

# Rechtsprechung der Sozialgerichte zum Ausschluss von Unionsbürger\*innen seit 29. Dezember 2016 (nur halbwegs positive Entscheidungen)

## Inhalt

Vorläufige Bewilligung (§ 41a Abs. 7 Nr. 1 SGB II) .....	2
Arbeitnehmer*inneneigenschaft .....	5
Art. 10 VO 492/2011 .....	12
Familienangehörige.....	19
Europäisches Fürsorgeabkommen (Leistungen nach SGB XII).....	25
Deutsch-Österreichisches Fürsorgeabkommen (Leistungen nach SGB II).....	28
Anspruch nach Fünfjahreszeitraum (§ 7 Abs. 1 S. 4ff SGB II).....	29
Anspruch bei Daueraufenthaltsrecht.....	32
Überbrückungsleistungen .....	33
Humanitäres Aufenthaltsrecht .....	39
Anspruch auf Leistungen nach AsylbLG .....	41
Verfassungsrechtliche Diskussion .....	43
Vorlagebeschluss des SG Mainz an das Bundesverfassungsgericht .....	47
Bundessozialgericht zur alten Rechtslage.....	48

**Stand: 27. Februar 2019**

### Autor:

GGUA Flüchtlingshilfe e. V.

Projekt Q

Claudius Voigt

Hafenstr. 3-5, 48153 Münster.

[www.einwanderer.net](http://www.einwanderer.net)

[voigt@ggua.de](mailto:voigt@ggua.de)

Fon: 0251-1448626

  
**Projekt Q**  
Büro für Qualifizierung  
der Flüchtlingsberatung

**GGUA**  
Flüchtlingshilfe

## Vorläufige Bewilligung (§ 41a Abs. 7 Nr. 1 SGB II)

[SG Speyer, Beschluss v. 17.08.2017 - S 16 AS 908/17 ER](#)

### **Europarechtswidrigkeit und Verfassungswidrigkeit des § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II in der seit dem 29.12.2016 geltenden Fassung**

#### **Leitsatz ( Juris )**

1. Die Ausschlussstatbestände des § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II verstoßen gegen das Grundrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums aus Art. 1 Abs. 1 GG in Verbindung mit Art 20 Abs. 1 GG (Anschluss an SG Mainz, Vorlagebeschluss vom 18.04.2016 - S 3 AS 149/16 -).
2. Der von den Ausschlussstatbeständen des § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II betroffene Personenkreis hat keinen den verfassungsrechtlichen Anforderungen genügenden Anspruch auf Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach dem 3. Kapitel des SGB XII. Die eingefügten Sonder- und Härtefallregelungen des § 23 Abs. 3 SGB XII und § 23 Abs. 3a SGB XII in der ab dem 29.12.2016 geltenden Fassung können den Verfassungsverstoß nicht kompensieren, da sie dem verfassungsrechtlichen Gebot, die für die Verwirklichung des Grundrechts auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums wesentlichen Regelungen hinreichend bestimmt selbst zu treffen (SG Mainz, Vorlagebeschluss vom 12.12.2014 - S 3 AS 130/14 -, Rn. 252 ff.) nicht genügen.
3. An der Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes sind Fachgerichte für den Fall, dass sie die angegriffene Regelung für verfassungswidrig erachten, nicht dadurch gehindert, dass sie über die Frage der Verfassungswidrigkeit nicht selbst entscheiden könnten, sondern insoweit die Entscheidung des BVerfG nach Art. 100 Abs. 1 GG einholen müssten (vgl. BVerfG, Beschluss vom 24.06.1992 - 1 BvR 1028/91 -, Rn. 29).  
Die Voraussetzungen für eine vorläufige Entscheidung nach § 41a Abs. 7 Satz 1 Nr. 1 SGB II sind erfüllt, wenn die für die Leistungsbewilligung entscheidungserhebliche Vorschrift insofern einen Gegenstand eines Verfahrens vor dem BVerfG bildet, dass sie im Falle der Nichtigkeitserklärung der im engeren Sinne verfahrensgegenständlichen Vorschrift mit hoher Wahrscheinlichkeit nach § 78 Satz 2 BVerfGG gleichfalls für nichtig erklärt wird. Der unter dem Aktenzeichen 1 BvL 4/16 anhängige Vorlagebeschlusses des SG Mainz vom 18.04.2016 (S 3 AS 149/16) ermöglicht die vorläufige Entscheidung nach § 41a Abs. 7 Satz 1 Nr. 1 SGB II deshalb auch in Fällen des § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II in der seit dem 29.12.2016 geltenden Fassung.
4. Das dem Leistungsträger grundsätzlich eingeräumte Ermessen, ob nach § 41a Abs. 7 Satz 1 Nr. 1 SGB II vorläufig Leistungen zu erbringen sind, ist im Fall einer drohenden Verletzung des Grundrechts auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums durch den Ausschluss von unterhaltssichernden Leistungen auf Null reduziert (entgegen LSG Niedersachsen-Bremen, Beschluss vom 19.05.2017 - L 11 AS 247/17 B ER -, Rn. 24).
5. Der Ausschlussstatbestand des § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II verstößt auch gegen das Gleichbehandlungsgebot des Art. 4 VO (EG) 883/2004. Der Gleichheitsverstoß kann nicht durch die Möglichkeiten gerechtfertigt werden, den Zugang zu nationalen Systemen der Sozialhilfe für Unionsbürger zu beschränken (vgl. Art. 24 Abs. 2 RL 2004/38/EG) (Anschluss an SG Mainz, Beschluss vom 12.11.2015 - S 12 AS 946/15 ER -, Rn. 41 ff.; SG Mainz, Vorlagebeschluss vom 18.04.2016 - S 3 AS 149/16 -, Rn. 381 ff.; entgegen EuGH, Urteil vom 15.09.2015 - C-67/14 - Rn. 63).

## Vorläufige Bewilligung (§ 41a Abs. 7 Nr. 1 SGB II)

	<p>6. Die Ausschlussregelungen des § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 a) und b) SGB II sind nicht bereits deshalb als mit Art. 4 VO (EG) 883/2004 vereinbar anzusehen, weil der EuGH dies im Urteil vom 15.09.2015 (C-67/14) ausgesprochen hat.</p>
<p><a href="#">LSG Bayern (7. Senat); Beschluss vom 24. Juli 2017; L 7 AS 427/17 B ER</a></p>	<p>Anspruch auf vorläufige Bewilligung nach § 41a Abs. 7 Nr. 1 SGB II für Unionsbürger mit Aufenthaltsrecht nur zum Zweck der Arbeitssuche. Ermessen ist auf null reduziert.</p> <p>„Es erscheint zwar höchstrichterlich geklärt, dass der Leistungs<a href="#">ausschluss</a> nach § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2b SGB II europarechtskonform ist (vgl. EuGH vom 15.9.2015, Rs. <a href="#">C-67/14</a> -Alimanovic). Jedoch ist höchstrichterlich noch nicht abschließend geklärt, ob der Leistungs<a href="#">ausschluss</a> für nicht ausreisepflichtige, nicht erwerbstätige Unionsbürger mit dem Grundgesetz zu vereinbaren ist, Art. 1 GG i.V.m. Art. 20 Abs. 1 GG (vgl. u.a. das Ergebnis der Sachverständigenanhörung Ausschussdrucksache 18(11)821, insbesondere Stellungnahme von Prof. Dr. Berlitz, S. 55 ff; BVerfG vom 14.2.2017, <a href="#">1 BvR 2507/16</a> Rn 19). Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang auf den Vorlagebeschluss des SG Mainz vom 18.4.2016, <a href="#">S 3 AS 149/16</a>, beim Bundesverfassungsgericht anhängig unter dem Aktenzeichen <a href="#">1 BvL 4/16</a>. Auch wenn die Vorlage des SG zum § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGG a.F. ergangen ist, ist er auch für die ab 29.12.2016 geltende Fassung von Bedeutung, da die Vorschrift bzgl. des Leistungs<a href="#">ausschlusses</a> bei einem allein aus dem Zweck der Arbeitssuche sich ergebenden Aufenthaltsrecht im Wesentlichen unverändert geblieben ist.</p> <p>Diese Frage ist auch für den vorliegenden Fall entscheidungserheblich, denn, wenn der Leistungs<a href="#">ausschluss</a> nach § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr 2 b SGB II verfassungswidrig sein sollte, ergäben sich Leistungsansprüche unmittelbar aus dem SGB II. Auf einen Rückgriff auf § <a href="#">23</a> SGB XII käme es dann nicht weiter an.</p> <p>Vor diesem Hintergrund ist der Senat der Auffassung, dass der Bf gegenüber dem Bg einen Anspruch auf vorläufige Leistungen nach § <a href="#">41a</a> Abs. 7 Nr. 1 SGB II hat. Das Ermessen hinsichtlich der Entscheidung, vorläufig Leistungen zu bewilligen, ist vorliegend auf Null reduziert (vgl. LSG Nordrhein-Westfalen vom 16.7.2014, L <a href="#">6 SF 584/14</a> Rn 14; LSG Berlin-Brandenburg vom 15.8.2014, L 10 AS 1583/14 B ER Rn 6). Dies folgt aus dem existenzsichernden Charakter der begehrten Leistungen und aus Art. 1 Abs. 1 GG i.V.m. dem Sozialstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 1 GG abgeleiteten Grundrechts auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums (vgl. BVerfG vom 18.07.2012, <a href="#">1 BvL 10/10</a>, <a href="#">1 BvL 2/11</a>, Rn 62; BSG vom 3.12.2015, <a href="#">B 4 AS 44/15 R</a>, Rn 57 zu § <a href="#">23</a> SGB XII a.F.; LSG Baden-Württemberg vom 26.4.2017, <a href="#">L 1 AS 854/17 ER-B</a>; LSG Niedersachsen-Bremen vom 16.2.2017, <a href="#">L 8 SO 344/16 B ER</a>; a.A. LSG Niedersachsen-Bremen vom 19.5.2017, <a href="#">L 11 AS 247/17 B ER</a>; LSG Berlin-Brandenburg vom 24.3.2017, <a href="#">L 5 AS 449/17 B ER</a>).</p>
<p><a href="#">SG Hannover (48. Kammer); Beschluss vom 14. Juli 2017; S 48 AS 1951/17 ER</a></p>	<p>Verpflichtung zur Erbringung Vorläufiger Leistungen gemäß § <a href="#">41a</a> Abs. 7 Satz 1 Nr. 1 SGB II (analog). Das Ermessen ist zwar nicht allein wegen des existenzsichernden Charakters der Leistungen nach dem SGB II stets auf null reduziert. Die Interessenabwägung jedoch fällt zugunsten der Antragstellerin aus und lässt eine Gewährung von Leistungen als einzig ermessensfehlerfreie Entscheidung erscheinen – insbesondere wegen erheblicher verfassungsrechtlicher Bedenken bezügl. der Leistungsausschlüsse und einer nicht (mehr) möglichen verfassungskonformen Auslegung.</p>
<p><a href="#">Landessozialgericht Baden-Württemberg (1. Senat), Beschluss vom 26. April 2017, L 1 AS/854/17 ER-B</a></p>	<p>Anspruch auf vorläufige Leistungen nach SGB II auf Grundlage des § 41a Abs. 7 SGB II (vorläufige Entscheidung, wenn eine entscheidende Streitfrage beim Bundesverfassungsgericht oder beim Bundessozialgericht anhängig ist) für einen Unionsbürger ohne materielles Aufenthaltsrecht. Das Ermessen nach § 41a Abs. 7 SGB II ist zwar wohl nicht stets auf null reduziert, aber hier aufgrund der Besonderheiten des Einzelfalls (schwere Krankheit, Behandlungsbedürftigkeit, keine Krankenversicherung im Herkunftsland).</p>
<p><a href="#">Landessozialgericht Niedersachsen-Bremen (8. Senat), Beschluss vom 16.</a></p>	<p>bulgarische Staatsangehörige ohne materielles Aufenthaltsrecht (Nicht-Erwerbstätige); Anspruch auf vorläufige Leistungen des SGB II gem. § 41a Abs. 7 SGB II (vorläufige Bewilligung, wenn ein Verfahren zur Prüfung der Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht vor dem Bundesverfassungsgericht anhängig ist oder eine entscheidungserhebliche Rechtsfrage beim Bundessozialgericht anhängig ist. Beides ist zu dieser Frage der Fall.</p>

## Vorläufige Bewilligung (§ 41a Abs. 7 Nr. 1 SGB II)

[Februar 2017; L 8 SO 344/16 B ER](#)

„Die Antragsteller unterfallen nach summarischer Prüfung zwar dem Leistungsausschluss nach § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 a) oder b) SGB II in der seit dem 29. Dezember 2016 geltenden Fassung (n.F.), weil sie nicht glaubhaft gemacht haben, dass ihnen ein materielles sich nicht allein aus dem Zweck der Arbeitsuche ergebendes Aufenthaltsrecht zusteht. Dies steht aber einer Verpflichtung des Beigeladenen (das Jobcenter, CV) zur Gewährung vorläufiger Leistungen nach § 41a SGB II nicht entgegen. Die tatbestandlichen Voraussetzungen für die Gewährung vorläufiger Leistungen liegen vor. Nach § 41a Abs. 7 Satz 1 SGB II kann über die Erbringung von Geld- und Sachleistungen vorläufig entschieden werden, wenn die Vereinbarkeit einer Vorschrift dieses Buches, von der die Entscheidung über den Antrag abhängt, mit höherrangigem Recht Gegenstand eines Verfahrens bei dem Bundesverfassungsgericht oder dem Gerichtshof der Europäischen Union ist (Nr. 1) oder eine entscheidungserhebliche Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung Gegenstand eines Verfahrens beim Bundessozialgericht ist (Nr. 2). Das SG Mainz hat dem BVerfG mit Beschluss vom 18. April 2016 gemäß Art. 100 Abs. 1 Satz 1 GG die Frage vorgelegt, ob § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II in der bis zum 28. Dezember 2016 geltenden Fassung mit Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 1 GG und dem sich daraus ergebenden Grundrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums vereinbar ist (- S 3 AS 149/16 -). Die zum 29. Dezember 2016 in Kraft getretene Änderung des § 7 Abs. 1 Satz 2 SGB II schließt zumindest die entsprechende Anwendbarkeit des § 41a Abs. 7 Satz 1 Nr. 1 SGB II nicht aus, zumal der Gesetzgeber mit der Neufassung des § 7 Abs. 1 Satz 2 SGB II die Auffassung des BSG bestätigt hat, dass der Leistungsausschluss auch bei Fehlen eines materiellen Aufenthaltsrechts eingreift. Im Übrigen ist die Rechtsfrage, ob der gleichzeitige Ausschluss von Leistungen nach dem SGB II und von Leistungen nach dem SGB XII bei einem erwerbsfähigen Unionsbürger Grundrechte des Betroffenen verletzt, Gegenstand eines Verfahrens beim BSG (- B 4 AS 7/16 R -), so dass die vorläufige Leistungsgewährung auch nach § 41a Abs. 7 Satz 1 Nr. 2 SGB II zulässig ist. Nach summarischer Prüfung ist das nach § 41a Abs. 7 Satz 1 SGB II generell eröffnete Ermessen (BSG, Urteil vom 10. Mai 2011 – B 4 AS 139/10 R – juris Rn. 16) vorliegend auf Null reduziert mit der Folge, dass die Antragsteller einen Leistungsanspruch in Höhe von 410,00 EUR haben. Wesentlicher Gesichtspunkt ist auch hierbei die anderenfalls drohende Verletzung des Grundrechts auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums (vgl. LSG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 30. November 2015 – L 6 AS 1480/15 B ER, L 6 AS 1481/15 B – ). Insoweit hält es der Senat in Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes für geboten, die Rechtsprechung des BSG zur Ermessensreduzierung im Rahmen des § 23 Abs. 1 Satz 3 SGB XII auf § 41a Abs. 7 Satz 1 SGB II zu übertragen.“

## Arbeitnehmer\*inneneigenschaft

[LSG Berlin-Brandenburg \(18. Senat\); Beschluss vom 28. Januar 2019; L 18 AS 141/19 B ER](#)

Arbeitnehmer\*inneneigenschaft kann auch vorliegen nach einem gut vierwöchigen Beschäftigungsverhältnis und Kündigung wegen Schwangerschaft. Solange der Arbeitnehmer\*innenstatus ungeklärt ist, besteht Anspruch auf Leistungen nach SGB XII, die das Jobcenter als zuerst angegangener Leistungsträger zu erbringen hat. Es bestehen erhebliche Zweifel, ob der vollständige Leistungsausschluss grundgesetzkonform ist.

*Der Senat weist indes darauf hin, dass die Kürze der tatsächlich ausgeübten Beschäftigung als solche ebenso wenig wie die tatsächliche Entlohnung der Begründung eines Arbeitnehmerstatus entgegensteht, zumal die Beschäftigung augenscheinlich durch arbeitgeberseitige Kündigung der schwangeren Antragstellerin erfolgte. Zu beachten ist auch, dass nach der Rspr des Europäischen Gerichtshofes (EuGH) die Tatsache, dass eine Schwangerschaft eine Frau zwingt, die Ausübung einer Arbeitnehmertätigkeit aufzugeben, grundsätzlich nicht geeignet ist, ihr die "Arbeitnehmereigenschaft" im Sinne von Art. 45 des Vertrags über die Europäische Union und des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) abzusprechen. Der Umstand, dass eine solche Person dem Arbeitsmarkt des Aufnahmemitgliedstaats während einiger Monate tatsächlich nicht zur Verfügung steht, bedeutet nämlich nicht, dass sie während dieser Zeit nicht weiterhin in den betreffenden Arbeitsmarkt eingegliedert ist, sofern sie innerhalb eines angemessenen Zeitraums nach der Geburt des Kindes ihre Beschäftigung wieder aufnimmt oder eine andere Beschäftigung findet (vgl. EuGH, Urteil vom 19. Juni 2014 (Saint Prix) - [C-507/12](#) - [ECLI:EU:C:2014:2007](#) – juris; entsprechend Urteil (Orfanopoulos) und (Oliveri), [C-482/01](#) und [C-493/01](#), [EU:C:2004:262](#) - juris). Letzteres kann hier abschließend schon deshalb nicht beurteilt werden, weil die Geburt des Kindes erst im April erwartet wird. Derzeit ist eine abschließende Beurteilung, ob einem Anspruch der Antragstellerin auf die ausgeworfenen Leistungen nach dem SGB II entgegensteht, dass sich ihr Aufenthaltsrecht (nur) aus dem Zweck der Arbeitsuche ergibt, somit nicht möglich.*

*Damit steht auch nicht fest, ob der – insoweit wohl auch nach dem seit 29. Dezember 2016 geltenden Recht wirksame (...) - Leistungsausschluss in § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr 2b SGB II in der seither geltenden Fassung ggfs zum Tragen käme. Dieser Vorbehalt des § 7 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2b SGB II gälte - wie das BSG zur alten Rechtslage ebenfalls ausdrücklich klargestellt hat (...) - nicht für Leistungen nach dem Sozialgesetzbuch – Sozialhilfe – (SGB XII).*

*In Ansehung der Rechtsprechung des BSG bestehen auch erhebliche Zweifel, ob der vom Gesetzgeber insoweit als Klarstellung gedachte (parallele) Leistungsausschluss in § 23 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 SGB XII grundgesetzkonform ist. Das BSG hat in der zitierten Rspr, der das Beschwerdegericht folgt, unmissverständlich auf Grundlage der Entscheidungen des BVerfG einen Anspruch von Betroffenen, wie der Antragstellerin, auf Grundlage des Grundrechts auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums, dh unmittelbar kraft Verfassungsrechts, bekräftigt. Dies gilt unverändert auch in Ansehung der seit 29. Dezember 2016 erfolgten gesetzlichen Neuregelung, die sich ebenfalls am Grundgesetz messen lassen muss.*

[LSG Hessen \(6. Senat\), Beschluss vom 7. Dezember 2018; L 6 AS 503/18 B ER](#)

Arbeitnehmer\*inneneigenschaft und SGB-II-Anspruch auch bei 200 bis 300 Euro Monatseinkommen, auch ohne Lohnfortzahlung im Krankheitsfall und bei nachträglich erstelltem schriftlichen Arbeitsvertrag.

*„Vorliegend hat die Antragstellerin – außer in den Monaten, in denen sie erkrankt war, ohne dass ihr Arbeitgeber das Entgelt fortzahlte – regelmäßig über 200,- Euro pro Monat verdient, teilweise auch über 300,- Euro. Die von der Antragsgegnerin demgegenüber formulierten Einwände greifen nicht durch: Soweit sie darauf verweist, dass die Antragstellerin – konkret, soweit ersichtlich, im Oktober 2016, im April 2017 und im Juli 2017 – im Falle der Erkrankung keine Entgeltfortzahlung erhalten habe, kann ein derartiger Verstoß gegen zwingende Arbeitnehmerschutzvorschrift in aller Regel den Arbeitnehmerstatus nicht in Frage stellen. Gesetzesverstöße des Arbeitgebers geben Anlass, diese zu korrigieren (und insoweit hat der Antragsgegner auch zu Recht die*



## Arbeitnehmer\*inneneigenschaft

entsprechenden Ansprüche auf der Grundlage von § 115 Sozialgesetzbuch Zehntes Buch – Sozialverwaltungsverfahren und Sozialdatenschutz – [SGB X] gegenüber dem Arbeitgeber geltend gemacht), können aber, ohne dass der Schutzcharakter der entsprechenden Vorschrift in sein Gegenteil verkehrt würde, regelmäßig nicht als Beleg dafür herangezogen werden, dass ein Arbeitsverhältnis gar nicht bestehe. Die Formulierung der Antragsgegnerin, diese Umstände sprächen "nicht gerade für ein tatsächliches und echtes Arbeitsverhältnis nach hiesigen Maßstäben", dürften im Übrigen die hiesige Realität im Niedriglohnssektor verkennen.

Danach verbleibt im hiesigen Kontext als Umstand, der geeignet sein könnte, einen Anspruch auf Arbeitslosengeld II und damit einen Anordnungsanspruch in Frage zu stellen, allein die Tatsache, dass der vorgelegte schriftliche Arbeitsvertrag nachträglich – und offenbar mit Blick auf die streitige Auseinandersetzung zwischen den hiesigen Beteiligten – gefertigt worden ist und die durch wechselnden Arbeitsumfang geprägte Realität des Arbeitsverhältnisses nur eingeschränkt wiedergibt. Nachdem auch die Antragsgegnerin keine belastbaren Hinweise dafür dargetan hat (und solche auch sonst nicht ersichtlich sind), dass es sich insgesamt um ein Scheinarbeitsverhältnis handelt, spricht dies nach Auffassung des Senats eher dafür, dass die Antragstellerin keine ausreichende Verhandlungsmacht hat, um für sie günstigere Arbeitsbedingungen auszuhandeln und durchzusetzen, als für ein tatsächlich nicht bestehendes Arbeitsverhältnis.“

[BSG, Urteil vom 12. September 2018; B 14 AS 18/17 R](#)

Arbeitnehmer\*innenstatus kann vorliegen bei 7,5 Wochenstunden und 100, später 250 Euro Monatseinkommen.

„Hieran gemessen ist der Arbeitnehmerstatus der Verstorbenen während ihrer Beschäftigung im Hotel zu bejahen. Dieser lag ein vom LSG festgestellter schriftlicher Formulararbeitsvertrag über eine geringfügige Beschäftigung ab Juli 2011 zugrunde, der Regelungen ua zur Arbeitszeit (30 Stunden im Monat, grundsätzlich wochentags), zum Inhalt der Tätigkeit (Reinigungskraft in einem Hotel), zur Vergütung (100 Euro im Monat, ab Mai 2012 250 Euro im Monat) sowie zu Urlaub und Krankheit enthielt. Diese nach Arbeitszeit und Vergütung vereinbarte geringfügige Beschäftigung genügt den vom Senat bereits aufgestellten Kriterien für den Arbeitnehmerstatus (BSG vom 19.10.2010 - B 14 AS 23/10 R - BSGE 107, 66 = SozR 4-4200 § 7 Nr 21, RdNr 3, 18 zu einem Handwerkhelfer mit einer wöchentlichen Arbeitszeit von 7,5 Stunden und einem monatlichen Entgelt von 100 Euro im Jahr 2008). Von diesen für die damalige Zeit aufgestellten Kriterien besteht für die hier streitigen Jahre 2011 und 2012 keine Veranlassung zur Abweichung; es kann offenbleiben, ob insoweit seither Änderungen eingetreten sein können, etwa im Zusammenhang mit dem Inkrafttreten des Mindestlohngesetzes am 16.8.2014.

Nach den Feststellungen des LSG erhielt die Verstorbene für ihre vereinbarte monatliche Arbeitszeit von 30 Stunden die vereinbarte Vergütung von zunächst 100 Euro und später 250 Euro tatsächlich gezahlt. Ob der Arbeitsvertrag auch im Übrigen so gelebt worden ist, wie dessen Regelungen es vorsahen, ist danach für die Arbeitnehmereigenschaft nicht entscheidend. Weder kommt es für diese darauf an, ob die Verstorbene statt an den Wochentagen an den Wochenenden beschäftigt war, noch darauf, ob die Regelungen zu Urlaub und Krankheit zur Anwendung gekommen sind. Für den Arbeitnehmerstatus im vorliegenden Einzelfall spricht hingegen zudem die Dauer der Beschäftigung von zumindest annähernd einem Jahr.“

[LSG NRW \(21. Senat\), Beschluss vom 27. Juli 2018; L 21 AS 2387/17 B ER](#)

Arbeitnehmer\*inneneigenschaft besteht vermutlich trotz Barauszahlung

„Ergänzend ist auszuführen, dass der Senat trotz der geltend gemachten Bedenken des Antragsgegners im Hinblick auf die tatsächlich geleistete Arbeitszeit vor dem Hintergrund der in Höhe von monatlich 500,00 Euro vereinbarten und glaubhaft auch tatsächlich geleisteten Bruttovergütung von einem völlig untergeordneten Arbeitsverhältnis nicht auszugehen vermag. Die gegenteiligen Ausführungen des Antragsgegners sind getragen von Vermutungen, denen sich der Senat nicht anschließen vermag. Insoweit haben die Antragsteller konkret vorgetragen und zahlreiche Unterlagen zur Akte gereicht. Im Gegensatz zum

## Arbeitnehmer\*inneneigenschaft

	<p>Antragsgegner hat der Senat auch keinen Anlass, an den Ausführungen des Prozessbevollmächtigten der Antragsteller zu dessen eigenen Beobachtungen zu zweifeln oder diese gar als fragwürdig anzusehen. Eine Wiederholung unter Eid, wie sie der Antragsgegner fordert, überspannt jeden Rahmen und ist nicht angezeigt. Im Gegensatz zu dem umfassenden Vortrag der Antragsteller hat der Antragsgegner, soweit dies aus der Akte ersichtlich ist, keinerlei eigene Sachverhaltsaufklärung betrieben, obgleich er zur Aufklärung des entscheidungserheblichen Sachverhaltes verpflichtet ist (§ 20 Zehntes Buch Sozialgesetzbuch - SGB X). Er hat sich auf das Bestreiten der Arbeitnehmereigenschaft des Antragstellers zu 1) begrenzt, ohne eigene Ermittlungen anzustellen. Dahingegen sind die wesentlichen Aspekte der Beschäftigung dem Arbeitsvertrag, den Schilderungen des Antragstellers zu 1) und den vorgelegten Entgeltabrechnungen zu entnehmen. Der Arbeitgeber hat dem Antragsteller zu 1) Entgeltabrechnungen, die diesen als Barlohnempfänger ausweisen, ausgestellt und den Antragsteller zu 1) bei der IKK classic angemeldet.“</p>
<p><a href="#">LSG Hessen, Beschluss vom 10. Juli 2018; L 9 AS 142/18 B ER</a></p>	<p>Arbeitnehmer*inneneigenschaft besteht auch bei Scheinselbstständigkeit, wenn die Auftraggeberin keine Sozialversicherungsabgaben abführt und die Arbeitsmittel von der Auftraggeberin gestellt werden. Eine noch nicht bestandskräftige Verlustfeststellung steht der Einstufung als Arbeitnehmerin nicht entgegen.</p>
<p><a href="#">LSG Sachsen-Anhalt (2. Senat); Beschluss vom 22. Februar 2018; L 2 AS 859/17 B E</a></p>	<p>Anspruch auf SGB-II-Leistungen für die unter 21jährige Tochter und Enkelin eines unfreiwillig arbeitslos gewordenen Arbeitnehmers. Auch eine kurzfristige Beschäftigung von drei Wochen und einem erzielten Arbeitsentgelt von 430 Euro kann den Arbeitnehmerstatus begründen.</p>
<p><a href="#">SG Landshut (11. Kammer); Urteil vom 31. Januar 2018 (S 11 AS 624/16)</a></p>	<p>→ Auch Au-Pair Tätigkeit begründet Arbeitnehmereigenschaft (hier 4-5 Stunden täglich, mtl. 260 EUR plus Kost und Logis, mtl. 50,- EUR zur Teilnahme an einem Sprachkurs, Unfall- und Krankenversicherung iHv mtl. 60,- EUR, bezahlten Urlaub, eine Prepaid-Telefonkarte sowie die freie Benutzung eines Autos inkl. zweier Tankfüllungen pro Monat):  <i>„Bereits die Gewährung von Kost und Logis kann ausreichen, wenn dieses im Verhältnis zu Art und Umfang der Tätigkeit nicht völlig unangemessen ist (EuGH, Urteil vom 5. Oktober 1988 - C-196/87 - Rechtssache van State - Hausmeistertätigkeit; Urteil vom 24. Januar 2008 - C-294/06 - Au-Pair mit zusätzlicher Vergütung von ca. 103 EUR wöchentlich; Landessozialgericht Niedersachsen-Bremen, Beschluss vom 11. November 2014 - L 8 SO 306/14 B ER -, m.w.N.). Ab einer Arbeitsstundenzahl von zehn Wochenstunden ist in aller Regel von einem Arbeitsverhältnis auszugehen (vgl. SG Aachen, Beschluss vom 24. Juni 2016 - S 14 AS 525/16 ER -, m.w.N.).“</i></p> <p>→ Fortwirkung des AN-Status setzt keine ununterbrochene Tätigkeit von mehr als einem Jahr voraus. Auch durch Arbeitslosigkeit unterbrochene Tätigkeiten können das gesetzliche Erfordernis erfüllen.</p> <p>→ Auch eine Eigenkündigung kann einen „unfreiwilligen“ Verlust der Arbeit bedeuten, jedenfalls dann, wenn diese medizinisch begründet ist.</p> <p>→ Eine gesonderte Bestätigung der Unfreiwilligkeit der Arbeitslosigkeit durch die Agentur für Arbeit ist, wie sich bereits aus dem Wortlaut des § 2 Abs. 3 Satz 2 FreizügG/EU ergibt, nicht erforderlich.</p> <p>→</p>
<p><a href="#">LSG NRW (7. Senat), Beschluss vom 28.1.2018, L 7 AS 2299/17 B</a></p>	<p>„Nach Aktenlage war die Klägerin mehr als ein Jahr als Arbeitnehmerin tätig, da sie von Mai 2015 bis Juli 2016 in einem Arbeitsverhältnis stand. Der Umstand, dass sie innerhalb dieses Zeitraum den Arbeitgeber gewechselt hat, ist unbeachtlich. § 2 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 FreizügG/EU setzt keine ununterbrochene Tätigkeit von mehr als einem Jahr voraus. Selbst durch Arbeitslosigkeit unterbrochene Tätigkeiten können das gesetzliche Erfordernis erfüllen.“</p>
<p><a href="#">LSG Berlin-Brandenburg (18. Senat); Beschluss vom</a></p>	<p>Arbeitnehmerstatus ist gegeben bei einer Beschäftigung im wechselnden Umfang von 22 Stunden (März 2017), 16 Stunden (April 2017) bzw 20 Stunden (Mai 2017) mtl bei einem monatlichen Entgelt von zuletzt 220,- EUR, 160,- EUR bzw 200,- EUR gelten; zuvor wurden mtl bis 333, 20 EUR erzielt (Oktober 2016).</p>

## Arbeitnehmer\*inneneigenschaft

[22. August 2017 \(L 18 AS 1626/17 B ER\)](#)

[LSG NRW \(12. Senat\); Beschluss vom 21. August 2017 \(Az.: L 12 AS 2015/16 B ER\)](#)

Arbeitnehmerinnenstatus und damit SGB-II-Anspruch kann auch gegeben sein bei einem Monatseinkommen oberhalb der Freibetragsgrenze des § 11b Abs. 2 SGB II, d. h. von mehr als monatlich 100,- €. Von einer unfreiwilligen Arbeitslosigkeit ist auszugehen, wenn die ausgeübte Tätigkeit von vornherein befristet war.

[Bundessozialgericht \(4. Senat\); Urteil vom 13. Juli 2017; B 4 AS 17/16 R](#)

Auch unterbrochene Zeiten der Beschäftigung von insgesamt einem Jahr können zum unbefristeten Fortbestand des Arbeitnehmer\*innenstatus führen. Unterbrochene Tätigkeiten können das gesetzliche Erfordernis jedenfalls dann erfüllen, wenn, wie es hier möglicherweise der Fall war, nur zwei Tätigkeiten, getrennt durch einen Zeitraum von lediglich zwei Wochen, zu einer Tätigkeit von insgesamt mehr als einem Jahr führen. Dies folgt aus einer an Wortlaut, Systematik, Sinn und Zweck sowie der Entstehungsgeschichte des FreizügG/EU ausgerichteten Gesetzesauslegung

*„§ 2 Abs 3 Satz 1 Nr 2 FreizügG/EU setzt keine ununterbrochene Tätigkeit von mehr als einem Jahr voraus. Auch durch Arbeitslosigkeit unterbrochene Tätigkeiten können das gesetzliche Erfordernis erfüllen (...).*

*Der vorliegende Fall einer nur einmaligen, kurzfristigen Unterbrechung von 15 Tagen im Verlauf einer insgesamt 14,5 Monate andauernden evtl Beschäftigung in zwei Tätigkeiten gibt keinen Anlass der weiteren Frage nachzugehen, ob der am Integrationsgedanken orientierten Zielsetzung des Gesetzes in § 2 Abs 3 Satz 1 Nr 2 FreizügG/EU auch dann noch entsprochen wäre, wenn in Addition zahlreicher kurzfristiger oder durch längere Zeiten unterbrochener Beschäftigungsverhältnisse es nur auf längere Sicht und eher zufällig zu einer Tätigkeit von "mehr als einem Jahr" käme.“*

[LSG Niedersachsen-Bremen \(8. Senat\); Beschluss vom 27. Juni 2017; L 8 SO 375/16 B ER](#)

Arbeitnehmer\*innenstatus kann auch vorliegen, wenn das „Rentenalter“ erreicht ist und eine Altersrente aus dem Herkunftsland bezogen wird, aber dennoch weiterhin eine Erwerbstätigkeit ausgeübt wird.

*Die Annahme, die Arbeitnehmereigenschaft ende, wenn der Unionsbürger das Rentenalter erreicht hat, ist bereits in tatsächlicher Hinsicht nicht nachzuvollziehen. Das "Rentenalter" (gemeint wohl Erfüllung der Anspruchsvoraussetzungen für den Bezug einer Altersrente) wird schon im Geltungsbereich des SGB VI nicht für alle Personen einheitlich erreicht (vgl. §§ 35 ff. SGB VI). Zudem bedarf es seit 1992 auch für die Gewährung einer Regelaltersrente nach § 35 SGB VI der Stellung eines Antrags (§ 99 Abs. 1 SGB VI). Die vom FreizügG/EU erfassten Personen haben ihr "Rentenalter" bezogen auf einen Anspruch auf Altersrente in ihrem Herkunftsland in aller Regel zu wiederum anderen Zeiten erreicht. Ein nachvollziehbares maßgebliches "Rentenalter" existiert nicht. Sollte mit Ziffer 2.2.1.3. AVV FreizügG/EU der Bezug einer Rente wegen Alters gemeint sein, würde offensichtlich eine ungerechtfertigte Ungleichbehandlung gemäß Art. 6 Abs. 1 der Richtlinie 2000/78 vorliegen, weil dann Arbeitnehmern, die bereits eine Altersrente beziehen können, die weitere Ausübung ihres Rechts zu arbeiten erschwert würde (s. EuGH, Urteil vom 12. Oktober 2010 – C-499/08 – Rechtssache Andersen, juris Rn. 45),*

[LSG NRW, Beschluss v. 14.06.2017 - L 19 AS 455/17 B ER](#)

Nachwirkender Arbeitnehmerstatus gem. § 2 FreizügG/EU entgegen der Bescheinigung der Bundesagentur für Arbeit angenommen

Leitsätze (RAin Gesche Blome)

Das LSG NRW hat bei einem italienischen Staatsbürger trotz anderslautender Bescheinigung der Bundesagentur für Arbeit nachwirkenden Arbeitnehmerstatus gem. § 2 FreizügG/EU angenommen und das Jobcenter im Wege der einstweiligen Anordnung zur Zahlung von Leistungen nach SGB II verpflichtet. Der Leistungsempfänger war zuvor sechs Monate bei seinem Schwager auf Minijob-Basis im Haushalt beschäftigt und dann aufgrund von Arbeitsrückgang gekündigt worden. Die Bundesagentur für Arbeit war fälschlicherweise von einem Scheinarbeitsverhältnis ausgegangen. Das LSG hat mit dieser Entscheidung die formlose Bescheinigung der BA, gegen die bisher kein Rechtsschutz möglich war, überprüfbar gemacht und in vorliegend nach Beweisaufnahme für unbeachtlich erklärt.



## Arbeitnehmer\*inneneigenschaft

[SG Dortmund \(19. Kammer\); Beschluss vom 13. Juni 2017; S 19 AS 2057/17 ER](#)

„Ausgehend von diesem Maßstab ist die Arbeitnehmereigenschaft des Antragstellers zu 1) zu bejahen. Dabei berücksichtigt das Gericht maßgeblich die Arbeitszeit von zehn Wochenstunden. Das Gericht berücksichtigt weiter maßgeblich, dass das Arbeitsentgelt mit 335,92 EUR brutto = netto deutlich über dem Betrag von 175,00 EUR liegt, den der Europäische Gerichtshof (EuGH) hat genügen lassen. Das gilt umso mehr, als zumindest in Teilen der Rechtsprechung Einkommen in jeder Höhe zur Begründung der Arbeitnehmereigenschaft für ausreichend erachtet wird, sobald es zu einer Anrechnung im Rahmen des Rechts der Grundsicherung für Arbeitsuchende führt, also über 100,00 EUR liegt (vgl. LSG NRW, Beschluss vom 07.10.2016, [L 12 AS 965/16 B ER](#), juris, Rn. 16; so schon andeutungsweise LSG NRW, Beschluss vom 07.04.2016, [L 7 AS 288/16 B ER](#), juris, Rn. 16; vgl. auch LSG Sachsen-Anhalt, Urteil vom 24.06.2016, juris, Rn. 31, wo ein Bruttolohn von 165,75 EUR für ausreichend erachtet wurde). Auf die vom EuGH aufgestellten Hilfskriterien wie Urlaubsanspruch oder Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall kommt es hiernach nicht mehr entscheidend an. Das gilt auch für das Kriterium der Dauer des Arbeitsverhältnisses. Insbesondere gibt es – entgegen der Ansicht des Antragsgegners – keine mehrmonatige Karenzzeit, während derer das Arbeitsverhältnis bestanden haben muss, um von der Arbeitnehmereigenschaft auszugehen. Die Arbeitnehmereigenschaft wird unmittelbar mit Aufnahme eines Arbeitsverhältnisses begründet. Die Dauer des Arbeitsverhältnisses kann lediglich als weiteres Kriterium herangezogen werden, wenn die übrigen Kriterien – was hier allerdings nicht der Fall ist – keine hinreichende Aussagekraft besitzen.“

(dazu Pressemitteilung): Verweigert ein Jobcenter EU-Ausländern, die wegen eines Minijobs als Arbeitnehmer anzusehen sind, aufstockendes Arbeitslosengeld II, ohne hierfür eine Stütze im Gesetz oder in der Rechtsprechung zu finden, kann das Sozialgericht der Behörde bereits im Eilverfahren wegen missbräuchlicher Rechtsverteidigung Verschuldungskosten auferlegen.

Dies ergibt sich aus dem Beschluss des Sozialgerichts Dortmund vom 13.06.2017 (Az.: S 19 AS 2057/17 ER). Das Jobcenter Hagen hatte einer seit 2014 in Deutschland lebenden rumänischen Familie mit vier Kindern Arbeitslosengeld II bzw. Sozialgeld verweigert, obwohl der Familienvater angab, Arbeitnehmer mit einer Tätigkeit als Paketsortierer in einem DPD-Depot zu sein.

Nachdem das Sozialgericht anhand der vorgelegten Unterlagen und im Rahmen eines Erörterungstermins die Angaben des Antragsstellers überprüft und das Jobcenter wegen der geringen Anforderungen an die Arbeitnehmereigenschaft auf den offensichtlich bestehenden Leistungsanspruch der Familie wiederholt hingewiesen hatte, erfolgte gleichwohl keine behördliche Abhilfe.

Das Gericht erließ daraufhin eine einstweilige Anordnung gegenüber dem Jobcenter zur vorläufigen Zahlung von Grundsicherungsleistungen. Zugleich erlegte es dem Jobcenter – wie auch in vorangegangenen Verfahren - gemäß § 192 des Sozialgerichtsgesetzes Verschuldungskosten von 500,- Euro auf. Das Verhalten der Behörde erwecke den Eindruck, dass sie es in einer Vielzahl derartiger Fälle regelmäßig darauf anlege, nur zu leisten, wenn sie von dem Gericht dazu verpflichtet werde. Das Jobcenter Hagen behindere damit die Gewährung effektiven sozialgerichtlichen Rechtsschutzes.

[LSG NRW \(7. Senat\); Beschluss vom 26. Mai 2017; L 7 AS 510/17 B ER und L 7 AS 511/17 B](#)

Arbeitnehmer\*innenstatus ist gegeben bei Tätigkeit von acht Stunden wöchentlich und 280 € Monatseinkommen. Die Tatsache, dass angeforderte, aber gar nicht notwendige Belege von der Klägerin nicht innerhalb der vom Sozialgericht vorgegebenen Frist eingereicht worden sind, dürfen nicht automatisch zu der Überzeugung führen, dass keine Eilbedürftigkeit gegeben sei.

„Zu Unrecht hat das Sozialgericht die Glaubhaftmachung eines Anordnungsgrundes allein deshalb verneint, weil die Antragsteller vom Gericht angeforderte Unterlagen - die sich zum großen Teil in der Verwaltungsakte befinden - nicht innerhalb der vom Gericht gesetzten Frist vorgelegt haben. (...) Aber auch für den Fall, dass tatsächlich Unterlagen nicht rechtzeitig vorgelegt wurden, lässt dies einen Rückschluss auf fehlende Eilbedürftigkeit nicht zu. Die Beteiligten können beispielsweise unbeholfen, der deutschen Schriftsprache (sei es als **Ausländer**, sei es als Analphabet) nicht hinreichend mächtig, erkrankt oder ortsabwesend sein. Selbst wenn der Beteiligte oder ein Bevollmächtigter die Nichtvorlage von Unterlagen oder Erklärungen verschuldet hat, bedeutet dies nicht zwingend, dass Eilbedürftigkeit fehlt. Zwar ist das Verschulden eines Prozessbevollmächtigten dem jeweiligen Beteiligten zuzurechnen (§ 73 Abs. 6 Satz 6 SGG, [85 Abs. 2 ZPO](#)), dies betrifft jedoch nur das Verschulden bei der Vornahme von

## Arbeitnehmer\*inneneigenschaft

	<p>Prozesshandlungen und nicht die Frage des Vorliegens bzw. der Glaubhaftmachung materiell-rechtlicher Anspruchsvoraussetzungen, die der Amtsermittlung unterliegen. Mindestens wäre das Sozialgericht gem. § 103 SGG verpflichtet gewesen, den Eingang der Verwaltungsakte abzuwarten um zu prüfen, ob die geforderten Unterlagen - wie hier zum großen Teil - bereits im Verwaltungsverfahren vorgelegt worden sind.“</p>
<p><a href="#">Sozialgericht Dortmund (19. Kammer); Beschluss vom 17. März 2017; S 19 AS 2057/17 ER</a></p>	<p>Arbeitnehmer*innenstatus ist bei einer wöchentlichen Arbeitszeit von zehn Stunden und 335 Euro Monatseinkommen gegeben. Ausgehend von diesem Maßstab ist die Arbeitnehmereigenschaft des Antragstellers zu 1) zu bejahen. Dabei berücksichtigt das Gericht maßgeblich die Arbeitszeit von zehn Wochenstunden. Das Gericht berücksichtigt weiter maßgeblich, dass das Arbeitsentgelt mit 335,92 EUR brutto = netto deutlich über dem Betrag von 175,00 EUR liegt, den der Europäische Gerichtshof (EuGH) hat genügen lassen. Das gilt umso mehr, als zumindest in Teilen der Rechtsprechung Einkommen in jeder Höhe zur Begründung der Arbeitnehmereigenschaft für ausreichend erachtet wird, sobald es zu einer Anrechnung im Rahmen des Rechts der Grundsicherung für Arbeitsuchende führt, also über 100,00 EUR liegt (vgl. LSG NRW, Beschluss vom 07.10.2016, <a href="#">L 12 AS 965/16 B ER</a>, juris, Rn. 16; so schon andeutungsweise LSG NRW, Beschluss vom 07.04.2016, <a href="#">L 7 AS 288/16 B ER</a>, juris, Rn. 16; vgl. auch LSG Sachsen-Anhalt, Urteil vom 24.06.2016, juris, Rn. 31, wo ein Bruttolohn von 165,75 EUR für ausreichend erachtet wurde). Auf die vom EuGH aufgestellten Hilfskriterien wie Urlaubsanspruch oder Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall kommt es hiernach nicht mehr entscheidend an. Das gilt auch für das Kriterium der Dauer des Arbeitsverhältnisses. Insbesondere gibt es – entgegen der Ansicht des Antragsgegners – keine mehrmonatige Karenzzeit, während derer das Arbeitsverhältnis bestanden haben muss, um von der Arbeitnehmereigenschaft auszugehen. Die Arbeitnehmereigenschaft wird unmittelbar mit Aufnahme eines Arbeitsverhältnisses begründet. Die Dauer des Arbeitsverhältnisses kann lediglich als weiteres Kriterium herangezogen werden, wenn die übrigen Kriterien – was hier allerdings nicht der Fall ist – keine hinreichende Aussagekraft besitzen.</p>
<p><a href="#">Sozialgericht Chemnitz (26. Kammer), Beschluss vom 14. März 2017; S 26 AS 405/17 ER</a></p>	<p>Auch mehrere, unterbrochene Zeiten der Beschäftigung können zu einem unbefristet fortgeltenden Arbeitnehmer*innenstatus führen, wenn innerhalb eines Zeitraum von zwei Jahren insgesamt eine einjährige Beschäftigungsdauer erreicht wird. „Des Weiteren rechtfertigen systematische Gesichtspunkte, den Betroffenen nach dem Auslaufen von Arbeitslosengeld I – hier nach knapp einem halben Jahr – nicht von dem vom Gesetzgeber dann regelmäßig vorgesehenen Übergang in das Arbeitslosengeld II auszuschließen. Insbesondere die Entstehung einer Anwartschaftszeit für das Arbeitslosengeld I begrenzt dabei die Aneinanderreihung mehrerer Beschäftigungsverhältnisse auf höchstens zwei Jahre vor Eintritt der Arbeitslosigkeit und erscheint damit als praktikables und angemessenes Kriterium zur Bestimmung der für die Erfüllung der Jahresdauer in Frage kommenden mehreren Beschäftigungsverhältnissen von unter einem Jahr.“</p>
<p><a href="#">Landessozialgericht Berlin-Brandenburg (18. Senat); Beschluss vom 27. Februar 2017; L 18 AS 2884/16</a></p>	<p>Arbeitnehmer*innenstatus ist auch mit einer Tätigkeit von fünf Wochenstunden und 180 Euro Monatseinkommen gegeben, daher SGB-II-Anspruch</p>
<p><a href="#">Landessozialgericht Bayern (11. Senat), Beschluss vom 6. Februar 2017; L 11 AS 887/16 B ER</a></p>	<p>Arbeitnehmer*innenstatus ist auch bei einer Beschäftigung mit fünf Wochenstunden und 187 Euro Monatseinkommen nicht ausgeschlossen, daher Anspruch auf SGB II</p> <p>„Ein inländischer Erwerbstätiger wäre angesichts dieser Umstände auf der Grundlage der ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichtes (BAG) - ungeachtet der Höhe des Verdienstes - ohne jede Einschränkung als Arbeitnehmer zu qualifizieren, so dass es - unter Beachtung der oben genannten Auslegungskriterien - derzeit keinerlei Anhaltspunkte dafür gibt, der ASt zu 1 sei die Anerkennung dieses Status im Rahmen eines Hauptsacheverfahrens zu verweigern.“</p>

## Arbeitnehmer\*inneneigenschaft

[Sozialgericht  
Karlsruhe \(4.  
Kammer\); Urteil vom  
24. Januar 2017; S 4  
AS 1827/16](#)

SGB II für spanischen Staatsangehörigen und seine fünfköpfige Familie mit monatl. Einkommen von 252 Euro; Arbeitnehmer\*innenstatus liegt vor. Der Kläger ist Kriegsflüchtling aus Syrien, der aufgrund eines längeren Voraufenthalts in Spanien auch die spanische Staatsangehörigkeit erworben hatte.

[Sozialgericht  
München, Beschluss  
vom 5. Januar 2017,  
S 46 AS 3026/16 ER](#)

*„Wenn eine Unionsbürgerin eine zuvor mehr als ein Jahr ausgeübte selbstständige Tätigkeit nach § 2 Abs. 2 Nr. 2 oder 3 FreizügG/EU wegen Schwangerschaft und Geburt des Kindes einstellt, kann ein fortwirkendes Aufenthaltsrecht nach § 2 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 FreizügG/EU bestehen. Dann kommt der Leistungsausschluss nach § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II für eine begrenzte Zeit nicht zum Tragen. (amtlicher Leitsatz)“*

## Art. 10 VO 492/2011

[LSG NRW, Vorabentscheidungsersuchen an den EuGH vom 22. Februar 2019; L 19 AS 1104/18](#)

Das LSG hat am 14.02.2019 beschlossen, ein Verfahren, in dem es um SGB II-Leistungen für Unionsbürger geht, dem EuGH vorzulegen (Az. L 19 AS 1104/18).

Das beklagte Jobcenter Krefeld verweigerte dem polnischen Kläger diese Leistungen. Da er sich lediglich zum Zwecke der Arbeitssuche in Deutschland aufhalte bzw. nur über ein von demjenigen seiner Kinder zu Ausbildungszwecken abgeleitetes Aufenthaltsrecht verfüge, sei er nach § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 c) SGB II vom Leistungsbezug ausgeschlossen. Demgegenüber ging bereits das Sozialgericht Düsseldorf davon aus, dass dieser Leistungsausschluss gegen europäisches Recht verstoße und verurteilte den Beklagten zur Erbringung der begehrten Leistungen.

Das LSG hat sich dieser Auffassung angeschlossen. Der Kläger habe ein aus den Aufenthaltsrechten seiner Kinder i.S.v. Art. 10 VO (EU) 492/2011 - FreizügigkeitsVO - abgeleitetes Aufenthaltsrecht. Er sei vor und während ihres regelmäßigen Schulbesuchs als Arbeitnehmer beschäftigt gewesen und habe die elterliche Sorge für diese tatsächlich wahrgenommen. Bei dieser Konstellation werde durch den Leistungsausschluss im deutschen Recht der europarechtliche Grundsatz verletzt, wonach EU-Mitgliedstaaten Unionsbürger grundsätzlich gleich, d.h. wie Inländer, zu behandeln haben. Inwieweit davon Ausnahmen zulässig seien, sei in der nationalen Rechtsprechung umstritten. Nach Überzeugung des LSG lasse das Europarecht in diesem Fall eine Ausnahme von dem Diskriminierungsverbot nicht zu.

Der EuGH soll vor diesem Hintergrund nun im Rahmen eines Vorabentscheidungsersuchens klären, ob der Leistungsausschluss von Unionsbürgern, die über ein Aufenthaltsrecht aus Art. 10 VO (EU) 492/2011 verfügen, im deutschen Recht gegen das unionsrechtliche Gleichbehandlungsgebot verstößt und damit wegen des Anwendungsvorrangs europäischer Vorschriften keine Wirkung entfaltet. (*Pressemitteilung*)

„Dem Gerichtshof der Europäischen Union werden folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt:

1. Ist der Ausschluss von Unionsbürgern, die über ein Aufenthaltsrecht aus Art. 10 VO (EU) 492/2011 verfügen, vom Bezug von Sozialhilfeleistungen im Sinne von Art. 24 Abs. 2 RL 2004/38/EG mit dem Gleichbehandlungsgebot aus Art. 18 AEUV i.V.m. Art. 10 und Art. 7 VO (EU) 492/2011 vereinbar?

a) Stellt eine Sozialhilfeleistung im Sinne von Art. 24 Abs. 2 RL 2004/38/EG eine soziale Vergünstigung im Sinne von Art. 7 Abs. 2 VO (EU) 492/2011 dar?

b) Findet die Schrankenregelung des Art. 24 Abs. 2 RL 2004/38/EG auf das Gleichbehandlungsgebot aus Art. 18 AEUV i.V.m. Art. 10 und Art. 7 VO (EU) 492/2011 Anwendung?

2. Ist der Ausschluss von Unionsbürgern vom Bezug von besonderen beitragsunabhängigen Geldleistungen im Sinne von Art. 3 Abs. 3, Art. 70 Abs. 2 VO (EG) 883/2004 mit dem Gleichbehandlungsgebot aus Art. 18 AEUV i.V.m. Art. 4 VO (EG) 883/2004 vereinbar, wenn diese über ein Aufenthaltsrecht aus Art. 10 VO (EU) 492/2011 verfügen und in einem Sozialversicherungssystem oder Familienleistungssystem im Sinne des Art. 3 Abs. 1 VO (EG) 883/2004 eingebunden sind?“

[LSG Hessen \(9. Senat\), Beschluss vom 12. Oktober 2018; L 9 AS 462/18 B ER](#)

Anspruch auf SGB-II-Leistungen für ghanaische Mutter und Kind in der Grundschule. Der italienische Vater hatte früher als Arbeitnehmer gearbeitet. Daher besteht für Kind und Mutter ein Aufenthaltsrecht gem. Art. 10 VO 492/2011. Der

Leistungsanspruch nach § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2c SGB II ist vermutlich europarechtswidrig. Für zwei Kinder, die noch nicht in der Grundschule sind, besteht ebenfalls Leistungsanspruch nach SGB II, da möglicherweise ein sonstiges Aufenthaltsrecht Gründen bestehen kann (Art. 6 GG, Art. 8 EMRK), entweder nach §§ 27ff AufenthG oder nach § 7 AufenthG. Für ein solches Aufenthaltsrecht bestehen gewichtige Anhaltspunkte.

## Art. 10 VO 492/2011

*In der Literatur wird zumindest ganz überwiegend die Auffassung vertreten, dass der Leistungsausschluss europarechtswidrig ist, weil für das Freizügigkeitsrecht nach Art. 10 Verordnung (EU) Nr. 492/2011 keine Ausnahme vom Diskriminierungsverbot (Art. 18 Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union - AEUV -, Art. 4 Verordnung (EG) Nr. 883/2004) geregelt, insbesondere die Einschränkungsmöglichkeit nach Art. 24 Abs. 2 Richtlinie 2004/38/EG nicht anwendbar sei, weil es kein Aufenthaltsrecht sei, das der Richtlinie 2004/38/EG unterfalle (Devetzki/Janda, ZESAR 2017, 197, 203 ff.; Oberhäuser/Steffen, ZAR 2017, 149, 150 ff.; Leopold, in: jurisPK-SGB II, § 7 Rn. 99.16, Stand: 08.01.2018; G. Becker, in: Eicher/Luik, SGB II, 4. Aufl. 2017, § 7 Rn. 50). Auch in weiten Teilen der Rechtsprechung der Landessozialgerichte wird mit im Wesentlichen gleicher Argumentation von einer (überwiegend wahrscheinlichen) Europarechtswidrigkeit des Leistungsausschlusses ausgegangen (Schleswig-Holsteinisches LSG, Beschluss vom 17. Februar 2017 - [L 6 AS 11/17 B ER](#) -, juris, Rn. 23 ff.; LSG Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 6. Juni 2017 - [L 2 AS 567/17 B ER](#) -, juris, Rn. 40; LSG für das Land NRW, Beschluss vom 21. August 2017 - [L 19 AS 1577/17 B ER](#) -, juris, Rn. 29 ff.; Beschluss vom 26. September 2017 - [L 6 AS 380/17 B ER](#) -, juris, Rn. 27 ff.; a. A. Thüringer LSG, Beschluss vom 1. November 2017 [L 4 AS 1225/17 B ER](#) -, juris, Rn. 28).*

*Da die Rechtsfrage, ob § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2c SGB II mit europäischem Recht vereinbar ist, nach Auffassung des Senats im Hauptsacheverfahren eine Vorlage an den EuGH als gesetzlichen Richter (Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG) erfordert (Art. 267 AEUV), entscheidet der Senat aufgrund einer Folgenabwägung (ebenso z. B. LSG für das Land NRW, Beschluss vom 8. Juni 2018 - [L 7 AS 420/18 B ER](#) u. a. -, juris, Rn. 17). Hierbei überwiegen die Interessen der Antragsteller am Erhalt existenzieller Leistungen gegenüber dem Interesse der Antragsgegnerin zu vermeiden, dass sie eventuell Leistungen vorläufig zu erbringen hat, die sie bei abweichender Hauptsacheentscheidung nicht mit Erfolg zurückfordern kann.*

[LSG NRW \(7. Senat\); Beschluss vom 30. August 2018; L 7 AS 1268/18 B ER](#)

Anspruch auf SGB II-Leistungen für früher erwerbstätige Mutter eines polnischen Kindes in Schulausbildung. Der Leistungsausschluss für Personen mit Aufenthaltsrecht nach Art. 10 VO 492/2011 ist vermutlich europarechtswidrig.

*Allerdings wird mit gewichtiger Argumentation geltend gemacht, dass der Leistungsausschluss des § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2c) SGB II gegen das europäische Gemeinschaftsrecht verstößt (LSG Nordrhein-Westfalen Beschlüsse vom 21.08.2017 - [L 19 AS 1577/17 B ER](#), vom 12.07.2017 - [L 12 AS 596/17 B ER](#) und vom 01.08.2017 - [L 6 AS 860/17 B ER](#); LSG Schleswig-Holstein Beschluss vom 17.02.2017 - [L 6 AS 11/17 B ER](#); Derksen, info also 2016, 257; Devetzi/Janda, ZESAR 2017, 197).*

[SG Chemnitz \(22. Kammer\), Urteil vom 21.08.2018; S 22 AS 99/18](#)

Anspruch auf Leistungen nach SGB II für Kinder mit Aufenthaltsrecht nach Art. 10 VO 492/2011 und ihre niederländischen bzw. kroatischen Eltern. Der Leistungsausschluss aus § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2c SGB II ist wegen des in Art. 7 Abs. 2 VO 492/11/EU normierten Diskriminierungsverbots und der Nichtanwendbarkeit der Schrankenregelung in § 24 Abs. 2 der Richtlinie 2008/38/EG des Europäischen Parlaments und des Rates (Unionsbürgerrichtlinie) mit europäischem Recht nicht vereinbar.

[LSG NRW \(7. Senat\); Beschluss vom 8. Juni 2018; L 7 AS 420/18 B ER und L 7 AS 421/18 B](#)

Anspruch auf Leistungen nach SGB II für die früher erwerbstätige Mutter von drei Kindern in Schulausbildung im Eilverfahren. Der Leistungsausschluss gem. § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2c) SGB II ist möglicherweise mit Unionsrecht unvereinbar.

*„Allerdings wird mit gewichtiger Argumentation geltend gemacht, dass der Leistungsausschluss des § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2c) SGB II gegen das europäische Gemeinschaftsrecht verstößt (LSG Nordrhein-Westfalen Beschlüsse vom 21.08.2017 - [L 19 AS 1577/17 B ER](#), vom 12.07.2017 - [L 12 AS 596/17 B ER](#) und vom 01.08.2017 - [L 6 AS 860/17 B ER](#); LSG Schleswig-Holstein Beschluss vom 17.02.2017 - [L 6 AS 11/17 B ER](#); Derksen, info also 2016, 257; Devetzi/Janda, ZESAR 2017, 197). Greift der Leistungsausschluss des § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2c) SGB II gegenüber der Antragstellerin zu 1) nicht, ist sie als erwerbsfähige Leistungsberechtigte iSd § 7 Abs. 1 Satz 1 SGB II anzusehen und folgt der Leistungsanspruch der übrigen Antragsteller als Mitglieder der Bedarfsgemeinschaft (§ 7 Abs. 3 Nr. 3 a, 4 SGB II) - wie ausgeführt - aus § 7 Abs. 2 Satz 1 SGB II.“*

[LSG NRW \(7. Senat\); Beschluss vom 21.](#)

Anspruch auf Leistungen nach SGB II für früher erwerbstätige Mutter eines Kindes in Schulausbildung im Eilverfahren. Der Leistungsausschluss gem. § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2c) SGB II ist möglicherweise mit Unionsrecht unvereinbar.



## Art. 10 VO 492/2011

[Dezember 2017; L 7 AS 2044/17 B ER](#)

„Die Antragstellerin zu 3) verfügt über ein Aufenthaltsrecht aus Art. 10 VO (EU) 492/11. (...) Hieraus leitet sich ein eigenständiges Aufenthaltsrecht der Antragstellerin zu 1) als sorgeberechtigte Mutter der Antragstellerin zu 3) ab. (...) Der Leistungsausschluss des § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2c) SGB II steht einer zusprechenden Entscheidung im Wege der Folgenabwägung nicht entgegen. Zwar sind vorliegend die Voraussetzungen dieser Ausschlussnorm ihrem Wortlaut nach gegeben. Danach sind Ausländer und Ausländerinnen vom Leistungsbezug ausgeschlossen, die ihr Aufenthaltsrecht (wie hier) allein oder neben einem Aufenthaltsrecht nach Buchstabe b aus Artikel 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 (Abl. L 141 vom 27.5.2011, S. 1), die durch die Verordnung (EU) 2016/589 (Abl. L 107 vom 22.4.2016, S. 1) geändert worden ist, ableiten.

Allerdings wird mit gewichtiger Argumentation geltend gemacht, dass der Leistungsausschluss des § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2c) SGB II gegen das europäische Gemeinschaftsrecht verstößt (LSG Nordrhein-Westfalen Beschlüsse vom 21.08.2017 - [L 19 AS 1577/17 B ER](#), vom 12.07.2017 - [L 12 AS 596/17 B ER](#) und vom 01.08.2017 - [L 6 AS 860/17 B ER](#); LSG Schleswig-Holstein, Beschluss vom 17.02.2017 - [L 6 AS 11/17 B ER](#); Derksen, info also 2016, 257; Devetzi/Janda, ZESAR 2017, 197).“

[LSG NRW \(6. Senat\); Beschluss vom 10. November 2017; L 6 AS 1256/17 B ER](#)

Der Leistungsausschluss nach § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 c) SGB II verstößt gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz nach Maßgabe des Art. 4 VO (EG) 883/2004. Diese Bestimmung regelt, dass Personen, für die die Verordnung gilt und sofern in dieser Verordnung nichts anderes bestimmt ist, die gleichen Rechte und Pflichten aufgrund der Rechtsvorschriften eines Mitgliedsstaates haben wie die Staatsangehörigen dieses Staates. Der Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot des Art. 4 der VO (EG) 883/2004 führt wegen des Anwendungsvorrangs zur Nichtanwendbarkeit des diskriminierenden Merkmals des nationalen Rechts bei Anwendung der übrigen Tatbestandsvoraussetzungen des Leistungsanspruchs (st.Rspr. des EuGH seit Rs [63/76](#), [Slg 1976. 2057](#) - Inzirillo).

Bei dem Leistungsausschluss nach § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II handelt es sich um eine offene, unmittelbare Diskriminierung, denn das entscheidende Unterscheidungskriterium ist die Staatsangehörigkeit. In der VO (EG) 883/2004 selbst findet sich keine (ausdrückliche) Regelung, die eine solche unterschiedliche Behandlung zulässt (s auch Dern in Schreiber/Wunder/Dern VO (EG) Nr. 883/2004 Art. 4 VO RdNr. 5). (...)

Verstößt danach § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 c) SGB II bei Erfüllung der Voraussetzungen gegen das Diskriminierungsverbot des Art. 4 der VO (EG) 883/2004 ist die Vorschrift in ihren diskriminierenden Auswirkungen (Leistungsausschluss) nicht anwendbar; es verbleibt bei dem Leistungsanspruch, dessen Voraussetzungen glaubhaft gemacht sind (vgl. EuGH Rs [63/76](#), [Slg 1976. 2057](#) - Inzirillo).

Für den Anordnungsanspruch der Antragsteller zu 4) und 5) gilt: Sie sind nicht erwerbsfähig, haben aber gem. § 7 Abs. 2 S. 1 iVm § 7 Abs. 3 Nr. 4 und § 19 Abs. 1 S. 1 SGB II als Mitglieder der Bedarfsgemeinschaft der Antragsteller zu 1) und 2) einen Anspruch auf Sozialgeld, auf welchen Kindergeld gem. § 11 Abs. 1 S. 4 SGB II anzurechnen ist. Der Ausschlussgrund (für Familienangehörige) des § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II greift nicht.

[LSG NRW \(6. Senat\); Beschluss vom 26. September 2017; L 6 AS 380/17 B ER](#)

„Das Aufenthaltsrecht der Antragstellerin zu 2) ergibt sich hier nicht aus dem Zweck der Arbeitsuche. Ihr steht aus Art. 10 VO 492/2011 ein anderes, abgeleitetes Aufenthaltsrecht zur Seite. Das eigenständige Aufenthaltsrecht bezieht sich wiederum auf Art. 10 der Verordnung 492/11 des Europäischen Parlamentes und des Europäischen Rates vom 05.04.2011 über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der EU (ABI. L141 v. 27.05.2011, S. 1, VO 492/11). Das ausbildungsbezogene Aufenthaltsrecht der Kinder besteht unabhängig von den Voraussetzungen der RL 2004/38/EG. Insbesondere müssen die Kinder und der sorgeberechtigte Elternteil nicht über ausreichenden Krankenversicherungsschutz und ausreichende Existenzmittel verfügen (...)  
Nach alledem kann sich hier sowohl der Antragsteller zu 1) als Vater der in Schulausbildung befindlichen o.g. Kinder als auch die Antragstellerin zu 2) als Kindesmutter jedenfalls auf das aus Art. 10 der VO (EG) Nr. 492/2011 abgeleitete Aufenthaltsrecht wegen

## Art. 10 VO 492/2011

der Anwesenheit und der Fürsorge als sorgeberechtigte und sorgeausübende Eltern der Antragstellerinnen zu 3) und 4) berufen. Das aus Art. 10 VO 492/11/EU abgeleitete Aufenthaltsrecht eines sorgeberechtigten Elternteils endet im Übrigen u.a. erst dann, wenn der Verlust seines Aufenthaltsrechts nach den Vorschriften des FreizügG/EU festgestellt wird, wobei für Letzteres ausschließlich die **Ausländer**behörden zuständig sind (LSG NRW Beschluss vom 27.01.2016 - [L 19 AS 29/16 B ER](#) - juris Rn. 33). Dies gilt auch für die Zeit vom 02.12.2016 bis zum Inkrafttreten des § [7](#) Abs. 1 S. 2 Nr. 2 c) SGB II n.F. am 29.12.2016.

Sind die Voraussetzungen des § [7](#) Abs. 1 S. 2 Nr. 2 c) SGB II nF erfüllt, entfaltet der Leistungs**ausschluss** wegen des Anwendungsvorrangs europäischen Sozialrechts keine Wirkung (vgl. auch LSG NRW Urteil vom 28.11.2013 - [L 6 AS 130/13](#)). Hier folgt dies aus dem Verstoß der Vorschrift gegen das Gleichbehandlungsgebot des Art. 4 VO (EG) 883/2004). Der Antragsgegner ist zur Leistungsgewährung verpflichtet.“

[LSG NRW \(21. Senat\); Beschluss vom 14. September 2017; L 21 AS 1459/17 B ER, L 21 AS 1460/17 B](#)

„Nach diesem Maßstab kommt der Senat in Abwägung der Interessen der Antragsteller an einer Gewährung existenzsichernder Leistungen mit dem vom Antragsgegner vertretenen öffentlichen Interesse zu dem Ergebnis, dass der Antragsgegner im Wege der Regelungsanordnung zur vorläufigen Leistungsgewährung im tenorierten Umfang zu verpflichten ist.

Maßgeblicher Grund hierfür ist die besondere Situation der schwangeren Antragstellerin zu 2). Die staatlichen Gerichte haben in ihrer Verfahrensgestaltung die erforderlichen Vorkehrungen zu treffen, damit Verfassungsverletzungen ausgeschlossen und dadurch sich der aus dem Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit ergebenden Schutzpflicht staatlicher Organe Genüge getan wird (BVerfG, Beschluss vom 25.02.2014, [2 BvR 2457/13](#), Juris Rn. 10 m.w.N.). Die Antragstellerin zu 2) kann sich angesichts ihrer Schwangerschaft und ihrer bereits im Oktober 2017 erwarteten Entbindung auf eine grundrechtliche Schutzpflicht aus Art. [2](#) Abs. 2 Satz 1 GG berufen, der der Senat in der Interessenabwägung im einstweiligen Rechtschutzverfahren maßgebliches Gewicht beimisst.

Hinter diesen grundrechtlichen Belangen der Antragstellerin zu 2) - und mit ihr der Belange der übrigen Antragsteller als ihrer Familienangehörigen - muss einstweilen die Wertentscheidung des bundesdeutschen Gesetzgebers zurückstehen, in einer derartigen Konstellation keine existenzsichernden Sozialleistungen erbringen zu wollen. Die Antragsteller erfüllen zwar die Anspruchsvoraussetzungen für die Inanspruchnahme von Grundsicherungsleistungen nach dem SGB II (dazu a), werden jedoch von dem Leistungs**ausschluss** des § [7](#) Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 c) SGB II erfasst (dazu b). Der Senat verkennt dabei seine Gesetzesbindung (Art. [20](#) Abs. 3, Art. [97](#) Abs. 1 GG) nicht. Im Rahmen der erforderlichen Interessenabwägung ist er aber von Verfassungs wegen ebenfalls verpflichtet (erneut BVerfG, Beschluss vom 17.01.2017, [2 BvR 2013/16](#)), in diese Abwägung den Umstand einzubeziehen, dass gegen den nationalen Leistungs**ausschluss** des § [7](#) Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 c) SGB II gewichtige europarechtliche Bedenken erhoben werden, die im Falle ihres Durchgreifens eine Anwendung des bundesdeutschen Leistungs**ausschlusses** kraft Europarechts sperren würden. Dass der erkennende Senat diese europarechtlichen Bedenken nach aktuellem Erkenntnisstand nicht teilt (dazu c), ändert nichts daran, dass sie vorhanden und damit im Rahmen der Abwägung mit einzubeziehen sind. Ob die Bedenken durchgreifen, wird sich im Ergebnis zudem erst nach einer entsprechenden Befassung des EuGH mit ihnen zeigen. beimisst.“

[LSG Sachsen-Anhalt \(2. Senat\); Beschluss vom 6. September 2017; L 2 AS 567/17 B ER](#)

Anspruch auf SGB II, weil der Leistungsausschluss für Personen mit Aufenthaltsrecht nach Art. 10 VO 492/2011 mit **überwiegender Wahrscheinlichkeit** europarechtswidrig sein dürfte.

Der Senat geht im Rahmen der summarischen Prüfung davon aus, dass letztlich mehr Gründe für eine Unvereinbarkeit dieser neuen Regelung mit Europäischen Unionsrecht sprechen als dagegen. Aus dem allgemeinen Grundsatz, wonach dem Unionsrecht im Verhältnis zum nationalen Recht ein Anwendungsvorrang zukommt (vgl. EuGH, Urteil vom 15. Juli 1964, Rs. [6/64](#), [Costa/ENEL], zitiert nach juris) folgt bei einer Unvereinbarkeit der neuen **Ausschluss**klausel mit Unionsrecht deren Nichtanwendbarkeit. Die Feststellung der Unionsrechtswidrigkeit einer nationalen Regelung ist letztlich dem EuGH vorbehalten. Weil aber im einstweiligen

## Art. 10 VO 492/2011

*Rechtsschutzverfahren eine Vorlage an den EuGH untunlich ist, entscheidet der Senat im Rahmen einer Folgenabwägung (so auch das Schleswig-Holsteinische LSG, Beschluss vom 17. Februar 2017, [L 6 AS 11/17 B ER](#), zitiert nach juris, Rn. 23 ff.),*

[LSG NRW \(19. Senat\);  
Beschluss vom 21.  
August 2017; L 19 AS  
1577/17 B ER und L  
19 AS 1578/17 B](#)

Anspruch auf SGB II, weil der Leistungsausschluss für Personen mit Aufenthaltsrecht nach Art. 10 VO 492/2011 europarechtswidrig sein dürfte.

„Da die Rechtsfrage, ob § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 c) SGB II gegen das Diskriminierungsverbot aus Art. 18 AEUV i.V.m. Art. 4 VO (EG) 883/2004, Art. 7 und 10 VO (EU) 492/11 verstößt, im Hauptsacheverfahren eine Vorlage des dann letztinstanzlich entscheidenden Gerichts an den EuGH erfordert, ist im Hinblick auf die nicht geklärte Vereinbarkeit von § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 c) SGB II mit dem Unionsrecht und unter Beachtung des Gebots der Gewährung effektiven Rechtsschutzes nach Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG eine Interessenabwägung vorzunehmen (vgl. BVerfG, Beschluss vom 17.01.2017 - [2 BvR 2013/16](#) m.w.N), in die insbesondere die grundrechtlich relevanten Belange des Antragstellers zu 1) einzustellen sind. (...)Hier überwiegt das Interesse des Antragstellers zu 1) am Nichtvollzug des angefochtenen Bescheides.in Ansehung auch des Umstandes dass es sich bei dem Diskriminierungsverbot aus Art. 4 VO (EG) 883/2004, Art. 7 und 10 VO (EU) 492/11 nach Art. 288 Abs. 1 AEUV um unmittelbar geltendes höherrangiges Recht handelt. Dem Antragsteller zu 1) droht des Weiteren eine erhebliche, über Randbereiche hinausgehende Verletzung seiner Grundrechte - Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums aus Art. 1 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 20 Abs. 1 GG -, die durch ein Urteil in der Hauptsache nicht mehr beseitigt werden kann.“

[LSG NRW \(6. Senat\);  
Beschluss vom 1.  
August 2017; L 6 AS  
860/17 B ER](#)

Anspruch auf SGB II mit Aufenthaltsrecht nach Art. 10 VO 492/2011. Leistungsausschluss nach § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2c SGB II verstößt gegen das Gleichbehandlungsgebot aus Art. 4 VO 883/2004 und ist daher nicht anwendbar. Das LSG NRW geht von einem originären eigenständigem Aufenthaltsrecht aus, dass gerade unabhängig von den Voraussetzungen der RL 2004/38/EG besteht. Die Regelung des Art. 24 Abs. 2 RL 2004/38/EG findet keine Anwendung, da dies ein Aufenthaltsrecht allein nach der RL 2004/38/EG voraussetzen würde. Der Leistungsausschluss nach § 7 Absatz 1 Satz 2 Nr. 2 c SGB II verstößt gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz des Art. 4 V. 883/2004 und führt zur Nichtanwendbarkeit des diskriminierenden Merkmals des nationalen Rechts bei Anwendung der übrigen Tatbestandsvoraussetzungen des Leistungsanspruchs.

„Der Leistungsausschluss nach § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 c SGB II verstößt gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz nach Maßgabe des Art. 4 VO (EG) 883/2004. Diese Bestimmung regelt, dass Personen, für die die VO gilt und sofern in dieser VO nichts anderes bestimmt ist, die gleichen Rechte und Pflichten aufgrund der Rechtsvorschriften eines Mitgliedsstaates haben wie die Staatsangehörigen dieses Staates. Der Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot des Art. 4 der VO (EG) 883/2004 führt wegen des Anwendungsvorrangs zur Nichtanwendbarkeit des diskriminierenden Merkmals des nationalen Rechts bei Anwendung der übrigen Tatbestandsvoraussetzungen des Leistungsanspruchs (st.Rspr. des EuGH seit Rs [63/76](#), [Slg 1976, 2057](#) - Inzirillo).

Bei dem Leistungsausschluss nach § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II handelt es sich um eine offene, unmittelbare Diskriminierung, denn das entscheidende Unterscheidungskriterium ist die Staatsangehörigkeit. In der VO (EG) 883/2004 selbst findet sich keine (ausdrückliche) Regelung, die eine solche unterschiedliche Behandlung zulässt (s auch *Dern in Schreiber/Wunder/Dern VO (EG) Nr. 883/2004 Art. 4 VO RdNr. 5*).

Eine den Leistungsausschluss möglicherweise rechtfertigende Einschränkung des Diskriminierungsverbots ergibt sich nicht aus Art. 24 Abs. 2 2. Alt in Verbindung mit Art. 14 Abs. 4 b) der RL 2004/38/EG (Unionsbürgerrichtlinie). Die Schrankenregelung des Art. 24 Abs. 2 RL 2004/38/EG bezieht sich nach Wortlaut und Sachzusammenhang auf den zuvor in Abs. 1 umrissenen Gleichbehandlungsgrundsatz. Danach gilt die Schrankenregelung nur für Unionsbürger, denen Aufenthaltsrechte "aufgrund dieser Richtlinie" zustehen, "vorbehaltlich spezifischer und ausdrücklich im Vertrag und im abgeleiteten Recht vorgesehener Bestimmungen". Die Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes nach Art. 24 Abs. 1 RL 2004/38/EG und der Schrankenregelung des Art. 24 Abs. 2 RL 2004/38/EG setzt ein Aufenthaltsrecht allein aus dieser Richtlinie voraus (LSG NRW Beschluss vom 12.07.2017 - [L 12 AS 596/17 B ER](#); LSG SH Beschluss vom 17.02.2017 - [L 6 AS 11/17 B ER](#); EuGH Urteil vom 25.02.2016 - [C-299/14](#) - Garcia-Nieto -

## Art. 10 VO 492/2011

juris Rn. 40 mit Verweis auf das Urteil vom 15.09.2015 - [C 67/14](#) - Alimanovic - juris Rn. 51 die Vorlagefragen hier bezogen sich allein auf das Aufenthaltsrecht zur Arbeitsuche im Sinne der RL 2004/38/EG).

Art. 10 VO (EU) 492/2011 begründet aber ein von den in Kapitel III der Richtlinie 2004/38/EG normierten Aufenthaltsrechten unabhängiges und originäres eigenständiges Aufenthaltsrecht zu Ausbildungszwecken. Auch diese Bestimmung gilt ohne nationalen Umsetzungsakt unmittelbar im jeweiligen Mitgliedstaat (s LSG aaO mit eingehender Begründung unter Bezugnahme auf EuGH Urteil vom 23.02.2010 - [C-480/08](#) - Texeira; EuGH, Urteil vom 23.02.2010 - [C-310/08](#) - Ibrahim zur Vorgängerregelung Art. 12 VO (EWG) 1612/68). Das Aufenthaltsrecht aus Art. 10 VO (EU) 492/2011 ist nicht davon abhängig, dass ausreichend Existenzmittel und ein umfassender Krankenversicherungsschutz zur Verfügung stehen. Der Zugang zur Ausbildung ist sogar in dem Sinne umfassend auszuliegen, dass auch die finanziellen Ressourcen umfasst sind, die benötigt werden, um die Ausbildung abzuschließen, ansonsten das gewährleistete Aufenthaltsrecht im Aufnahmestaat aus wirtschaftlichen Gründen ins Leere laufen würde (LSG SH aaO; vgl. EuGH Urteil vom 23.02.2010 - [C-480/08](#) - Texeira; Urteil vom 23.02.2010 - [C-310/08](#) - Ibrahim).

Verstößt danach § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 c) SGB II bei Erfüllung der Voraussetzungen gegen das Diskriminierungsverbot des Art. 4 der VO (EG) 883/2004 ist die Vorschrift in ihren diskriminierenden Auswirkungen (Leistungs[ausschluss](#)) nicht anwendbar; es verbleibt bei dem Leistungsanspruch, dessen Voraussetzungen glaubhaft gemacht sind (vgl. EuGH Rs [63/76](#), [Slg 1976, 2057](#) - Inzirillo).“

[LSG NRW \(12. Senat\); Beschluss vom 12. Juli 2017; L 12 AS 596/17 B ER, L 12 AS 597/17 B](#)

Anspruch auf Leistungen nach SGB II für Kinder mit Aufenthaltsrecht nach Art. 10 VO 492/2011 sowie dessen Eltern, da der Leistungs[ausschluss](#) mit überwiegender Wahrscheinlichkeit europarechtswidrig ist.

„Steht somit das aus Art. 10 VO (EU) 492/2011 abgeleitete Aufenthaltsrecht eigenständig neben denjenigen Aufenthaltsrechten, die sich aus der Unionsbürgerrichtlinie ergeben, und schließt zugleich die Unionsbürgerrichtlinie die Geltung von spezifischen und ausdrücklich im Vertrag und im abgeleiteten Recht vorgesehenen Bestimmungen nicht aus, hat sich der Leistungs[ausschluss](#) nach § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 c) SGB II insbesondere an dem in Art. 4 Verordnung (EG) Nr. 883/2004 des europäischen Parlaments und des Rates vom 29.04.2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit (VO (EG) 883/2004) niedergelegten Gleichbehandlungsgebot zu messen. Nach dieser Norm haben Personen, für die diese Verordnung gilt, sofern in der Verordnung nichts anderes bestimmt ist, die gleichen Rechte und Pflichten aufgrund der Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats wie die Staatsangehörigen dieses Staates. Art. 4 VO (EG) 883/2004 verbietet jegliche Ungleichbehandlung aufgrund der Staatsangehörigkeit und fordert die Gleichbehandlung von Unionsbürgern mit ausländischer Staatsangehörigkeit mit inländischen Staatsangehörigen. Die Verordnung sieht jedoch eine Beschränkung des Gleichheitsgebotes anknüpfend an die Staatsangehörigkeit nicht vor (vgl. Derksen in info also, 6/2016, S. 258). **Mangels wirksamer (Schranken-)Regelung dürfte der Leistungs[ausschluss](#) des § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 c) SGB II mithin gegen Gemeinschaftsrecht verstoßen.**“

[Sozialgericht Freiburg \(15. Kammer\); Beschluss vom 26. Mai 2017, S 15 AS 1874/17.ER](#)

Zur Europarechtswidrigkeit der aus § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 c) SGB II 2017 hervorgehenden Ausschlussnorm.

Hiernach sind vom gänzlichen Ausschluss von Leistungen nach dem SGB II erwerbsfähige Schülerinnen und Schüler sowie ihre Eltern und sonstige der Bedarfsgemeinschaft angehörende Familienmitglieder erfasst, die hier nicht mehr erwerbstätig sind.

In der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs wurde aber zum Ausdruck gebracht, dass das durch Art. 10 VO (EG) Nr. 492/2011 gewährleistete Aufenthaltsrecht gerade nicht von den Voraussetzungen der RL 2004/38/EG abhängig ist, d. h. dieser Personenkreis nicht über ausreichende Existenzmittel und Versicherungsschutz gegen Krankheit zu verfügen hat. Würde dem die tatsächliche Sorge ausübenden Elternteil die Gewährung notwendiger Sozialleistungen zur Existenzsicherung im Fall der Bedürftigkeit nicht bewilligt, dann liefe das durch Art. 10 VO (EG) Nr. 492/2011 eingeräumte Aufenthaltsrecht im Aufnahmestaat bereits aus rein wirtschaftlichen Gründen ins Leere. Die praktische Wirksamkeit des EU-Rechts wäre überdies erheblich



## Art. 10 VO 492/2011

	<i>beeinträchtigt, denn die Außerkraftsetzung des aus der Arbeitnehmerfreizügigkeit gemäß Art. 10 VO (EU) Nr. 492/2011 abzuleitenden Aufenthaltsrechts könnte Unionsbürger davon abhalten, von ihrem Freizügigkeitsrecht Gebrauch zu machen.</i>
<a href="#">Sozialgericht Köln (25. Kammer), Beschluss vom 28. April 2017, S 25 AS 1170/17 ER</a>	Anspruch auf Leistungen nach SGB II für rumänische Staatsangehörige mit Aufenthaltsrecht nach Art. 10 VO 492/2011. Die Kammer hält den Leistungsausschluss für Personen mit Aufenthaltsrecht nach Art. 10 VO 492/2011 überwiegend wahrscheinlich für europarechtswidrig.
<a href="#">LSG Schleswig-Holstein (6. Senat), Beschluss vom 17. Februar 2017, L 6 AS 11/17 B ER</a>	SGB II für rumänische Staatsangehörige mit Aufenthaltsrecht nach Art. 10 VO 492/2011; auch nach neuer Rechtslage; Leistungsausschluss ist nach vorläufiger Würdigung EU-rechtswidrig „Für die Zeit ab 29. Dezember 2016 ist zwar mit § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 lit. c SGB II ein neuer Ausschlussgrund eingeführt worden, der sich auf Personen bezieht, die ein Aufenthaltsrecht aus Art. 10 VO (EU) 492/2011 herleiten. Diesen Leistungsausschluss hält der Senat allerdings bei vorläufiger Würdigung für gemeinschaftsrechtswidrig. Da eine Vorlage an den EuGH im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes untunlich ist, geht er nach Folgenabwägung vorläufig von einer Leistungspflicht des Antragsgegners aus.“



## Familienangehörige

[LSG NRW \(21. Senat\); Beschluss vom 10. Dezember 2018; L 21 AS 959/18 B ER und L 21 AS 960/18 B](#)

Anspruch auf SGB II-Leistungen für Familienangehörige eines Arbeitnehmers trotz Feststellung über den Verlust des Freizügigkeitsrechts, gegen die noch eine Klage beim VG anhängig ist. Der gewöhnliche Aufenthalt entfällt trotz Verlustfeststellung nicht. „Eine (positivrechtliche) Ausnahmegvorschrift zu § 7 Abs. 2 Satz 1, Abs. 3 SGB II, nach welchem die Verlustfeststellung nach § 5 Abs. 4 FreizügG/EU den Leistungsanspruch entfallen lässt, gibt es nicht.“

[LSG NRW \(7. Senat\); Beschluss vom 30. Januar 2019; L 7 AS 2006/18 B ER](#)

Anspruch auf Leistungen nach SGB II für 22jährige Tochter und einjährigen Enkel, die bei Eltern mit Arbeitnehmer\*innenstatus wohnen. Die Eltern erbringen Unterhalt in Form von kostenlosem Wohnrecht sowie Pflege und Betreuung.

„Das Gesetz fordert im Lichte des in Art. 6 Abs. 1 GG und Art. 8 Abs. 1 EMRK verankerten Schutzes der Familie keine ausreichende Unterhaltsgewährung. Vielmehr genügt auch ein nicht bedarfsdeckender Unterhalt. Anders als im Falle des § 3 Abs. 1 Satz 2 FreizügG/EU, der für Familienangehörige nicht erwerbstätiger Unionsbürger im Sinne des § 2 Abs. 2 Nr. 5 FreizügG/EU gilt, ist eine bedarfsdeckende Unterhaltsgewährung gerade nicht Voraussetzung für das Freizügigkeitsrecht (ständige Rechtsprechung des Senats, vgl. Urteil vom 22.03.2018 - [L 7 AS 1512/17](#), Beschlüsse vom 02.06.2016 - [L 7 AS 955/16 B ER](#), vom 28.05.2015 - [L 7 AS 372/15 B ER](#) und vom 15.04.2015 - [L 7 AS 428/15 B ER](#); zustimmend Bayerisches LSG Beschluss vom 19.11.2018 - [L 11 AS 912/18 BER](#); in diesem Sinne auch BVerwG Urteil vom 20.10.1993 - [11 C 1/93](#)).

Die Verpflichtung des Antragsgegners zur Bewilligung von Leistungen an die in Bedarfsgemeinschaft mit ihren Eltern lebende Antragstellerin erfolgt in Höhe der Regelbedarfsstufe 3 gemäß § 20 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 SGB II. Bei summarischer Prüfung im einstweiligen Rechtsschutz ist davon auszugehen, dass die Antragstellerin sowohl mit ihren Eltern als auch mit ihrem Kind eine generationenübergreifende Bedarfsgemeinschaft bildet (so tendenziell BSG Urteil vom 17.07.2014 - [B 14 AS 54/13 R](#); zustimmend Leopold, in *JurisPK SGB II* § 7 Rn. 209). Damit ist die Antragstellerin Angehörige einer Bedarfsgemeinschaft iSd § 20 Abs. 2 Satz 2 SGB II. Die der Antragstellerin von ihren Eltern gewährten Zuwendungen sind nicht als Einkommen iSv § 11 Abs. 1 SGB II anzurechnen. Schon aufgrund der Regelung des § 9 Abs. 3 SGB II ist das Einkommen der Eltern nicht bei der Antragstellerin anzurechnen, die ihren einjährigen Sohn betreut. (...) Kosten der Unterkunft macht die Antragstellerin nicht geltend.“

[LSG Bayer, \(11. Senat\), Beschluss vom 19. November 2018; L 11 AS 912/18 B ER](#)

Anspruch auf SGB II-Leistungen für die 55jährige Mutter einer 31jährigen bulgarischen Arbeitnehmerin. Die Tochter verdient zwischen 550 und 840 Euro und hat selbst einen aufstockenden SGB II-Anspruch. Sie leistet der Mutter Unterhalt in Höhe von 200 Euro monatlich.

„Die Unterhaltszahlung iHv 200 EUR ist auch nicht völlig unwesentlich und geeignet, einen Teil des Lebensunterhaltes durch die ASt zu decken. So sind im Rahmen der Prüfung eines Arbeitnehmerstatus bereits deutlich geringere Einkommen als geeignet angesehen worden, um diesen nicht auszuschließen (vgl dazu zB Beschluss des Senats vom 06.02.2017 - [L 11 AS 887/16 B ER](#) - juris). Dies könnte auch für die Fälle der Unterhaltsgewährung als Erwägung entsprechend herangezogen werden. Zudem kann nicht vorgebracht werden, der Unterhalt würde letztlich nicht von der Tochter, sondern vielmehr durch den Ag über das dieser gewährte Alg II gezahlt. Die Tochter erhält lediglich aufstockendes Alg II und kann ihren Lebensunterhalt zum überwiegenden Teil mit ihrem Erwerbseinkommen bestreiten. Bei der Einkommensberücksichtigung im Rahmen der Leistungsbewilligung an die Tochter erfolgt eine Berücksichtigung von Freibeträgen. Ausweislich des letzten Bewilligungsbescheides vom 28.08.2018 wird insofern ein Betrag von 262,31 EUR nicht als Einkommen berücksichtigt. Die Unterhaltsleistung von 200 EUR würde sogar unter diesem Betrag liegen. Dies könnte es rechtfertigen auch für den Fall, dass ein Familienangehöriger sein Freizügigkeitsrecht von einem Freizügigkeitsberechtigten ableitet, der Alg II bezieht, eine Unterhaltsgewährung iSv § 3 Abs 2 Nr 2 FreizügG/EU nicht auszuschließen. (...)

Sofern teilweise vertreten wird, dass der Unterhaltsbedarf und die tatsächliche Abhängigkeit bereits im Herkunftsland bestanden

## Familienangehörige

haben muss (vgl zu diesem Problem: LSG Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 23.05.2018 - [L 4 AS 913/17 B ER](#) - und SG Augsburg, Urteil vom 20.10.2017 - [S 8 AS 1071/17](#) - beide zitiert nach juris), kann es dahinstehen, ob diese Anforderung im Rahmen des § 3 Abs 2 Nr 2 FreizügG/EU besteht. Jedenfalls hat die ASt schlüssig dargelegt, dass sie auch in Bulgarien vor der Einreise in die Bundesrepublik Deutschland von Unterhaltsleistungen der Tochter gelebt hat, nachdem sie geschieden worden war, von ihrem geschiedenen Ehemann keinen Unterhalt bekommen und seit 2013 auch kein Erwerbseinkommen erzielt hat. Soweit hier Zweifel bestehen sollten, wären diese im Rahmen des Hauptsacheverfahrens weiter aufzuklären.

[LSG NRW \(19. Senat\), Beschluss vom 30. Oktober 2018; L 19 AS 1472/18 B ER](#)

Anspruch auf Leistungen nach dem SGB II für die bulgarische Mutter eines bulgarischen Kindes. Der (nicht verheiratete) bulgarische Vater des Kindes verfügt über den fortwirkenden Arbeitnehmerstatus. Damit hat auch das Kind ein Freizügigkeitsrecht als Familienangehöriger. Die Mutter verfügt damit in analoger Anwendung über ein Aufenthaltsrecht nach § 28 AufenthG, denn dieser findet aufgrund des Diskriminierungsverbots auch Anwendung auf Unionsbürger\*innen.

Jedoch steht der Antragstellerin nach der im einstweiligen Rechtsschutzverfahren möglichen Prüfungsdichte ein Aufenthaltsrecht aus § 11 Abs. 1 S. 11 FreizügG/EU. i.V.m. § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 AufenthG und Art. 18 Abs. 1 AEUV zu.

Nach § 11 Abs. 1 S. 11 FreizügG/EU findet das AufenthG vorrangig vor dem FreizügG/EU Anwendung, wenn es eine günstigere Rechtsstellung vermittelt als das FreizügG/EU (vgl. zu den Voraussetzungen VGH Hessen, Urteil vom 16.11.2016 - [9 A 242/15](#)). Soweit Aufenthaltsrechte von Unionsbürgern nach § 11 Abs. 1 S. 11 FreizügG/EU i.V.m. den Vorschriften des AufenthG zu prüfen sind, ist es nach der Rechtsprechung des BSG (Urteil vom 30.01.2013 - [B 4 AS 54/12 R](#)) unerheblich, ob dem Unionsbürger ein Aufenthaltstitel nach dem AufenthG tatsächlich erteilt worden ist. Entscheidend ist vielmehr, ob ihm ein solcher Titel zu erteilen wäre.

§ 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 AufenthG sieht vor, dass einem ausländischen Elternteil eines minderjährigen ledigen Deutschen zur Ausübung der Personensorge - auch ohne Existenzsicherung i.S.v. § 5 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG (§ 28 Abs. 1 S. 2 AufenthG) - eine Aufenthaltserlaubnis zu erteilen ist, wenn der Deutsche seinen gewöhnlichen Aufenthalt im Bundesgebiet hat. § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 AufenthG findet aufgrund des in Art. 18 Abs. 1 AEUV statuierten Verbots der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit auf minderjährige Unionsbürger, die über ein Aufenthaltsrecht nach dem FreizügG/EU verfügen, und ihre Eltern Anwendung (vgl. Beschlüsse des Senats vom 30.11.2015 - [L 19 AS 1713/15 B ER](#), vom 20.01.2016 - [L 19 AS 1824/15 B ER](#), vom 22.06.2016 - [L 19 AS 924/16 B ER](#) und vom 01.08.2017 - [L 19 AS 1131/17 B ER](#); Urteil des Senats vom 01.06.2015 - [L 19 AS 1923/14](#); LSG NRW, Beschluss vom 26.09.2017 - [L 6 AS 380/17 B ER](#); LSG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 29.06.2016 - [L 25 AS 1331/16 B ER](#); Dienelt in Bergmann/Dienelt, **Ausländerrecht**, 12. Aufl. 2017, § 11 FreizügG/EU, Rn. 38 f.; a.A. LSG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 22.05.2017 - [L 31 AS 1000/17 B ER](#); LSG NRW, Beschluss vom 27.07.2017 - [L 21 AS 782/17 B ER](#); SG Berlin, Urteil vom 09.07.2018 - [S 135 AS 23938/15](#)).

Der Senat sieht auch im Hinblick auf die gegen seine Rechtsprechung erhobenen Einwände keinen Anlass, diese aufzugeben. Jeder Unionsbürger kann sich in allen Situationen, die in den sachlichen Anwendungsbereich des Unionsrechts fallen, auf das Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit in Art. 18 Abs. 1 AEUV berufen. Zu diesen Situationen gehören diejenigen, die die Ausübung der durch Art. 20 Abs. 2 Unterabs. 1 a) AEUV und Art. 21 AEUV verliehenen Freiheit betreffen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten zu bewegen und aufzuhalten (EuGH, Urteil vom 11.11.2014 - [C-333/13](#)). Art. 21 AEUV verleiht einem minderjährigen Unionsbürger ein Aufenthaltsrecht im Aufnahmemitgliedstaat, sofern er die in Art. 7 Abs. 1 RL 2004/38/EG vorgesehenen Voraussetzungen erfüllt. Wenn dies der Fall ist, erlaubt Art. 21 AEUV nach Auffassung des EuGH dem die elterliche Sorge für den Unionsbürger tatsächlich wahrnehmenden Elternteil, sich mit ihm im Aufnahmemitgliedstaat aufzuhalten (EuGH, Urteil vom 30.06.2016 - [C-115/15](#)). Ein minderjähriger Unionsbürger erfüllt die Voraussetzungen des Art. 7 Abs. 1 RL 2004/38/EG, wenn er ein Familienangehöriger ist, der einen nach Art. 7 Abs. 1 Buchst. a bis c RL 2004/38/EG freizügigkeitsberechtigten Unionsbürger begleitet oder ihm nachzieht (Art. 7 Abs. 1 Buchst. d RL 2004/38/EG). Nach der dargestellten Rechtsprechung des EuGH hat somit

## Familienangehörige

ein die elterliche Sorge tatsächlich ausübendes Elternteil, das mit dem anderen Elternteil, von dem sich das Aufenthaltsrecht des gemeinsamen Kindes nach Art. 7 Abs. 1 Buchst. d RL 2004/38/EG ableitet, nicht verheiratet ist, aus Art. 21 AEUV ein Aufenthaltsrecht.

In Ausübung dieses Aufenthaltsrechts kann sich sodann der die elterliche Sorge tatsächlich ausübende Elternteil auf das Diskriminierungsverbot aus Art. 18 Abs. 1 AEUV berufen. (...)

Soweit gegen die Rechtsprechung des Bundessozialgerichts hinsichtlich der Berücksichtigung von Aufenthaltsrechten aus § 11 Abs. 1 S. 11 FreizügG/EU ohne erteilten Aufenthaltstitel eingewandt wird, dass die Erteilung eines Aufenthaltstitels konstitutiv für die Begründung eines Aufenthaltsrechts nach dem AufenthG ist, hat der Senat in seine Überlegungen mit einbezogen, dass die Antragstellerin nach Aufforderung des Senats zwischenzeitlich ein Verfahren zur Klärung ihres Aufenthaltsstatus beim zuständigen Ausländeramt eingeleitet hat. Die Entscheidung des Ausländeramtes wird auch Tatbestandswirkung gegenüber dem Antragsgegner bzw. den Sozialgerichten entfalten (vgl. zur Tatbestandswirkung von Aufenthaltserlaubnissen BSG, Urteil vom 02.12.2014 - B 14 AS 8/13 R, Rn. 12 m.w.N., wonach die Leistungsträger nicht zur Überprüfung und ggf. Nichtbeachtung aufenthaltsrechtlicher Statusentscheidungen befugt sind).

Die Voraussetzungen eines Aufenthaltsrechts der Antragstellerin aus § 11 Abs. 1 S. 11 FreizügG/EU i.V.m. § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 AufenthG und Art. 18 Abs. 1 AEUV liegen vor. Die Antragstellerin hat für ihre Tochter - eine minderjährige Unionsbürgerin - das elterliche Sorgerecht inne und übt dieses aus. Aus dieser Rechtsstellung kann sie unter Berücksichtigung des in Art. 18 Abs. 1 AEUV statuierten Inländergleichbehandlungsgebotes ein Aufenthaltsrecht aus § 11 Abs. 1 S. 11 FreizügG/EU i.V.m. § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 AufenthG ableiten, wenn ihre Tochter selbst ein materielles Aufenthaltsrecht hat. Dies ist der Fall, da ihre Tochter ein Aufenthaltsrecht als Familienangehörige i.S.v. § 3 Abs. 2 Nr. 1 FreizügG/EU hat. Sie ist die Tochter eines freizügigkeitsberechtigten Unionsbürgers, Herrn O. Dieser kann sich aufgrund seiner mehr als einjährigen abhängigen Beschäftigung auf einen nach § 2 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 FreizügG/EU fortwirkenden Arbeitnehmerstatus berufen, der nach Ende der Beschäftigung zum 21.11.2017 zumindest zwei Jahre fort gilt.

[LSG NRW \(7. Senat\); Urteil vom 22. März 2018; L 7 AS 1512/1](#)

Anspruch auf Leistungen nach SGB II für eine über 21jährige Tochter, die von ihrer erwerbstätigen Mutter Unterhielt in Form von kostenfreiem Wohnrecht erhielt. Eine Unterhaltsgewährung bereits im Herkunftsland ist im Falle familienangehöriger Unionsbürger\*innen keine Voraussetzung. Urteil noch zur alten Rechtslage, allerdings voll übertragbar auf die neue Rechtslage.

„Der Wortlaut von § 3 Abs. 2 Nr. 2 FreizügG/EU enthält keine Anhaltspunkte dafür, dass die Anwendung auf die Fälle beschränkt bleiben soll, in denen der Unterhaltsbedarf bereits im Herkunftsland bestanden hat. Auch teleologisch ist eine entsprechende Auslegung nicht geboten. Vielmehr lässt die mit der Vorschrift bezweckte Erleichterung der Ausübung des Freizügigkeitsrechts und die Herstellung der Familieneinheit gerade keinen Raum für eine solche Einschränkung. Für den Familienangehörigen, der den Unionsbürger begleitet oder ihm nachzieht, macht es keinen Unterschied, ob eine Unterhaltsgewährung bereits im Herkunftsland bestanden hat oder erst nach dem Nachzug entsteht. Entscheidend ist ein (ggfs. partielles) Abhängigkeitsverhältnis des Familienangehörigen von dem freizügigkeitsberechtigten Unionsbürger in der Zeit des Aufenthalts in Deutschland. (...) Daher ist jedenfalls bei Unionsbürgern der Nachweis einer Unterhaltsgewährung nach der Einreise für die Annahme eines Aufenthaltsrechts als Familienangehöriger nach § 2 Abs. 2 Nr. 6 FreizügG/EU iVm § 3 Abs. 2 Nr. 2 FreizügG/EU ausreichend. (...) Nach diesen Maßgaben ist vorliegend von einer Unterhaltsgewährung auszugehen, indem die Zeugin die Klägerin bei ihr kostenfrei hat wohnen lassen.“

## Familienangehörige

[LSG Sachsen-Anhalt \(4. Senat\), Beschluss vom 23. Mai 2018; L 4 AS 913/17 B ER](#)

Anspruch auf SGB II-Leistungen für die Mutter eines 21jährigen, erwerbstätigen Sohnes, der ihr seit zwölf Monaten Unterkunft und Verpflegung gewährt und ihr auch bereits vor der Einreise nach Deutschland Unterhaltsleistungen in das Heimatland überwiesen hatte.

„Die Antragstellerin hat die Voraussetzungen eines Aufenthaltsrechts aus § 3 Abs. 1, 2 Nr. 2 FreizügG/EU im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes zur Überzeugung des Senats hinreichend glaubhaft gemacht. Derzeit spricht deutlich mehr dafür als dagegen, dass sie sich auf ein Aufenthaltsrecht als Familienangehörige berufen kann: Sie ist ihrem Sohn V. nachgezogen; er hat sie nach ihrer Einreise in die Bundesrepublik Deutschland dauerhaft in seinen Haushalt aufgenommen. Das familiäre Zusammenleben dauert seit dem gemeinsamen Bezug einer größeren Wohnung im November 2017 an. Zudem hat der Sohn die Antragstellerin seit der Einreise, d.h. über einen Zeitraum von zwölf Monaten, nachhaltig durch Unterkunftsgewährung und Verpflegung unterstützt, weil die Antragstellerin nach ihren insoweit glaubhaften Bekundungen nicht über eigene Mittel (aus Einkommen oder Vermögen) zur Bedarfsdeckung verfügt.“

Anspruch auf SGB-II-Leistungen besteht auch für den weiteren elfjährigen Sohn der Mutter, weil er sich möglicherweise auf ein fiktives Aufenthaltsrecht aus dem Aufenthaltsgesetz berufen kann.

„Allerdings gewährt Art. 6 GG keinen unmittelbaren Anspruch auf Aufenthalt. Indes sind bei einer Entscheidung über ein Aufenthaltsbegehren die familiären Bindungen des **Ausländers** an im Bundesgebiet lebende Personen angemessen zu berücksichtigen. Dies lässt es möglich erscheinen, dass die familiäre Verbundenheit und die Abhängigkeit des 11-jährigen Antragstellers von seiner Mutter, der Antragstellerin, dazu führt, dass ihm von der zuständigen **Ausländerbehörde** ein Aufenthaltstitel – in Abhängigkeit vom Aufenthaltsrecht der Antragstellerin – erteilt wird. Insoweit ist zu beachten, dass faktisch die Antragstellerin die Personensorge für den Antragsteller wahrnimmt und sie über ein abgeleitetes Aufenthaltsrecht als Familienangehörige aus wirtschaftlichen Gründen verfügt, sodass die Antragsteller wohl nicht zumutbar darauf verwiesen werden können, die familiäre Einheit im Heimatland wiederherzustellen.

Da die Antragstellerin mit überwiegender Wahrscheinlichkeit über ein sog. anderweitiges Aufenthaltsrecht im Sinne von § 7 Abs. 1 SGB II verfügt, waren auch dem sie begleitenden minderjährigen Antragsteller im Rahmen der Folgenabwägung SGB II-Leistungen zuzusprechen.“

[LSG NRW \(2. Senat\); Beschluss vom 11. Dezember 2017 \(L 2 AS 2057/17 B ER\)](#)

Anspruch auf SGB II-Leistungen für 21jährige Tochter eines Unionsbürgers, der nach unfreiwilligem Verlust der Arbeit nach mehr als einjähriger Beschäftigung über ein fortwirkendes Freizügigkeitsrecht als Arbeitnehmer verfügt. Eine Unterhaltsgewährung von 100 Euro reichen aus. Wegen einer schweren Erkrankung geht der Senat zusätzlich vom Vorliegen der Voraussetzungen für ein anderes Aufenthaltsrecht nach dem AufenthG (hier § 36 Abs. 2 AufenthG) aus: „Auch die gemäß § 11 Abs. 1 Satz 11 FreizügG/EU im Wege eines Günstigkeitsvergleichs anwendbaren Regelungen des Aufenthaltsgesetzes (AufenthG) führen nach der Rechtsprechung des BSG dazu, dass der Leistungsausschluss nicht anwendbar ist (vgl. hierzu BSG, Urteil vom 30.01.2013 - [B 4 AS 54/12 R](#), RdNrn. 32 ff. bei juris).“

„Die im Zeitpunkt des Familiennachzugs gerade 21 Jahre alte Antragstellerin hat nach den Angaben im Erstantrag vom 11.11.2015 in den letzten Monaten, also auch vor ihrem Zuzug nach Deutschland, von dem Einkommen ihres Vaters und den Ersparnissen der Eltern gelebt. Sie wird nach den glaubhaften Angaben ihrer Mutter auch seit ihrer Ankunft in Deutschland im Oktober 2015 von den Eltern unterstützt. Diese übernehmen den nach den Berechnungen des Antragsgegners von der Antragstellerin zu tragenden Anteil der Kosten der Unterkunft und Heizung und haben ihren Lebensunterhalt bis zum Beginn der Arbeitslosigkeit des Vaters aus den diesem zustehenden Freibeträgen vollständig und danach mit Hilfe des Arbeitslosengeldes I zumindest teilweise gedeckt. Der Senat geht davon aus, dass der Antragstellerin diesbezüglich Unterhaltsleistung zur Verfügung gestellt werden, die einen Wert von 100,-



## Familienangehörige

Euro monatlich erreichen und rechnet diesen Betrag im Rahmen des Eilverfahrens als Einkommen an. Er lässt offen, ob eine hinreichende Unterhaltsgewährung für ein Aufenthaltsrecht auch dann angenommen werden kann, wenn der Unterhalt allein aus Mitteln des SGB II-Leistungsbezugs gezahlt wird, weil der Unterhaltsgewährende selbst ausschließlich im Leistungsbezug steht. Eine solche Fallgestaltung liegt hier gerade nicht vor, weil der Unterhalt über einen Zeitraum von zwei Jahren im Wesentlichen aus dem Erwerbseinkommen des Vaters gezahlt worden ist, der aktuell jedenfalls noch über einen Anspruch auf Arbeitslosengeld I verfügt.“

[Sozialgericht Augsburg \(8. Kammer\); Urteil vom 20. Oktober 2017 \(S 8 AS 1071/17\)](#)

Anspruch auf Leistungen nach SGB II für eine 21jährige rumänische Tochter, die von ihrem Vater einen Teil des Unterhalts erhält. Dafür ist ausreichend, dass der Vater seine Tochter verköstigt und ihr in geringem Umfang Geldleistungen erbringt – auch wenn der Vater selbst ergänzende SGB-II-Leistungen erbringt.

„Mit Blick darauf, dass dann dem Freizügigkeitsberechtigten eventuell nur geringe finanzielle Mittel zur Verfügung stehen und der Familiennachzug primär die Ausübung des Freizügigkeitsrechts erleichtern soll, kann keine Unterhaltsgewährung in erheblichem Umfang verlangt werden. Dies würde nämlich zu einer Schlechterstellung gering verdienender freizügigkeitsberechtigter Arbeitnehmer führen, die sich kaum ausreichend rechtfertigen ließe, oder faktisch die Inanspruchnahme der europarechtlich vorgegebenen Möglichkeit des Freizügigkeitsrechts unattraktiv bis unmöglich machen. Das Gericht geht jedoch nicht davon aus, dass letztere Folge mit dem Zweck der europarechtlichen Regelungen in Einklang zu bringen wäre. (...) Es muss deshalb genügen, wenn die freizügigkeitsberechtigte Person - gemäß ihrer Leistungsfähigkeit - den Verwandten nur verpflegt und ihm eine Unterkunft zur Verfügung stellt, zumal damit gerade die ganz essentiellen Grundbedürfnisse gedeckt werden. Nach diesen Maßstäben ist das Gericht davon überzeugt, dass eine Unterhaltsgewährung vorliegt. Sowohl die Klägerin als auch ihr Vater haben ausgesagt, dass die Klägerin von ihrem Vater verköstigt wird und - wenngleich in geringem Umfang - Geldzuwendungen erhält. Zudem wohnt sie weiterhin bei ihm. Gründe, um die geschilderte Situation in Zweifel zu ziehen, sieht das Gericht nicht. Vielmehr liegt es nach der Lebenserfahrung nahe, dass Eltern ihre Kinder, auch wenn sie erwachsen sind, "durchfüttern" und bei sich wohnen lassen, zumal die Klägerin schwanger ist. Außerdem hat sie noch erklärt, in Rumänien außer einer Großmutter keine Verwandten zu haben, und sieht keine realistische Möglichkeit, dort unterzukommen und ihren Lebensunterhalt zu bestreiten. Damit ist ein tatsächliches Abhängigkeitsverhältnis von ihrem Vater, wie es der Unterhaltsgewährung innewohnt, anzunehmen.“

[LSG NRW \(19. Senat\); Beschluss vom 16. August 2017 \(L 19 AS 1429/17 B ER / L 19 AS 1430/17 B ER\)](#)

Anspruch auf SGB II-Leistungen für Frau und Kinder eines ehemaligen Arbeitnehmers, der in die Slowakei zurückgekehrt ist und nicht die Absicht hat, zu seiner Familie zurückzukommen. Das Freizügigkeitsrecht ergibt sich aus § 3 Abs. 4 FreizügG, nach dem bei Tod oder Wegzug des Unionsbürgers ein eigenständiges Aufenthaltsrecht für dessen Kinder und den anderen Elternteil fortbesteht, solange sich die Kinder in Schul- oder Berufsausbildung befinden.

„Mithin verfügt die Antragstellerin neben dem Aufenthaltsrecht aus Art. 10 VO (EU) 492/11 über ein weiteres, eigenständiges Aufenthaltsrecht nach § 3 Abs. 4 FreizügigG/EU, hergeleitet aus Art. 12 Abs. 3 RL 2004/38/EG. § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 c) SGB II erfasst diesen Fall nicht. § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 c) SGB II kann auch nicht erweiternd dahin ausgelegt werden, dass auch Inhaber eines Aufenthaltsrechts nach § 3 Abs. 4 FreizügG/EU vom Leistungssauschluss erfasst werden sollen. Hiergegen spricht schon der eindeutige Wortlaut, der nur Personen nennt, die alleine oder neben einem Aufenthaltsrecht zur Arbeitsuche über ein Aufenthaltsrecht aus Art. 10 VO (EU) 492/11 verfügen.“

[LSG NRW \(19. Senat\); Beschluss vom 1. August 2017 \(L 19 AS 1131/17 B ER\)](#)

Anspruch auf SGB II-Leistungen für getrennt lebende polnische Mutter eines polnischen Kindes. Der (polnische) Vater hat Arbeitnehmerstatus. Wenn das Kind selbst über ein materielles Aufenthaltsrecht verfügt (hier als Familienangehöriger, dem der Vater Unterhalt gewährt), hat die Mutter in analoger Anwendung Anspruch auf eine Aufenthaltserlaubnis nach § 28 AufenthG und unterliegt dem Leistungsausschluss nicht.

„§ 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 AufenthG findet aufgrund des in Art. 18 AEUV statuierten Gleichbehandlungsgrundsatzes auf minderjährige Unionsbürger und ihre Eltern Anwendung (vgl. Beschlüsse des Senats vom 30.11.2015 - [L 19 AS 1713/15 B ER](#), vom 20.01.2016 - [L 19 AS 1824/15 B ER](#) und vom 22.06.2016 - [L 19 AS 924/16 B ER](#); Urteil des Senats vom 01.06.2015 - [L 19 AS 1923/14](#); LSG



## Familienangehörige

Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 29.06.2016 - [L 25 AS 1331/16 B ER](#); Dienelt in: Bergmann/Dienelt, **Ausländerrecht**, 11. Aufl., § 11 FreizügG/EU, Rn. 38f; a. A. LSG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 22.05.2017 - [L 31 AS 1000/17 B ER](#); Kloesel/Christ/Häußer, **Deutsches Aufenthalts- und Ausländerrecht**, Stand Dezember 2013, § 11 FreizügG/EU Rn. 107).

*Die Antragstellerin zu 1) übt das Sorgerecht für den Antragsteller zu 4) - einen minderjährigen Unionsbürger - aus. Aus dieser Rechtsstellung kann sie unter Berücksichtigung des in Art. 18 AEUV statuierten Inländergleichbehandlungsgebotes ein Aufenthaltsrecht nach § 11 Abs. 1 S. 11 FreizügG/EU i.V.m. § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 AufenthG ableiten, wenn der Antragsteller zu 4) selbst ein materielles Aufenthaltsrecht hat. Dies ist der Fall, denn der Antragsteller zu 4) hat ein Aufenthaltsrecht als Familienangehöriger i.S.v. § 3 Abs. 2 Nr. 2 FreizügG/EU. Daher kann dahinstehen, ob dem Antragsteller zu 4) auch ein abgeleitetes Aufenthaltsrecht als Familienangehöriger nach § 3 Abs. 2 Nr. 1 FreizügG/EU zusteht.“*

[LSG Berlin-Brandenburg \(31. Senat\); Beschluss vom 18. Juli 2017 \(L 31 AS 1007/17 B ER\)](#)

Anspruch auf SGB II-Leistungen für polnische Staatsangehörige, die Mutter eines deutschen Kindes ist, da sie einen Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 28 AufenthG hat (§ 11 Abs. 1 S. 1 Freizügigkeitsgesetz/EU i.V.m. § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 und Abs. 3 S. 2 AufenthG).

[LSG Baden-Württemberg \(1. Senat\); Beschluss vom 31. Mai 2017; L 1 AS 1815/17 ER-B](#)

Anspruch auf Leistungen nach dem SGB II für eine schwangere bulgarische Staatsangehörige. Der werdende Vater ist türkischer Staatsangehöriger und seit mehr als acht Jahren rechtmäßig in Deutschland und aktuell im Besitz einer Niederlassungserlaubnis; somit wird das Kind bei Geburt in Deutschland die deutsche Staatsangehörigkeit haben. Nach § 11 Abs. 1 Satz 11 FreizügG ist gegebenenfalls das AufenthG auch auf Unionsbürger\*innen anwendbar, wenn dies zu einer besseren Rechtsstellung führt. Hier kommt § 7 Abs. 1 Satz 3 AufenthG und somit ein anderes Aufenthaltsrecht als das der Arbeitsuche in Frage.  
„Dies gilt jedenfalls dann, wenn der Schutz der Familie nach Art. 6 Abs. 1 Grundgesetz (GG) und die aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 und Art. 1 Abs. 1 GG abzuleitende Schutzpflicht für die Gesundheit der werdenden Mutter und des Kindes dies gebieten, oder wenn beide Elternteile bereits in Verhältnissen leben, die eine gemeinsame Übernahme der elterlichen Verantwortung sicher erwarten lassen und eine (vorübergehende) Ausreise zur Durchführung eines Sichtvermerkverfahrens nicht zumutbar ist.“

## Europäisches Fürsorgeabkommen (Leistungen nach SGB XII)

[LSG NRW \(7. Senat\), Beschluss vom 21. Dezember 2017; L 7 AS 2044/17 B ER](#)

Anspruch auf SGB II für italienische Staatsangehörige mit Aufenthaltsrecht nach Art. 10 VO 492/2011. Das Jobcenter ist erstangegangener Leistungsträger und hat daher die Leistungen gem. 43 SGB I zu erbringen, auch wenn sich im Hauptsacheverfahren ergeben sollte, dass das Sozialamt nach SGB XII zuständig ist.

„Bei der Folgenabwägung war ergänzend zu berücksichtigen, dass für den Fall, dass sich im Hauptsacheverfahren herausstellen sollte, dass ein Leistungsanspruch gegen den Antragsgegner nicht besteht, der vom Sozialgericht zugesprochene Anspruch auf Hilfe zum Lebensunterhalt aus § 23 Abs. 1 Satz 1 SGB XII iVm Art. 1 EFA wahrscheinlich ist. Bezogen auf diese Leistungen hat die Bundesregierung keinen Vorbehalt zum EFA erklärt und die **Ausschluss**regelung des § 23 Abs. 3 Satz 1 SGB XII findet keine Anwendung (BSG Urteil vom 17.03.2016 - [B 4 AS 32/15 R](#)). Für den Fall eines alternativ streitigen Anspruchs auf Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach dem SGB II einerseits oder eines Anspruchs auf Hilfe zum Lebensunterhalt nach dem SGB XII (§ 23 Abs. 1 Satz 1 SGB XII) andererseits ist der Antragsgegner als erstangegangener Leistungsträger nach § 43 SGB I verpflichtet und steht ihm ein Erstattungsanspruch nach § 102 Abs. 2 SGB X zu (ständige Rechtsprechung des Senats, vgl Beschlüsse vom 27.10.2016 - [L 7 AS 920/16 B ER](#) und vom 21.07.2016 - [L 7 AS 1045/16 B ER](#); ebenso Grube in JurisPK § 102 SGB X Rn. 30).

Schließlich hat die Beigeladene zutreffend darauf hingewiesen, dass eine Zuordnung der Antragsteller zum SGB XII diese von den Eingliederungsleistungen des SGB II abschneidet, deren Erbringung indes dringend geboten erscheint.“

[LSG Berlin-Brandenburg \(18. Senat\), Beschluss vom 9. November 2017; \(L 18 AS 2172/17 B ER\)](#)

Anspruch auf Leistungen nach SGB XII für Antragstellerin mit einem Aufenthaltsrecht nach Art 10/VO 492/2011 bzw. als Selbstständige gem. EFA. Das Jobcenter als zuerst angegangener Träger muss diese gem. § 43 Abs. 1 SGB I vorläufig sicherstellen. Der Senat äußert erhebliche Zweifel, ob ein vollständiger Leistungsausschluss grundgesetzkonform ist.

„In Ansehung der Rechtsprechung des BSG bestehen auch erhebliche Zweifel, ob der vom Gesetzgeber insoweit als Klarstellung gedachte (parallele) Leistungsausschluss in § 23 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 SGB XII grundgesetzkonform ist. Das BSG hat in der zitierten Rspr, der das Beschwerdegericht folgt, unmissverständlich auf Grundlage der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts einen Anspruch von Betroffenen, wie der Antragstellerin, auf Grundlage des Grundrechts auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums, dh unmittelbar kraft Verfassungsrechts, bekräftigt. Dies gilt unverändert auch in Ansehung der seit 29. Dezember 2016 erfolgten gesetzlichen Neuregelung, die sich ebenfalls am Grundgesetz messen lassen muss. Auch insoweit hat daher eine Folgenabwägung, und zwar im ausgeworfenen Umfang zugunsten der Antragstellerin, zu erfolgen.

Die Antragstellerin (die sich in der Bundesrepublik Deutschland erlaubt aufhält (vgl. Art. 10 VO (EU) 492/2011)) dürfte im Übrigen von den Leistungen des § 23 Abs. 1 SGB XII im Übrigen weder gemäß § 23 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2, 3 SGB XII (die Antragstellerin kann sich auf Art. 1 des Europäischen Fürsorgeabkommens (Bundesgesetzblatt 1956 Teil II S. 563) berufen; der Vorbehalt, den die Bundesregierung am 19. Dezember 2011 gegen dieses Abkommen erklärt hat, bezieht sich nur auf die "im Zweiten Buch Sozialgesetzbuch [ ] vorgesehen Leistungen" und auf die "in dem Zwölften Buch Sozialgesetzbuch [ ] vorgesehenen Hilfen zur Überwindung besonderer sozialer Schwierigkeiten" (Bundesgesetzblatt 2011 Teil II S. 144; Bundesgesetzblatt 2012 Teil 2012 S. 470) noch gemäß § 21 Satz 1 SGB XII (durch das Gesetz zur Regelung von Ansprüchen ausländischer Personen in der Grundsicherung für Arbeitsuchende nach dem Zweiten Buch Sozialgesetzbuch und in der Sozialhilfe nach dem Zwölften Buch Sozialgesetzbuch vom 22. Dezember 2016 (Bundesgesetzblatt 2016 Teil I S. 3155) hat der Gesetzgeber anerkannt, dass die in § 7 Absatz 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II "genannten erwerbsfähigen **Ausländer**innen und **Ausländer** und ihre Familienangehörigen dem Leistungssystem des SGB XII zugewiesen" sind (vgl. [Bundestagsdrucksache 18/10211 S. 14](#)) ausgeschlossen sein.

Der Antragsgegner wäre zwar für die Erbringung von SGB XII-Leistungen nicht zuständig, zur Gewährung effektiven Rechtsschutzes

## Europäisches Fürsorgeabkommen (Leistungen nach SGB XII)

	<p>gerade bei Leistungen der Existenzsicherung ist vorliegend aber auf die Wertung des § 43 Abs. 1 Satz 2 Sozialgesetzbuch – Allgemeiner Teil – (SGB I) zurückzugreifen. Danach sind, wenn zwischen mehreren Trägern streitig ist, wer zur Leistung verpflichtet ist, vorläufige Leistungen vom unzuständigen Träger zu erbringen, wenn der Berechtigte es beantragt. Dies rechtfertigt zur Gewährung effektiven Rechtsschutzes, der bei einer Beiladung und Äußerungsmöglichkeit des Sozialhilfeträgers allein aus zeitlichen Gründen letztlich nicht zu gewährleisten wäre, die einstweilige Verpflichtung des Antragsgegners. Dieser ist, sollte sich im Hauptsacheverfahren im Ergebnis ein SGB II-Leistungsausschluss und ein Anspruch nach dem SGB XII ergeben, dann insoweit auf einen Erstattungsanspruch gegenüber dem SGB XII-Träger zu verweisen, zumal er den Leistungsantrag augenscheinlich auch nicht weitergeleitet hat.“</p>
<p><a href="#">LSG Baden-Württemberg (7. Senat); Beschluss vom 31. Juli 2017 (L 7 SO 2557/17 ER-B)</a></p>	<p>Anspruch auf SGB-XII-Leistungen für niederländischen Staatsangehörigen. Erlaubter Aufenthalt liegt vor, da die materiellen Voraussetzungen für die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach dem AufenthG (§ 37 Abs. 5 AufenthG) erfüllt sind.</p>
<p><a href="#">LSG Berlin-Brandenburg (15. Senat); Beschluss vom 20. Juni 2017 (L 15 SO 104/17 B ER)</a></p>	<p>Anspruch auf SGB XII-Leistungen aufgrund EFA für nicht erwerbstätige britische Staatsangehörige. Der Senat äußert erhebliche Zweifel an der Verfassungskonformität der vollständigen Leistungsausschlüsse. Jedenfalls in einem Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes ist von einer „Erlaubtheit des Aufenthalts“ auszugehen, solange die Ausländerbehörde keine Verlustfeststellung getroffen hat.</p> <p>„Hinreichend wahrscheinlich ist ein Anspruch der Antragsteller auf Hilfe zum Lebensunterhalt aufgrund der Inländergleichstellung des Art. 1 Europäisches Fürsorgeabkommen (EFA; s. hierzu bereits den Beschluss des Senats vom 14. März 2017 – <a href="#">L 15 SO 321/16 B ER</a> –). Danach verpflichtet sich jeder der Vertragschließenden des EFA, den Staatsangehörigen der anderen Vertragschließenden, die sich in irgendeinem Teil seines Gebietes, auf das dieses Abkommen Anwendung findet, erlaubt aufhalten und nicht über ausreichende Mittel verfügen, in gleicher Weise wie seinen eigenen Staatsangehörigen und unter den gleichen Bedingungen die Leistungen der sozialen und Gesundheitsfürsorge ("Fürsorge") zu gewähren, die in der in diesem Teil seines Gebietes geltenden Gesetzgebung vorgesehen sind. Als "Fürsorge" ist dabei gemäß Art. 2 EFA jede Fürsorge bezeichnet, die jeder der Vertragschließenden nach den in dem jeweiligen Teil seines Gebietes geltenden Rechtsvorschriften gewährt und wonach Personen ohne ausreichende Mittel die Mittel für ihren Lebensbedarf sowie die Betreuung erhalten, die ihre Lage erfordert. Ausgenommen sind beitragsfreie Renten und Leistungen zugunsten der Kriegsoffer und der Besatzungsgeschädigten. Die Antragsteller besitzen die Staatsbürgerschaft eines Signatarstaates des EFA.</p> <p>Das EFA ist unmittelbar geltendes Bundesrecht (ausführlich BSG, Urteil vom 19. Oktober 2010 - <a href="#">B 14 AS 23/10</a> -, SozR 4-4200 § 7 Nr. 21). Ein Anwendungsvorbehalt bezüglich des SGB XII ist - mit Ausnahme der Hilfen zur Überwindung besonderer sozialer Schwierigkeiten (Achstes Kapitel des SGB XII) - seitens der Bundesrepublik Deutschland nicht erklärt worden (s. auch BSG, Urteil vom 20. Januar 2016 - <a href="#">B 14 AS 15/15 R</a> -, Rn 29). Der Zugang zu Leistungen des SGB XII für Staatsangehörige von EFA-Signatarstaaten ist somit unter den Voraussetzungen des EFA ohne die für <b>Ausländer</b> geltenden <b>Ausschluss</b>statbestände des <a href="#">§ 23 Abs. 3 SGB XII</a> gegeben (BSG wie eben). Dies gilt auch für die ab 29. Dezember 2016 geltende Fassung. Anderenfalls müsste angenommen werden, der deutsche Gesetzgeber habe für die Zeit ab 29. Dezember 2016 einen weiteren Vorbehalt für Leistungen nach dem EFA setzen wollen, ohne das dafür vorgesehene Verfahren (Art. 16 Buchst. b EFA; ausführlich dazu BSG a.a.O. SozR 4-4200 § 7 Nr. 46) einhalten zu wollen. Dafür gibt es keinen Anhaltspunkt.“</p>
<p><a href="#">Sozialgericht Düsseldorf (29. Kammer); Beschluss vom 26. Mai 2017; S</a></p>	<p>Anspruch auf Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach SGB XII für griechischen Staatsangehörigen mit Aufenthaltsrecht nur zur Arbeitsuche nach „freiwilliger“ Arbeitslosigkeit wegen Anwendbarkeit des EFA.</p> <p>Der Leistungsausschluss des <a href="#">§ 23 Abs. 3 SGB XII</a> sind für Staatsangehörige der EFA-Staaten nicht anwendbar.</p>

## Europäisches Fürsorgeabkommen (Leistungen nach SGB XII)

[29 AS 1333/17 ER](#)

[Landessozialgericht  
Berlin-Brandenburg  
\(18. Senat\),  
Beschluss vom 21.  
März 2017, L 18 AS  
526/17 ER](#)

Anspruch auf SGB XII-Leistungen nach dem Europäischen Fürsorgeabkommen für Italiener\*innen mit Aufenthaltsrecht nur zur Arbeitsuche bzw. nach Art. 10 VO 492/2011. Der zuerst angegangene Träger (hier: das Jobcenter) muss gem. § 43 SGB I in Vorleistung treten, da es den Antrag nicht an das Sozialamt weiter geleitet hat.

*„Schließlich ist auch darauf zu verweisen, dass das BSG in der zitierten Rechtsprechung, der das Beschwerdegericht folgt, unmissverständlich auf Grundlage der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts einen Anspruch von Betroffenen, wie der Antragstellerinnen, auf Grundlage des Grundrechts auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums, dh heißt unmittelbar kraft Verfassungsrechts, bekräftigt. Dies gilt unverändert auch in Ansehung der seit 29. Dezember 2016 erfolgten gesetzlichen Neuregelung, die sich ebenfalls am Grundgesetz messen lassen muss.“*

[Landessozialgericht  
Berlin-Brandenburg  
\(15. Senat\),  
Beschluss vom 14.  
März 2017; L 15 SO  
321/16 B ER](#)

Leistungen des SGB XII für italienischen Staatsangehörigen nach EFA

*„Der Zugang zu Leistungen des SGB XII für Staatsangehörige von EFA-Signatarstaaten ist somit unter den Voraussetzungen des EFA ohne die für Ausländer geltenden Ausschlussstatbestände des § 23 Abs. 3 SGB XII gegeben (BSG wie eben). Dies gilt auch für die ab 29. Dezember 2016 geltende Fassung. (...) Auf die (vorläufige) Rückkehr in ihr Heimatland kann die Antragstellerin nicht verwiesen werden. Solange die zuständige Ausländerbehörde keine "Verlustfeststellung" getroffen hat, gilt - wie ausgeführt - zu ihren Gunsten die Vermutung eines bestehenden Freizügigkeitsrechts.“*

[Landessozialgericht  
Sachsen-Anhalt \(2.  
Senat\), Beschluss  
vom 7. März 2017; L  
2 AS127/17 B ER](#)

Anspruch auf Leistungen nach SGB XII in gesetzlicher Höhe für portugiesische Staatsangehörige mit einem Aufenthaltsrecht nach Art. 10 VO 492/2011 aufgrund des Gleichbehandlungsgrundsatzes des Europäischen Fürsorgeabkommens (EFA).

## Deutsch-Österreichisches Fürsorgeabkommen (Leistungen nach SGB II)

[Sozialgericht  
Düsseldorf \(43.  
Kammer\), Urteil vom  
13. März 2017; S 43  
AS 3864/14](#)

Anspruch auf Leistungen nach SGB II für österreichischen Staatsangehörigen mit Aufenthaltsrecht nur zur Arbeitsuche aufgrund Deutsch-Österreichischem Fürsorgeabkommen. Das Urteil bezieht sich auf einen Zeitraum vor 29. Dezember 2016, ist aber auch auf die neue Rechtslage übertragbar.

*„Als österreichischer Staatsbürger ist der Kläger **Ausländer** im Sinne dieser Vorschrift. Er ist ausweislich der Verwaltungsakten am 01.10.2010 zum Zwecke der Arbeitsuche in die Bundesrepublik Deutschland eingereist. Grundsätzlich dürfte damit die Leistungs**ausschluss**vorschrift tatbestandlich erfüllt sein.*

*Dies kann aus Sicht der Kammer letztlich jedoch offenbleiben, da der Leistungs**ausschluss** nach § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II vorliegend bereits deswegen nicht anwendbar ist, weil der Kläger sich auf das Gleichbehandlungsgebot des bilateralen Abkommens zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Republik Österreich über Fürsorge und Jugendwohlfahrtspflege vom 17.01.1966 berufen kann.“*

[Sozialgericht  
München \(46.  
Kammer\), Urteil vom  
10. Februar 2017, S  
46 AS 204/15](#)

**SGB II für österreichische Staatsbürger\*innen mit Aufenthaltsrecht nur zur Arbeitsuche**

*„Weil der Kläger als österreichischer Staatsangehöriger gemäß Art. 2 Abs. 1 DÖFA (Deutsch-Österreichisches Fürsorgeabkommen) einen Anspruch auf Gleichbehandlung bei Fürsorgeleistungen hat, Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach SGB II Fürsorgeleistungen gemäß Art. 1 Nr. 4 DÖFA sind (dazu bb) und kein Ausschlusstatbestand nach dem Schlussprotokoll zum Abkommen vorliegt (dazu cc), ist § 7 Abs. 1 S. 2 SGB II auf ihn nicht anwendbar. Er hat Anspruch auf Arbeitslosengeld II wie ein deutscher Staatsbürger.“*



## Anspruch nach Fünfjahreszeitraum (§ 7 Abs. 1 S. 4ff SGB II)

<a href="#">LSG Hessen, Beschluss vom 10. Juli 2018; L 9 AS 142/18 B ER</a>	Anspruch auf Leistungen nach fünfjährigem gewöhnlichen Aufenthalt trotz Verlustfeststellung, wenn noch keine Bestandskraft besteht. Klage gegen die Verlustfeststellung entfaltet nämlich aufschiebende Wirkung. Dies gilt jedenfalls dann, wenn die Ausreisepflicht noch nicht abgelaufen ist. Auch der gewöhnliche Aufenthalt (zukunftsöffener Verbleib) ist dann noch gegeben.
<a href="#">LSG NRW (7. Senat); Beschluss vom 2. Juli 2018; L 7 AS 633/18 B ER</a>	<p>Zur Glaubhaftmachung des fünfjährigen gewöhnlichen Aufenthalts bei Bestehen von Wohnsitzanmeldungen</p> <p>„Vom 28.11.2012 bis 31.12.2014 war er in der I-Straße 00, N gemeldet. Seit dem 01.01.2015 ist er unter der Anschrift N 00, N gemeldet. Diese Meldedaten decken sich mit den eidesstattlichen Versicherungen des Antragstellers vom 29.03.2018 und 17.05.2018 und sind auch im Übrigen plausibel. Denn ausweislich der vom Antragsteller vorgelegten Duldungsdokumente der Stadtverwaltung N hatte der Antragsteller bis zum 15.01.2015 nur den Status eines Geduldeten inne, sodass eine Ausreise aus dem Bundesgebiet gemäß § 60a Abs. 5 Satz 1 Aufenthaltsgesetz (AufenthG) zur Folge gehabt hätte, dass die Aussetzung der Abschiebung (Duldung) erloschen wäre und der Antragsteller nach § 60a Abs. 5 Satz 3 AufenthG abgeschoben worden wäre. Es spricht mithin viel dafür, dass der Antragsteller jedenfalls in der Zeit vom 28.11.2012 bis zum 15.01.2015 das Bundesgebiet nicht verlassen hat. Ähnliches gilt auch für den Zeitraum bis zum 31.03.2017, denn bis dahin hat der Antragsteller Hilfe zum Lebensunterhalt nach dem SGB XII erhalten. Da diese Form der Sozialhilfe <b>Ausländern</b> nach § 23 Abs. 1 Satz 1 SGB XII nur dann gewährt wird, wenn sie "sich im Inland tatsächlich aufhalten", ist mangels anderer Erkenntnisse davon auszugehen, dass sich der Antragsteller auch in dieser Zeit im Bundesgebiet lückenlos aufgehalten hat. Da der Antragsteller hiernach nahezu ohne Ausnahme bis zum 02.09.2017 sozialversicherungspflichtigen Beschäftigungen nachgegangen war, was faktisch nur möglich ist, wenn der Antragsteller im Tagespendelbereich dieser Beschäftigungsorte wohnhaft war, spricht auch aus diesem Gesichtspunkt viel dafür, dass der Antragsteller - wie er es eidesstattlich versichert hat - durchgehend seit mehr als fünf Jahren in N lebt. Zudem hat der Antragsteller weitere Dokumente vorgelegt, die einen gewöhnlichen Aufenthalt im Bundesgebiet glaubhaft machen. So konnte der Antragsteller eine Mitgliedsbescheinigung eines N Sportvereins vom 11.04.2013 bis 03.11.2016, Sozialversicherungsdokumente, Krankenkassenkorrespondenz (mehrmonatiger Beitragsrückstand), Kontoauszüge und Sprachkursezeugnisse vorlegen.“</p>
<a href="#">SG Duisburg; Beschluss vom 13. März 2018; S 49 AS 472/18</a>	Der Beginn des fünfjährigen Aufenthalts eines EU-Bürgers muss durch eine amtliche Wohnsitzmeldung dokumentiert sein. Dagegen muss die Dauer des fünfjährigen gewöhnlichen Aufenthalts nicht zwingend durch eine durchgehende, lückenlose melderechtliche Wohnsitzdokumentation belegt sein; vielmehr reichen dafür auch andere Beweismittel.
<a href="#">LSG Sachsen (3. Senat); Beschluss vom 20. März 2018; L 3 AS 73/18 B ER</a>	<p>Anspruch auf Leistungen nach § 7 Abs.1 Satz 4 Halbsatz 1 SGB II (fünf Jahre gewöhnlicher und rechtmäßiger Aufenthalt), auch wenn die ABH nach Ablauf der fünf Jahre eine Verlustfeststellung getroffen hat. Der Leistungsanspruch entfällt erst mit Bestandskraft der Verlustfeststellung.</p> <p>„Gleichzeitig steht jedoch auch fest, dass entsprechend Artikel 31 Abs. 2 der Freizügigkeitsrichtlinie eine Abschiebung nicht erfolgen darf, wenn ein Antrag auf einstweiligen Rechtsschutz gestellt wurde (<a href="#">BT-Drs. 16/5065, S. 211</a>) oder wenn gegen den Verlustfeststellungsbescheid der <b>Ausländer</b>behörde Widerspruch erhoben wurde und der Sofortvollzug nicht angeordnet war oder wird. Die Vollziehung der Ausreisepflicht (d. h. eine Abschiebung) wäre in diesen Fällen rechtswidrig. Mit dem unmittelbaren Entzug der Grundsicherungsleistungen würde jedoch faktisch der Vollzug erzwungen. Unabhängig von der Frage, ob eine derartige Regelung grundgesetz- und europarechtskonform wäre, geht aus § 7 Abs. 1 Satz 4 Halbsatz 2 SGB II und § 7 FreizügG/EU nicht hervor, dass der Gesetzgeber dies so hat regeln wollen.“</p>
<a href="#">LSG Niedersachsen-Bremen (8. Senat); Beschluss vom 6.</a>	Anspruch auf Leistungen nach § 7 Abs. 1 Satz 4 SGB II (fünf Jahre gewöhnlicher und rechtmäßiger Aufenthalt), auch wenn die Ausländerbehörde eine Verlustfeststellung getroffen hat, diese aber wegen aufschiebender Wirkung von Widerspruch und Klage

## Anspruch nach Fünfjahreszeitraum (§ 7 Abs. 1 S. 4ff SGB II)

[November 2017; L 8 SO 262/17 B ER](#)

noch nicht bindend geworden ist. Die Antragstellerinnen sind so zu behandeln, als sei noch keine Verlustfeststellung ergangen, solange die aufschiebende Wirkung andauert.

„Widerspruch und Klage gegen eine Feststellung der **Ausländer**behörde nach § 7 Abs. 1 Satz 1 FreizügG/EU hat somit kraft Gesetzes aufschiebende Wirkung (Kurzidem in BeckOK-Ausländerrecht, Stand 1. August 2017, § 7 FreizügG/EU Rn. 4; Dienelt in Bergmann/Dienelt, **Ausländer**recht, 11. Auflage 2016, § 7 FreizügG/EU Rn. 16). Die **Ausländer**behörde hat auch nicht die sofortige Vollziehung nach § **80** Abs. 2 Nr. 4 VwGO angeordnet.

Die aufschiebende Wirkung von Widerspruch oder Klage gegen einen feststellenden Verwaltungsakt (§ **80** Abs. 1 Satz 2 VwGO) hat zur Folge, dass aus der Feststellung keine rechtlichen oder tatsächlichen Folgerungen gezogen werden dürfen (Finkelnburg in Finkelnburg/Dombert/Külpmann, Vorläufiger Rechtsschutz im Verwaltungsstreitverfahren, 7. Auflage 2017, Rn. 635; W.-R. Schenke in Kopp/Schenke, VwGO, 23. Auflage 2017, § 80 Rn. 28; zu § **86a** Abs. 1 SGG: Keller in Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer/Schmidt, SGG, 12. Auflage 2017, § 86a Rn. 5, 6a). **Die Antragstellerinnen sind also, solange die aufschiebende Wirkung andauert (vgl. § **80b** VwGO), so zu behandeln als sei noch keine Feststellung ergangen.** Eine andere Beurteilung ergibt sich nicht daraus, dass die Ausreisepflicht nach § 7 Abs. 1 Satz 1 FreizügG/EU nicht mehr - anders als nach § 7 FreizügG/EU in der bis zum 27. August 2007 geltenden Fassung - die Unanfechtbarkeit, sondern nur noch die Wirksamkeit der Feststellung der **Ausländer**behörde voraussetzt (vgl. Kurzidem, a.a.O., § 7 FreizügG/EU Rn. 2). Dies kann sich nur in den Fällen auswirken, in denen mangels Widerspruch oder Klage und wegen Anordnung der sofortigen Vollziehung (§ **80** Abs. 2 Nr. 4 VwGO) keine aufschiebende Wirkung eingetreten ist. Auch § **84** Abs. 2 Satz 1 AufenthG, wonach Widerspruch und Klage unbeschadet ihrer aufschiebenden Wirkung die Wirksamkeit der Ausweisung und eines sonstigen Verwaltungsaktes, der die Rechtmäßigkeit des Aufenthalts beendet, unberührt lassen, schränkt den durch die aufschiebende Wirkung bewirkten Rechtsschutz vorliegend nicht ein. Die Vorschrift ist auf die mit Bescheid vom 8. Dezember 2016 getroffene Feststellung nicht anwendbar. Insbesondere kann § 11 Abs. 2 FreizügG/EU nicht eingreifen, wenn einem Rechtsbehelf gegen die Feststellung des Nichtbestehens oder Verlustes des Freizügigkeitsrechts aufschiebende Wirkung zukommt (Kurzidem, a.a.O., § 11 FreizügG/EU Rn. 6).“

[LSG Berlin-Brandenburg \(15. Senat\); Beschluss vom 6. Juni 2017; L 15 SO 112/17 B ER](#)

**Auch ohne melderechtliche Anmeldung kann der Fünfjahreszeitraum auch anderweitig nachgewiesen werden**

„Zwar ist nach dem Wortlaut des Gesetzes für den Beginn der Fünfjahresfrist eine melderechtliche Anmeldung erforderlich. Wie der Senat zur Parallelregelung des § 7 Abs. 1 Sätze 4 und 5 Sozialgesetzbuch/Zweites Buch (SGB II) bereits entschieden hat, kann die Dauer des Aufenthalts aber auch auf andere Weise als durch eine melderechtliche Anmeldung belegt und glaubhaft gemacht werden (und muss es unter Umständen sogar, Beschluss vom 5. April 2017 – [L 15 SO 353/16 B ER](#) –, veröffentlicht). Keine Bedeutung für die Bemessung des Fünfjahreszeitraums hat außerdem, ob die Antragstellerin tatsächlich über ein materielles Freizügigkeitsrecht als EU-Bürgerin verfügt. Solange der Verlust bzw. das Nichtbestehen eines Freizügigkeitsrechts nicht durch die **Ausländer**behörde festgestellt ist, ist ihr Aufenthalt im Inland nicht rechtswidrig im Sinne des § **23** Abs. 3 Satz 9 SGB XII (...).“

[Landessozialgericht Berlin-Brandenburg \(15. Senat\), Beschluss vom 5. April 2017; L 15 SO 353/16 B ER](#)

**SGB-II-Anspruch für einen litauischen wohnungslosen, nicht erwerbstätigen Unionsbürger ohne materielles Aufenthaltsrecht nach fünfjährigem gewöhnlichen Aufenthalt. Der Aufenthaltszeitraum kann auch durch Kontoauszüge, Behandlungsbescheinigungen, eidesstattliche Versicherungen, Bescheinigungen von Obdachloseneinrichtungen glaubhaft gemacht werden. Auch die polizeiliche Meldung bei einer Scheinadresse, an der er nie gewohnt hat, ist ausreichend. Der Aufenthalt muss nicht materiell freizügigkeitsberechtigt gewesen sein. Das Gericht schätzt das EU-Bürger\*innen-Ausschlussgesetz als verfassungsrechtlich bedenklich ein.**

**Das Gericht äußert sich zudem detailliert zur Lage von armen und obdachlosen Menschen in Litauen:**

„Auch die Erklärung, aus welchen Gründen er sich nicht in Litauen aufhalten konnte oder wollte, ist nachvollziehbar. In dem Erörterungstermin vom 1. Februar 2017 hat der Antragsteller angegeben, er sei in Deutschland, weil er drei Mal am Tag Essen und

## Anspruch nach Fünfjahreszeitraum (§ 7 Abs. 1 S. 4ff SGB II)

*Medikamente einnehmen müsse. Dies gehe in Litauen nicht. In Deutschland bekomme er etwas von den Missionen. In Litauen gebe es diese nur auf dem Papier, in der Realität jedoch nicht. Alles werde so gemacht, dass die Obdachlosen das Land verließen. Wenn sie das nicht täten, würden sie verhungern oder an Krankheiten eingehen. Es sei ein Unterschied wie Tag und Nacht.*

*Die von ihm beschriebenen Zustände in Litauen entsprechen denen, die in der Studie "Die wirtschaftliche und soziale Lage in den Baltischen Staaten: Litauen", erstellt von Prof. Dr. Boguslavas Gruzevskis und Dr. habil. Inga Blaziene, herausgegeben vom Referat Besuchergruppen/Veröffentlichungen des Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschusses, Brüssel 2013, zu finden unter <http://www.eesc.europa.eu/resources/docs/qe-30-12-150-de-c.pdf>, dargestellt werden. Dort (Seite 9) wird ausgeführt, dass die stark ausgeprägte wirtschaftliche Ungleichheit in der Bevölkerung bei geringem Lebensstandard Ursachen für die große Zahl der Menschen sind, die in Armut und sozialer Ausgrenzung leben.*

*Nach Angaben von Eurostat waren 2010 über 33% der Menschen in Litauen von Armut und sozialer Ausgrenzung betroffen – einer der höchsten Werte in der EU. Zwar beträgt das Durchschnitts- und Mindesteinkommen in Litauen nur ein Fünftel bis die Hälfte dessen, was in vielen EU-Staaten verdient wird, aber die Preise für zahlreiche wichtige Waren und Dienstleistungen liegen nur 10-30% unter dem EU-Durchschnitt. Der allgemeine Preisindex in Litauen wird nur durch geringere Preise für Wohnungen, Bildung und Gesundheitsversorgung (von denen bekanntlich nur ein geringer Teil statistisch erfasst ist) gedrückt. Allerdings liegen auch diese Preise bei etwa 40% des EU-Durchschnitts, während Arbeitslöhne, Renten und Sozialhilfen um ein Vielfaches geringer sind als in den übrigen EU-Ländern. Nach einer Umfrage der Technischen Universität K von 2011, an der 1187 Einwohner Litauens teilgenommen haben, sind mehr als 70% der Befragten der Ansicht, der litauische Staat versäume es, Unterstützung und Hilfeleistungen für ein vollwertiges Leben von Menschen mit Behinderungen bereitzustellen.“*

[Landessozialgericht NRW \(19. Senat\), Beschluss vom 15. März 2017; L 19 AS 32/17 B ER](#)

**Anspruch auf Leistungen nach SGB II nach fünfjährigem gewöhnlichen Aufenthalt, Wohnsitzanmeldung liegt vor.**

*„An dem verfestigten Aufenthalt der Antragstellerin ändert sich auch nichts dadurch, dass sie nach eigenem Bekunden zwischen Oktober 2014 und Juni 2015 zur Pflege ihrer Mutter zwischen X und Polen gependelt ist und sich in diesem Zeitraum für etwa vier Monate in Polen aufgehalten hat. Mit Blick auf § 30 Abs. 3 S. 2 SGB I hat das Bundessozialgericht entschieden, für die Beurteilung des "gewöhnlichen Aufenthaltes" seien maßgebend ein zeitliches Element ("nicht nur vorübergehend"), der Wille der Person als subjektives Element und die objektiven Gegebenheiten ("unter Umständen") mit einer vorausschauenden Betrachtung künftiger Entwicklungen, die eine gewisse Stetigkeit und Regelmäßigkeit des Aufenthaltes erfordern, nicht jedoch eine Lückenlosigkeit“*

## Anspruch bei Daueraufenthaltsrecht

[Sozialgericht  
Augsburg \(8.  
Kammer\), Beschluss  
vom 21. März 2017, S  
8 AS 288/17 ER](#)

Anspruch auf Leistungen nach SGB II wegen Daueraufenthaltsrecht, auch wenn dies von der ABH nicht bescheinigt wurde. Auch Zeiten eines fortwirkenden Arbeitnehmerstatus sind als „rechtmäßiger Aufenthalt“ bei der Berechnung der Fünfjahresfrist für das Daueraufenthaltsrechts zu berücksichtigen, eine durchgehende Erwerbstätigkeit ist nicht erforderlich.

## Überbrückungsleistungen

[LSG NRW \(7. Senat\);  
Beschluss vom 30.  
Januar 2019; L 7 AS  
2006/18 B ER](#)

Anspruch auf Überbrückungsleistungen nach § 23 SGB XII für 22jährige, kranke Frau mit einjährigem Kind, die bei ihren erwerbstätigen Eltern lebt, gegenüber dem SGB-II-Leistungsträger als zuerst angegangener Behörde. Ein Ausreisewille ist nicht Voraussetzung. Ein ausdrücklicher Antrag auf Überbrückungsleistungen ist nicht erforderlich. Das Erfordernis "zeitlich befristete Bedarfslage" ist nicht mit "kurzfristig" gleichzusetzen.

*„In diesem Falle käme ein Anspruch gegen den Sozialhilfeträger nach § 23 Abs. 3 Satz 6 SGB XII in Betracht, weshalb es dem Antragsgegner zumutbar wäre, als erstangegangener Leistungsträger gem. § 43 SGB I in Vorleistung zu treten.*

*Die Antragstellerin erkrankte gemäß dem in Übersetzung vorliegenden Bericht eines bulgarischen Krankenhauses im Jahr 2014 in Bulgarien an einem intrazerebralen Hämatom in der rechten Gehirnhälfte und an einem Aneurysma der Arteria communicans rechts.*

*Der Anspruch auf Leistungen nach § 23 Abs. 3 Satz 6 SGB XII setzt nicht voraus, dass ein Ausreisewille feststellbar ist. Zwar knüpft die Vorschrift an die Regelung über die Überbrückungsleistungen (§ 23 Abs. 3 Satz 3 SGB XII) an und soll ausdrücklich eine Anspruchsgrundlage darstellen, "die lediglich bei Vorliegen besonderer Umstände eingreift, um im Einzelfall für einen begrenzten Zeitraum unzumutbare Härten zu vermeiden, nicht um eine Regelung, mit der ein dauerhafter Leistungsbezug ermöglicht wird" (BT-Drs. 18/10211, S. 16). Es lässt sich aber nicht feststellen, dass der Gesetzgeber Unionsbürger gerade dann leistungslos lassen wollte, wenn die Verweisung (nur) auf Überbrückungsleistungen sich auch für einen längeren Zeitraum als unzumutbare Härte darstellt, mithin die den Leistungsausschluss begründende Rückkehroption sich gerade nicht ohne Weiteres verwirklichen lässt. Das Erfordernis "zeitlich befristete Bedarfslage" ist nicht mit "kurzfristig" gleichzusetzen. Vielmehr ist eine zeitliche befristete Bedarfslage bereits dann anzunehmen, wenn Anhaltspunkte dafür vorhanden sind, dass der bedarfsbegründende Zustand kein Dauerzustand, sondern voraussichtlich vorübergehend ist (Beschlüsse des Senats vom 16.01.2019 - L 7 AS 1085/18 B und vom 28.03.2018 - L 7 AS 115/18 B ER; in diesem Sinne auch LSG Berlin-Brandenburg Beschluss vom 20.06.2017 - L 15 SO 104/17 B).*

*Härtegesichtspunkte sind vorliegend sehr naheliegend, da die gesundheitlich eingeschränkte Antragstellerin ein Kleinkind allein erzieht, ihre Herkunftsfamilie sich in Deutschland befindet und sie unterstützt, weshalb eine Rückkehr der Antragstellerin mit ihrem Kind nach Bulgarien auch unter Beachtung von Kindeswohlgesichtspunkten jedenfalls zum jetzigen Zeitpunkt unzumutbar sein dürfte.“*

[LSG Niedersachsen-  
Bremen \(8. Senat\);  
Beschluss vom 29.  
November 2018; L 8  
SO 134/18 B ER](#)

Anspruch auf Eingliederungshilfe im Rahmen des Ambulant betreuten Wohnens als Überbrückungsleistungen für eine psychisch erkrankte italienische Staatsangehörige. Überbrückungsleistungen können auch Eingliederungshilfe umfassen. Auch nach fünfjährigem Aufenthalt sind die Überbrückungsleistungen (und damit auch Eingliederungshilfe) eröffnet. Das Ermessen für die Gewährung auf Eingliederungshilfe ist regelmäßig auf Null reduziert, soweit sich die besondere Härte aus einer Behinderung ergibt.

*„Nach dieser Vorschrift werden, soweit dies im Einzelfall besondere Umstände erfordern, Leistungsberechtigten nach Satz 3 zur Überwindung einer besonderen Härte andere Leistungen im Sinne von Absatz 1 gewährt (Halbsatz 1); ebenso sind Leistungen über einen Zeitraum von einem Monat hinaus zu erbringen, soweit dies im Einzelfall auf Grund besonderer Umstände zur Überwindung einer besonderen Härte und zur Deckung einer zeitlich befristeten Bedarfslage geboten ist (Halbsatz 2). Beide Härtefallregelungen können auch nebeneinander Anwendung finden (Siefert, a.a.O., § 23 1. Überarbeitung Rn. 106). Zudem können sich auch Leistungsberechtigte nach § 23 Abs. 3 Satz 7 SGB XII (bei einem mindestens fünf Jahre währenden Aufenthalt in Deutschland) auf die Härtefallregelungen berufen. Der persönliche Anwendungsbereich des § 23 Abs. 3 Satz 6 SGB XII ist insoweit nicht reduziert. Hierfür sprechen im Sinne eines "Erst-recht-Schlusses" Sinn und Zweck der Härtefallregelungen, bei Vorliegen besonderer Umstände unzumutbare Härten zu vermeiden (vgl. BT-Drs. 18/10211, S. 16 f.), die auch bei Leistungsberechtigten nach § 23 Abs. 3 Satz 7 SGB XII in Betracht kommen können. Der Verweis aus § 23 Abs. 3 Satz 6 Halbsatz 1 SGB XII auf (sämtliche) Leistungen*



## Überbrückungsleistungen

nach § 23 Abs. 1 SGB XII schließt die mögliche Gewährung von Eingliederungshilfe im Ermessenswege gemäß § 23 Abs. 1 Satz 3 SGB XII mit ein.

Das nach § 23 Abs. 1 Satz 3 SGB XII grundsätzlich eröffnete Ermessen kann im Einzelfall derart eingeschränkt sein, dass sich nur eine Hilfestellung als rechtmäßig erweist (sog. Ermessensreduzierung auf Null). Dies ist beispielsweise für die Hilfe zur Krankheit bei Notwendigkeit einer unaufschiebbaren Krankenbehandlung anerkannt worden (zu § 23 SGB XII in der bis zum 28. Dezember 2016 geltenden Fassung: BSG, Urteil vom 18. November 2014 - [B 8 SO 9/13 R](#) - juris Rn. 28; zur Eingliederungshilfe: Siefert, a.a.O., § 23 1. Überarbeitung Rn. 36). Wenn die tatbestandlichen Voraussetzungen nach § 23 Abs. 3 Satz 6 SGB XII vorliegen, dürfte das der Behörde eingeräumte (Auswahl-) Ermessen regelmäßig auf Null reduziert sein, soweit sich die besondere Härte i.S. des § 23 Abs. 3 Satz 6 Halbsatz 1 SGB XII aus der Behinderung bzw. den Umständen des behinderungsbedingten Bedarfs an Eingliederungshilfe ergibt. Eine besondere Härte kann sich insbesondere aus schwerwiegenden gesundheitlichen Beeinträchtigungen ergeben, etwa im Falle einer krankheitsbedingten Reiseunfähigkeit (Senatsbeschluss vom 13. Juli 2017 - L 8 SO 129/17 B ER -) oder einer dialysepflichtigen Nierenerkrankung (Landessozialgericht Baden-Württemberg, Beschluss vom 28. März 2018 - [L 7 AS 430/18 ER-B](#) -).

Vorliegend hat die Antragstellerin glaubhaft gemacht, dass die streitige Leistung auf Grund besonderer Umstände und zur Überwindung einer besonderen Härte geboten ist. Sie bedarf aktuell auf Grund ihrer schweren psychischen Erkrankung auch nach Beendigung der stationären Krankenhausbehandlung einer umfassenden Betreuung in einer stationären Einrichtung. Anderenfalls droht ihr eine erneute Destabilisierung mit akuter Suizidalität. Der Senat hat - unter Berücksichtigung des dokumentierten Krankheitsverlaufs - keine Veranlassung, von der entsprechenden Einschätzung der D. E. in den Stellungnahmen 26. April und 31. August 2018 abzuweichen, zumal diese auch von der Antragsgegnerin nicht in Frage gestellt wird. Eine Rückkehr in den Haushalt der Mutter ist derzeit offenbar **ausgeschlossen**; gleichzeitig spricht vieles dafür, dass die Mutter weiterhin eine wichtige Bezugsperson für die Antragstellerin ist. Unter diesen Umständen erweist sich allein eine Hilfestellung mit den gesundheitlichen Belangen der Antragstellerin als rechtmäßig; das der Antragsgegnerin gemäß § 23 Abs. 3 Satz 6 Halbsatz 1 SGB XII i.V.m. § 23 Abs. 1 Satz 3 SGB XII an sich eingeräumte Ermessen ist auf Null reduziert.“

[LSG NRW \(7. Senat\);  
Beschluss vom 28.  
März 2018; L 7 AS  
115/18 B ER](#)

Anspruch auf Überbrückungsleistungen nach SGB XII für einen wohnungslosen und heroïnabhängigen Litauer. Überbrückungsleistungen auch über einen Monat hinaus (sechs Monate) und in Höhe der vollen Regelleistung der Hilfe zum Lebensunterhalt, aufgrund besonderer Umstände zur Überwindung einer besonderen Härte und zur Deckung einer zeitlich befristeten Bedarfslage. Ein Ausreisewille ist nicht Voraussetzung.

„Die Anwendung von § 23 Abs. 3 Satz 6 SGB XII setzt nicht voraus, dass ein Ausreisewille feststellbar ist. Zwar knüpft die Vorschrift an die Regelung über die Überbrückungsleistungen (§ 23 Abs. 3 Satz 3 SGB XII) an und soll ausdrücklich eine Anspruchsgrundlage darstellen, "die lediglich bei Vorliegen besonderer Umstände eingreift, um im Einzelfall für einen begrenzten Zeitraum unzumutbare Härten zu vermeiden, nicht um eine Regelung, mit der ein dauerhafter Leistungsbezug ermöglicht wird" ([BT-Drucks. 18/10211 S. 16](#)). Es lässt sich aber nicht feststellen, dass der Gesetzgeber Unionsbürger gerade dann leistungslos lassen wollte, wenn die Verweisung (nur) auf Überbrückungsleistungen sich auch für einen längeren Zeitraum als unzumutbare Härte darstellt, mithin die den Leistungs**ausschluss** begründende Rückkehroption sich gerade nicht ohne Weiteres verwirklichen lässt (in diesem Sinne auch LSG Berlin-Brandenburg Beschluss vom 20.06.2017 - [L 15 SO 104/17 B ER](#)). Der Senat teilt die in der obergerichtlichen Rechtsprechung nach Inkrafttreten der Neuregelung zu § 23 SGB XII vertretene Auffassung (LSG Berlin-Brandenburg Beschluss vom 08.03.2018 - [L 25 AS 337/18 B ER](#)), wonach der **Ausschluss** von existenzsichernden Leistungen nach dem SGB II und dem SGB XII nur dann verfassungsrechtlich haltbar ist, wenn Betroffenen, bei denen ein individuelles Rückkehrhindernis besteht, das eine Ausreise in den Herkunftsstaat derzeit auch unter Berücksichtigung der Belange der Allgemeinheit als unzumutbar erscheinen lässt, eine fehlende Ausreiseabsicht nicht anspruchshindernd entgegengehalten wird. Dabei berücksichtigt der Senat, dass nach der Rechtsprechung

## Überbrückungsleistungen

des BSG der Leistungsausschluss des § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II nach der bis zum 28.12.2016 geltenden Rechtslage mit dem Grundrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums nur vereinbar war, weil existenzsichernde Leistungen durch den Sozialhilfeträger zu bewilligen waren (vgl. nur BSG Urteile vom 20.01.2016 - [B 14 AS 35/15 R](#) und vom 30.08.2017 - [B 14 AS 31/16 R](#)). Das Erfordernis "zeitlich befristete Bedarfslage" ist in der skizzierten gebotenen verfassungskonformen Interpretation nicht als "kurzzeitig" auszulegen. Vielmehr ist eine zeitliche befristete Bedarfslage bereits dann anzunehmen, wenn Anhaltspunkte dafür vorhanden sind, dass der bedarfsbegründende Zustand kein Dauerzustand, sondern voraussichtlich vorübergehend ist.

Der Antragsteller hat glaubhaft gemacht, dass ihm derzeit eine Rückkehr nach Litauen nicht zumutbar ist. Er ist schwer suchtkrank und unterzieht sich seit März 2017 einer medizinischen Behandlung der Erkrankung. Es ist überwiegend wahrscheinlich, dass eine Beendigung dieser Behandlung mit einer ungewissen Lebens- und Behandlungsperspektive in Litauen bei dem Antragsteller eine gravierende Verschlechterung seines Gesundheitszustandes nach sich ziehen würde. Hierbei hat der Senat auch berücksichtigt, dass der Antragssteller nach seinen glaubhaften Bekundungen in Litauen über keine engeren familiären Kontakte mehr verfügt, während in E offenbar durch den Verein "fifty-fifty" ein Mindestmaß an sozialer Betreuung und Stabilisierung stattgefunden hat. So ist es den Mitarbeitern des Vereins gelungen, den Antragsteller zu ersten Entgiftungsversuchen zu motivieren und durch den Verkauf der Obdachlosenzeitschrift ein gewisses Maß an Tagesstruktur und sinnvoller Beschäftigung zu schaffen. In dieser Situation ist es dem SGB XII-Träger verwehrt, sich in verfassungsrechtlich zulässiger Weise auf eine Rückkehroption des Antragstellers nach Litauen zu berufen. Die Bedarfslage ist zeitlich begrenzt, weil eine Stabilisierung des Gesundheitszustandes möglich ist und es dem Antragsteller auch bei vorhandener Suchterkrankung insbesondere mit entsprechenden sozialen Hilfen möglich sein wird, eine jedenfalls teilweise bedarfsdeckende Beschäftigung zu finden oder die Gründe zu beseitigen, die derzeit einer Rückkehr nach Litauen im Wege stehen.“

[LSG Baden-Württemberg \(7. Senat\); Beschluss vom 28. März 2018; L 7 AS 430/18 ER-B](#)

**Anspruch auf Überbrückungsleistungen SGB XII über einen Monat hinaus und in Höhe der gesamten Regelleistung zur Sicherung des Lebensunterhalts für eine dialysepflichtige Unionsbürgerin.**

„Die Anordnungsvoraussetzungen (Anordnungsanspruch und Anordnungsgrund) sind bei der Antragstellerin, bei der ein Grad der Behinderung von 100 festgestellt ist (vgl. Bescheid des Versorgungsamts vom 11. August 2017, Bl. 147 der Leistungsakte IV), im Umfang des Beschlusausspruchs mit Bezug auf die Beigeladene gegeben. Die Voraussetzungen des § 23 Abs. 3 Satz 6 SGB XII erachtet der Senat nach beiden Halbsätzen für erfüllt. Die Antragstellerin hat durch Vorlage des Attestes des Dr. S. vom 17. Januar 2018 glaubhaft gemacht, dass sie aufgrund ihrer Nierenerkrankung einer Dialysebehandlung bedarf und ohne diese Behandlung ihr Leben bedroht wäre. Sie hat des Weiteren ihre Hilfebedürftigkeit (§ 19 Abs. 1 SGB XII) ausreichend glaubhaft gemacht. Es sind im vorliegenden Einzelfall sonach besondere, eine wesentliche Härte begründende Umstände gegeben, die es erforderlich machen, die Beigeladene zur einstweiligen Gewährung von Leistungen über den regelmäßigen Überbrückungszeitraum von einem Monat hinaus in Anlehnung an die Regelungen der Hilfe zum Lebensunterhalt sowie der Hilfe bei Krankheit (§ 23 Abs. 1 Satz 1 i.V.m. §§ 27 ff., 35, 48 ff. SGB XII) zu verpflichten.“

[LSG Berlin-Brandenburg \(25. Senat\); Beschluss vom 8. März 2018; L 25 AS 337/18 B ER](#)

**Anspruch auf unbefristete Überbrückungsleistungen in Höhe des gesamten Existenzminimums und ohne zeitliche Befristung bei einem schwer kranken Antragsteller.**

„Obwohl § 23 Abs. 3 Satz 6 SGB XII nach seinem Wortlaut Leistungen nur für eine zeitlich befristete Bedarfslage ermöglicht und eine solche hier nicht vorliegt, ist der Beigeladene zu verpflichten. Dabei berücksichtigt der Senat, dass nach der Rechtsprechung des BSG der Leistungsausschluss des § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II a. F. nach der bis zum 28. Dezember 2016 geltenden Rechtslage insbesondere schon deshalb mit dem Grundrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums aus Artikel 1 Abs. 1 des Grundgesetzes (GG) i. V. m. dem Sozialstaatsprinzip des Artikels 20 Abs. 1 GG vereinbar war, weil existenzsichernde Leistungen durch den beizuladenden Sozialhilfeträger nach § 23 Abs. 1 Satz 3 SGB XII zu gewähren waren (vgl. nur Urteil vom 20.

## Überbrückungsleistungen

Januar 2016 - [B 14 AS 35/15 R](#) – juris). Hieraus schlussfolgert der Senat, dass umgekehrt der Leistungsausschluss den skizzierten verfassungsrechtlichen Bedenken begegnet wäre, hätte man den Anspruch auf Sozialhilfeleistungen verneint. Bestätigt werden diese Erwägungen durch ein Urteil des BSG vom 30. August 2017 ([B 14 AS 31/16 R](#) – juris). Zu dem Grundrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums aus Artikel 1 Abs. 1 GG i. V. m. Artikel 20 Abs. 1 GG bei einem tatsächlichen Aufenthalt eines Ausländers in Deutschland, gegen den ausländerbehördliche Maßnahmen nicht ergriffen werden, sondern dessen Aufenthalt faktisch geduldet wird, hat das BSG ausgeführt, mit diesem Grundrecht wäre ein durch den Wortlaut des § 23 SGB XII a. F. nicht vorgegebener vollständiger Ausschluss vom Zugang zu jeglichen existenzsichernden Leistungen für die von § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II a. F. erfassten Personen sowohl im SGB II als auch im SGB XII nicht zu vereinbaren. Einen solchen Ausschluss sehe - ungeachtet der Ausgestaltung der Ansprüche im Detail - auch nicht das auf die Rechtsprechung des BSG reagierende Gesetz vom 22. Dezember 2016 vor.

In letzter Konsequenz bedeutet dies, dass ein Gesetz, das einem Unionsbürger, der sich nicht verboten im Bundesgebiet aufhält, jegliche existenzsichernden Leistungen versagen würde, möglicherweise mit dem GG nicht vereinbar wäre. Die hiergegen erhobenen Einwände (vgl. etwa Landessozialgericht Thüringen, Beschluss vom 1. November 2017 - [L 4 AS 1225/17 B ER](#) – juris m. w. N.) greifen vor dem Hintergrund der zitierten Rechtsprechung des BSG nicht durch. Auch der in diesem Zusammenhang geäußerte Hinweis auf eine mögliche Rückkehr ins Heimatland (so Landessozialgericht Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 23. Oktober 2017 - [L 31 AS 2007/17 B ER](#) - juris) greift nicht durch. Denn darauf, ob die Möglichkeit einer Heimkehr des vom Leistungsausschluss erfassten EU-Ausländers in sein Herkunftsland besteht, kommt es in der skizzierten verfassungsrechtlichen Perspektive nicht an (BSG, Urteil vom 30. August 2017 - [B 14 AS 31/16 R](#) – juris).

Der Senat lässt bei fehlender Relevanz für das Ergebnis offen, ob sich der Leistungsanspruch des Antragstellers hier aus § 23 Abs. 3 Satz 6 SGB XII in verfassungskonformer Auslegung ergibt oder aus dem Grundrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums aus Artikel 1 Abs. 1 GG i. V. m. dem Sozialstaatsprinzip des Artikels 20 Abs. 1 GG. Denn jedenfalls stehen dem Antragsteller in diesem Einzelfall vor dem Hintergrund seiner schweren Krebserkrankung bei zuerkanntem Grad der Behinderung von 100 und anerkannten Merkzeichen "G" (erhebliche Beeinträchtigung der Bewegungsfähigkeit im Straßenverkehr) und "B" (Notwendigkeit einer ständigen Begleitung) die tenorierten Leistungen zu. Der Senat erachtet es hier aus verfassungsrechtlichen Gründen nicht für möglich, den Antragsteller für die Zeit seines tatsächlichen Aufenthaltes in der Bundesrepublik ohne jegliche existenzsichernden Leistungen zu lassen. Ob es ihm gegebenenfalls möglich wäre, nach Bulgarien zurückzukehren, ist aus den genannten Gründen jedenfalls in diesem Einzelfall ebenso unerheblich wie die hier nicht zu klärende Frage, ob der Antragsteller auch in Bulgarien eine adäquate medizinische Versorgung erhalten würde.“

[LSG Hamburg \(4. Senat\), Beschluss vom 21. Februar 2018; L 4 SO 10/18 B ER](#)

Anspruch auf Überbrückungsleistungen auch über einen Monat hinaus bei Vorliegen einer besonderen Härte. Ein „Ausreisewille“ ist dafür nicht erforderlich. Der Antrag auf „laufende Hilfe zum Lebensunterhalt“ umfasst auch die Überbrückungsleistungen. „Auch nach Auffassung des Senats ist es nicht Voraussetzung eines derartigen Anspruchs, dass sich ein Ausreisewille positiv feststellen lässt (wie hier Coseriu, jurisPK-SGB XII, § 23 Rn. 4.13, LSG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 20.6.2017 – [L 15 SO 104/17 B ER](#) u.a.; Hessisches LSG, Beschluss vom 13.6.2017 – [L 4 SO 79/17 B ER](#) und Beschluss vom 20.6.2017 – [L 4 SO 70/17](#); a.A. BayLSG, Beschluss vom 24.4.2017 – [L 8 SO 77/17 B ER](#); LSG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 13.2.2017 – [L 23 SO 30/17 B ER](#)). Der Wortlaut der Vorschrift gibt dies nicht her, vielmehr verlangt er nur das Vorliegen besonderer Umstände des Einzelfalls und einer besonderen Härte. Ferner widerspricht das Erfordernis eines feststellbaren Ausreisewillens dem Sinn und Zweck der Vorschrift. Der Leistungsausschluss von Ausländern nach § 23 Abs. 3 Satz 1 SGB XII basiert darauf, dass die ausgeschlossenen Personen die Möglichkeit haben, in ihren Heimatstaat zurückzukehren und dort existenzsichernde Leistungen in Anspruch zu nehmen (siehe die Gesetzesbegründung, [BT-Drs. 18/10211, S. 14](#) zur Parallelregelung in § 7 Abs. 1 Satz 2 Zweites Buch Sozialgesetzbuch – SGB II). Diese Erwägung greift jedoch nicht ein bei Ausländern, denen eine Rückreise in das Heimatland nicht

## Überbrückungsleistungen

möglich oder nicht zumutbar ist. Der besonderen Situation dieser Personen trägt die Härtefallregelung Rechnung, die gerade Fälle erfassen soll, in denen eine Ausreise binnen eines Monats nicht möglich oder nicht zumutbar ist (so die Gesetzesbegründung, [BT-Drs. 18/10211, S. 16](#)). Personen, von denen eine (zeitnahe) Ausreise nicht verlangt werden kann, sollen weiter Leistungen beanspruchen können. Kann aber aufgrund der konkreten Umstände des Einzelfalls eine Ausreise ohnehin nicht verlangt werden, so kommt es auf einen Ausreisewillen nicht mehr an. Einen subjektiven Willen zu verlangen, der nicht umgesetzt werden kann bzw. dessen Umsetzung nicht erwartet wird, erscheint unsinnig. (...)  
Auch der Einwand der Antragsgegnerin, Leistungen nach § 23 Abs. 3 Satz 6 SGB XII seien nicht Gegenstand des Begehrens der Antragstellerin im Eilverfahren gewesen, vermag nicht zu überzeugen. Dem – vom Antragsdienst des Sozialgerichts aufgenommenen – Wortlaut ihres Antrags nach hat die Antragstellerin "laufende Hilfe zum Lebensunterhalt und Hilfe zur Pflege in einer Einrichtung" beantragt. Dieser Antrag ist vom Gericht indes auszulegen, § 123 SGG. Bei der Bedarfssituation der Antragstellerin lag es nahe, davon auszugehen, dass sie zwar in erster Linie "reguläre" Leistungen begehrt, zumindest hilfsweise – statt ganz ohne Hilfe dazustehen – aber auch Härtefallleistungen."

[LSG Berlin-Brandenburg \(26. Senat\); Beschluss vom 2. Februar 2018; L 26 AS 24/18 B ER](#)

**Anspruch Überbrückungsleistungen für vom Leistungsausschluss erfasste Unionsbürger\*innen ohne Antragserfordernis und ohne weitere Vorbedingungen**

„Damit bleiben die Antragstellerinnen aber nicht sich selbst überlassen. Der Gesetzgeber hat in § 23 Abs. 3 Satz 3 SGB XII einen Anspruch auf Überbrückungsleistungen geschaffen, der ohne weitere Vorbedingungen (kein Antragserfordernis) und ohne dem Sozialhilfeträger einen Ermessensspielraum einzuräumen jedem hilfebedürftigen **Ausländer**, der - wie die Antragstellerinnen - dem Leistungsausschluss unterfällt, bis zur Ausreise, längstens jedoch für einen Zeitraum von einem Monat, einmalig innerhalb von zwei Jahren eingeschränkte Hilfen gewährt. Diese in § 23 Abs. 3 Satz 5 SGB XII näher ausgestalteten Überbrückungsleistungen können im Einzelfall, für dessen Vorliegen der Senat hier aber keine Anhaltspunkte hat, sowohl für eine längere Zeit als auch in abweichender Höhe erbracht werden (§ 23 Abs. 3 Satz 6 SGB XII).“

[LSG Hessen \(4. Senat\); Beschluss vom 13. Juni 2017; L 4 SO 79/17 B ER](#)

### **Orientierungssatz**

1. Bei einem Antrag eines Ausländers auf Gewährung eines sozialhilferechtlichen Überbrückungsgeldes vor einer Ausreise steht dem Sozialhilfeträger kein Ermessen in Bezug auf die Dauer der Leistungsgewährung zu. Auch darf die Leistungsgewährung nicht davon abhängig gemacht werden, dass tatsächlich eine Ausreise erfolgt.(Rn.10)

2. Ein Härtefall, der zu einer Verlängerung des Zahlungszeitraums eines Überbrückungsgeldes an einen Ausländer führt, kann sich auch aus einer gesundheitlichen Situation ergeben, wenn nämlich beim Betroffenen aus zwingenden medizinischen Gründen eine Behandlung erforderlich ist (hier: Nachsorge nach Tumorerkrankung), jedenfalls soweit noch nicht feststeht, dass diese im Herkunftsland sachgemäß erfolgen kann.(Rn.12)

Rn.10

Der Antragsteller erfüllt auch die weiteren Anspruchsvoraussetzungen für die von ihm begehrten Leistungen. Dass er seit dem Inkrafttreten der Vorschrift am 29. Dezember 2016 bereits Überbrückungsleistungen erhalten hat, ist nicht ersichtlich. Weitere Bedingungen für den Erhalt bestehen grundsätzlich nicht. Insbesondere steht dem Sozialhilfeträger schon nach dem Wortlaut der Norm weder ein Ermessen hinsichtlich der Dauer der Leistungserbringung zu noch ist diese davon abhängig, dass der Hilfebedürftige seine Bereitschaft zur Ausreise erklärt. Es kommt an dieser Stelle auch nicht streitentscheidend darauf an, ob ein Antrag, der spezifisch auf die Gewährung von Leistungen nach dem 3. oder 4. Kapitel des SGB XII gerichtet ist, immer als Minus die Forderung nach der Zahlung von Überbrückungsleistungen mit umfasst. Denn einen solchen auf bestimmte Leistungen gerichteten Antrag hat der Antragsteller im vorliegenden Eilverfahren gar nicht gestellt, sondern allgemein "Leistungen nach dem SGB XII"

## Überbrückungsleistungen

	<p>verlangt. Damit hat er hilfsweise zugleich die Erbringung von Überbrückungsleistungen begehrt, da auch diese Leistungen im SGB XII geregelt sind. Dieses Begehren ergibt sich im Übrigen auch aus dem Vortrag im Widerspruchsverfahren.</p>
<p><a href="#">SG Hildesheim (55. Kammer); Beschluss vom 13. Februar 2017; S 55 AS 4029/17 ER</a></p>	<p><b>Anspruch auf Überbrückungsleistungen nach § 23 Abs. 3 Satz 3 SGB XII auch ohne Erklärung eines Ausreisewillens</b></p> <p>„Die Kammer folgt dabei nicht dem Gedankengang des Beigeladenen, dass Anspruchsvoraussetzung für Leistungen nach § 23 Abs. 3 Satz 3 SGB XII ein Ausreisewille ist. Hierfür spricht zunächst die Tatsache, dass der Gesetzgeber die Leistungen grundsätzlich auf einen Monat beschränkt hat und eine einmalige Leistungsgewährung innerhalb von 2 Jahren vorgesehen hat. Auch die Gesetzesbegründung, die diese Vorkehrungen zur Sicherstellung, dass nicht durch eine kurze Ausreise und dann Wiedereinreise die Wertung des Gesetzes umgangen würde (<a href="#">Bundestagsdrucksache 18/10211, Seite 16</a>), vorsieht, legt nahe, dass der Gesetzgeber mit fehlendem (dauerhaften) Ausreisewillen der Leistungsberechtigten gerechnet hat.“</p>



## Humanitäres Aufenthaltsrecht

[LSG Sachsen-Anhalt \(4. Senat\), Beschluss vom 23. Mai 2018; L 4 AS 913/17 B ER](#)

Anspruch auf SGB-II-Leistungen für den elfjährigen Sohn einer Mutter (die selbst über ein abgeleitetes Freizügigkeitsrecht als Familienangehörige verfügt), weil er sich möglicherweise auf ein fiktives Aufenthaltsrecht aus dem Aufenthaltsgesetz berufen kann.

„Allerdings gewährt Art. 6 GG keinen unmittelbaren Anspruch auf Aufenthalt. Indes sind bei einer Entscheidung über ein Aufenthaltsbegehren die familiären Bindungen des **Ausländers** an im Bundesgebiet lebende Personen angemessen zu berücksichtigen. Dies lässt es möglich erscheinen, dass die familiäre Verbundenheit und die Abhängigkeit des 11-jährigen Antragstellers von seiner Mutter, der Antragstellerin, dazu führt, dass ihm von der zuständigen **Ausländerbehörde** ein Aufenthaltstitel – in Abhängigkeit vom Aufenthaltsrecht der Antragstellerin – erteilt wird. Insoweit ist zu beachten, dass faktisch die Antragstellerin die Personensorge für den Antragsteller wahrnimmt und sie über ein abgeleitetes Aufenthaltsrecht als Familienangehörige aus wirtschaftlichen Gründen verfügt, sodass die Antragsteller wohl nicht zumutbar darauf verwiesen werden können, die familiäre Einheit im Heimatland wiederherzustellen.

Da die Antragstellerin mit überwiegender Wahrscheinlichkeit über ein sog. anderweitiges Aufenthaltsrecht im Sinne von § 7 Abs. 1 SGB II verfügt, waren auch dem sie begleitenden minderjährigen Antragsteller im Rahmen der Folgenabwägung SGB II-Leistungen zuzusprechen.“

[LSG NRW \(8. Senat\); Beschluss vom 14. Februar 2018; L 7 AS 2380/17 B ER & L 7 AS 2381/17 B](#)

Anspruch auf Leistungen nach SGB II, da eine bulgarische Antragstellerin einen (fiktiven) Anspruch auf eine Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 4 AufenthG hat. Dieses fiktive Aufenthaltsrecht nach dem AufenthG, ist durch das Jobcenter auch ohne Einschaltung der Ausländerbehörde eigenständig zu prüfen. Die Frau lebt als ehemalige Zwangsprostituierte in einem Frauenhaus.

„Die Antragstellerin zu 1) hat glaubhaft gemacht, dass sie neben dem Aufenthaltsrecht zur Arbeitsuche iSd § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2b) SGB II ein anderweitiges Aufenthaltsrecht hat, weshalb der Leistungs**ausschluss** nicht greift. Sie kann sich gem. §§ 11 Abs. 1 Satz 11 FreizügG/EU, 25 Abs. 4 AufenthG auf ein Aufenthaltsrecht aus dringenden humanitären oder persönlichen Gründen berufen:

Nach § 11 Abs. 1 Satz 11 FreizügG/EU findet das AufenthaltsgG auch dann Anwendung, wenn es eine günstigere Rechtsstellung vermittelt als dieses Gesetz. Nach der Rechtsprechung des BSG ist ein Aufenthaltsrecht nach dem AufenthG, insbesondere mittels der Günstigkeitsregelung in § 11 Abs. 1 Satz 11 FreizügG/EU, das eine Ausnahme vom Leistungs**ausschluss** nach § 7 Abs. 1 Satz 2 SGB II zu rechtfertigen vermag, im Verfahren über einen Anspruch auf Leistungen nach dem SGB II auch ohne Einschaltung der **Ausländerbehörde** eigenständig zu prüfen (BSG Urteile vom 20.01.2016 - [B 14 AS 35/15 R](#) und vom 30.01.2013 - [B 4 AS 54/12 R](#)).

Gem. § 25 Abs. 4 Satz 1 AufenthG kann einem nicht vollziehbar ausreisepflichtigen **Ausländer** für einen vorübergehenden Aufenthalt eine Aufenthaltserlaubnis erteilt werden, solange dringende humanitäre oder persönliche Gründe seine vorübergehende weitere Anwesenheit im Bundesgebiet erfordern. Die Antragstellerin zu 1) ist nicht vollziehbar ausreisepflichtig, sondern hält sich als freizügigkeitsberechtigte Unionsbürgerin rechtmäßig im Bundesgebiet auf. Dringende humanitäre Gründe sind Gründe von solchem humanitären Gewicht, dass es wegen der Folgen für den **Ausländer** oder für Familienangehörige nicht verantwortet werden kann, der Ausreisepflicht bzw. (bei Unionsbürgern) einem faktischen Zwang zur Ausreise nachzukommen. Als dringende persönliche Gründe kommen beispielsweise die Durchführung einer Operation, die im Herkunftsland nicht gewährleistet ist, eine unmittelbar bevorstehende Eheschließung mit einem Deutschen oder einem **Ausländer**, der einen Aufenthaltstitel besitzt, die vorübergehende Betreuung eines schwer kranken Familienangehörigen oder der Abschluss einer Schul- oder Berufsausbildung in Betracht (so die Gesetzesbegründung, [BT-Drs. 15/420, S. 79 f](#)).

Die Antragstellerin zu 1) hat einen Sachverhalt glaubhaft gemacht, der die Annahme humanitärer und persönlicher Gründe in diesem

## Humanitäres Aufenthaltsrecht

*Sinne begründet. Der Senat hat bei der im einstweiligen Rechtsschutzverfahren allein möglichen und gebotenen summarischen Prüfung keinen Anlass zu zweifeln, dass das von der Antragstellerin zu 1) beschriebene Schicksal als Zwangsprostituierte zutrifft. Die Antragstellerin zu 1) hat diesen Sachverhalt bereits dem Sozialgericht in einer konsistenten und widerspruchsfreien eidesstattlichen Versicherung geschildert. Im Beschwerdeverfahren hat die Bezugsbetreuerin der Antragstellerin zu 1) bestätigt, dass auch aus ihrer Sicht keine Zweifel an dem Wahrheitsgehalt der entsprechenden Ausführungen bestehen. Der Antragsgegner ist den Darlegungen nicht entgegen getreten. Glaubhaft ist auch, dass es der Antragstellerin zu 1) derzeit und bis auf weiteres nicht zumutbar ist, ihr erstmals gewonnenes geschütztes Umfeld zu verlassen (wie aber die Beigeladene ausdrücklich meint) und sich nach Bulgarien zu begeben, wo sie nach ihrer glaubhaften Aussage keine Bezugspersonen befinden und sie die Zuhälter vermutet, aus deren Einflussbereich sie gerade entkommen ist. Nachvollziehbar hat die Bezugsbetreuerin der Antragstellerin zu 1) geschildert, dass eine längerfristige psychosoziale Betreuung der Antragstellerin zu 1) erforderlich ist, die an ihrem derzeitigen Aufenthaltsort gewährleistet ist.*

*Das Aufenthaltsrecht nach § 25 Abs. 4 AufenthG ist allerdings ausdrücklich nur für einen vorübergehenden Aufenthalt bestimmt. Ein Daueraufenthaltsrecht kann aufgrund dieser Vorschrift nicht begründet werden (OVG Sachsen-Anhalt Beschluss vom 21.01.2006 - [2 M 217/05](#)). Nach der Rechtsprechung des BSG (BSG Urteil vom 20.01.2016 - [B 14 AS 35/15 R](#)) ist nur ein Aufenthaltsrecht, das eine längerfristige Bleibeperspektive vermittelt und das deshalb auch einer Eingliederung in den Arbeitsmarkt nicht entgegensteht, geeignet, als Ausnahme zu § 7 Abs. 1 Satz 2 SGB II den Zugang zu Leistungen nach dem SGB II zu eröffnen. Ohne längerfristige Bleibeperspektive sei die Eröffnung des Zugangs zu diesen Leistungen einschließlich denen zur Eingliederung in Arbeit nicht sachgerecht. Zum Fall eines Aufenthaltsrechts aus humanitären Gründen aufgrund einer Risikoschwangerschaft hat das BSG ausgeführt, die allenfalls in Betracht kommende Erteilung und ggf. Verlängerung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 4 AufenthG möge mit einem erlaubten, aber nur vorübergehenden Aufenthalt zwar eine Antwort des Aufenthaltsrechts auf eine Krisensituation bieten, lasse die Anwendung des Leistungs[ausschlusses](#) nach § 7 Abs. 1 Satz 2 SGB II nach dessen Sinn und Zweck indes unberührt.*

*Diese Einschränkung steht im vorliegenden Fall der Nichtanwendung des Leistungs[ausschlusses](#) nach § 7 Abs. 1 Satz 2 SGB II nicht entgegen. Ein "vorübergehender" Aufenthalt iSd § 25 Abs. 4 AufenthG ist nicht mit einem "kurzen" Aufenthalt, der nach der Rechtsprechung des BSG (die anlässlich einer bei der dortigen Klägerin bestehenden Risikoschwangerschaft ergangen ist) den Zugang zum SGB II-Leistungssystem nicht eröffnen soll, gleichzusetzen. So wird zB in der obergerichtlichen Rechtsprechung ein Aufenthaltsrecht nach § 25 Abs. 4 AufenthG zur Ausübung des Umgangsrechts mit minderjährigen Kindern bejaht (OLG Koblenz Beschluss vom 17.07.2008 - [7 UF 208/08](#)). Dieser Zustand kann sich über mehrere Jahre, d.h. einen Zeitraum, der zweifellos einen Zugang zu Leistungen nach dem SGB II und entsprechende Integrationsbemühungen rechtfertigt, erstrecken.*

*Glaubhaft ist, dass der Zeitraum, den die Antragstellerin zu 1) zur Überwindung ihrer Traumatisierung und Stabilisierung ihrer Lebensverhältnisse benötigen wird, den für vorläufige Leistungen gesetzlich maßgeblichen Zeitraum von sechs Monaten (§ 41 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 SGB II) deutlich überschreiten wird, Integrationsbemühungen in das Arbeitsleben sinnvoll und erfolgsversprechend erscheinen und sie als freizügigkeitsberechtignte Unionsbürgerin eine längerfristige Bleibeperspektive hat.“*

## Anspruch auf Leistungen nach AsylbLG

[SG Münster \(19. Kammer\); Beschluss vom 21. Februar 2019; S 19 AY 3/19 ER](#)

Anspruch auf Leistungen nach AsylbLG für einen litauischen Staatsangehörigen mit Duldung

[LSG NRW \(19. Senat\); Beschluss vom 14. November 2018; L 19 AS 1434/18 B ER](#)

Anspruch auf AsylbLG-Leistungen für einen rumänischen obdachlosen Unionsbürger, für den die ABH eine Verlustfeststellung des Freizügigkeitsrechts getroffen hat. Dies gilt auch dann, wenn Klage gegen die Verlustfeststellung eingelegt wird, da es keiner Vollziehbarkeit der bestehenden Ausreisepflicht bedarf.

*„Der Antrag der anwaltlichen Bevollmächtigten des Antragstellers, hilfsweise der Beigeladenen im Wege der einstweiligen Anordnung aufzugeben, dem Antragsteller Leistungen nach dem SGB XII zu gewähren, ist unter Berücksichtigung des Meistbegünstigungsgrundsatzes (vgl. dazu BSG, Urteil vom 16.02.2012 - [B 4 AS 14/11 R](#), Rn. 19 m.w.N.) dahingehend auszulegen, dass davon ebenfalls der Antrag auf Verpflichtung der Beigeladenen zur Erbringung von Leistungen nach dem AsylbLG umfasst ist. Denn das Begehren des Antragstellers ist darauf gerichtet, existenzsichernde Leistungen zu erhalten. Bei verständiger Würdigung ist dieses Begehren im Hinblick auf die Beigeladene nicht nur auf die Leistungen nach dem SGB XII beschränkt, sondern umfasst ebenso die Leistungen nach dem AsylbLG, für die sie ebenfalls zuständig ist. (...)*

*Aufgrund der Feststellung des Verlusts der Freizügigkeitsberechtigung ist der Antragsteller zudem nach § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 a) und 3 SGB II von Leistungen nach dem SGB II **ausgeschlossen** ist. Denn er hat zum einen kein Aufenthaltsrecht mehr (1) und ist zum anderen nach § 1 AsylbLG leistungsberechtigt (2).*

*Nach den oben gemachten Ausführungen hat der Antragsteller gegen die Beigeladene einen Anspruch auf Leistungen nach § 3 AsylbLG ab dem 09.05.2018. Er hat insoweit einen Anordnungsanspruch und -grund glaubhaft gemacht.*

*Er gehört zu dem nach § 1 Abs. 1 Nr. 5 AsylbLG leistungsberechtigten Personenkreis. Danach sind leistungsberechtigt **Ausländer**, die sich tatsächlich im Bundesgebiet aufhalten und die vollziehbar ausreisepflichtig sind, auch wenn eine Abschiebungsandrohung noch nicht oder nicht mehr vollziehbar ist. Diese Voraussetzungen erfüllt der Antragsteller (...)*

*Der Antragsteller hat mit seiner Beschwerdeschrift glaubhaft gemacht, dass er sich derzeit in L tatsächlich aufhält i.S.d. § 10a Abs. 1 S. 3 AsylbLG. Dass er dort noch nicht gemeldet ist, ist entgegen der Auffassung der Beigeladenen für die Begründung der örtlichen Zuständigkeit irrelevant. Insoweit hat der Antragsteller durch die im Verfahren vorgelegte Bescheinigung vom 16.02.2018 glaubhaft gemacht, dass er beim Bürgeramt Innenstadt der Beigeladenen zwecks Anmeldung vorgesprochen hat.“*

[SG Münster, Beschluss vom 26. Juli 2018; S 19 AY 14/18 B ER](#)

Anspruch auf Leistungen nach AsylbLG für einen polnischen Staatsangehörigen, für den die Ausländerbehörde den Verlust des Freizügigkeitsrechts festgestellt hatte.



## Verfassungsrechtliche Diskussion

[LSG NRW \(7. Senat\); Beschluss vom 16. Januar 2019; L 7 AS 1085/18 B](#) (PKH)

„Sollte das Sozialgericht auch nach Klärung dieser offenen Rechtsfragen zu dem Ergebnis kommen, dass für die Kläger kein existenzsichernder Leistungsanspruch gegeben ist, stellt sich die Frage nach der Verfassungsmäßigkeit eines solchen Ergebnisses. Noch mit Urteil vom 10.08.2018 - [B 14 AS 32/17 R](#) hat das BSG entsprechend seiner ständigen Rechtsprechung ausgeführt: "Auch Verfassungsrecht steht dem SGB II-Leistungsausschluss nicht entgegen. Dieser ist mit dem Grundrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums aus Art. 1 Abs. 1 GG iVm dem Sozialstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 1 GG vereinbar, weil der Kläger grundsätzlich Zugang zu existenzsichernden Leistungen nach dem SGB XII hat". Ist ein Leistungsanspruch nach dem SGB XII und dem AsylbLG hingegen nicht gegeben, stellt sich die Frage der Vereinbarkeit mit dem Grundrecht auf Wahrung des menschenwürdigen Existenzminimums (zu den in diesem Zusammenhang noch offenen verfassungsrechtlichen Fragen vgl. BVerfG Beschluss vom 04.10.2016 - [1 BvR 2778/13](#)).“

[LSG Berlin-Brandenburg \(18. Senat\); Beschluss vom 7. Juni 2018; L 18 AS 884/18 B ER](#)

Der Senat äußert „erhebliche Zweifel“ daran, dass der vollständige Leistungsausschluss sowohl vom SGB II als auch vom SGB XII verfassungskonform sei.

„Vorliegend ist indes zu beachten, dass der Vorbehalt des § 7 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2b SGB II - wie das Bundessozialgericht (BSG) zur alten Rechtslage ausdrücklich klargestellt hatte (vgl. Urteile vom 3. Dezember 2015 - [B 4 AS 59/13 R](#) ua – juris; vgl. auch seine Rspr bekräftigend BSG, Urteil vom 30. August 2017 - [B 14 AS 31/16 R](#) -), nicht für Leistungen nach dem Sozialgesetzbuch – Sozialhilfe – (SGB XII) gilt. In Ansehung der Rechtsprechung des BSG bestehen auch erhebliche Zweifel, ob der vom Gesetzgeber insoweit als Klarstellung gedachte (parallele) Leistungsausschluss in § 23 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 SGB XII grundgesetzkonform ist. Das BSG hat in der zitierten Rspr unmissverständlich auf Grundlage der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) einen Anspruch von Betroffenen, wie der Antragsteller, auf Grundlage des Grundrechts auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums, dh unmittelbar kraft Verfassungsrechts, bekräftigt. Dies gilt unverändert auch in Ansehung der seit 29. Dezember 2016 erfolgten gesetzlichen Neuregelung, die sich ebenfalls am Grundgesetz messen lassen muss. Die Antragsteller, die sich in der Bundesrepublik Deutschland erlaubt aufhalten (vgl. Art. 10 VO «EU» 492/2011) dürften nach dieser Rspr von den Leistungen des § 23 Abs. 1 SGB XII im Übrigen auch nicht gemäß § 21 Satz 1 SGB XII (durch das Gesetz zur Regelung von Ansprüchen ausländischer Personen in der Grundsicherung für Arbeitsuchende nach dem Zweiten Buch Sozialgesetzbuch und in der Sozialhilfe nach dem Zwölften Buch Sozialgesetzbuch vom 22. Dezember 2016 «Bundesgesetzblatt 2016 Teil I S. 3155» hat der Gesetzgeber anerkannt, dass die in § 7 Absatz 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II "genannten erwerbsfähigen **Ausländer**innen und **Ausländer** und ihre Familienangehörigen dem Leistungssystem des SGB XII zugewiesen" sind (vgl. [Bundestagsdrucksache 18/10211 S. 14](#)) **ausgeschlossen** sein. (...)

Der Antragsgegner wäre zwar für die Erbringung von SGB XII-Leistungen nicht zuständig, zur Gewährung effektiven Rechtsschutzes gerade bei Leistungen der Existenzsicherung ist vorliegend aber auf die Wertung des § 43 Abs. 1 Satz 2 Sozialgesetzbuch – Allgemeiner Teil – (SGB I) zurückzugreifen. Danach sind, wenn zwischen mehreren Trägern streitig ist, wer zur Leistung verpflichtet ist, vorläufige Leistungen vom unzuständigen Träger zu erbringen, wenn der Berechtigte es beantragt. Dies rechtfertigt zur Gewährung effektiven Rechtsschutzes die Anordnung der aufschiebenden Wirkung der Klage gegen die Aufhebungsentscheidung des Antragsgegners für April 2018, da nur auf diesem Wege eine umgehende Bedarfsdeckung möglich ist. Der Antragsgegner wäre, sollte sich im Hauptsacheverfahren im Ergebnis ein SGB II-Leistungsausschluss und ein Anspruch nach dem SGB XII ergeben, dann insoweit auf einen Erstattungsanspruch gegenüber dem SGB XII-Träger zu verweisen, zumal er den Leistungsantrag augenscheinlich auch nicht an diesen Träger weitergeleitet hat.“

[LSG Berlin-Brandenburg \(25. Senat\); Beschluss vom 8. März 2018; L 25 AS 337/18 B ER](#)

In letzter Konsequenz bedeutet dies, dass ein Gesetz, das einem Unionsbürger, der sich nicht verboten im Bundesgebiet aufhält, jegliche existenzsichernden Leistungen versagen würde, möglicherweise mit dem GG nicht vereinbar wäre. Die hiergegen erhobenen Einwände (vgl. etwa Landessozialgericht Thüringen, Beschluss vom 1. November 2017 - [L 4 AS 1225/17 B ER](#) – juris m. w. N.) greifen vor dem Hintergrund der zitierten Rechtsprechung des BSG nicht durch. Auch der in diesem Zusammenhang geäußerte Hinweis auf eine mögliche Rückkehr ins Heimatland (so Landessozialgericht Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 23.



## Verfassungsrechtliche Diskussion

Oktober 2017 - [L 31 AS 2007/17 B ER](#) - juris) greift nicht durch. Denn darauf, ob die Möglichkeit einer Heimkehr des vom Leistungsausschluss erfassten EU-Ausländers in sein Herkunftsland besteht, kommt es in der skizzierten verfassungsrechtlichen Perspektive nicht an (BSG, Urteil vom 30. August 2017 - [B 14 AS 31/16 R](#) – juris).

Der Senat lässt bei fehlender Relevanz für das Ergebnis offen, ob sich der Leistungsanspruch des Antragstellers hier aus § 23 Abs. 3 Satz 6 SGB XII in verfassungskonformer Auslegung ergibt oder aus dem Grundrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums aus Artikel 1 Abs. 1 GG i. V. m. dem Sozialstaatsprinzip des Artikels 20 Abs. 1 GG. Denn jedenfalls stehen dem Antragsteller in diesem Einzelfall vor dem Hintergrund seiner schweren Krebserkrankung bei zuerkanntem Grad der Behinderung von 100 und anerkannten Merkzeichen "G" (erhebliche Beeinträchtigung der Bewegungsfähigkeit im Straßenverkehr) und "B" (Notwendigkeit einer ständigen Begleitung) die tenorierten Leistungen zu. Der Senat erachtet es hier aus verfassungsrechtlichen Gründen nicht für möglich, den Antragsteller für die Zeit seines tatsächlichen Aufenthaltes in der Bundesrepublik ohne jegliche existenzsichernden Leistungen zu lassen. Ob es ihm gegebenenfalls möglich wäre, nach Bulgarien zurückzukehren, ist aus den genannten Gründen jedenfalls in diesem Einzelfall ebenso unerheblich wie die hier nicht zu klärende Frage, ob der Antragsteller auch in Bulgarien eine adäquate medizinische Versorgung erhalten würde.“

[LSG NRW \(7. Senat\),  
Beschluss vom  
28.1.2018, L 7 AS  
2299/17 B](#)

Davon unabhängig stellt die Frage, ob § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II mit den Vorgaben des BVerfG an die Gewährleistung des menschenwürdigen Existenzminimums vereinbar ist, eine schwierige Rechtsfrage dar, die nicht abschließend in Verfahren über die Prozesskostenhilfe zu beantworten ist. Auf die Vorlage des SG Mainz (Beschluss vom 18.04.2016 - [S 3 AS 149/16](#)) ist ein Verfahren vor dem BVerfG ([1 BvL 4/16](#)) anhängig, ob § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB in der Fassung der Bekanntmachung vom 13.05.2011 (BGBl. I, 857) mit Art. 1 Abs. 1 GG iVm dem Sozialstaatsgebot des Art. 20 Abs. 1 GG und dem sich daraus ergebenden Grundrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums vereinbar ist. Das BVerfG hat sich zu dieser Frage noch nicht abschließend geäußert (vgl. BVerfG Nichtannahmebeschluss vom 04.10.2016 - [1 BvR 2778/13](#)). Es hat vielmehr ausdrücklich ausgeführt, dass die entscheidungserheblichen Rechtsfragen zu einem Anspruch auf existenzsichernde Leistungen für nicht erwerbstätige, nicht ausreisepflichtige ausländische Staatsangehörige nach Normen des SGB II und SGB XII schwierig und ungeklärt sind (BVerfG Beschluss vom 14.02.2017 - [1 BvR 2507/16](#)). Dies gilt namentlich, nachdem durch das Gesetz zur Regelung von Ansprüchen ausländischer Personen nach dem SGB II und in der Sozialhilfe vom 22.12.2016 ([BGBl. I, 3155](#)) ab 29.12.2016 eine Neuregelung u.a. dahingehend erfolgt ist, dass **Ausländer**, für die der Leistungsausschluss gilt, keine Hilfe zum Lebensunterhalt erhalten (§ 23 Abs. 3 Satz 1 SGB XII in der seit dem 29.12.2016 geltenden Fassung). Damit wollte der Gesetzgeber ausdrücklich und in Abwendung von der bis dahin geltenden Rechtsprechung des BSG klarstellen, dass "den ausgeschlossenen Personen weder ein Anspruch auf Leistungen nach § 23 Abs. 1 zusteht noch dass ihnen Leistungen im Ermessenswege gewährt werden" ([BT-Drucks. 18/10211](#), 16). Die Gesetzeslage hat sich damit gegenüber der Rechtslage, die dem Vorlagebeschluss des SG Mainz zugrunde lag, zu Lasten der betroffenen Personen noch verschärft, so dass die Rechtslage nicht im Hinblick auf die gesetzliche Neuregelung als geklärt angesehen werden kann (ausführlich zur verfassungsrechtlichen Diskussion Frings/Janda/Kessler/Steffen, Sozialrecht für Zuwanderer, 2. Aufl. Rn. 359 ff).

Dem kann nicht mit Erfolg entgegen gehalten werden, dass durch die Neuregelung in § 23 Abs. 3 Satz 3 ff SGB XII für hilfebedürftige **Ausländer** ein Anspruch auf Überbrückungsleistungen nach dem SGB XII begründet wurde, der verfassungsrechtlichen Bedenken gegen den Leistungsausschluss nach § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II evtl. begegnet (bejahend u.a. LSG Nordrhein-Westfalen Beschlüsse vom 01.08.2017 - [L 6 AS 575/17 B ER](#) und vom 16.03.2017 - [L 19 AS 190/17 B ER](#); LSG Hessen Beschluss vom 20.06.2017 - [L 4 SO](#)

## Verfassungsrechtliche Diskussion

[70/17 B ER](#); verneinend SG Speyer Beschluss vom 17.08.2017 - [S 16 AS 908/17 ER](#)). Diese Annahme dürfte - unabhängig davon, dass noch keine abschließende verfassungsgerichtliche Beurteilung erfolgt ist - mindestens voraussetzen, dass ein den Vorgaben des BVerfG entsprechender Anspruch auf anderweitige Leistungen nach dem SGB XII besteht. Diese Frage muss im anhängigen Klageverfahren geklärt werden.

[SG Speyer, Beschluss v. 17.08.2017 - S 16 AS 908/17 ER](#)

### **Europarechtswidrigkeit und Verfassungswidrigkeit des § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II in der seit dem 29.12.2016 geltenden Fassung**

#### **Leitsatz ( Juris )**

1. Die Ausschlussstatbestände des § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II verstoßen gegen das Grundrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums aus Art. 1 Abs. 1 GG in Verbindung mit Art 20 Abs. 1 GG (Anschluss an SG Mainz, Vorlagebeschluss vom 18.04.2016 - S 3 AS 149/16 -).

2. Der von den Ausschlussstatbeständen des § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II betroffene Personenkreis hat keinen den verfassungsrechtlichen Anforderungen genügenden Anspruch auf Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach dem 3. Kapitel des SGB XII. Die eingefügten Sonder- und Härtefallregelungen des § 23 Abs. 3 SGB XII und § 23 Abs. 3a SGB XII in der ab dem 29.12.2016 geltenden Fassung können den Verfassungsverstoß nicht kompensieren, da sie dem verfassungsrechtlichen Gebot, die für die Verwirklichung des Grundrechts auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums wesentlichen Regelungen hinreichend bestimmt selbst zu treffen (SG Mainz, Vorlagebeschluss vom 12.12.2014 - S 3 AS 130/14 -, Rn. 252 ff.) nicht genügen.

3. An der Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes sind Fachgerichte für den Fall, dass sie die angegriffene Regelung für verfassungswidrig erachten, nicht dadurch gehindert, dass sie über die Frage der Verfassungswidrigkeit nicht selbst entscheiden könnten, sondern insoweit die Entscheidung des BVerfG nach Art. 100 Abs. 1 GG einholen müssten (vgl. BVerfG, Beschluss vom 24.06.1992 - 1 BvR 1028/91 -, Rn. 29).

Die Voraussetzungen für eine vorläufige Entscheidung nach § 41a Abs. 7 Satz 1 Nr. 1 SGB II sind erfüllt, wenn die für die Leistungsbewilligung entscheidungserhebliche Vorschrift insofern einen Gegenstand eines Verfahrens vor dem BVerfG bildet, dass sie im Falle der Nichtigkeitserklärung der im engeren Sinne verfahrensgegenständlichen Vorschrift mit hoher Wahrscheinlichkeit nach § 78 Satz 2 BVerfGG gleichfalls für nichtig erklärt wird. Der unter dem Aktenzeichen 1 BvL 4/16 anhängige Vorlagebeschlusses des SG Mainz vom 18.04.2016 (S 3 AS 149/16) ermöglicht die vorläufige Entscheidung nach § 41a Abs. 7 Satz 1 Nr. 1 SGB II deshalb auch in Fällen des § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II in der seit dem 29.12.2016 geltenden Fassung.

4. Das dem Leistungsträger grundsätzlich eingeräumte Ermessen, ob nach § 41a Abs. 7 Satz 1 Nr. 1 SGB II vorläufig Leistungen zu erbringen sind, ist im Fall einer drohenden Verletzung des Grundrechts auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums durch den Ausschluss von unterhaltssichernden Leistungen auf Null reduziert (entgegen LSG Niedersachsen-Bremen, Beschluss vom 19.05.2017 - L 11 AS 247/17 B ER -, Rn. 24).

5. Der Ausschlussstatbestand des § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II verstößt auch gegen das Gleichbehandlungsgebot des Art. 4 VO (EG) 883/2004. Der Gleichheitsverstoß kann nicht durch die Möglichkeiten gerechtfertigt werden, den Zugang zu nationalen Systemen der Sozialhilfe für Unionsbürger zu beschränken (vgl. Art. 24 Abs. 2 RL 2004/38/EG) (Anschluss an SG Mainz, Beschluss vom 12.11.2015 - S 12 AS 946/15 ER -, Rn. 41 ff.; SG Mainz, Vorlagebeschluss vom 18.04.2016 - S 3 AS 149/16 -, Rn. 381 ff.; entgegen EuGH, Urteil vom 15.09.2015 - C-67/14 - Rn. 63).

## Verfassungsrechtliche Diskussion

	6. Die Ausschlussregelungen des § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 a) und b) SGB II sind nicht bereits deshalb als mit Art. 4 VO (EG) 883/2004 vereinbar anzusehen, weil der EuGH dies im Urteil vom 15.09.2015 (C-67/14) ausgesprochen hat.

## Vorlagebeschluss des SG Mainz an das Bundesverfassungsgericht

[SG Mainz \(3. Kammer\); Vorlagebeschluss vom 18. April 2016; S 3 AS 149/16](#)

### Leitsatz

1. Der Ausschlussbestand des § 7 Abs 1 S 2 Nr 2 SGB II verstößt gegen das Grundrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums aus Art 1 Abs 1 GG iVm Art 20 Abs 1 GG. [\(Rn.154\)](#) [\(Rn.213\)](#) [\(Rn.245\)](#) [\(Rn.341\)](#)
2. Der gesetzliche Leistungsanspruch muss so ausgestaltet sein, dass er stets den gesamten existenznotwendigen Bedarf jedes individuellen Grundrechtsträgers deckt (vgl BVerfG vom 9.2.2010 - 1 BvL 1/09 ua = BVerfGE 125, 175 = NJW 2010, 505). Die Gewährung existenzsichernder Leistungen darf deshalb nicht von der Erfüllung bestimmter Gegenleistungen, Handlungen oder Eigenschaften des Hilfebedürftigen oder von einem bestimmten Status des Hilfebedürftigen abhängig gemacht werden. [\(Rn.278\)](#) [\(Rn.564\)](#)
3. Der Ausschlussbestand des § 7 Abs 5 SGB II verstößt ebenfalls gegen das Grundrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums aus Art 1 Abs 1 GG iVm Art 20 Abs 1 GG. Es ist kein verfassungsrechtliches Argument ersichtlich, weshalb bestimmten Personen nur deshalb, weil sie eine Ausbildung oder ein Studium absolvieren, das Grundrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums nicht zustehen sollte. [\(Rn.214\)](#) [\(Rn.237\)](#) [\(Rn.245\)](#) [\(Rn.528\)](#)
4. Der Ausschlussbestand des § 7 Abs 1 S 2 Nr 2 SGB II greift tatbestandlich auch bei Personen, die über eine Aufenthaltserlaubnis nach § 16 Abs 4 AufenthG (juris: AufenthG 2004) oder § 18c AufenthG verfügen. [\(Rn.115\)](#) [\(Rn.363\)](#)
5. Der Verstoß gegen das Grundrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums durch § 7 Abs 1 S 2 Nr 2 SGB II kann nicht durch einen Verweis auf die Möglichkeit der Rückkehr in den Herkunftsstaat vermieden oder gerechtfertigt werden (Fortführung von SG Mainz vom 2.9.2015 - S 3 AS 599/15 ER und vom 12.11.2015 - S 12 AS 946/15 ER). [\(Rn.128\)](#) [\(Rn.506\)](#)
6. Der Ausschlussbestand des § 7 Abs 1 S 2 Nr 2 SGB II verstößt auch gegen das Gleichbehandlungsgebot des Art 4 VO (EG) 883/2004 (juris: EGV 883/2004). Der Gleichheitsverstoß kann nicht durch die Möglichkeiten gerechtfertigt werden, den Zugang zu nationalen Systemen der Sozialhilfe für Unionsbürger zu beschränken (vgl Art 24 Abs 2 RL 2004/38/EG; juris: EGRL 38/2004) (entgegen EuGH vom 15.9.2015 - C-67/14 = NJW 2016, 555). [\(Rn.128\)](#) [\(Rn.381\)](#) [\(Rn.494\)](#)
7. Der vom Ausschlussbestand des § 7 Abs 1 S 2 Nr 2 SGB II betroffene Personenkreis hat keinen den verfassungsrechtlichen Anforderungen genügenden Anspruch auf Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach dem 3. Kapitel des SGB XII. Vom Leistungsausschluss des § 7 Abs 1 S 2 Nr 2 SGB II betroffene Personen sind zwar nicht generell von den Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts ausgeschlossen. Die Gewährung der Leistungen steht jedoch im Ermessen der Behörde, was den verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Ausgestaltung des Grundrechts auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums nicht genügt. [\(Rn.331\)](#) [\(Rn.415\)](#)

## Bundessozialgericht zur alten Rechtslage

[BSG, Urteil vom 12. September 2018; B 14 AS 18/17 R](#)

Arbeitnehmer\*innenstatus kann vorliegen bei 7,5 Wochenstunden und 100, später 250 Euro Monatseinkommen.

„Hieran gemessen ist der Arbeitnehmerstatus der Verstorbenen während ihrer Beschäftigung im Hotel zu bejahen. Dieser lag ein vom LSG festgestellter schriftlicher Formulararbeitsvertrag über eine geringfügige Beschäftigung ab Juli 2011 zugrunde, der Regelungen ua zur Arbeitszeit (30 Stunden im Monat, grundsätzlich wochentags), zum Inhalt der Tätigkeit (Reinigungskraft in einem Hotel), zur Vergütung (100 Euro im Monat, ab Mai 2012 250 Euro im Monat) sowie zu Urlaub und Krankheit enthielt. Diese nach Arbeitszeit und Vergütung vereinbarte geringfügige Beschäftigung genügt den vom Senat bereits aufgestellten Kriterien für den Arbeitnehmerstatus (BSG vom 19.10.2010 - B 14 AS 23/10 R - BSGE 107, 66 = SozR 4-4200 § 7 Nr 21, RdNr 3, 18 zu einem Handwerkhelfer mit einer wöchentlichen Arbeitszeit von 7,5 Stunden und einem monatlichen Entgelt von 100 Euro im Jahr 2008). Von diesen für die damalige Zeit aufgestellten Kriterien besteht für die hier streitigen Jahre 2011 und 2012 keine Veranlassung zur Abweichung; es kann offenbleiben, ob insoweit seither Änderungen eingetreten sein können, etwa im Zusammenhang mit dem Inkrafttreten des Mindestlohngesetzes am 16.8.2014.

Nach den Feststellungen des LSG erhielt die Verstorbene für ihre vereinbarte monatliche Arbeitszeit von 30 Stunden die vereinbarte Vergütung von zunächst 100 Euro und später 250 Euro tatsächlich gezahlt. Ob der Arbeitsvertrag auch im Übrigen so gelebt worden ist, wie dessen Regelungen es vorsahen, ist danach für die Arbeitnehmereigenschaft nicht entscheidend. Weder kommt es für diese darauf an, ob die Verstorbene statt an den Wochentagen an den Wochenenden beschäftigt war, noch darauf, ob die Regelungen zu Urlaub und Krankheit zur Anwendung gekommen sind. Für den Arbeitnehmerstatus im vorliegenden Einzelfall spricht hingegen zudem die Dauer der Beschäftigung von zumindest annähernd einem Jahr.“

[Bundessozialgericht, Urteil vom 9. August 2018; B 14 AS 32/17 R](#)

Anspruch auf SGB-XII-Leistungen möglich für erwerbsfähigen italienischen Staatsangehörigen aufgrund von EFA. Hierfür ist jedoch ein materiell rechtmäßiger Aufenthalt erforderlich, die Freizügigkeitsvermutung genügt nicht. Aber zumindest Ermessensleistungen nach § 23 Abs. 1 Satz 3 SGB XII alter Fassung, in der Regel nach sechs Monaten ist das Ermessen auf Null reduziert.

[Bundessozialgericht, Urteil vom 30. August 2017; B 14 AS 31/16 R -](#)

### Terminbericht:

Auf den Hilfsantrag der Klägerin ist jedoch der beigeladene Sozialhilfeträger zu verurteilen gewesen, ihr für die strittige Zeit vom 1.1. bis 30.6.2015 Leistungen nach dem SGB XII aF zu gewähren. Der Entscheidung zugrunde zu legen ist das damals geltende Recht und nicht die Neuregelung im genannten Gesetz vom 22.12.2016, schon weil diese sich keine Rückwirkung beimisst.

Auch hinsichtlich des SGB XII aF hält der Senat nach nochmaliger Prüfung an der schon angeführten, übereinstimmenden Rechtsprechung fest. Erwerbsfähige Personen sind nicht grundsätzlich von Leistungen nach dem SGB XII ausgeschlossen, wie in den genannten Urteilen ausführlich dargelegt wird (vgl BSG vom 3.12.2015 - B 4 AS 44/15 R - RdNr 40 ff), worauf weder vom SG noch von anderen kritischen Stimmen differenziert eingegangen, sondern nur eine gegenteilige Überzeugung geäußert wird. Der Gesetzgeber hingegen hat die Systemabgrenzung des BSG in dem schon genannten Gesetz vom 22.12.2016 bestätigt.

Festgehalten wird auch an dem grundsätzlichen Leistungsausschluss von EU-Ausländern nach § 23 Abs 3 SGB XII aF und dessen Anwendung auf Anspruchsleistungen nach § 23 Abs 1 Satz 1 SGB XII, nicht aber auf Ermessensleistungen nach § 23 Abs 1 Satz 3 SGB XII. Soweit das SG Letzterem unter Bezugnahme auf Entscheidungen einzelner SG und LSG entgegengetreten ist, mangelt es schon an einer Auseinandersetzung mit der Begründung des erkennenden Senats (vgl BSG vom 20.1.2016 - B 14 AS 35/15 R - RdNr 40 ff), **die sich auf Verfassungsrecht stützt und aufzeigt, wieso es auf eine Heimkehrmöglichkeit nicht ankommt.** Diese mangelnde Auseinandersetzung zB mit dem genannten Urteil gilt ebenso für die Kritik an der Ermessensreduktion auf Null, die vom erkennenden Senat **ebenfalls mit verfassungsrechtlichen Erwägungen** begründet wurde (vgl BSG, aaO, RdNr 44 f).



## Bundessozialgericht zur alten Rechtslage

Eine Vorlage an das BVerfG nach Art 100 Abs 1 GG, die das SG in Anlehnung an Literatur und die in ihr angeführten Fragen für geboten erachtet hat, scheidet aus, weil eine solche Vorlage nicht auf Fragen, sondern nur auf die Überzeugung, eine bestimmte Norm sei verfassungswidrig und einer verfassungskonformen Auslegung nicht zugänglich, gestützt werden darf.

[Bundessozialgericht,  
Urteil vom 13.7.2017,  
B 4 AS 17/16 R](#)

Der unfreiwillige Verlust der Erwerbstätigkeit nach mindestens einem Jahr führt nicht nur dann zu einem unbefristeten Fortbestehen des Arbeitnehmer\*innenstatus, wenn sie ununterbrochen war. Auch eine unterbrochene Tätigkeit kann dazu führen, jedenfalls dann, wenn die Unterbrechung nur einmalig und kurzfristig war.

*„§ 2 Abs 3 Satz 1 Nr 2 FreizügG/EU setzt keine ununterbrochene Tätigkeit von mehr als einem Jahr voraus. Auch durch Arbeitslosigkeit unterbrochene Tätigkeiten können das gesetzliche Erfordernis erfüllen (...). Die Annahme, dass ein fortwirkendes Aufenthaltsrecht als Arbeitnehmer nach § 2 Abs 3 Satz 1 Nr 2 FreizügG/EU erst nach ununterbrochener Tätigkeit von mehr als einem Jahr vorliegt, lässt sich nicht auf den Wortlaut des Gesetzes stützen. Mit der Wendung "nach mehr als einem Jahr Tätigkeit" wird ein deutlich weiterer Sachverhalt erfasst, der nicht auf das Merkmal einer durchgängigen Tätigkeit eingeengt werden kann. (...)Der vorliegende Fall einer nur einmaligen, kurzfristigen Unterbrechung von 15 Tagen im Verlauf einer insgesamt 14,5 Monate andauernden evtl Beschäftigung in zwei Tätigkeiten gibt keinen Anlass der weiteren Frage nachzugehen, ob der am Integrationsgedanken orientierten Zielsetzung des Gesetzes in § 2 Abs 3 Satz 1 Nr 2 FreizügG/EU auch dann noch entsprochen wäre, wenn in Addition zahlreicher kurzfristiger oder durch längere Zeiten unterbrochener Beschäftigungsverhältnisse es nur auf längere Sicht und eher zufällig zu einer Tätigkeit von "mehr als einem Jahr" käme.“*