personalausweises oder Reisepasses ausreichend. Familienangehörige, die nicht Unionsbürger sind, haben das gleiche Recht, wenn sie im Besitz eines anerkannten oder sonst zugelassenen Passes oder Passersatzes sind und sie den Unionsbürger begleiten oder ihm nachziehen") ist ein anderes Aufenthaltsrecht 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 ist auch nicht gleichzusetzen mit einem Aufenthalt ohne materielle Freizügigkeitsberechtigung, für den ein solcher "Erst-Recht-Schluss" zulässig ist. 175

Hält man daher entgegen der hier vertretenen Auffassung und mit der des BSG Leistungen nach dem SGB XII für erwerbsfähige EU-Bürger nicht schon wegen § 21 Satz 1 SGB XII für ausgeschlossen, besitzen Personen, die nicht unter § 23 Abs. 3 Satz 1 Alt. 1 SGB XII fallen, in den ersten drei Monaten ihres Deutschlandaufenthalts einen gebundenen Anspruch auf Hilfe zum Lebensunterhalt in gesetzlichem Umfang nach §§ 23 Abs. 1 Satz 1, 27 ff. SGB XII, in den Monaten 4 bis 6 hingegen nur einen Anspruch auf eine fehlerfreie Ermessensentscheidung nach § 23 Abs. 1 Satz 3 SGB XII und erst nach Ablauf von insgesamt 6 Monaten, also ab dem 7. Monat, wegen einer Ermessensreduzierung auf Null wieder einen Anspruch nach §§ 27 ff. SGB XII (vgl. zu dieser sich aus dem Ansatz des BSG ergebenden, kaum nachvollziehbaren sozialleistungsrechtlichen "Achterbahnfahrt" den Beschluss der Kammer vom 18.04.2016 – S 32 AS 380/16 ER – juris (Rn. 151) und auch das für die Veröffentlichung vorgesehene Urteil der Kammer vom 12.09.2016 – S 32 AS 5367/15 WA –; ebenso SG Dortmund, Beschluss vom 20.09.2016 – S 62 SO 403/16 ER – juris (Rn. 63 f.)). 176

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 Klägerin die Erbringung von Leistungen zur Übernahme der Kosten der Rückreise und des bis dahin erforderlichen Aufenthalts (Überbrückungsleistungen) in Betracht zu ziehen gewesen sein könnte.

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)). 178

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). 179

Die Klägerin beabsichtigte im streitigen Zeitraum nicht, Deutschland zu verlassen, und beantragte weder bei der Beklagten oder der Beigeladenen noch bei Gericht derartige Überbrückungsleistungen. Sie strebte vielmehr ausschließlich laufende Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts für einen dauerhaften Verbleib in Deutschland an. 180

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 Klägerin – über solche Leistungen zu entscheiden. 181

Die Kostenentscheidung beruht auf § 193 SGG und trägt dem vollständigen Unterliegen der Klägerin Rechnung. 182

Veranlassungsgesichtspunkte, die eine andere Kostenverteilung rechtfertigen könnten, liegen nicht vor. 183

Die Kammer hat die Revision zum Bundessozialgericht unter Übergehung der Berufungsinstanz (Sprungrevision) zugelassen, da die vorliegende Entscheidung auf einer Abweichung von der Rechtsprechung des BSG zu §§ 21 SGB XII, 23 Abs. 3 und Abs. 1 Satz 3 SGB XII (s. o.) beruht und somit die Voraussetzungen von §§ 161 Abs. 2 Satz 1, 160 Abs. 2 Nr. 2 Alt. 1 SGG vorliegen. 184