

## L 31 AS 1348/13

Land  
Berlin-Brandenburg  
Sozialgericht  
LSG Berlin-Brandenburg  
Sachgebiet  
Grundsicherung für Arbeitsuchende

Abteilung  
31  
1. Instanz  
SG Berlin (BRB)  
Aktenzeichen  
S 128 AS 550/13

Datum  
08.05.2013  
2. Instanz  
LSG Berlin-Brandenburg  
Aktenzeichen  
L 31 AS 1348/13

Datum  
06.03.2014  
3. Instanz  
Bundessozialgericht  
Aktenzeichen

-  
Datum

-  
Kategorie  
Urteil  
Leitsätze

1. In den Fällen des strukturellen Sozialleistungsmisbrauchs – hier Aufenthalt von EU-Ausländern ohne Freizügigkeitsrecht zur Inanspruchnahme von Sozialleistungen- besteht ein Anspruch auf Arbeitslosengeld II bis zur Vollziehung von aufenthaltsbeendenden Maßnahmen. Diese politisch unerwünschte Folge hat ihre Ursache zum einen in der gesetzlichen Regelung im SGB II, die nach der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts einen rechtmäßigen Aufenthalt nicht voraussetzt und zum anderen in einer nicht ausreichenden Zusammenarbeit zwischen Jobcenter und Ausländerbehörde beim Gesetzesvollzug.

2. Im Anschluss an die Rechtsprechung des 4. Senats (Urteil vom 30. Januar 2013, Az.: [B 4 AS 54/12 R](#)) des Bundessozialgerichts, nach der der gewöhnliche Aufenthalt im Sinne des [§ 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 SGB II](#) rein tatsächlich zu bestimmen ist, steht auch das offensichtliche Fehlen eines Freizügigkeitsrechts eines EU-Ausländers der Bejahung des gewöhnlichen Aufenthalt nicht entgegen.

3. EU-Ausländer, die weder zur Arbeitssuche eingereist sind noch ein abgeleitetes Freizügigkeitsrecht von einem arbeitenden Angehörigen geltend machen können, sondern Sozialleistungen zur Integration in Anspruch nehmen wollen, erfüllen bis zum Vollzug aufenthaltsbeendender Maßnahmen der Ausländerbehörde bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen die Tatbestandsvoraussetzungen für einen Anspruch auf Leistungen zur Hilfe zum Lebensunterhalt.

4. Der europarechtlich umstrittene Ausschluss arbeitssuchender EU-Ausländer von SGB II-Leistungen in [§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II](#) greift schon tatbestandlich dann nicht, wenn der Ausländer erklärt, nicht arbeiten zu wollen und die eine entsprechende Verpflichtung enthaltende Eingliederungsvereinbarung nicht unterschreibt.

5. Eine erweiternde Auslegung dieser Ausschlussnorm, nach der der Leistungsausschluss bereits dann greift, wenn der rechtmäßige Aufenthalt fiktiv allein mit der Arbeitssuche begründet werden könnte, ist mit dem Wortlaut und Sinn und Zweck der Norm kaum vereinbar, systematisch nicht erforderlich und angesichts der europarechtlichen Bedenken gegen die Norm nicht vertretbar.

6. Die Rechtmäßigkeit des Aufenthalts betreffende Ausschlussgründe enthält das SGB II zumindest nach der oben zitierten Rechtsprechung des BSG nicht (mehr).

7. Die fehlende subjektive Verfügbarkeit im Sinne einer Arbeitsbereitschaft hat keine Bedeutung für die Anspruchsvoraussetzungen des Arbeitslosengelds II (Anschluss an BSG Urteil vom 29. März 2007, Az.: [B 7b AS 4/06 R](#)).

8. Eine Gesetzes- oder Regelungslücke liegt dennoch nicht vor, da dem hier vorliegenden strukturellen Sozialleistungsmisbrauch durch ausländerrechtliche Maßnahmen zu begegnen ist. Sollten diese wegen Inanspruchnahme von Rechtsschutz nicht sofort greifen, ist dies aus rechtsstaatlichen Gründen hinzunehmen.

9. Eine nicht ausreichend institutionalisierte Zusammenarbeit zwischen Ausländerbehörde und Jobcenter beim Gesetzesvollzug begründet weder eine Regelungslücke in den rechtssystematisch einwandfrei verzahnten Gesetzen und erst recht nicht die Notwendigkeit einer extensiven Auslegung einer Ausnahmvorschrift, die europarechtlich erheblichen Bedenken begegnet.  
Auf die Berufung der Kläger wird das Urteil des Sozialgerichts Berlin vom 08. Mai 2013 abgeändert. Der Bescheid des Beklagten vom 10. September 2012 in der Fassung des Widerspruchsbescheides vom 05. Dezember 2012 wird aufgehoben. Der Beklagte wird verurteilt, den Klägern zu 1) und 2) Leistungen in Höhe von 1.076,16 Euro monatlich für die Zeit vom 01. September bis 31. Dezember 2012 zu gewähren. Der Beklagte trägt zwei Drittel der notwendigen außergerichtlichen Kosten des Verfahrens. Die Revision wird zugelassen.

Tatbestand:

Die Kläger zu 1) und 2) begehren Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhaltes nach dem Zweiten Buch Sozialgesetzbuch, Grundsicherung für Arbeitssuchende (SGB II) für den Zeitraum vom 01. September bis 31. Dezember 2012; die Klägerin zu 3) hat die Berufung im Termin vom 06. März zurückgenommen.

Die 1953 geborenen Kläger zu 1) und 2) sind spanische Staatsangehörige und seit August 2011 in Deutschland. Sie verfügen über eine vom Bezirksamt Neukölln von Berlin am 11. Oktober 2011 ausgestellte Bescheinigung gemäß § 5 des Gesetzes über die allgemeine Freizügigkeit von Unionsbürgern (FreizügG/EU). Sie bewohnten zunächst zusammen mit ihrem 1983 geborenen Sohn J R M M und ihrer 1992 geborenen Tochter, der Klägerin zu 3), eine 64 m<sup>2</sup> große Dreizimmerwohnung in der G in B zu einer Bruttowarmmiete von monatlich 580,00 Euro (Nettomiete 320,- zuzüglich Betriebskostenvorauszahlung 115,- und Heizkostenvorauszahlung in Höhe von 145,- Euro). Den Mietvertrag hatten Sohn und Tochter der Kläger zu 1) und 2) abgeschlossen. Der Sohn ist in dieser Wohnung nach wie vor gemeldet, während die Klägerin zu 3) nach Angaben der Kläger zu 1) und 2) bereits vor längerer Zeit, jedenfalls vor dem vorliegend streitigen Zeitraum wieder nach Spanien gezogen ist; gegenüber dem Landesamt für Bürger- und Ordnungsangelegenheiten B wurde angegeben, dass sie am 01. September 2012 unbekannt verzogen ist.

Die Kläger zu 1) und 2) hatten seit ihrer Einreise in die Bundesrepublik Deutschland zunächst keine Erwerbstätigkeit ausgeübt. Seit 01. Februar 2014 übt der Kläger zu 1) eine Hauswarttätigkeit im Umfang von 6 Stunden wöchentlich bei einer monatlichen Bruttovergütung von 204 Euro aus. Die Klägerin zu 3) war vom 20. Juni 2011 bis 24. August 2011 bei einem Callcenter, dem Unternehmen T GmbH beschäftigt, dieses Arbeitsverhältnis wurde durch den Arbeitgeber zum Ablauf des 24. August 2011 gekündigt. Der Sohn der Kläger zu 1) und 2) arbeitet in einem Callcenter zu einem Bruttoentgelt von etwa 1300,- Euro monatlich. Er leistet seinen Eltern keinen Unterhalt.

Die Kläger zu 1) bis 3) bezogen seit 01. Oktober 2011 Leistungen des Beklagten. Für den Zeitraum vom 01. März 2012 bis 31. August 2012 bewilligte der Beklagte den Klägern zunächst mit Bescheid vom 16. Januar 2012 Arbeitslosengeld II. Einen zwischenzeitlich erlassenen Aufhebungsbescheid nahm der Beklagte mit Schreiben an das Sozialgericht Berlin vom 18. Februar 2013 im Verfahren S 174 AS 23626/12 wieder zurück.

Für den darauf folgenden Bewilligungsabschnitt beantragten die Kläger zu 1) und 2) unter dem 06. September 2012, eingegangen am 07. September 2012, die Weiterbewilligung von Leistungen nach dem SGB II. Als zur Bedarfsgemeinschaft gehörend wurden lediglich die Kläger zu 1) und 2) aufgeführt. Mit Bescheid vom 10. September 2012 lehnte der Beklagte gegenüber dem Kläger zu 1) die Gewährung von Leistungen, ohne dies im Hinblick auf einen Bewilligungszeitraum zu spezifizieren, ab, da ein Aufenthaltsrecht in der Bundesrepublik Deutschland allein zur Arbeitssuche bestehe; die Entscheidung beruhe auf [§ 7 Abs. 1 Satz 2 SGB II](#).

Ein Antrag auf einstweiligen Rechtsschutz wurde zunächst erstinstanzlich abgelehnt. Im Beschwerdeverfahren führten die Kläger zu 1) und 2) mit eidesstattlicher Versicherung vom 17. Oktober 2012 aus, dass man in Deutschland sei, um beim Sohn zu sein, die Tochter habe auch kein Einkommen, es gebe noch eine weitere Tochter in S, die schon verheiratet sei. Zweitinstanzlich wurde durch Beschluss vom 22. November 2012 (Az. S 39 AS 24433/12 ER/L 19 AS 2706/12 B ER) der Beklagte im Wege der einstweiligen Anordnung verpflichtet, den Klägern zu 1) bis 3) Leistungen vorläufig ab 19. September 2012 längstens bis 31. Dezember 2012 zu erbringen. Der Beklagte erließ daraufhin unter dem 30. November 2012 einen entsprechenden Ausführungsbescheid mit einer vorläufigen Leistungsbewilligung.

Für den Folgezeitraum stellten die Kläger zu 1) und 2) einen Weiterbewilligungsantrag vom 03. Januar 2013. Hier ist ausgeführt, dass sich die Klägerin zu 3) nicht mehr im gemeinsamen Haushalt aufhalte. Mit Bescheid vom 16. Januar 2013 lehnte der Beklagte diesen Weiterbewilligungsantrag unter Bezugnahme auf [§ 7 Abs. 1 Satz 2 SGB II](#) ab und führte erneut zur Begründung aus, dass ein alleiniges Aufenthaltsrecht zur Arbeitssuche bestehe. Hiergegen erhob der Kläger zu 1) mit am 28. Januar 2013 eingegangenen und auch von der Klägerin zu 2) unterzeichneten Schreiben Widerspruch, mit dem er ausführte:

"Ich weiss nicht wer das angegeben hat das ich und meine Frau hier in B sind wegen Arbeit, eher sind wir hier da unser Sohn hier wohnt, und wir hier in BRD sind um uns zu integrieren, wir haben alles was wir noch übrig hatten in S verloren, und nehmen gerade in b an einen Integrationskurs seit fast einen Jahr wo wir pünktlich erscheinen und bis zum heutigen tag kein einzigen tag gefehlt haben, ich würde gerne diesen status ändern im Aufenthaltsrecht. Was müsste ich machen damit ich eine Unterstützung von euch bekomme?"

Dem entsprechend hatte es der Kläger zu 1) auch abgelehnt, eine Eingliederungsvereinbarung vom 08. August 2012 zu unterschreiben, mit der er u.a. verpflichtet werden sollte, sich um Arbeitsstellen zu bewerben, wie er im Termin vom 06. März 2014 vor dem Senat ausdrücklich bestätigte. Eine entsprechende Verpflichtung durch Bescheid ist weder aktenkundig noch konnte sie von dem Beklagten bezeichnet werden.

Mit Widerspruchsbescheid vom 05. Dezember 2012 wies der Beklagte den Widerspruch des Klägers gegen den vorliegend streitgegenständlichen Bescheid vom 10. September 2012 zurück.

Die gegen den Bescheid vom 10. September 2012 in der Fassung des Widerspruchsbescheides vom 05. Dezember 2012 erhobene Klage hat das Sozialgericht Berlin mit Urteil vom 08. Mai 2013 abgewiesen und zur Begründung ausgeführt, dass die Prüfung des gegenständlichen Anspruches auf den Zeitraum vom 01. September bis 31. Dezember 2012 beschränkt sei. Der ansonsten nach [§ 7 Abs. 1 Satz 1 SGB II](#) gegebene Leistungsanspruch sei ausgeschlossen aufgrund von [§ 7 Abs. 1 Satz 2 SGB II](#), da sich die Kläger als s Staatsbürger gemäß § 2 Abs. 2 Nr. 1 Freizügigkeitsgesetz/EU lediglich zum Zwecke der Arbeitssuche in Deutschland aufhalten dürften. Über ein anderes Aufenthaltsrecht verfügten die Kläger nicht. Die Kläger gingen keiner selbständigen Erwerbstätigkeit nach und nähmen an keiner Berufsausbildung teil, ebenso wenig seien sie als Empfänger oder Erbringer von Dienstleistungen aufenthaltsberechtigt oder hätten ein Daueraufenthaltsrecht nach § 2 Abs. 2 Nr. 7 FreizügG/EU erworben. Es ergebe sich ein abgeleitetes Freizügigkeitsrecht der Kläger auch nicht aus einer selbständigen Tätigkeit oder Beschäftigung der Klägerin zu 3), da diese selbst nicht nach § 2 Abs. 2 Nr. 1 oder Nr. 2 oder Nr. 3 FreizügG/EU freizügigkeitsberechtigt gewesen sei. Die Klägerin zu 3) sei zwar als Arbeitnehmerin tätig gewesen, diese Beschäftigung habe sie aber weniger als ein Jahr ausgeübt, so dass ihr Status als Arbeitnehmerin nicht über § 2 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 FreizügG/EU erhalten geblieben sei. Ebenso greife nicht § 2 Abs. 3 Satz 2 FreizügG/EU, da seit Beendigung des Arbeitsverhältnisses im August 2011 mehr als sechs Monate vergangen seien. Es greife daher der Leistungsausschluss des [§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II](#), der auch nicht rechtswidrig sei.

Gegen dieses ihnen am 16. Mai 2013 zugewandene Urteil richtet sich die am 17. Mai 2013 eingegangene Berufung der Kläger.

Die Kläger zu 1) und 2), die die Berufung nicht begründet haben, beantragen,

das Urteil des Sozialgerichts Berlin vom 08. Mai 2013 aufzuheben und den Beklagten unter Aufhebung seines Bescheides vom 10. September 2012 in der Fassung des Widerspruchsbescheides vom 05. Dezember 2012 zu verurteilen, ihnen Leistungen in Höhe von 1 076,16 Euro monatlich für den Zeitraum vom 01. September bis 31. Dezember 2012 zu bewilligen und zu gewähren.

Der Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Der Beklagte verweist auf die erstinstanzlichen Ausführungen.

Im Termin haben die Kläger zu 1) und 2) noch einmal bestätigt, dass ihr Sohn sie nicht mit Unterhaltsleistungen unterstützt habe und auch die Miete für die Wohnung in der Gpromenade anteilig zu entrichten war. Davon, dass der Sohn nicht zur Bedarfsgemeinschaft gehörte, geht auch der Beklagte aus (Vermerk auf Blatt 10 der Verwaltungsakte, Behelfsakte II).

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird Bezug genommen auf die Schriftsätze der Beteiligten nebst Anlagen und den sonstigen Inhalt der Gerichtsakte sowie den der Verwaltungsakte der Beklagten.

Entscheidungsgründe:

Die Berufung ist zulässig und begründet. Gegenstand des Verfahrens war, wie sich aus dem Antrag ergibt, allein der Zeitraum vom 01. September bis 31. Dezember 2012; hierauf haben die Beteiligten den streitigen Zeitraum ausdrücklich beschränkt.

Gemäß [§ 7 Abs. 1 SGB II](#) erhalten Leistungen nach diesem Buch Personen, die das 15. Lebensjahr vollendet und die Altersgrenze nach § 7 a noch nicht erreicht haben, die erwerbsfähig und hilfebedürftig sind sowie ihren gewöhnlichen Aufenthalt in der Bundesrepublik Deutschland haben. Diese Voraussetzungen wurden für den vorliegenden streitgegenständlichen Zeitraum von September bis Dezember 2012 von den Klägern zu 1) und 2) erfüllt. Sie haben das 15. Lebensjahr vollendet und die Altersgrenze des [§ 7 a SGB II](#) noch nicht erreicht, sie sind erwerbsfähig und waren mangels anderer Einkünfte oder Vermögen im streitigen Zeitraum hilfebedürftig im Sinne des [§ 9 SGB II](#). Insbesondere bestand im streitigen Zeitraum auch keine Haushaltsgemeinschaft mit dem Sohn der Kläger zu 1) und 2) im Sinne einer Wirtschaftsgemeinschaft. Eine solche liegt lediglich dann vor, wenn über die bloße Wohngemeinschaft hinaus der Haushalt im Sinne einer Wirtschaftsgemeinschaft gemeinsam geführt wird, also aus einem "Topf" gewirtschaftet wird (BSG, Urteil vom 19. Februar 2009, Az. [B 4 AS 68/07 R](#), zitiert nach juris). Dies war nach den seitens der Kläger zu 1) und 2) im Termin gemachten glaubhaften Angaben nicht der Fall. Nachvollziehbar waren deren Angaben vor dem Hintergrund des aus den Verwaltungsakten ersichtlichen Begehrens, die gemeinsame Wohngemeinschaft aufzulösen, da sie von allen Beteiligten als belastend erlebt wurde. Im Termin wurde dem Senat auch noch einmal bestätigt, dass der Sohn keine Unterhaltszahlungen geleistet hat, was bei dem mitgeteilten und zudem nur unregelmäßigen Einkommen des Sohnes als Callcenter-Mitarbeiter nachvollziehbar war. Hinsichtlich der Kläger zu 1) und 2) ist die Erfüllung dieser Voraussetzungen des [§ 7 Abs. 1 Satz 1 SGB II](#) auch zu keinem Zeitpunkt streitig gewesen. Die Kläger zu 1) und 2) verfügten im streitigen Zeitraum auch über einen gewöhnlichen Aufenthalt im Bundesgebiet im Sinne von [§ 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 SGB II](#). Nach dieser Vorschrift i. V. m. § 30 Abs. 3 Satz 2 Sozialgesetzbuch, Erstes Buch (SGB I) hat jemand seinen gewöhnlichen Aufenthalt dort, wo er sich unter Umständen aufhält, die erkennen lassen, dass er an diesem Ort oder in diesem Gebiet nicht nur vorübergehend verweilt. Der Begriff des gewöhnlichen Aufenthaltes ist in erster Linie nach den objektiv gegebenen tatsächlichen Verhältnissen im streitigen Zeitraum zu beurteilen. Entscheidend ist, ob der örtliche Schwerpunkt der Lebensverhältnisse faktisch dauerhaft im Inland ist. Dauerhaft ist ein solcher Aufenthalt, wenn und solange er nicht auf Beendigung angelegt, also zukunfts offen ist. Das Bundessozialgericht (BSG) führt hierzu aus (Urteil vom 30. Januar 2013, Az.: [B 4 AS 54/12 R](#), zitiert nach juris): "Für den Bereich des SGB II läuft es der Vereinheitlichung des Begriffes des gewöhnlichen Aufenthaltes im Sinne des [§ 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 SGB II](#) i. V. m. [§ 30 Abs. 3 SGB I](#) zuwider, wenn unter Berufung auf eine sogenannte Einfärbungslehre dem Gesetzeswortlaut nicht zu entnehmende Tatbestandsmerkmale im Sinne von rechtlichen Erfordernissen zum Aufenthaltsstatus aufgestellt werden. Ein zu dem gewöhnlichen Aufenthalt hinzutretendes Anspruchsmerkmal im Sinne des Innehabens einer bestimmten Freizügigkeitsberechtigung nach dem Freizügigkeitsgesetz/EU 2004 bzw. eines bestimmten Aufenthaltstitels nach dem Aufenthaltsgesetz 2004 fehlt im SGB II. Auch eine fehlende Dauerhaftigkeit des Aufenthaltes im Sinne einer nicht vorhandenen Zukunfts offenheit liegt bei Unionsbürgern regelmäßig nicht vor, weil ihr Aufenthalt nicht nach einer bereits vorliegenden Entscheidung der dafür allein zuständigen Ausländerbehörde auflösend befristet oder auflösend bedingt ist." Der 14. Senat des Bundessozialgerichts tendiert im Urteil vom 25. Januar 2012 (Az: [B 14 AS 138/11 R](#), Rdnr. 17 und 20) ebenfalls zu dieser Rechtsauffassung, lässt die Frage aber wegen Freizügigkeitsbescheinigungen, die zum 7. Januar 2013 entfallen sind, offen.

Der Aufenthalt kann vielmehr nur unter den Voraussetzungen der §§ 5 Abs. 6, 6 und 7 Freizügigkeitsgesetz/EU wegen des Wegfalls, des Verlustes oder des Nichtbestehens des Freizügigkeitsrechtes, also nach Durchführung eines Verwaltungsverfahrens, beendet werden. Das Aufenthaltsrecht besteht, solange der Aufnahmemitgliedstaat nicht durch einen nationalen Rechtsakt festgestellt hat, dass der Unionsbürger bestimmte vorbehaltene Bedingungen im Sinne des [Art. 21 AEUV](#) (Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union) nicht erfüllt. Irgendwelche Tatbestandsmerkmale im Sinne von rechtlichen Erfordernissen zum Aufenthaltsstatus sind dem Gesetz für die Leistungsvoraussetzungen des SGB II nicht zu entnehmen (so insgesamt BSG, Urteil vom 30. Januar 2013, [a. a. O.](#), zitiert nach juris, m. w. N.). Solange also nicht durch Entscheidung der Ausländerbehörde festgestellt ist, dass die Kläger zu 1) und 2) kein Aufenthaltsrecht (mehr) haben, besteht ein gewöhnlicher Aufenthalt im Sinne des [§ 7 Abs. 1 Nr. 4 SGB II](#). Damit sind die Voraussetzungen des [§ 7 Abs. 1 Satz 1 SGB II](#) für den Leistungsbezug im streitigen Zeitraum gegeben gewesen.

Es bestand auch kein Ausschlussgrund für die Kläger zu 1) und 2) gemäß [§ 7 Abs. 1 Satz 2 SGB II](#), wonach ausgenommen vom Leistungsanspruch Ausländerinnen und Ausländer, deren Aufenthaltsrecht sich allein aus dem Zweck der Arbeitssuche ergibt, und ihre Familienangehörigen sind. Die Anwendbarkeit dieser Ausschlussregelung erfordert eine "fiktive Prüfung" des Grundes bzw. der Gründe der Aufenthaltsberechtigung nach dem FreizügG/EU (BSG, Vorlagebeschluss vom 12. Dezember 2013, Az. [B 4 AS 9/13 R](#), Rdnr. 15). Die Kläger

zu 1) und 2) befanden sich im streitigen Zeitraum nicht zum Zwecke der Arbeitssuche in der Bundesrepublik und verfügten nicht über ein Aufenthaltsrecht im Sinne des FreizügG/EU; insbesondere waren sie nicht Arbeitssuchende im Sinne des § 2 Abs. 2 Nr. 1 FreizügG/EU. Sie haben mit ihrer am 28. Januar 2013 bei dem Beklagten eingegangenen Erklärung und damit zeitnah zum streitigen Bewilligungszeitraum ausdrücklich ausgeführt, nicht in der Bundesrepublik zu sein, um hier zu arbeiten. Die Kläger haben diese Aussage in der mündlichen Verhandlung noch einmal bekräftigt und bestätigt, deshalb auch eine Eingliederungsvereinbarung nicht unterschrieben zu haben. Das Gericht hat an dieser Aussage keinen Zweifel, zumal angesichts des fortgeschrittenen Alters der 1953 geborenen Kläger zu 1) und 2), ihrer fehlenden Deutschkenntnisse und dem Fehlen beruflicher Fertigkeiten – der Kläger zu 1) war in Spanien bis 2000 als Schulhausmeister und in der Folgezeit noch unregelmäßig als Bauhilfsarbeiter, die Klägerin zu 2) zuletzt etwa bis 2000 als Kindergartenhelferin tätig – ohnehin kaum Vermittlungschancen auf dem allgemeinen Arbeitsmarkt bestehen dürften. Insbesondere schließt sich das Gericht auch nicht der Handhabung des Beklagten und in anderen gerichtlichen Entscheidungen an, wonach der Zweck der Arbeitssuche bei nicht erwerbstätigen Anspruchstellern regelmäßig unterstellt wird. Hierfür besteht jedenfalls dann kein Anlass, wenn ausdrücklich das Gegenteil erklärt wird.

Dieser Auslegung liegt wohl ein Verständnis der Norm zu Grunde, welches den Leistungsausschluss bereits dann bejaht, wenn ein Freizügigkeitsrecht allein aus dem Zwecke der Arbeitssuche hergeleitet werden könnte, ohne dass es darauf ankommen soll, ob dieses Freizügigkeitsrecht vom EU-Bürger tatsächlich in Anspruch genommen und Arbeit überhaupt gesucht wird. Der Wortlaut der Norm stützt eine solche Auslegung nach Auffassung des Senats nicht, denn [§ 7 Abs. 1 Satz 2 SGB II](#) ist im Indikativ und nicht im Konjunktiv gefasst und setzt deshalb ein tatsächlich bestehendes und nicht nur mögliches Freizügigkeitsrecht voraus. Dieses verlangt dann eine tatsächliche und nicht nur eine fiktive Arbeitssuche. Zudem ist [§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II](#) als Ausschlussregelung von existenzsichernden Sozialleistungen jedenfalls eng auszulegen (BSG, Urteil vom 30. Januar 2013, Az. [B 4 AS 54/12 R](#), zitiert nach juris, Rdnr. 26). Für eine erweiternde Auslegung besteht auch kein Bedürfnis. Sinn und Zweck der Norm ist es, EU-Bürger, die sich auf Arbeitssuche befinden und deshalb unzweifelhaft ein Freizügigkeitsrecht in Anspruch nehmen können, vom Leistungsbezug auszuschließen. Nach der Systematik der Vorschrift kann es nicht beabsichtigt gewesen sein, solche EU-Bürger vom Leistungsbezug auszuschließen, die sich gar nicht auf Arbeitssuche befinden, sondern allein zum Zwecke des Sozialleistungsbezugs eingereist sind. Denn dieser Personenkreis ist rechtstechnisch schon dadurch vom Bezug ausgeschlossen, dass er kein Freizügigkeitsrecht geltend machen kann, so dass jederzeit aufenthaltsbeendende Maßnahmen der Ausländerbehörde nach §§ 6, 7 FreizügG/EU ergriffen werden können, die den Aufenthalt im Sinne des [§ 7 Abs. 1 Satz Nr. 4 SGB II](#) als anspruchsbegründende Tatbestandsvoraussetzung entfallen lassen. Systematisch wird der gewollte Ausschluss dieses Personenkreises vom Leistungsbezug, der als Sozialleistungsmisbrauch angesehen wird, durch das Ausländerrecht bewerkstelligt. Eine Lücke im Gesetz, die durch eine Auslegung zu schließen wäre, besteht damit nach allem nicht. Das Ergebnis, dass allein arbeitssuchende Unionsbürger von Leistungen (möglicherweise) ausgeschlossen werden können, während diejenigen, die eine Arbeitsaufnahme von vornherein ablehnen, nicht vom Ausschluss erfasst sind, führt dann nicht zu einem dauerhaften Leistungsbezug der nicht arbeitswilligen Unionsbürger, wenn diese – wie dies nach §§ 6 und 7 FreizügG/EU vorgesehen ist – von der Ausländerbehörde zur Ausreise gezwungen werden. Die Einleitung dieses Verfahrens wäre von dem Beklagten zu veranlassen gewesen. Insbesondere rechtfertigen etwaige Mängel im Gesetzesvollzug wie z.B. das Fehlen einer institutionalisierten Zusammenarbeit zwischen Jobcenter und Ausländerbehörde bei der Anwendung der rechtstechnisch korrekt verzahnten Vorschriften des SGB II und des Ausländerrechts (§§ 6, 7 FreizügG/EU) nicht die Annahme einer Regelungslücke. Abschließend erscheint es auch nicht sinnvoll, eine europarechtlich umstrittene Norm, die noch dazu einen Ausnahmetatbestand regelt, auch noch erweiternd auszulegen.

Die hier gefundene Auslegung von [§ 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 und Satz 2 Nr. 2 SGB II](#) entspricht dem den gesetzlichen Vorschriften zugrunde liegenden Regelungsprogramm sowohl in systematischer wie teleologischer Hinsicht. Das SGB II regelt die Ansprüche bei Hilfebedürftigkeit bei gewöhnlichem Aufenthalt in Deutschland. Regelungen zur Rechtmäßigkeit dieses Aufenthalts finden sich im SGB II dagegen nicht und können nach der zitierten Rechtsprechung des 4. Senats des BSG auch nicht in die Vorschrift des [§ 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4](#) hineininterpretiert werden. Konsequenter Weise finden sich im SGB II dann auch keine Ausschlussgründe, die das Fehlen eines Freizügigkeitsrechts und damit einen unrechtmäßigen Aufenthalt zur Voraussetzung haben. Die Ausschlussgründe des [§ 7 Abs. 1 Satz Nr. 1 und 2 SGB II](#) setzen im Gegenteil ein Freizügigkeitsrecht voraus. Dies ist systematisch konsequent, da der Sozialleistungsmisbrauch bzw. das, was dafür gehalten wird, in diesen Fällen nicht mit den Mitteln des Ausländerrechts bekämpft werden kann. Denn aufenthaltsbeendende Maßnahmen kommen nicht in Betracht. Fehlt aber ein rechtmäßiger Aufenthalt aufgrund eines Freizügigkeitsrechts, kann der Aufenthalt beendet werden, die Leistungsvoraussetzungen entfallen. Dem Senat ist bewusst, dass dieses ausländerrechtliche Verfahren dauern kann und in diesem Zeitraum nach der hier vertretenen Auffassung Anspruch auf Leistungen besteht, den man strukturell als missbräuchlich ansehen könnte. Diese Konsequenz ist als Folge rechtsstaatlicher Grundsätze wie insbesondere dem verfassungsrechtlichen Gebot des effektiven Rechtsschutzes hinzunehmen.

Dieser Auslegung stehen auch keine europarechtlichen Bedenken entgegen. Nach der Rechtsprechung des EuGH ist ein arbeitssuchender EU-Bürger solange – aber auch nur dann – freizügigkeitsberechtigt, wie er mit begründeter Aussicht auf Erfolg Arbeit sucht, wobei das Gemeinschaftsrecht die Länge des angemessenen Zeitraums nicht regelt. Allerdings ist es einem Mitgliedstaat nicht verwehrt, den Angehörigen eines anderen Mitgliedsstaates auszuweisen, wenn dieser nach sechs Monaten keine Stelle gefunden hat, sofern der Betroffene nicht nachweist, dass er weiterhin und mit begründeter Aussicht auf Erfolg Arbeit sucht (so insgesamt BSG, Urteil vom 30. Januar 2013, Az. [B 4 AS 54/12 R](#), zitiert nach juris, Rdnr. 29, unter Bezugnahme auf EuGH, Urteil vom 26. Februar 1991, [C-292/89](#) – Antonissen – und m. w. N.).

Die Erklärung des Klägers zu 1), nicht zur Arbeitssuche in B zu sein, steht dem Leistungsbezug auch nicht aufgrund einer fehlenden subjektiven Verfügbarkeit entgegen. Denn nach der Systematik des SGB II hat die subjektive Verfügbarkeit im Sinne einer Arbeitsbereitschaft keine Bedeutung für die Anspruchsvoraussetzungen des Arbeitslosengeldes II. Vielmehr wird das Fehlen der subjektiven Arbeitsbereitschaft im SGB II allein durch Sanktionen ([§ 31 ff. SGB II](#)) sanktioniert (so auch das BSG zu [§ 65 Abs. 4 SGB II](#), Urteil vom 29. März 2007, Az.: [B 7b AS 4/06 R](#), zitiert nach juris, Rdnr. 14). Dieses Sanktionssystem beantwortet die Frage nach Auswirkungen einer fehlenden Arbeitsbereitschaft abschließend (Thie in Münder, SGB II, 5. Aufl. 2013, [§ 9 SGB II](#) Rdnr. 11, m. w. N.).

Ein Aufenthaltsrecht allein aufgrund des Zweckes der Arbeitssuche ist auch nicht allein aufgrund des Umstandes zu unterstellen, dass der Aufenthalt der Kläger zu 1) und 2) als rechtmäßig gilt, solange sie nicht von der Ausländerbehörde ausgewiesen wurden. Diese Schlussfolgerung trägt allein für die Frage nach dem gewöhnlichen Aufenthalt, der aus den oben dargelegten Gründen als zukunfts offen gilt. Der Wortlaut des [§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II](#), der ausdrücklich ein "Aufenthaltsrecht" zur Arbeitssuche verlangt, erfordert die inhaltliche Überprüfung dieses Rechts nach dem FreizügG/EU, wie bereits (unter Bezugnahme auf den Vorlagebeschluss vom 12. Dezember 2013, [a. a.](#)

O.) dargelegt wurde. Für eine regelmäßige Unterstellung eines solchen Rechts zur Arbeitssuche für den Fall, dass ein anderes Aufenthaltsrecht nicht gegeben ist, besteht keine Grundlage. Ein Aufenthaltsrecht, das sich allein aus dem Zweck der Arbeitssuche ergibt, liegt nicht vor, wenn eine Arbeitssuche ausdrücklich nicht stattfindet. Denn § 2 Abs. 2 FreizügG/EU bestimmt, dass unionsrechtlich freizügigkeitsberechtigten Unionsbürger sind, die sich "als Arbeitnehmer, zur Arbeitssuche oder zur Berufsausbildung" aufhalten wollen. Aus der den Klägern zu 1) und 2) erteilten Freizügigkeitsbescheinigung, die ohnehin lediglich deklaratorischen Charakter hatte, folgt bereits deshalb nichts anderes, weil ihr der Aufenthaltszweck nicht zu entnehmen ist.

Damit steht für das Gericht fest, dass sich die Kläger zu 1) und 2) im streitigen Zeitraum nicht zum Zweck der Arbeitssuche in der Bundesrepublik aufgehalten haben, so dass der Ausschlussgrund des [§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II](#) nicht gegeben war.

Da die Voraussetzungen des Ausschlussstatbestandes des [§ 7 Abs. 1 Satz 2 SGB II](#) damit nicht erfüllt waren, kam es vorliegend auch nicht darauf an, ob die Kläger zu 1) und 2) im streitigen Zeitraum nach dem FreizügG/EU noch ein Aufenthaltsrecht aus einem anderen Grund hatten. Ein solches wäre vielmehr nur für die Frage relevant, ob ein eingreifender Leistungsausschluss aufgrund eines anderen Aufenthaltsrechts entfällt (vgl. BSG, Urteil vom 25. Januar 2012, Az. [B 14 AS 138/11 R](#)). Ein solches Aufenthaltsrecht bestand im streitigen Zeitraum aber auch nicht. Gemäß § 4 FreizügG/EU haben nicht erwerbstätige Unionsbürger das Recht auf Einreise und Aufenthalt, wenn sie über ausreichende Existenzmittel und Krankenversicherungsschutz verfügen. Dies ist nach den eigenen Angaben der Kläger zu 1) und 2), die sich seit Oktober 2011 im fort dauernden Leistungsbezug nach dem SGB II befinden und bereits bei der erstmaligen Antragstellung ausführlich und glaubhaft vorgetragen haben, über "keinerlei Mittel, Sparbücher oder Vermögen" zu verfügen, nicht gegeben. Der Wunsch der Kläger, bei ihrem Sohn sein zu wollen, begründet für sich genommen kein Freizügigkeitsrecht nach dem FreizügG/EU. Gemäß § 3 Abs. 1 Satz 1 FreizügG/EU haben Familienangehörige von freizügigkeitsberechtigten Unionsbürgern das Recht auf Einreise und Aufenthalt, wenn sie den Unionsbürger begleiten oder ihm nachziehen, wobei dies für Verwandte in aufsteigender Linie - wie vorliegend die Kläger zu 1) und 2) - gemäß § 3 Abs. 2 Nr. 2 FreizügG nur dann gilt, wenn der freizügigkeitsberechtigte Familienangehörige, dem nachgezogen wird, ihnen Unterhalt gewährt. Dies war und ist vorliegend nicht der Fall, der Sohn hat seinen Eltern, wie die Kläger zu 1) und 2) glaubhaft vorgetragen haben und wie bereits dargelegt wurde, keinen Unterhalt gewährt. Erstinstanzlich ist ferner bereits dargelegt worden, dass auch ein Aufenthaltsrecht über die Klägerin zu 3) nicht hergeleitet werden konnte. Im streitigen Zeitraum schied dies bereits auch deshalb aus, weil sich die Tochter nicht mehr in der Bundesrepublik aufhielt.

Nach alledem waren den Klägern zu 1) und 2) daher grundsätzlich Leistungen zu gewähren. Diese errechneten sich wie folgt: Für den vollen Monat betrug der Regelbedarf für die in einem gemeinsamen Haushalt lebenden Kläger zu 1) und 2) (Regelbedarfsstufe 2) jeweils 337,00 Euro, zzgl. einem Mehrbedarf Energie/Warmwasser von jeweils 7,75 Euro, insgesamt 344,75 Euro. Der Bedarf für Unterkunft und Heizung für die im streitigen Zeitraum bewohnte Wohnung in Höhe von 580,00 Euro Gesamtmiete, in der noch der Sohn der Kläger zu 1) und 2) wohnte, betrug 193,33 Euro pro Person, insgesamt 386,66 Euro, was zu dem mit dem Berufungsantrag geltend gemachten Gesamtanspruch von 1076,16 Euro monatlich führt. Auf diesen Anspruch wird der Beklagte die vorläufig bezogenen Leistungen anzurechnen haben.

Die Entscheidung über die Kosten beruht auf [§ 193](#) Sozialgerichtsgesetz (SGG), sie folgt dem Ergebnis in der Hauptsache und berücksichtigt, dass das Verfahren der Klägerin zu 3) erfolglos blieb.

Die Revision war gemäß [§ 160 Abs. 2 Nr. 1 SGG](#) zuzulassen.

Rechtskraft

Aus

Login

BRB

Saved

2014-05-08